

ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA

# EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 13 - Nº 50 - 2010



50<sup>a</sup>  
Edição

ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA DA

# EMERJ

v. 13 - n. 50 - 2010  
*Abril/Maio/Junho*

Rio de Janeiro

© 2010, EMERJ

## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

### Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Des. Manoel Alberto Rêbello dos Santos; Des. Sergio Cavaliere Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Décio Xavier Gama; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. José Carlos Barbosa Moreira.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

### Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

**Editor:** Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Valéria Monteiro de Andrade; **Editoreção *website*:** Jaqueline Diniz; **Capa:** André Amora;

**Revisão ortográfica:** Suely Lima, Thereza Andrade e Ana Paula Maradei.

**Impressão:** Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

**Tiragem:** 3.500 exemplares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -  
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -  
ISSN 1415-4951

V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007. Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

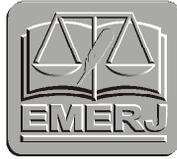
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - Fax: (21) 2533-4860

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)



# **Diretoria da EMERJ**

## **Diretor-Geral**

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

## **Conselho Consultivo**

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

## **Presidente da Comissão Acadêmica**

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

## **Presidente da Comissão de Iniciação e**

## **Aperfeiçoamento de Magistrados**

Des. Índio Brasileiro Rocha

## **Coordenador dos Núcleos de Representação**

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

## **Coordenador da Revista da EMERJ**

Des. Décio Xavier Gama

## **Secretária-Geral de Ensino**

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

## **Assessora do Diretor-Geral**

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



**EMERJ**

# Apresentação

Que é um número? Na acepção que ora vem a propósito, é sinônimo de fascículo, palavra que, segundo o Mestre Aurélio, significa “caderno ou grupo de cadernos de uma obra que se publica à medida que vai sendo impressa”. Visto segundo a frieza desta definição e a própria frieza dos números em si, o número desta Revista que ora vem a lume não passaria disto: um mero número.

Mas os números contêm para a humanidade algo que transcende a essa frieza, costumando marcar uma época, contar pedaços de uma vida e até constituir um símbolo. No primeiro sentido é que se diz, por exemplo, “os anos 60”, assim como se refere o século XVIII como sendo o “século das luzes”; no segundo, comemoram-se os aniversários; e no terceiro se celebram os jubileus, as bodas: jubileu de ouro, bodas de prata. Este é precisamente o sentido que nos interessa sublinhar.

Nossa Revista chega ao número 50, e este constitui - como não? - um símbolo de um constante e duradouro trabalho de propagação de ideias, de tomada de posições, de preleção de doutrinas. Um número redondo e pleno de significados. Ao longo de cinquenta edições quanto conhecimento não se difundiu, acumulou e amadureceu, quanto estudo não se cristalizou, quanto ensinamento não se ministrou... É hora, pois, de comemorar. Nossa Revista não foi uma tímida chama que se extinguiu à primeira e passante brisa; é, antes, uma vívida tocha a desafiar os tempos e as intempéries. Já atinge a idade da experiência e da maturidade; já confirma, pelo simples número, a própria respeitabilidade e reforça as fincadas raízes de árvore antiga, duradoura e benfazeja.

Celebremos, pois: nossa Revista chega a seu quinquagésimo número. E reverenciemos todos que para tanto contribuíram, e entre eles, pela emoção do momento que se obstina em perdurar, aquele a quem especialmente o dedicamos: nosso inesquecível Diretor e Desembargador Paulo Ventura.

**Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos**  
Diretor-Geral da EMERJ



# Sumário

## **A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida**

**19**

**Luis Roberto Barroso**

*Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.*

**Letícia de Campos Velho Martel**

*Doutoranda em Direito Público na UERJ. Mestra em Instituições Jurídico-políticas pela UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Pós-graduanda em Estudos Superiores em Bioética - FLACSO/Argentina.*

I. Introdução. II. Morte com intervenção: os conceitos essenciais. III. O descompasso entre a interpretação do direito vigente e a ética médica. IV. Dignidade da pessoa humana: ideias essenciais. V. A dignidade humana como autonomia. VI. Dignidade humana como heteronomia. VII. Autonomia *versus* heteronomia: qual dignidade? VIII. O direito à morte digna: em busca de consensos mínimos. IX. Conclusão.

## **Análise das Alterações Sofridas na Legislação Processual Penal: os Procedimentos**

**64**

**Sergio Demoro Hamilton**

*Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.*

1. Introdução. 2. Ordem numérica do texto a ser examinado. 3. A Lei 11.719, de 20/6/08, art. 63, § único

do CPP, com nova redação. 4. Aperfeiçoamento técnico da lei no art. 257, I. 5. O art. 265, § 1º. 6. Citação com hora certa. Arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil. 7. A inovação da admissão da suspensão condicional do processo na fase da sentença, se for admitida nova definição jurídica. 8. Não parece acertada, contudo, a suspensão condicional do processo, nesse caso. O art. 384 do CPP cuida da *mutatio libelli*. 9. O art. 387 do CPP, coerente com a Súmula 9 do STJ, exige decisão fundamentada sobre a prisão ou de outra medida cautelar. Sentença que abrange a cautelar pessoal e a real. 10. O exame dos procedimentos. Tratamento sistemático da matéria no art. 394 foi melhor: procedimento comum e especial, sendo que o primeiro será ordinário; sumário e sumaríssimo (art. 394, antigo CPP). Agora, o procedimento será comum e especial, dividindo-se o primeiro em ordinário, sumário e sumaríssimo (art. 394, § 1º). 11. Juízo de acusação, em dois momentos: a) o de apreciação da denúncia ou da queixa e b) o de citação do acusado, se recebida a inicial. 12. Nessa fase há mera intimação do réu, pois ele já foi citado quando do juízo de acusação. 13. A novidade da adoção do princípio da identidade física do juiz em nossa legislação processual. 14. Após a instrução probatória, o art. 402 previu os que podem requerer diligências, inclusive o juiz, naturalmente. 15. Prazo para memoriais (5 dias) e para sentença (10 dias). 16. Documentação do desdobramento dos atos processuais, art. 405. 17. O processo sumário segue critérios assemelhados ao procedimento ordinário. 18. Prevê o art. 538 que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário. 19. As medidas boas e as não tanto, como se verifica no próximo inciso. 20. Porque propiciam vantagens para a defesa e a demora sensível do processo.

## A Execução das Sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Âmbito Interno dos Países Contratantes

Maurício Caldas Lopes

*Desembargador do TJ/RJ. Professor-assistente de Direito Penal da Faculdade Candido Mendes e Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.*

1. Introdução. 2. O Congresso da Europa (Haia, maio/1948) clamava pela instituição de Tribunal capaz de aplicar sanções necessárias à observância da Carta dos Direitos do Homem. 3. Atuação do Tribunal: Subsidiária e principal. 4. Da execução das sentenças do TEDH. 5. Da revisão dos julgados internos. 6. Conclusão.

## A Sentença Criminal Condenatória e a Reparação de Danos

Roberto de Abreu e Silva

*Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ.*

1 - Introdução. 2. Aspectos positivos da Lei 11.719/08 na alteração do artigo 387, IV do CPP. 3. Natureza jurídica da sentença condenatória criminal no capítulo da reparação de danos. 4. A sentença condenatória e os elementos indispensáveis à configuração da “*res judicata*” penal ou civil. 5. A sentença condenatória criminal, na ótica da CRFB/88, é título executivo judicial para fins de execução de créditos concernentes à reparação dos danos? 6. A inconstitucionalidade formal da norma do artigo 387, IV do CPP, na redação da Lei nº 11.719/08. 7. A ponderação dos aspectos positivos e negativos da Lei nº 11.719/08 em sede de reparação de danos. 8. Estratégias de atuação da vítima, na atualidade, resguardando-se de incidentes processuais. 9. Sugestão “*de lege ferenda*” para adoção do processo de adesão objetivando a legitimação da norma do artigo 387, IV do CPP à CRFB/88. 10. Esboço legislativo de *lege ferenda*. 11. Experiências legislativas do processo de adesão no Direito Comparado.

## **Recusa de Tratamento da Saúde com Fundamento em Crença Religiosa e o Dever do Estado de Proteger a Vida Humana. O Caso da Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová**

**155**

**Flavio de Araújo Willeman**

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de pós-graduação da FGV e da UFF.*

1. Introdução e delimitação do problema. 2. Estado laico e liberdade de crença e religião. Testemunha de Jeová. 3. Regulação jurídica da transfusão de sangue. Limites da autonomia da vontade do paciente. 4. Direito à vida. Necessidade do Estado de garantir a vida humana. Concepção dos direitos fundamentais. Ponderações dos valores. 5. Conclusão.

## **Interrupção da Gravidez. Uma Questão de Direitos Humanos**

**191**

**Álvaro Mayrink da Costa**

*Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura e Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal (EMERJ).*

1. Antecedentes históricos. 2. Evolução histórico-normativa do Direito pátrio. 3. A questão das causas de interrupção da gravidez justificada. 4. Evolução das legislações contemporâneas. 5. Proposta de novos rumos normativos.

## **A Locação do Imóvel Urbano e seus Novos Modelos**

**220**

**Sylvio Capanema**

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor Universitário e da EMERJ. Advogado.*

1. Os modelos tradicionais de compra e venda e locação e as novas relações atípicas que merecem cuidadoso estudo quanto à sua natureza jurídica e disciplina. 2. A locação de espaços em shopping centers, que começaram surgir na década de 90 e que ensejou a edição da Lei n° 8.245/91. 3. As cláusulas atípicas ajustadas entre as partes (o aluguel percentual, o 13° aluguel, em dezembro de cada ano), e o respeito ao *tenant mix*). 4. O oportuno advento da Lei n° 12.112/09 com novos e poderosos mecanismos processuais para abreviar a solução de conflitos locatícios, o que, no entanto, não nos dá resposta para hipóteses novas e intrincadas. 5. O que se denomina de *built to suit*, como conjugação de participações do vendedor de um terreno, de um pretendente à locação futura, e de uma imobiliária, que pode acumular a função de construtora e de investidores ou de agentes financeiros. 6. O esquema sofisticado e atípico e a construção em estrita obediência à orientação da futura locatária. 7. Embora não se trate de arrendamento mercantil, a locatária se reserva o direito de adquirir o bem por um valor residual antes avençado. 8. Promessa de locação. 9. No regime da Lei do Inquilinato (art. 4° da Lei n° 8.245/91), há o risco para o negócio. 10. Outra questão relevante é a da possibilidade da ação revisional após três anos da vigência do contrato. 11. O sistema aludido no n° 5 acima não se coaduna com o dirigismo contratual da Lei do Inquilinato. Sugestão para se dar nova redação ao art.76 da Lei 8.245/91 (art.76-A) na aprovação do Projeto de Lei n° 6.562/09. 12. Empreendimentos imobiliários, os Fundos Imobiliários. A Lei 8.668/93 (Inst. CVM 472/08). 13. O direito de superfície já aludido no Código Civil de 2002 e a “venda-locação” (*sale and lease back*). 14. Os grandes desafios no campo da locação e as novas soluções que podem acompanhar as mudanças econômicas atuais.

## **Notas sobre o Homicídio Aleivoso no Direito Penal Peruano**

**228**

**Nilo Batista**

*Professor Titular de Direito Penal da UERJ e da UFRJ.*

1. Introdução. 2. Matar alguém com aleivosia (art. 108.3 CP). 3. Homicídio com perversidade. 4. A doutrina peruana sobre a matéria. 5. A especial gravidade do crime contra o pai. 6. O percurso hispânico do homicídio aleivoso. 7. O interesse histórico do tratamento da matéria por Carrara no séc. XIX. 8. O CP espanhol de 1822 e suas exemplificações para ilustrar aleivosia, integrando o crime no homicídio ou, pelo menos, no crime contra a pessoa, como pérfido ou perigoso. 9. A “deslealdade do autor que frustra a confiança da vítima” é uma conduta típica do homicídio aleivoso. 10. A indefensão total ou parcial da vítima integra o resultado do homicídio aleivoso. 11. A vítima quando adormecida, ou já envenenada quando sofre de infarto fulminante. 12. O induzimento à ingestão de bebida alcóolica, ou ao sono. 13. O tipo subjetivo do homicídio aleivoso.

## **Mandado de Segurança. Lei 12.016/09. A Suspensão da Liminar e dos Efeitos da Decisão Concessiva da Segurança**

**242**

**Wilson Marques**

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ.*

1. Regulamentação legal da matéria (art. 15 da lei especial e seus parágrafos). 2. Inconstitucionalidade do dispositivo. 3. Natureza jurídica da suspensão. 4. Legitimação para requerer a suspensão. 5. Agravo inominado contra a decisão que defere o pedido de suspensão. 6. Novo pedido de suspensão. 7. Concomitância do pedido de suspensão e do recurso de agravo de instrumento. 8. O contraditório no pedido de suspensão. 9. Pedido cole-

tivo de suspensão. 10 . Suspensão do acórdão concessivo do mandado de segurança da competência originária dos Tribunais.

## **A Hipocrisia Ambiental (em poucas palavras)**

**Reis Friede**

*Desembargador Federal. Ex-Membro do Ministério Público. Bacharel em Economia, Engenharia, Arquitetura e Administração. Mestre e Doutor em Direito.*

A possível perda da estabilidade ambiental em que nos encontramos. A posição dos estudiosos sobre o tema e a dos políticos em considerar mais os efeitos do problema, e não a sua origem, que é o descontrolado crescimento ambiental. A defesa da adoção de métodos contraceptivos e do planejamento familiar como forma de se combater o aquecimento global... Não caberia cobrar um sacrifício de todos em desfavor da qualidade de vida. A sugestão de se insistir em restringir emissões de carbono na atmosfera não parece adequada. A opinião de Robert Engelman, do Instituto Worldwatch, que já aponta para uma redução da fecundidade (para 2,5) e, assim, descarta o planejamento familiar para conter emissões de carbono na atmosfera. Uma projeção analítica mundial para 2050.

**253**

## **Representação Comercial x *Franchising*. As Vantagens da Franquia Empresarial**

**Luiz Felizardo Barroso**

*Professor Universitário e Advogado.*

Introdução. 1. *Franchising* x Distribuição. 2. Distinção entre as duas figuras: representação comercial e *franchising*. 3. Franquia de comercialização ou distribuição 4. Vantagens da franquia empresarial. 5. O sistema de franquia empresarial. 6. O master franqueado. 7. Questionário. 8. *Franchising* e modernidade. 9. Conclusão.

**256**

## **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica - 268** **Uma Inconsistência Dogmática e de** **Princípios**

**José Danilo Tavares Lobato**

*Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito - Ciências Penais pela UCAM. Defensor Público/RJ. Professor de Direito Penal da EMERJ.*

1. Considerações Iniciais. 2. Pessoa Jurídica e sua Personalidade Jurídica - Noções Gerais. 3. Capacidade de Ação e Pessoa Jurídica. 4. Tipo Subjetivo e Pessoa Jurídica. 5. Capacidade de Culpabilidade e Pessoa Jurídica. 6. Questões Constitucionais da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 7. Considerações Finais.

## **Competência Jurisdicional para 287** **Processamento e Julgamento de Ações** **Civis Públicas em Defesa do Meio Ambiente:** **Danos Ambientais Ocorridos em Terrenos** **de Propriedade da União**

**Vinicius Lameira Bernardo**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-aluno da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Ambiental pela UERJ.*

1. Introdução. 2. Repartição Constitucional de Competências em Matéria Ambiental. 3. Parâmetros Infraconstitucionais para Fixação da Competência Licenciadora dos Órgãos Ambientais Integrantes do Sisnama. 3.1 Da irrelevância da dominialidade do bem lesado para fins de fixação da competência do órgão ambiental licenciador. 3.2 A Lei 6.938/81 e a Resolução CONAMA 237/97. 3.3 Do Licenciamento Ambiental de Empreendimentos e Atividades Desenvolvidos na Zona Costeira. 4. Da Competência da Justiça Federal para

Julgamento de Ações Cíveis Públicas em Defesa do Meio Ambiente. 5. Da Orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. 6. Conclusão.

## **Considerações sobre a Prescrição das Pretensões Deduzidas por Meio de Ações Cíveis Públicas**

**321**

**Lucio Picanço Facci**

*Procurador Federal lotado na Regional de Petrópolis/RJ. Pós-graduando em Direito Público pela UnB. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.*

I. Introito. II. Gênese e Objeto da Tutela da Ação Cível Pública. III. Prescrição: Fundamentos e Regime Jurídico. IV. Prescrição, Administração Pública e Ação Cível Pública. V. Prescrição, Ação Popular e Ação Cível Pública. VI. Conclusão.

## **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética**

**348**

**Marise Cunha de Souza**

*Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Ilha do Governador - RJ.*

1. Introdução. 2. Reprodução assistida: definição. 3. Técnicas de reprodução assistida: regulamentação - classificação - fertilização *in vitro* e os embriões excedentários. 4. Legislação Civil: art. 1.597 do CC. 5. Barriga de aluguel: denominações - definição: Res. 1.358/92 do CFM - paternidade - maternidade. 6. Outras possibilidades de fertilização *in vitro* por gestação de substituição. 7. Projetos de lei. 8. Bioética. 9. Conclusão.



# Colaboraram neste Número

Álvaro Mayrink da Costa, 191  
Flávio de Araújo Willeman, 155  
José Danilo Tavares Lobato, 268  
Leticia de Campos Velho Mertel, 19  
Lucio Picanço Facci, 321  
Luís Roberto Barroso, 19  
Luiz Felizardo Barroso, 256  
Marise Cunha de Souza, 348  
Maurício Caldas Lopes, 84  
Nilo Batista, 228  
Reis Friede, 253  
Roberto de Abreu e Silva, 129  
Sergio Demoro Hamilton, 64  
Sylvio Capanema, 220  
Vinicius Lameira Bernardo, 287  
Wilson Marques, 242



# A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida

**Luís Roberto Barroso**

*Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.*

**Letícia de Campos Velho Martel**

*Doutoranda em Direito Público na UERJ. Mestra em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Pós-graduanda em Estudos Superiores em Bioética-FLACSO/Argentina.*

“E quando se vai morrer, lembrar-se de que o dia morre,  
E que o poente é belo e é bela a noite que fica.  
Assim é e assim seja”.

Fernando Pessoa, *O guardador de rebanhos*

## I. INTRODUÇÃO

Um indivíduo não tem poder sobre o início da própria vida. Sua concepção e seu nascimento são frutos da vontade alheia. É o nascimento com vida que marca o início da condição humana efetiva, com a aquisição de personalidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações<sup>1</sup>. O direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer

<sup>1</sup> Note-se, no entanto, que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil, art. 2º).

pessoa, sendo tutelado em atos internacionais, na Constituição e no direito infraconstitucional. Ao lado do direito fundamental à vida, o Direito contemporâneo - também em atos internacionais e domésticos - tutela, igualmente, a dignidade da pessoa humana. O direito de todos e de cada um a uma *vida digna* é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório.

Um indivíduo tem poder sobre o fim da própria vida. A inevitabilidade da morte, que é inerente à condição humana, não interfere com a capacidade de alguém pretender antecipá-la. A legitimidade ou não dessa escolha envolve um universo de questões religiosas, morais e jurídicas. Existe um direito à morte, no tempo certo, a juízo do indivíduo? A ideia de dignidade humana, que acompanha a pessoa ao longo de toda sua vida, também pode ser determinante da hora da sua morte? Assim como há direito a uma vida digna, existiria direito a uma *morte digna*? O estudo que se segue procura enfrentar essas questões, que têm desafiado a Ética e o Direito pelos séculos afora.

A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo e da mente são signos da nossa humanidade, o destino comum que iguala a todos. Representam, a um só tempo, mistério e desafio. Mistério, pela incapacidade humana de compreender em plenitude o processo da existência. Desafio, pela ambição permanente de domar a morte e prolongar a sobrevivência. A ciência e a medicina expandiram os limites da vida em todo o mundo. Porém, o humano está para a morte. A mortalidade não tem cura. É nessa confluência entre a vida e a morte, entre o conhecimento e o desconhecido, que se originam muitos dos medos contemporâneos. Antes, temiam-se as doenças e a morte. Hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida. O poder humano sobre *Tanatos*<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Na mitologia grega, Tanatos era o Deus da morte, citado por Eurípedes na tragédia *Alceste*. V. SCHMIDT, Joël. *Dicionário de mitologia greco-romana*. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 250. Em trabalho clássico, publicado em 1920, Sigmund Freud procura demonstrar a existência de dois instintos opostos existentes no ser humano: um, de preservação, ligado ao prazer (Eros) e outro de destruição, de ausência de energia, de morte (Tanatos). V. FREUD, Sigmund. "*Beyond the pleasure-principle*". In: RICKMAN, John. *A general selection from the works of Sigmund Freud*. N. York: Doubleday, 1989.

As reflexões aqui desenvolvidas têm por objeto o processo de terminalidade da vida, inclusive e notadamente, em situações nas quais os avanços da ciência e da tecnologia podem produzir impactos adversos. Seu principal propósito é estudar a morte com intervenção à luz da dignidade da pessoa humana, com vistas a estabelecer alguns padrões básicos para as políticas públicas brasileiras sobre a matéria. Para tanto, investe-se um esforço inicial na uniformização da terminologia utilizada em relação à morte com intervenção. Na sequência, procura-se produzir uma densificação semântica do conceito de dignidade da pessoa humana. Por fim, são apresentados e debatidos alguns procedimentos destinados a promover a dignidade na morte, alternativos à eutanásia e ao suicídio assistido.

As ideias aqui desenvolvidas, como se verá, valorizam a autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana e procuram justificar as escolhas esclarecidas feitas pelas pessoas. Nada obstante isso, a morte com intervenção, no presente trabalho, não foi confinada a um debate acerca da permissão ou proibição da eutanásia e do suicídio assistido. O refinamento da discussão permite que se busque consenso em torno de alternativas moralmente menos complexas, antes de se avançar para o espaço das escolhas excludentes. O fenômeno da *medicalização da vida* pode transformar a morte em um processo longo e sofrido. A preocupação que moveu os autores foi a de investigar possibilidades, compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, capazes de tornar o processo de morrer mais humano. Isso envolve minimizar a dor e, em certos casos, permitir que o desfecho não seja inutilmente prorrogado. Ainda um último registro introdutório: as considerações sobre a morte com intervenção, aqui lançadas, referem-se tão somente aos casos de pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente.

## II. MORTE COM INTERVENÇÃO: OS CONCEITOS ESSENCIAIS<sup>3</sup>

Nos últimos anos, os estudiosos da bioética têm procurado realizar uma determinação léxica de alguns conceitos relacionados

<sup>3</sup> Os conceitos aqui apresentados são, com sutis alterações e revisões, os expostos em: MARTEL, Leticia de Campos Velho. "Limitação de tratamento, cuidado paliativo, eutanásia e suicídio assistido: elementos para um diálogo sobre os reflexos jurídicos da categorização.

ao final da vida. Muitos fenômenos que eram englobados sob uma mesma denominação passam a ser identificados como categorias específicas. Este esforço de *limpeza* conceitual deveu-se à necessidade de enfrentar a intensa polissemia na matéria, que aumentava, pela incerteza da linguagem, as dificuldades inerentes a um debate já em si complexo. Como intuitivo, facilita a racionalidade da circulação de ideias que se faça a distinção entre situações que guardam entre si variações fáticas e éticas importantes. Em certos casos, as distinções são totalmente nítidas; em outros, bastante sutis. Ainda assim, é conveniente identificar, analiticamente, as seguintes categorias operacionais: a) eutanásia; b) ortotanásia; c) distanásia; d) tratamento fútil e obstinação terapêutica; e) cuidado paliativo; f) recusa de tratamento médico e limitação consentida de tratamento; g) retirada de suporte vital (RSV) e não oferta de suporte vital (NSV); h) ordem de não ressuscitação ou de não reanimação (ONR); e i) suicídio assistido<sup>4</sup>. Algumas dessas categorias, como se verá, são espécies em relação ao gênero.

O termo *eutanásia* foi utilizado, por longo tempo, de forma genérica e ampla, abrangendo condutas comissivas e omissivas em pacientes que se encontravam em situações muito dessemelhantes. Atualmente, o conceito é confinado a uma acepção bastante estreita, que compreende apenas a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso<sup>5</sup>. Compreende-se que a eutanásia é a ação médica inten-

---

In: BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 369-432.

<sup>4</sup> Utiliza-se aqui o marco teórico hegemônico da bioética, identificado como o principialismo, proposto por Beauchamp e Childress a partir das noções de obrigações *prima facie* de Ross. Segundo Florência Luna e Arleen L. F. Salles, o principialismo situa-se na primeira onda de reflexão sobre a bioética, assim como os estudos kantianos e o utilitarismo. Além dos marcos teóricos da primeira onda, há os da segunda, que apresentam diversos enfoques para o exame dos problemas morais complexos que exsurtem no cenário da bioética, como a ética da virtude, o comunitarismo, o feminismo e a casuística. LUNA, Florência. SALLES, Arleen L. F. *Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008.

<sup>5</sup> Sobre a elaboração, discussão e crítica dos conceitos, ver: PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001 (Coleção Bioética em Perspectiva, 2). MARTIN, Leonard M. "Eutanásia e distanásia".

cional de apressar ou provocar a morte - com exclusiva finalidade benevolente - de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. Do conceito estão excluídas a assim chamada eutanásia *passiva*, eis que ocasionada por omissão, bem como a indireta, ocasionada por ação desprovida da *intenção* de provocar a morte. Não se confunde, tampouco, com o *homicídio piedoso*, conceito mais amplo que contém o de eutanásia. De acordo com o consentimento ou não daquele que padece, a eutanásia pode ser *voluntária, não-voluntária e involuntária*<sup>6</sup>.

Por *distanásia* compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável<sup>7</sup>. Em outras palavras, é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde segundo o estado da arte da ciência da saúde, mediante conduta na qual “*não se pro-*

---

In: GARRAFA, Volnei (Org.) *Iniciação à bioética*. Brasília: CFM, p. 171-192. SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. “Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia”. *Ciência e saúde coletiva*, v. 9, n. 1, p. 33 e s., 2004. McCONNELL, Terrance. *Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law*. Oxford: Oxford University, 2000, p. 88. RIBEIRO, Diaulas Costa. “Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte”. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, p. 1749-1754, ago. 2006. Para relevantes visões críticas: COHEN-ALMAGOR, Raphael. “*Language and reality in the end-of-life*”. *The Journal of law, medicine & ethics*. V. 28:3, Fall, 2000, p. 267-278. BROCK, Dan W. *Life and death: philosophical essays in biomedical ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 169-172.

<sup>6</sup> Diz-se que é *voluntária* quando há expresso e informado consentimento; *não-voluntária*, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; e *involuntária*, quando é realizada contra a vontade do paciente. No que toca à eutanásia involuntária, há um relevante e adequado consenso jurídico quanto ao seu caráter criminoso. Os casos mais comuns da eutanásia não-voluntária são os que envolvem pacientes incapazes. Sobre esse último ponto, v. McCONNELL, Terrance. *Op. cit.*, p. 89.

<sup>7</sup> Este conceito foi extraído do voto do magistrado colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, com leves alterações em seu texto. COLOMBIA. *Sentencia C-239/97*. Disponível em: <http://web.minjusticis.gov.co/jurisprudencia>. Último acesso em: ago./2005. Sobre a *distanásia*, é muito relevante consultar PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*

*longa a vida propriamente dita, mas o processo de morrer*<sup>8</sup>. A *obstinação terapêutica* e o *tratamento fútil* estão associados à distanásia. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la, em *“uma luta desenfreada e (ir)racional”*<sup>9</sup>, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo refere-se ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados<sup>10</sup>.

Em sentido oposto da distanásia e distinto da eutanásia, tem-se a ortotanásia. Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática *“sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que importam sofrimentos adicionais”*<sup>11</sup>. Indissociável da ortotanásia é o *cuidado paliativo*, voltado à utilização de toda a tecnologia possível para apaciar o sofrimento físico e psíquico do enfermo<sup>12</sup>. Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão<sup>13</sup>. O cuidado paliativo pode envolver o que se denomina *duplo efeito*: em determinados casos, o uso de algumas substâncias para controlar a dor e a angús-

<sup>8</sup> Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, p. 30.

<sup>9</sup> SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. *Op. cit.*, p. 33. A expressão cura da morte foi cunhada por Leo Pessini. Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, p. 331 e s.

<sup>10</sup> PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, especialmente as páginas 163 e s. Ver também: COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Op. Cit.*

<sup>11</sup> PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, p. 31.

<sup>12</sup> Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, p. 203 e s.

<sup>13</sup> Este conceito foi extraído do voto do magistrado colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, com sutis alterações em seu texto. COLOMBIA. Sentencia C-239/97, *Op. cit.*

tia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar o evento morte<sup>14</sup>.

A *recusa de tratamento médico* consiste na negativa de iniciar ou de manter um ou alguns tratamentos médicos. Após o devido processo de informação, o paciente - ou, em certos casos, seus responsáveis - decide se deseja ou não iniciar ou continuar tratamento médico. O processo culmina com a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)<sup>15</sup>. A recusa pode ser ampla ou estrita, conforme seja admitida em qualquer circunstância - por pacientes que podem recuperar a sua saúde com o tratamento que recusam - ou em situações bem determinadas de impossibilidade de recuperação da saúde com a intervenção. A última hipótese, referida por alguns como *limitação consentida de tratamento* (ou também suspensão de esforço terapêutico), possui laços com a ortotanásia. A recusa ampla é ainda alvo de muitos debates, ao passo que existe certo consenso no marco teórico hegemônico da bioética quanto à possibilidade de recusa em sentido estrito.

A *retirada de suporte vital* (RSV), a *não oferta de suporte vital* (NSV) e as ordens de *não ressuscitação* ou de *não reanimação* (ONR) são partes integrantes da *limitação consentida de tratamento*. A RSV significa a suspensão de mecanismos artificiais de

<sup>14</sup> Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, p. 213; COLOMBIA. *Sentencia C-239/97, Op. cit.*, voto do magistrado Vladimiro Naranjo Mesa; QUILL, T. E. *et al.* "Palliative treatments of last resort: choosing the least harmful alternative". *Annals of Internal Medicine*. V. 132, n. 6, p. 488-493, March 2000. Disponível em: [www.annals.org/cgi/content/](http://www.annals.org/cgi/content/). Acesso em: jun./2006. MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMONICA, Lino. "Paciente terminal e médico capacitado: parceria pela qualidade de vida". *Bioética*. Conselho Federal de Medicina. v. 11, n.1, p. 83-100, 2003. COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Op. Cit.*

<sup>15</sup> Sobre o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, ou consentimento informado, ver: CLOTET, Joaquim, GOLDIM, José Roberto (Org.); FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000; MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. *In*: GARRAFA, Volnei (Org.). *Iniciação à bioética*. Brasília: CFM, 1999, p. 53-70; ENGELHARDT, H. Tristan, Jr. *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2000, p. 345-440; PESSINI, Leo; GARRAFA, Volnei (Orgs). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 469 e s. (especialmente a parte IV).

manutenção da vida, como os sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou o sistema de ventilação mecânica; a NSV, por sua vez, significa o não emprego desses mecanismos. A ONR é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória<sup>16</sup>. Nos casos de ortotanásia, de cuidado paliativo e de limitação consentida de tratamento (LCT) é crucial o consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais, pois são condutas que necessitam da *voluntariedade* do paciente ou da aceitação de seus familiares, em casos determinados. A decisão deve ser tomada após o adequado processo de informação e devidamente registrada mediante TCLE.

Por fim, *suicídio assistido* designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O *suicídio assistido por médico* é espécie do gênero suicídio assistido.

O rearranjo conceitual apresentado atinge a antiga distinção entre as formas ativa e passiva da eutanásia, que passaram a receber denominações distintas. O termo eutanásia aplica-se somente àquela que era conhecida como forma ativa<sup>17</sup>. A conduta antes caracterizada como eutanásia passiva - e essa é uma das te-

<sup>16</sup> Cf. KIPPER, Délio José. "Medicina e os cuidados de final da vida: uma perspectiva brasileira e latino-americana". In: PESSINI, Leo; GARRAFA, Volnei (Orgs). *Bioética, poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 413-414. Consultar, ainda: PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, passim; MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMONICA, Lino. *Op. cit.*

<sup>17</sup> Para uma visão da categorização anterior do tema, com a distinção entre eutanásia ativa e passiva, além dos autores já referidos na nota 3, v. tb. TOOLEY, Michael. "*Euthanasia and assisted suicide*". In: FREY, R.G. e WELLMAN, Christopher Heath. *A companion to applied ethics*. Malden: Blackwell, 2007, p. 326-341.

ses centrais do presente estudo -, já não deve ser necessariamente visualizada como antiética, podendo ser expressão da autonomia do paciente, merecedora de respeito por parte da equipe de saúde. No mesmo ensejo, a distinção entre a eutanásia e a distanásia permite concluir que medidas excessivas e desproporcionais (na relação benefício/prejuízo à saúde e à qualidade de vida do enfermo) não devem ser empregadas à revelia da vontade do paciente, nem tampouco correspondem à *boa técnica*, caso não desejadas pelo doente, seus cuidadores ou seus responsáveis legais.

### III. O DESCOMPASSO ENTRE A INTERPRETAÇÃO DOMINANTE DO DIREITO VIGENTE E A ÉTICA MÉDICA

A legislação penal brasileira não extrai consequências jurídicas significativas das categorizações mencionadas no tópico anterior, salvo o suicídio assistido. Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia - aí compreendida a limitação do tratamento - constituiriam hipóteses de homicídio<sup>18</sup>. No primeiro caso, na modalidade comissiva e, no segundo, na omissiva. O auxílio ao suicídio é tratado em tipo penal próprio<sup>19</sup>. Nessa interpretação, que corresponde ao conhecimento convencional na matéria, a decisão do paciente ou de sua família de descontinuar um tratamento médico desproporcional, extraordinário ou fútil não alteraria o caráter criminoso da conduta. A existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma perseguição penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> **Código Penal**, art. 121: “Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos”.

<sup>19</sup> **Código Penal**, art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”.

<sup>20</sup> Pelo conhecimento convencional no Brasil, ambas as condutas seriam consideradas homicídio, o qual, caso viesse a ser reconhecido pelo júri, poderia contar com uma causa especial de diminuição de pena (privilégio). V. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003. E também: CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito**

Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na *autoridade* do profissional da medicina sobre o paciente e descharacteriza a condição de *sujeito* do enfermo. Ainda que os médicos não mais estejam vinculados eticamente a esse modelo superado de relação, o espectro da sanção pode levá-los a adotá-lo. Não apenas manterão ou iniciarão um tratamento indesejado, gerador de muita agonia e padecimento, como, por vezes, adotarão algum não recomendado pela boa técnica, por sua desproporcionalidade. A arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Não é apenas a autonomia do paciente que é agredida. A liberdade de consciência do profissional da saúde pode também estar em xeque<sup>21</sup>.

A Resolução CFM nº 1.805/2006, de 9.11.2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, procurou contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial é da década de 40 do século passado. Nessa linha, invocando sua função disciplinadora da classe médica, bem como o art. 5º, III da Constituição, pretendeu dar suporte jurídico à ortotanásia. Sem menção à eutanásia e ao suicídio assistido - que continuam a ser conside-

---

Penal. Parte Especial. V. 2. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 34. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial. V. 2.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 58. Sobre as privilegiadoras e qualificadoras, SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível.* 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. DODGE, Raquel Elias Ferreira. “Eutanásia: aspectos jurídicos. Bioética”. Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v7/eutaspectos.htm>. Acesso em: maio 2006. BRASIL. Ministério Público Federal - 1ª Reg. Recomendação 01/2006 - WD - PRDC. Disponível em: [www.prdp.mpf.gov.br/prdc/legis/docs/exfile.2006-11-21.7242563592/attach/REC%2001-2006%20CFM.pdf](http://www.prdp.mpf.gov.br/prdc/legis/docs/exfile.2006-11-21.7242563592/attach/REC%2001-2006%20CFM.pdf). Acesso em: 25 nov. 2006.

<sup>21</sup> Quanto ao cuidado paliativo de duplo efeito, a situação é ainda pior, por razões notórias. Se um médico for autorizado pelo enfermo a lançar mão dessa técnica, poderá abreviar seu tempo de vida. Se o mundo jurídico não oferecer amparo seguro a essa ação, o temor de cometer um crime pode ensejar o uso de dosagens medicamentosas menores do que o necessário para apaciar o imenso sofrimento físico e psicológico daqueles que estão no leito de morte.

rados pelo Conselho como práticas não éticas -, a Resolução tratou da limitação do tratamento e do cuidado paliativo de doentes em fase terminal, nas hipóteses autorizadas por seus parentes ou por seus familiares. Trazendo uma fundamentada Exposição de Motivos, a Resolução CFM nº 1.805/2006 tem o conteúdo assim resumido em sua Ementa:

*“Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.*

É possível fazer uma defesa da Resolução do Conselho Federal de Medicina, quer dentro das categorias do próprio direito penal, quer mediante uma leitura de seu texto à luz da Constituição. Por ora, no entanto, faz-se o registro de que foi ela suspensa por decisão judicial produzida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal de Brasília. Na petição inicial, de 131 páginas, o Procurador da República que a subscreve colocou-se frontalmente contra o conteúdo da Resolução. Em meio a muitas considerações jurídicas, morais e metafísicas, afirmou: “A ortotanásia não passa de um *artifício homicida*; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu”<sup>22</sup>. Na decisão que acolheu o pedido de antecipação de tutela, entendeu o

<sup>22</sup> BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ACP nº2007.34.00.014809-3. Petição Inicial (Wellington Divino Marques de Oliveira - Procurador Regional dos Direitos do Cidadão/1ª Região). Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf>. Acesso em: out./2007. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Recomendação nº01/2006 - WD - PRDC. (Wellington Divino Marques de Oliveira - Procurador Regional dos Direitos do Cidadão/1ª Região). Disponível em: <http://prdc.prdc.mpf.gov.br/legis/docs/exfile.2006-11-21.7242563592/attach/REC%2001-2006%20CFM.pdf>. Acesso em: dez./2006.

juiz de primeiro grau pela existência de “aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal”<sup>23</sup>.

A decisão marca o encontro, no Brasil, de dois fenômenos do nosso tempo: a *medicalização*<sup>24</sup> e a *judicialização*<sup>25</sup> da vida. Ambos potencializados por um terceiro fenômeno: a sociedade espetáculo, em que os meios de comunicação transmitem, em tempo real, ao vivo e em cores, dramas como os de Terri Schiavo (EUA)<sup>26</sup>, Hannah Jones (Reino Unido)<sup>27</sup> ou Eluana (Itália)<sup>28</sup>. O pro-

<sup>23</sup> V. inteiro teor da decisão em [www.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3\\_decisao\\_23-10-2007.doc](http://www.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc).

<sup>24</sup> A expressão ‘medicalização da vida’ foi cunhada e definida em ILLICH, Ivan. “*The medicalization of life*”. *Journal of Medical Ethics*. 1, 1975, p. 73-77.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, 2009.

<sup>26</sup> Em decorrência de uma parada cardíaca, Terri Schiavo viveu em estado vegetativo até falecer, em 2005. Nos últimos sete anos de sua vida, seu marido e representante legal, Michael Schiavo, vinha pedindo ao Judiciário dos EUA o desligamento dos tubos que a mantinham viva. Para tanto, afirmava que, antes de entrar em estado vegetativo, a mulher havia se manifestado diversas vezes no sentido de que não gostaria de ser mantida viva artificialmente. À pretensão do marido se opuseram tanto os próprios pais de Terri quanto diversas autoridades norte-americanas, como o Presidente George W. Bush. A longa controvérsia jurídica envolveu desde a Justiça Estadual da Flórida até a Justiça Federal dos EUA, passando pelo Legislativo e pelo Governador do Estado. Por sua vez, a Suprema Corte dos EUA se recusou a analisar a matéria. Terri Schiavo faleceu em 31 de março de 2005. O resultado de sua autópsia confirmou que nenhum tratamento poderia tê-la ajudado a superar os danos neurológicos que sofreu. Saiba mais sobre o conflito judicial do caso Schiavo, *Folha Online* 29.mar.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u82068.shtml>>. Último acesso: 24.jun.2009; GOODNOUGH, Abby. “Schiavo Autopsy Says Brain, Withered, Was Untreatable”, *New York Times* 16.jun.2005. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2005/06/16/national/16schiavo.html>>. Acesso em: jun./2009.

<sup>27</sup> Aos cinco anos de idade, Hannah Jones foi diagnosticada com uma forma rara de leucemia e, desde então, sua vida passou a envolver frequentes internações hospitalares. Seu tratamento incluiu doses de um forte medicamento contra uma infecção, o que acabou causando danos ao seu coração. Sua única chance de viver longamente viria com um transplante. Mas a menina de treze anos recusou o tratamento, afirmando que já sofrera traumas demais e não queria passar por novas cirurgias - preferia morrer com dignidade. Irresignado com a decisão da paciente, o hospital foi ao Judiciário. Decidiu-se, porém, que Hannah era madura o suficiente para decidir por si própria. V. PERCIVAL, Jenny. “Teenager who won right to die: ‘I have had too much trauma’”, *Guardian.co.uk* 11.nov.2008. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/society/2008/nov/11/child-protection-health-hannah-jones>>. Acesso em: jun./2009.

<sup>28</sup> Eluana Englaro ficou em coma por dezessete anos, desde que sofreu um acidente de carro, em 1992. Seu caso causou grande comoção na Itália, mobilizando setores ligados à Igreja Católica e gerando uma crise entre o Primeiro-ministro Silvio Berlusconi e o Presidente Giorgio Napolitano. Por dez anos, o pai da moça lutou para garantir o direito de deixá-la

nunciamento judicial suspensivo da Resolução exige, igualmente, o descompasso entre ordenamento jurídico e a ética médica. E, no mundo pós-positivista, de reaproximação entre o Direito e a Ética, este é um desencontro que deve ser evitado. A propósito, deve-se registrar que a orientação do Conselho Federal de Medicina está em consonância com as da Associação Médica Mundial (AMM), as da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)<sup>29</sup>. E, também, com o tratamento jurídico adotado em países como Estados Unidos da América, Canadá, Espanha, México, Reino Unido, França, Itália, Suíça, Suécia, Bélgica, Holanda e Uruguai<sup>30</sup>.

---

morrer, mas só conseguiu em 21 de janeiro de 2009. Ela passou três dias sem receber comida e hidratação, mas uma “crise” acabou antecipando sua morte. V. “Morre Eluana, a italiana que estava em coma havia 17 anos”. G1 9.fev.2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL993961-5602,00.html>>. Acesso em: jun./2009.

<sup>29</sup> a) as Resoluções da AMM sobre eutanásia e suicídio assistido consideram tais condutas antiéticas, mas assumem que é direito do paciente recusar tratamento médico, ainda que da recusa decorra a morte, e que é direito do paciente ter respeitada a sua escolha de que o “processo natural da morte siga seu curso na fase terminal da doença”; b) A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO determina que “qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada *com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada*. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e *poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão*, sem acarretar desvantagem ou preconceito”. Para os casos de incapacidade, há dispositivos específicos, que visam a proteger a parcela de autonomia remanescente e os melhores interesses do envolvido; c) O Conselho Europeu posicionou-se favoravelmente à implementação de cuidados paliativos e do respeito dos direitos dos pacientes de recusarem tratamentos fúteis ou extraordinários. O Conselho determinou aos Estados-membros a normatização dos testamentos de vida e das diretivas avançadas; d) ao decidir o caso Pretty, a CEDH permitiu entrever que abaliza a limitação consentida de tratamento em pacientes terminais ou em estado irreversível, muito embora tenha se recusado a aceitar o suicídio assistido. Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. “Limitação de tratamento...” *Op. cit.* PARLIAMENTARY ASSEMBLY. **Resolution 1.649 (2009). Palliative Care: a model for innovative health and social policies**. Disponível em: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta09/eres1649.htm>. Último acesso em: mar./2009.

<sup>30</sup> a) a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou o seu posicionamento nos casos *Vacco v. Quill* e *Washington v. Glucksberg et al*, já lastreados em decisões anteriores, como o caso *Cruzan*; b) a Suprema Corte do Canadá reafirmou seu entendimento no tema em *Rodriguez v. British Columbia*; c) no Reino Unido, são importantes as decisões dos casos *Airedale N.H.S. Trust v. Bland* e *The Queen on the Application of Mrs. Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for*

Estão em choque, aqui, dois modelos. Um de índole paternalista, que desconsidera a vontade do paciente e de seus familiares, privados de fazerem escolhas morais próprias. O outro, fundado na deontologia médica, valoriza a autonomia e o diálogo, aceitando que a arte de curar se converta em cuidado e amparo. Cabe procurar entender e enfrentar as razões do desencontro entre as imposições jurídicas e as exigências éticas. O principal argumento contrário a qualquer hipótese de morte com intervenção decorre da compreensão do direito à vida como um direito fundamental absoluto. No Brasil, essa valorização máxima da vida biológica e do modelo biomédico intensivista e interventor tem sua origem em algumas doutrinas morais abrangentes, muitas de cunho religioso, que penetram na interpretação jurídica. Esta visão do mundo se manifesta em diferentes passagens da ação civil pública acima referida.

Ao avançar no debate, é preciso ter em conta que o direito à vida é de fato especial. Qualquer flexibilização de sua força jurídica ou moral é delicada e deve envolver cautelas múltiplas. Qualquer desprezo pela vida humana, mesmo nas circunstâncias mais adversas, é suspeito. Um dos consensos mínimos que compõem a dignidade humana nas sociedades ocidentais é a preservação da vida como um valor em si, que se atinge, naturalmente, por sua promoção e proteção rigorosa. Com efeito, basta considerar que, além do seu caráter substantivo, o direito à vida é pré-condição, é instrumento que permite a própria dignidade, pois sua negação leva à inexistência do sujeito da dignidade. Diante de tais premissas, criminalizar atos que atentem contra a vida humana tende a

---

the Home Department (Interested Party); d) a Bélgica e a Holanda reconhecem não apenas a LCT, como também a eutanásia e/ou o suicídio assistido; e) a Suíça permite o suicídio assistido; f) na Espanha, as decisões de suspensão de suporte vital em pacientes terminais são respeitadas e desde 2000 há leis sobre testamentos vitais (Ley Catalana); g) na França, a limitação consentida de tratamento foi permitida por lei em 2005. Cf. MICCINESI, Guido *et. al.* "Physician's attitudes towards end-of-life decisions: a comparison between seven countries". *Social Science & Medicine*. (2005) 1961-1974. COHEN, Joachim *et. al.* "European public acceptance of euthanasia: Socio-demographic and cultural factors associated with the acceptance of euthanasia in 33 European countries". *Social Science & Medicine*. 63 (2006) 743-756. PESSINI, Leo. *Distanásia... Op. cit.*, p. 257 e s.

ser um meio adequado, dentre outros, de preservação da vida e da dignidade humanas. Mas nem mesmo o direito à vida é absoluto.

É precisamente no ambiente da morte com intervenção que cabe discutir a visão da dignidade que impõe ao indivíduo *a vida como um bem em si*. Como intuitivo, não se está aqui diante de uma situação banal, temporária ou reversível, na qual um indivíduo decide morrer e outros se omitem em evitar ou prestam-lhe auxílio. Justamente ao contrário, trata-se de pessoas que, em condições nada ordinárias, reclamam a possibilidade de renunciar a intervenções médicas de prolongamento da vida. Ou, em outros casos, de optar pela abreviação direta da vida, por ato próprio ou alheio, por estarem acometidos de doenças terminais extremamente dolorosas ou por enfermidades degenerativas que conduzem à perda paulatina da independência. Nessas situações extremas, aparecem outros direitos e interesses que competem com o direito à vida, impedindo que ele se transforme em um insuportável dever à vida. Se, em uma infinidade de situações, a dignidade é o fundamento da valorização da vida, na morte com intervenção as motivações se invertem.

O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, outros conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação. É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas. De um lado, a dignidade serviria de impulso para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o *bem morrer*. De outro, ela se apresenta como fundamento da morte com intervenção, assegurando a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> MILLNS, Suzan. "Death, dignity and discrimination: the case of *Pretty v. United Kingdom*". *German Law Journal*, v. 3, n.10, October, 2002.

Como se viu até aqui, o Direito vigente - na interpretação dominante - e a ética médica apontam direções diferentes em tema de morte com intervenção<sup>32</sup>. Nesse mesmo contexto, a dignidade da pessoa humana se apresenta de maneira ambivalente, sendo invocada para justificar as duas posições contrapostas. Os tópicos seguintes procuram aprofundar as possibilidades de sentido da dignidade humana e seu papel nas escolhas e nas imposições que envolvem a fronteira entre a vida e a morte.

#### IV. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: IDEIAS ESSENCIAIS

Como assinalado anteriormente, a dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais<sup>33</sup>. No plano abstrato, a dignidade traz em si grande força moral e jurídica, capaz de seduzir o espírito e angariar adesão quase unânime. Tal fato, todavia, não minimiza a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica<sup>34</sup>, que

<sup>32</sup> Há, todavia, ao menos um precedente divulgado em que decisão judicial chancelou a recusa de obstinação terapêutica. Tratou-se de caso, envolvendo um bebê de oito meses, portador de amiotrofia espinhal progressiva tipo I, uma doença genética incurável, degenerativa e com curto prognóstico médico de sobrevida. A hipótese vem narrada em DINIZ, Débora. “Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças”. *Cadernos de Saúde Pública*, 22 (8): 1741-1748, Rio de Janeiro, ago. 2006.

<sup>33</sup> Para uma revisão profunda do tema, inclusive quanto a documentos anteriores à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, consultar: McCRUDDEN, Christopher. “*Human dignity and judicial interpretation of human rights*”. *The European Journal of International Law*. V. 19, n° 4, 2008, p. 664-671. Destaca-se que o autor nota que, em documentos mais atuais, não apenas a expressão ‘dignidade humana’ passou a figurar nos preâmbulos dos documentos internacionais de Direitos Humanos, como também foi introduzida na parte substantiva dos textos. Ele percebe, ainda, que nos documentos regionais a expressão figura nos preâmbulos dos principais instrumentos Inter-Americanos, árabes, africanos e alguns europeus, “(...) [e] com isso, parece demonstrar um destacado grau de convergência acerca da dignidade como um princípio central de organização” (tradução livre).

<sup>34</sup> Autores admitem no conceito de dignidade diferentes “dimensões” e “elementos”. V. SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43, para quem a dignidade possui dimensões: a) ontológica; b) relacional e comunicativa; c) de limite e de tarefa; d) histórico-cultural. E MORAES, Maria Celina Bodin de. “O conceito de dignidade humana: substrato

funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

Na temática da morte com intervenção, por exemplo, a abstração, polissemia e natureza especular da dignidade permitem que ela seja invocada pelos dois lados do debate<sup>35</sup>. Tal fato conduz a argumentos circulares, tornando difícil seu emprego nesse cenário<sup>36</sup>. Essa plasticidade e ambiguidade do discurso da dignidade já levou autores a sustentar a *inutilidade* do conceito, como um *slogan* ambivalente, que pouco acrescenta à solução de desacordos e dilemas morais<sup>37</sup>. A crítica é relevante, mas não deve levar ao descarte da

---

axiológico e conteúdo normativo”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.105-147, para quem a dignidade envolve quatro elementos: a) a liberdade; b) a integridade psicofísica; c) a igualdade; d) a solidariedade.

<sup>35</sup> Nas palavras de Suzan Millns: “Mais particularmente, parece que a elasticidade do discurso da dignidade, com a sua capacidade de conduzir a diversas direções, significa que ele pode ser invocado por todos os protagonistas (os idosos e dependentes, suas famílias, a equipe médica, o Estado) para justificar todos os resultados (preservar a vida ou buscar a morte). Sua natureza dúplice, por consequência, quando combinada aos argumentos e contra-argumentos que impregnam o discurso dos direitos, parece, em última análise, minar a causa daqueles que tentam usá-la para assegurar seu direito de morrer com dignidade” (tradução livre). MILLNS, Suzan. “*Death, dignity and discrimination: the case of Pretty v. United Kingdom*”. *German Law Journal*, v. 3, n. 10, October, 2002.

<sup>36</sup> NOVAIS, Jorge Reis. “Renúncia a direitos fundamentais”. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 327-328.

<sup>37</sup> CF. MACKLIN, Ruth. *British Medical Journal*. 2003; 327; 1419-1420. Na mesma linha, a autora expressou seu pensar na obra sobre o ‘duplo padrão na pesquisa médica’: “Quem poderia se opor ao respeito à dignidade? Provavelmente ninguém afirmaria que os seres humanos não devem ser tratados com respeito por sua dignidade. Contudo, o conceito é tão vago que se aproxima de ser vazio de significado sem esclarecimentos mais profundos. Isso torna as demandas pela dignidade humana especialmente problemáticas no contexto da compreensão e aplicação de argumentos que invocam a dignidade humana como base para ações ou políticas de vários tipos. Nem acadêmicos nem os elaboradores de diretrizes e declarações nacionais, regionais ou internacionais parecem ter analisado o conceito de dignidade humana de uma forma tal que torne claros os critérios de sua aplicação. Mas muito do discurso da Organização das Nações Unidas e dos órgãos europeus se baseia na vaga e imprecisa noção de dignidade humana quando da formulação de diretrizes e declarações.

ideia basilar do discurso ético contemporâneo, ao menos no mundo ocidental, inclusive por seu grande apelo ao espírito. Ao revés, ela reforça a necessidade de se dar à locução dignidade humana maior densidade jurídica, objetividade e precisão. Até porque as dificuldades que ela apresenta no plano aplicativo - isto é, como critério de solução de conflitos - não desmerecem o seu papel como elemento de justificação no plano moral<sup>38</sup>. Na sequência, uma tentativa inicial de densificação do conceito, à luz do sistema jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana vem inscrita na Constituição brasileira como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano<sup>39</sup>. A vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objeti-

---

O 'respeito pela dignidade humana' se tornou, em alguns contextos, um mero *slogan*, como na afirmação de que a clonagem é 'contrária à dignidade humana' e mesmo 'uma violação das dignidade da espécie humana' (...). Quando desafiados a explicar precisamente como a produção de uma criança por meio de transplante nuclear constitui uma violação à dignidade humana, aqueles que o alegam se viram contra os desafiadores e os acusam de algum tipo de cegueira moral por não conseguirem reconhecer a dignidade inerente a todos os seres humanos" (tradução livre). MACKLIN, Ruth. **Double standards in medical research in developing countries**. Cambridge: Cambridge, 2004, p. 196-197.

<sup>38</sup> Vários textos buscaram discutir, relativizar ou negar a posição de Macklin, dentre eles, ANDORNO, Roberto. "*La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?*" Disponível em: [www.contrepointphilosophique.ch](http://www.contrepointphilosophique.ch). Acesso em: nov/2006. ANDORNO, Roberto. "*Dignity of the person in the light of international biomedical law*". *Medicina e Morale*. Rivista Internazionale bimestrale di Bioetica, Deontologia e Morale Medica. V. 1, p. 91-104, 2005. ASHCROFT, Richard E. "*Making sense of dignity*". *Journal of Medical Ethics*, v. 31, p. 679-682, 2005. ANJOS, Márcio Fabri dos. "Dignidade Humana em debate". *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio12v1/seccoes/seccao04.pdf>. Acesso em: mai/2006.

<sup>39</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 68 e s.

vos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela.<sup>40</sup> No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles.

De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia privada*, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em *autonomia pública*, no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno<sup>41</sup>, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial<sup>42</sup>. Todo indivíduo tem direito

<sup>40</sup> Sobre essas duas “dimensões” ou “princípios” da dignidade - o do valor intrínseco da vida humana e da responsabilidade pessoal -, v. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?*. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 9 e s.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy ....* Ob. Cit., p. xii.

<sup>42</sup> A respeito do ‘aspecto material’ da dignidade humana e seu elo com o mínimo existencial, consultar, sobre todos: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos...*, *Op. cit.*, p. 63. BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Último acesso em: dez./2008. Em uma intensa pesquisa sobre o conteúdo da expressão dignidade humana em decisões de cortes internacionais e estrangeiras, Christopher McCrudden identifica e discute criticamente a existência de consenso justaposto no uso da locução. Um dos elementos muito freqüentes é exatamente a associação entre dignidade e as condições materiais mínimas à existência humana. McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity... Op. cit.*, p. 292 e s.

a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é, ademais, précondição para o próprio exercício da autonomia privada e pública. Seria possível estender e aprofundar o debate, a fim de fazer a ligação entre dignidade e direitos de nova geração, como os de natureza ambiental e o direito à paz. Mas o desvio seria excessivamente longo para os fins desse trabalho.

Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. A intervenção estatal, portanto, pode ser: (i) de oferta de utilidades que satisfaçam a dignidade; (ii) de restrição a condutas individuais que violem a dignidade do próprio agente; e (iii) de restrição a condutas individuais para que não violem a dignidade de outros ou determinados valores comunitários. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia<sup>43</sup>.

## V. A DIGNIDADE HUMANA COMO AUTONOMIA

A dignidade como autonomia, como poder individual (*empowerment*), é a concepção subjacente aos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX<sup>44</sup>, bem como a inúmeras constituições do segundo pós-guerra. Esta é a visão que serve de fundamento e justificação para os direitos humanos e fundamentais, podendo-se nela destacar quatro aspectos essenciais: a) a

<sup>43</sup> Sobre autonomia e heteronomia, v. KANT, Immanuel. *Fundamentação...* *Ob. cit.*, p. 75.

<sup>44</sup> BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity in bioethics and biolaw*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 10.

capacidade de autodeterminação; b) as condições para o exercício da autodeterminação; c) a universalidade; e d) a inerência da dignidade ao ser humano. A ideia de dignidade como autonomia é especialmente relevante para os propósitos do presente trabalho. É que nele se procura retirar o tema da morte com intervenção do domínio dos tabus e das concepções abrangentes, para trazê-lo para o âmbito do debate acerca dos direitos humanos e fundamentais. E determinar se existe, afinal, o direito a uma morte no tempo certo, como fruto de uma escolha individual.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.

O segundo aspecto destacado diz respeito às *condições para o exercício da autodeterminação*. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado *mínimo existencial* (v. *supra*), a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. O terceiro e o quarto aspectos da dignidade como autonomia - universalidade e inerência - costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe

que ela seja respeitada e promovida de modo universal<sup>45</sup>. Ela é conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica<sup>46</sup>. A contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade, sem prejuízo de certos temperamentos admitidos em razão do multiculturalismo<sup>47</sup>.

A identificação da dignidade humana com a liberdade/autonomia, com a habilidade humana de autodeterminação, é frequente na doutrina, ainda que não com caráter exclusivo ou mesmo predominante<sup>48</sup>. É certo que em domínios como o da bioética, in-

<sup>45</sup> Roberto Andorno intitula de 'Standard Attitude' (atitude padrão) a aceitação da universalidade da dignidade humana, bem como de sua função de justificação e de fundação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. ANDORNO, Roberto. "The paradoxical notion of human dignity". *Persona - Revista Electrónica de derechos Existenciales*. n° 9, set. 2002. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>. Acesso em: dez./2008. Como exemplos, PIOVESAN, Flávia. "Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas". In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.) *Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 346 e s. Em sentido semelhante, embora utilizando o termo pessoa, BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos...", *Op. cit.*, p. 26. Ana Paula de Barcellos reconhece o viés ontológico da dignidade humana: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia...*, *Op. cit.*, p. 126, nota n° 213. Ingo Sarlet, embora aponte alguns problemas e contestações sobre a inerência da dignidade ao ser humano, reafirma que a dignidade humana possui uma dimensão ontológica, SARLET, Ingo Wolfgang. "As dimensões da dignidade da pessoa humana...", *Op. cit.*, p. 19-20.

<sup>46</sup> Passa-se ao largo do debate, referido como "contingência epistemológica", acerca da razão pela qual se afirma que os seres humanos possuem valor intrínseco. Vale dizer: qual é a característica ou propriedade que os distingue dos demais seres, especialmente dos animais não-humanos. A ideia da dignidade como autonomia e do valor intrínseco do ser humano dependeria, assim, da aceitação e da manutenção de uma cultura que a defenda. V. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...* *Op. cit.*, p. 22. V. tb. SERNA, Pedro. "La dignidad de la persona como principio del derecho público". *Derechos e Libertades - Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. Madrid: n° 10, p. 294-295.

<sup>47</sup> V. PIOVESAN, Flávia. *A declaração...*, *Op. cit.*, p. 346 e s.; e KYMLICKA, Will. "Multiculturalismo liberal". In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. IKAWA, Daniela (orgs). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Sobre a universalidade e uma perspectiva do cosmopolitismo kantiano, MARTINS-COSTA, Judith. "Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito". *Bioética y Bioderecho*. Rosário: V. 5, 2000, p. 40.

<sup>48</sup> Na linha do caráter primacialmente autonomista da dignidade, que não é dominante na doutrina nacional, vejam-se BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva: 2007 146-147; e CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana - o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro, Forense, 2005, *passim*.

clusivo e especialmente nas pesquisas clínicas, a autonomia figura como princípio fundamental, por ser o modelo baseado no consentimento livre e esclarecido dos sujeitos<sup>49</sup>. Também na jurisprudência estrangeira é possível encontrar decisões fundadas na noção de dignidade como autonomia. No julgamento do caso *Rodriguez*<sup>50</sup>, a Suprema Corte canadense fez expressa menção à “habilidade individual de fazer escolhas autônomas”, embora, no caso concreto, tenha impedido o suicídio assistido<sup>51</sup>. Na Suprema Corte americana, o mesmo conceito foi invocado em decisões como *Lawrence v. Texas*, a propósito da legitimidade das relações homoafetivas<sup>52</sup>. Na mesma linha da dignidade como autonomia foi a decisão da Corte Constitucional da Colômbia ao decidir pela inconstitucionalidade

<sup>49</sup> LUNA, Florencia. “Consentimento livre e esclarecido: ainda uma ferramenta útil na ética em pesquisa”. In: DINIZ, Debora; SUGAL, Andréa; GUILHEM, Dirce; SQUINCA, Flávia. *Ética em pesquisa: temas globais*. Brasília: UnB, 2008, p. 153 e s.

<sup>50</sup> CANADA. “*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*”, [1993] 3 S.C.R 519. Data: 30 de setembro de 1993. Disponível em: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1993/1993rcs3-519/1993rcs3-519.html>. Último acesso em: mai./2006.

<sup>51</sup> Com efeito, a Corte validou a distinção feita pela legislação canadense entre recusa de tratamento - reconhecida como direito do paciente - e o suicídio assistido, que é proibido. Por 5 votos a 4, negou o direito de uma mulher com esclerose lateral - enfermidade degenerativa irreversível - de controlar o modo e o momento da própria morte, com assistência de um profissional de medicina. Na decisão restou lavrado: “O que a revisão precedente demonstra é que o Canadá e outras democracias ocidentais reconhecem e aplicam o princípio da santidade da vida como um princípio geral que é sujeito a limitadas e estreitas exceções em situações nas quais as noções de autonomia pessoal e dignidade devem prevalecer. Todavia, essas mesmas sociedades *continuam a traçar distinções entre formas ativas e passivas de intervenção no processo de morrer*, e, com pouquíssimas exceções, proíbem o suicídio assistido em situações semelhantes à da apelante. A tarefa então se torna a de identificar as razões sobre as quais essas diferenças são baseadas e determinar se elas são suportáveis constitucionalmente”.

<sup>52</sup> Em “*Lawrence*” discutiu-se uma decisão da década de 1980, na qual foi considerada constitucional lei que criminalizava as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. O caso *Lawrence* reverteu a decisão anterior. *Lawrence v. Texas*. 539 U.S. 558 (2003). Embora as menções à dignidade humana não sejam tão frequentes nas manifestações da Suprema Corte dos Estados Unidos, há outros casos nos quais ela se fez presente no sentido de ‘dignidade como autonomia’, como por exemplo: a) “*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*”. 112 U.S. 2791 (1992), onde se discutiu a constitucionalidade de uma lei da Pensilvânia que regulamentava restritivamente a prática do aborto; b) “*Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*”. 476 U.S. 747 (1986), na discussão sobre o aborto, no voto do Justice Blackmun; b) “*Roper v. Simons*”, a respeito da proibição da pena de morte para pessoas com menos de dezoito anos. Cf. McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity... Op. cit.*, p. 688 e 695.

da proibição da eutanásia. O julgado fez expressa menção a uma perspectiva secular e pluralista, que deve respeitar a autonomia moral do indivíduo<sup>53</sup>.

A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque a o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos. Da dignidade como heteronomia.

## VI. A DIGNIDADE HUMANA COMO HETERONOMIA

A ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que a escolhas individuais<sup>54</sup>. Nela se abrigam conceitos jurídicos

<sup>53</sup> “En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior. La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, *como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión.* (...) Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad” COLOMBIA. Sentencia C-239/97. Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980 - Código Penal. Magistrado Ponente: dr. Carlos Gaiviria Diaz. 20 de mayo de 1997. Disponível em: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/jsp/frames/index.jsp?idstio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idstio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp). Acesso em: mai. /2005, citando as decisões T-401 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz e Sentencia T-090 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. É preciso salientar que tal foi a posição majoritária da Corte. Nos votos de dissidência a proposta de entender a ‘dignidade humana como autonomia’ foi muito criticada. Ao defender a posição majoritária, foram mencionados julgados anteriores da Corte, nos quais a ‘dignidade como autonomia’ foi a concepção prevalente.

<sup>54</sup> BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity... Op. cit.*, p.29.

indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*. Como intuitivo, o conceito de 'dignidade como heteronomia' funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Inúmeros autores chancelam a noção de dignidade como freio à liberdade, no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia<sup>55</sup>.

Do parágrafo anterior se extrai como consequência que, na concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade. Existem algumas decisões que são consideradas emblemáticas para a visão da 'dignidade como heteronomia'. Uma delas, por variados fatores, tornou-se muito conhecida no Brasil: o caso do arremesso de anões. O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain*, atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de

---

<sup>55</sup> VILHENA, Oscar Vieira (col. de Flávia Scabin). *Direitos Fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67. Após explicitar a visão autonomista da dignidade, o autor explora o pensamento kantiano e demonstra que, apesar de nele residir uma versão autonomista, há também espaço para a heteronomista: "O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à idéia de autonomia, da livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra - qual seja, o da ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim. Esta a razão pela qual, do ponto de vista da liberdade, não há grande dificuldade em se aceitar um contrato de prestação de serviços degradantes. Se o anão decidiu, à margem de qualquer coerção, submeter-se a um tratamento humilhante em troca de remuneração, qual o problema? De fato, da perspectiva da liberdade não há problema algum. A questão é se podemos, em nome de nossa liberdade, colocar em risco nossa dignidade. Colocada em termos clássicos, seria válido o contrato em que permito a minha escravidão? Da perspectiva da dignidade, certamente não".

uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico (Sr. Wackenheim), recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por *excès de pouvoir*. O Conselho de Estado, todavia, na qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão e restabeleceu a proibição. A liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não foram consideradas obstáculos ao entendimento que prevaleceu, justamente por haver ele se fundado na defesa da dignidade da pessoa humana<sup>56</sup>.

São também consideradas paradigmáticas da ideia de ‘dignidade como heteronomia’ as decisões que consideram ilícitas relações sexuais sadomasoquistas consentidas<sup>57</sup>. Tanto no Reino Unido quanto na Bélgica, prevaleceu o ponto de vista de que o consentimento não poderia funcionar como defesa em situações de violência física. Embora a expressão ‘dignidade humana’ não tenha sido diretamente empregada no caso inglês, a tese esposada é plenamente conciliável com a ‘dignidade como heteronomia’<sup>58</sup>. Na visão dos Lordes que compuseram a maioria, a sociedade está

<sup>56</sup> A decisão assim lavrou: “Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine” (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. LONG, WIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ E GENEVOIS, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz, 1996, p. 790 e s. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado por BARBOSA GOMES, Joaquim B. “O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa”, in *Seleções Jurídicas ADV* n. 12, 1996, p. 17 s. V. tb. CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade...*, *Op. cit.*, p. 249. Convém reportar que este jogo não se apresentou apenas na França. A situação ocorreu também em Portugal, e vem se mostrando nos Estados Unidos da América. Conferir: KUFLIK, Arthur. “*The inalienability of autonomy*”. *Philosophy and public affairs*. V. 13, n° 4 (*autumm*, 1984), p. 271-298. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, *Op. cit.*, p. 333, n° 111. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...* *Op. cit.*, p. 25 e s.

<sup>57</sup> UNITED KINGDOM. “*House of Lords. R. v. Brown.*” [1993] All ER 75. Disponível em: <http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/brown01.htm>. Último acesso em: dez./2008. CEDH. *Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*. (Requêtes n°s 42758/98 et 45558/99). 2005.

<sup>58</sup> Pode-se entrever a motivação com ênfase no voto do Lord Coleridge (maioria). UNITED KINGDOM. “*House of Lords. R. v. Brown...*” Cit.

autorizada a recorrer ao direito penal para coibir comportamentos autorreferentes que possam impactar moralmente o grupo social, ao passo que a minoria deliberou no sentido de preservar a privacidade e a liberdade das pessoas quanto a atos autorreferentes<sup>59</sup>. Já na decisão belga, a dignidade humana como limite à liberdade, em sua versão heterônoma, foi o principal fundamento do julgado<sup>60</sup>. Nos dois casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou as decisões dos Estados, embora não se tenha ancorado na dignidade humana<sup>61</sup>.

Outro caso típico de consideração da ‘dignidade como heteronomia’ refere-se aos chamados *peep shows*. O Tribunal Federal Administrativo alemão considerou atentatória à dignidade humana a realização deste tipo de apresentação, uma vez que uma pessoa submete-se, como objeto, à vontade de outra: “essa violação da dignidade humana não é removida nem justificada pelo fato de que a mulher que atua em um *peep show* age voluntariamente. A dignidade do homem é um valor objetivo, inalienável... o seu respeito não pode ser renunciado pelo indivíduo”<sup>62</sup>. Do excerto, percebe-se que a dignidade humana foi tomada como “um valor objetivo”, que ultrapassa a esfera individual e pode ser violado mesmo que o indivíduo não considere estar atingido na sua dig-

<sup>59</sup> Lord Mustill e o Lord Slynn of Hadley dissentiram. UNITED KINGDOM. “*House of Lords. R. v. Brown...*” Em variados pontos, a decisão faz lembrar a contenda entre H.L.A. Hart e Lord Devlin: HART, H.L.A. *Law, liberty, and morality*. Stanford: Stanford University, 2007. LORD DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University, 1968.

<sup>60</sup> Há que se ter atenção aos fatos deste caso, que são bastante diferentes daqueles de “*R. v. Brown*”. Cf. CEDH. *Affaire K.A. et A.D...* Cit.

<sup>61</sup> CEDH. “*Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom*”. 1997. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Laskey%2C%20Jaggard%20%20Brown%20%20v.%20%20United%20%20Kingdom&sessionId=25693996&skin=hudoc-en>. Último acesso em: dez./2008. Apenas o voto do Justice Pettit tocou diretamente no ponto da proteção da moral pública, relacionando-a com a dignidade humana: “Os perigos da permissividade excessiva, que pode conduzir à indulgência, à pedofilia (...) ou à tortura de terceiros, foram destacadas na Conferência Mundial de Estocolmo. A proteção da vida privada significa a proteção da intimidade e da dignidade de uma pessoa, não a proteção da sua desonra ou a promoção da imoralidade criminoso”.

<sup>62</sup> Cf. ULLRICH, Dierk. “*Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*”. *Global Jurist Frontiers*. V. 3, n° 1, 2003, p. 83.

*nidade*. Nessa linha de entendimento, “onde a dignidade humana assim concebida estiver em jogo, a livre escolha é irrelevante”<sup>63</sup>.

O exame de decisões judiciais que se fundaram na dignidade humana, em diferentes partes do mundo, revela a existência de uma visão *comunitarista* e restritiva de direitos (*rights-constraining*), em oposição à visão individualista e protetiva de direitos (*rights-supporting*)<sup>64</sup>. Nessa perspectiva, que se justapõe à ideia de ‘dignidade como heteronomia’, as Cortes aceitaram ou impuseram limites, por exemplo, à liberdade de expressão, visando a evitar a proliferação da pornografia e da indecência, e também dos chamados discursos do ódio<sup>65</sup>. Paralelamente, também há diversos julgados nos quais se considera que existem limites para que uma pessoa possa dispor de sua própria dignidade, dando a ela uma dimensão heterônoma. Em muitas situações, o conceito é utilizado como forma de impor um ponto de vista moral abrangente, que varia de lugar para lugar<sup>66</sup>. Aliás, em alguns documentos mais recentes sobre bioética, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina e a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, da UNESCO, a expressão dignidade humana trata *mais* de limitar a liberdade em nome de valores compartilhados, ou seja, *tende* à dignidade como heteronomia<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity... Op. cit.*, p.34.

<sup>64</sup> Sobre o ponto, v. especialmente o já referido estudo de McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity....*

<sup>65</sup> Sobre a proibição dos discursos do ódio para a proteção da dignidade humana são citadas decisões da Corte de Israel, da Comissão Europeia de Direitos Humanos, do Canadá e também da África do Sul e da Hungria. No Brasil, um dos fundamentos utilizados pelo STF para a proibição dos discursos do ódio foi justamente a dignidade humana. McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity... Op. cit.*, p. 699 e s. BRASIL. STF. HC nº 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. 19/03/2004.

<sup>66</sup> McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity... Op. cit.*, p.675. “O que emerge dessas diferenças é que algumas jurisdições usam a dignidade como a base para (ou como outro modo de expressar) um ponto de vista moral abrangente, que parece significativamente diferente de região para região”.

<sup>67</sup> Sobre o ponto, v. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity... Op. cit.*, p. 34; 29-33; p. 38-44. Todavia, os autores reconhecem nesses documentos elementos, ainda que menos fortes, da ‘dignidade como autonomia’. Conferir os documentos e seus relatórios: CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina*. (04/04/1997). COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the protection of Human Rights and dignity of the*

Na petição inicial da ação civil pública contra a resolução do Conselho Federal de Medicina que autorizava a ortotanásia, está subjacente a ‘dignidade como heteronomia’. O simples fato de o Procurador sustentar que todos os pacientes terminais e seus familiares estão destituídos de capacidade para tomar decisões referentes aos tratamentos médicos que serão ou não realizados, torna claro que a ‘dignidade como autonomia’ não se faz presente em seu raciocínio. *A priori*, pessoas são destituídas de sua autonomia, sem qualquer exame das particularidades do caso, sem qualquer análise individualizada, por profissionais, da habilidade para tomar decisões. Descarta-se, sumariamente, *a possibilidade* de os pacientes terminais ou seus responsáveis legais optarem pela limitação consentida de tratamento, que é considerada, na peça exordial, como uma fuga, uma facilidade. Indigno seria não enfrentar o sofrimento e não lutar contra a morte, ou seja, a escolha da morte *é um mal em si* ou é uma escolha que pode ser reputada *errônea* por uma sociedade política. Como a dignidade pode limitar a liberdade, são os pacientes e seus responsáveis considerados impedidos de decidir. É uma compreensão heterônoma do que é ou não digno para o ser humano em seu leito de morte<sup>68</sup>.

Em suma, pode-se dizer que a ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados. Por isso, a ‘dignidade como heteronomia’ é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos. Entretanto, assim como a ‘dignidade como au-

---

*human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine - Explanatory Report* (17/12/1996). UNESCO. *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*. (11/11/1997). Importa conferir ainda a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO. O texto é posterior aos demais e parece ligar a dignidade humana à autonomia com mais intensidade. UNESCO. *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*. (19/10/2005).

<sup>68</sup> BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *ACP nº2007.34.00.014809-3. Petição Inicial*. Cit. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Recomendação nº01/2006 - WD - PRDC*. Cit.

tonomia’, a ‘dignidade como heteronomia’ também possui inconsistências teóricas e práticas. Como críticas principais, é possível compendiar: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas<sup>69</sup>, jurídico-moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução ‘dignidade humana’; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política.

Relatados os principais conteúdos da expressão dignidade humana, constata-se que as versões autônoma e heterônoma competem entre si, sem se excluírem. Cabe verificar, então, a

<sup>69</sup> O *paternalismo jurídico* é um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos, para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-infligidos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida. São institutos afins: a) o *moralismo jurídico*: a.1) em sentido estrito: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) em sentido amplo: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem mal aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) o *princípio do benefício aos demais*: é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) o *perfeccionismo*: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) o *moralismo jurídico paternalista*: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política, ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de ‘um mundo moralmente melhor’. V. FEINBERG, Joel. “*Legal paternalism*”. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). *Paternalism*. Minnesota: Minnesota University, 1987, p. 3-18. DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. Op. cit., p. 19-35. DWORKIN, Gerald. “*Paternalism: some second thoughts*”. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). *Paternalism*. Minnesota: Minnesota University, 1987, p. 105-112. FEINBERG, Joel. *Harm to others - the moral limits of the criminal law* (v. I). Oxford: Oxford University, 1986. ALEMANY, Macário García. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de Doctorado. Alicante: 2005, p.160-161. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.htm?Ref=14591&ext=pdf&portal=0>. Acesso em: set./2007. BROCK, Dan. “*Paternalism and promoting the good*”. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). *Paternalism*. Minnesota: Minnesota University, 1987, p. 237-260. ATIENZA, Manuel. “*Discutamos sobre paternalismo*”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n° 5, 1988, p. 203. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (especialmente os capítulos 5 e 6). VALDÉS, Ernesto Garzón. “*¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n° 5, 1988. DWORKIN, Gerald. “*Moral Paternalism*”. *Law and Philosophy* (2005) 24, p. 305-319.

aplicação de ambos os conceitos no contexto da morte com intervenção<sup>70</sup>.

## VII. AUTONOMIA *VERSUS* HETERONOMIA: QUAL DIGNIDADE?

A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação. A dignidade como heteronomia tem o seu foco na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele. No primeiro caso, prevalecem o consentimento, as escolhas pessoais e o pluralismo. No segundo, o paternalismo e institutos afins, ao lado dos valores morais compartilhados pela sociedade. A liberdade e as escolhas individuais são limitadas mesmo quando não interfiram com direitos de terceiros<sup>71</sup>. Como se pode intuir singelamente, a dignidade como autonomia legitima diferentes modalidades de morte com intervenção, desde que o consentimento seja genuíno, informado e livre de privações materiais. Já a dignidade como heteronomia serve de fundamento à proibição da morte com intervenção<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Não se explorou aqui a denominada “concepção dialógica da dignidade”. De acordo com ela, o conteúdo da dignidade humana seria desenvolvido a partir do diálogo entre atores morais autônomos, mediante um procedimento que a proteja em diversos aspectos. Como em outros ambientes teóricos, é bem de ver que as situações ideais de diálogo e as exigências teóricas formuladas para o plano discursivo são de implementação muito difícil nas sociedades atuais. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...*, *Op. cit.*, p. 45. A proposta dialógica é identificada pelos autores como uma forma de ‘dignidade como heteronomia’. A ‘concepção dialógica da dignidade’ tem por base os escritos habermasianos: HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana - a caminho da eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>71</sup> MCCRUDDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation...*, *Op. cit.*, *passim*. ULLRICH, Dierk. *Concurring visions: human dignity...* *Op. cit.*, p. 83. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...*, *Op. cit.*, p. 20 e s.

<sup>72</sup> É bem de ver que é na cena atual que a ‘dignidade como heteronomia’ apresenta-se como óbice à morte com intervenção, pois, em épocas pretéritas, ela foi empregada por alguns regimes, como o nazista, para definir, de modo externo ao sujeito e mesmo contra a sua vontade, as vidas indignas de serem vividas, trazendo à tona uma cultura de exterminio altamente discriminatória e cruel. Na época, tais assassínatos eram cognominados eutanásia, mas hoje eles seriam reputados genocídio ou, em alguns casos, mistanásia, a morte em tempo equívoco, fundada em discriminações, erros, preconceitos e falta de acesso à

Trazendo o debate para o âmbito do sistema jurídico brasileiro, não parece possível adotar, de forma excludente, um ou outro viés da dignidade humana. Mas, tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil<sup>73</sup>. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais. A dignidade como heteronomia obteve menos ênfase. Como visto, ela se move em torno de conceitos indeterminados como “moral pública” e “bons costumes”, por exemplo, que nem figuram no texto constitucional brasileiro<sup>74</sup>. Outras locuções, como “interesse público” e “ordem pública” são mencionados no texto para hipóteses bem contadas e de aplicação específica, que não incluem - ao menos expressamente - a restrição a direitos fundamentais.

As diferenças em relação a textos constitucionais anteriores, portanto, demarcam a superação de modelos inspirados na imposição de uma moralidade social unitária, carente de dialética e de pluralismo. Na história nacional, esta sempre foi a porta de entrada para o paternalismo, o perfeccionismo moral e para a intolerância, combustíveis para o arbítrio e o autoritarismo. Com

---

proteção e à promoção da saúde. Sobre o termo *mistanásia*. NABARRO, Sonia Wendt. “Morte: dilemas éticos do morrer”. *Arquivos do Conselho Federal de Medicina do Paraná*. Curitiba: v. 23, nº 92. Out.Dez./2006, p. 185-244.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>74</sup> Na Constituição de 1967, as locuções ‘bons costumes’ e ‘ordem pública’ foram utilizadas uma vez para autorizar expressamente a restrição da liberdade de culto (art.150, § 5º). Na Constituição de 1946, há dispositivo análogo ao mencionado, e, duas vezes, a ‘ordem pública’ é o autorizador expresso para restrição de direitos, a reunião pacífica e a permanência de estrangeiro no território nacional (art.141, § 7º e § 11 respectivamente). A Constituição de 1937, por seu turno, foi mais pródiga na utilização dos termos ‘moral pública’, ‘moralidade pública’, ‘bons costumes’ e ‘ordem pública’, para autorizar a restrição expressa de direitos, como: a) liberdade de manifestação do pensamento (art.15, b); b) a liberdade de culto (art.122, 4º); c) o direito de manifestação dos parlamentares (art.43) e d) como justificadores da instituição, por lei, da censura prévia (art.15, a) e da condução dos rumos da educação (art.132). Do exposto, percebe-se que a Constituição de 1988 efetivamente

isso, não se quer sustentar, todavia, que a Constituição de 1988 sirva de fundamento e justificação para um individualismo exacerbado, para um primado caótico de vontades individuais, unidas apenas pela geografia. Há uma dimensão comunitarista no texto constitucional, que se manifesta em diferentes instâncias. Nela se destacam os compromissos com o bem de todos, a erradicação da pobreza e a solidariedade social. De parte disso, a Constituição reconhece a relevância de instituições que são expressões coletivas do eu, como a família, os partidos políticos e os sindicatos. A tudo isso se somam certos consensos substantivos, impeditivos de condutas que afetem a dignidade<sup>75</sup>. Estes e outros elementos permitem identificar uma sociedade política ligada por valores sociais e morais comuns.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há inúmeros julgados que se referem à dignidade humana. Por vezes, o emprego da locução é puramente ornamental. Em muitos casos, ela não é o único ou o principal fundamento de decidir, sendo frequentemente associada a um direito fundamental específico, como reforço argumentativo. Sem embargo, é possível detectar uma predominância da ideia de dignidade como autonomia sobre a dignidade como heteronomia<sup>76</sup>. A análise dos diferentes votos permite apontar certas

---

consagrou o não uso de tais conceitos indeterminados (ou similares) para autorizar expressamente a restrição de Direitos Fundamentais.

<sup>75</sup> A Constituição de 1988 possui diversos elementos substantivos dessa natureza, como a proibição dos trabalhos forçados, das penas cruéis, de morte (ressalva feita à guerra), perpétuas, da tortura e da *imposição* de tratamento desumano ou degradante, bem como a proibição da comercialização de órgãos e tecidos do corpo humano. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 5º, III; art. 5º, XLVII.

<sup>76</sup> Quanto à dignidade como autonomia, especialmente: (a) a discussão sobre a recepção de artigos da Lei de Imprensa na ordem constitucional pós-88. Nos votos, demarcado está o cunho pluralista e protetor das liberdades. A correlação direta com a dignidade está no voto do Min. Relator e, indiretamente, perpassa todo o *decisum*; (b) a discussão da constitucionalidade da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos. É bem de ver, todavia, que há insinuação de um elemento da ‘dignidade como heteronomia’ em alguns votos desse acórdão, dado o modo de compreender a ressocialização dos condenados criminalmente. Porém, impera a vertente autonomista, como atesta longo trecho da lavra do Min. Cezar Peluso sobre a assimetria entre o direito e a moralidade, o crime e o pecado. A laicidade e a pluralidade são consideradas limites ao *jus puniendi*, o que está de todo associado à ‘dignidade como autonomia’; (c) o elo entre dignidade e as condições mínimas de vida. Quanto à dignidade como heteronomia, o caso paradigmático é, sem dúvida, o

formulações recorrentes, que figuram como “consensos sobrepostos”<sup>77</sup> na matéria, que podem ser assim sumariados: a) correlação da fórmula do ‘homem objeto’, ou da não instrumentalização dos seres humanos, à liberdade humana e às garantias constitucionais da liberdade<sup>78</sup>; b) manutenção da integridade física e moral dos

---

chamado caso Ellwanger, acerca dos discursos do ódio. Entretanto, é bom trazer à tona que a CF/88 contém dispositivo específico sobre o crime de racismo (art. 5º, XLII). BRASIL. STF. ADPF nº 130-7/DF - MC. Rel. Min. Carlos Britto. 07/11/2008. BRASIL. STF. HC nº 82.959-7/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 01/09/2006. BRASIL. STF. HC nº 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. 19/03/2004.

<sup>77</sup> *Consenso sobreposto* é uma expressão cunhada por John Rawls. Ao elaborar sua célebre *teoria da justiça*, tomou ele como pressuposto o fato do pluralismo, assumindo que é um traço permanente da cultura política de uma democracia a convivência de diversas crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais. Para que seja possível a construção de uma sociedade política, faz-se necessária a adesão razoável de todos a princípios básicos de justiça. A partir dessa adesão primeira, formam-se, mediante emprego do procedimento da razão pública, outros pontos de consenso político, justamente aqueles que podem ser razoavelmente aceitos por indivíduos ou grupos que não compartilham as mesmas crenças. Tais pontos são o chamado *consenso sobreposto*. RAWLS, John. *Justiça como equidade - uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. Rev. Técnica Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes: 2003, p. 44-53.

<sup>78</sup> A fórmula do homem-objeto, oriunda do direito germânico, tem por base os trabalhos de Dürig, que, por sua vez, partiu de premissas kantianas. Como exemplo, vários julgados tornaram cediço que o indivíduo não pode, a pretexto de manutenção da ordem e da segurança públicas: (a) ter sua liberdade cerceada no curso do processo penal por tempo indeterminado ou maior do que os prazos permitidos, se não deu causa à mora processual, ou se, ressalvados outros fatos muito relevantes, exauriu-se a justificativa para mantê-lo preso; (b) ser conduzido ou mantido preso no curso do processo apenas em razão da gravidade ou da repercussão do crime, ainda que hediondo, tampouco por fundamentos decisórios genéricos; (c) ter o seu silêncio, na persecução penal, interpretado em seu desfavor; (d) não ser devidamente citado em processo penal. Na linha de casos, a motivação é a de que o indivíduo não pode ser mais uma engrenagem do processo penal, ou seja, não pode ser instrumentalizado para o efetivo funcionamento da máquina persecutória estatal, impondo-se sua dignidade a proteger as liberdades e as garantias constitucionais da liberdade. Ademais, por insistência do Min. Gilmar Mendes, a prisão instrumental à extradição está sendo revisitada, pois, como entende o Ministro, o extraditando torna-se um instrumento ante objetivos estatais. A ideia kantiana de *fim-em-si* foi utilizada em acórdão que discutiu a competência para o julgamento de crimes de redução de pessoas à condição análoga à de escravo. Pese embora ser o conteúdo da dignidade passível de leitura como ‘heteronomia’, pois a escravidão é considerada um mal em si, o seu conteúdo é fortemente relacionado à preservação da liberdade humana e de suas pré-condições. Cf. BRASIL. STF. HC nº 92.604-5/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº 88.548-9/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 26/09/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.657-1/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.414-4/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.121-8/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.524-8/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº 91.662/PR. Rel. Min. Celso de Melo. 04/04/2008 (neste acórdão, o ponto principal da motivação é o *due*

indivíduos<sup>79</sup>; c) proibição da tortura, da imposição de tratamento desumano ou degradante e da crueldade<sup>80</sup>.

É possível assentar, assim, que o conceito de dignidade como autonomia tem presença mais forte no texto constitucional, com alguma permeabilidade à dignidade como heteronomia. A prevalência dessa última, fora dos casos expressos ou inequívocos, envolverá especial ônus argumentativo. Na jurisprudência do STF, a despeito da adoção do critério da dignidade como heteronomia em um ou outro caso, é possível identificar um razoável consenso em relação a certos conteúdos da dignidade como autonomia. Ele reside, justamente, na compreensão de ser a dignidade humana o escudo protetor da “inviolabilidade do indivíduo” - especialmente no que tange a diferentes formas de manifestação da liberdade -, assim como fundamento de proteção da sua integridade física e psíquica e do repúdio ao tratamento cruel, desumano ou degradante. Merece referência, nesse contexto, a longa linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre *dano moral*. Tal modalidade de dano, caracterizado por elementos como “dor, sofrimento e humilhação”, também avilta a dignidade humana<sup>81</sup>.

---

*processo of law*). BRASIL. STF. HC nº 92.842/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. RE 398.041-6/PA. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 19/12/2008.

<sup>79</sup> O *leading case* quanto à integridade física parece ser o que versou sobre a possibilidade de realização compulsória de exame de DNA para fins de comprovação de paternidade. Mesmo que deveras relevante o interesse do outro polo da relação processual, o STF considerou que a realização forçada de exames invade a privacidade, a intimidade e a integridade física individuais, protegidas pela dignidade. Mais recente foi a discussão sobre o uso de algemas, que culminou, inclusive, na edição da Súmula Vinculante nº11. O uso acriterioso de algemas e a divulgação abusiva de imagens de indivíduos nessa condição foram considerados tratamentos humilhantes e desonrosos. BRASIL. STF. HC nº71.373-4/RS. 22/11/1996. BRASIL. STF. HC nº89.429-1/RO. 02/02/2007.

<sup>80</sup> Importante referir os acórdãos e a Súmula sobre o uso de algemas, bem como a decisão acerca do crime de tortura perpetrado contra crianças e adolescentes. BRASIL. STF. HC nº70.389-5/SP. 10/08/2001. Na doutrina estrangeira, é interessantíssima a produção de Waldron no tema: WALDRON, Jeremy. “*Inhuman and degrading treatment: a non-realist view*”. NYU Public Law Colloquium, April, 23 (*second draft*).

<sup>81</sup> É efetivamente longa essa linha de precedentes. Como ilustração, destacam-se: BRASIL. STJ. REsp.910.794/RJ. Rel. Min. Denise Arruda. 04/12/2008. BRASIL. STJ. 802.435/PE. Rel. Min. Luiz Fux. 30/10/2006. Do último, vale destacar trecho: “10. *Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o*

No plano infraconstitucional, especialmente no entrelaçamento da bioética com o Direito, a versão autonomista da dignidade prevalece nitidamente. O modelo adotado em diversas leis e regulações é centrado no consentimento do paciente, seus responsáveis, dos sujeitos de pesquisa ou outros envolvidos<sup>82</sup>. Até mesmo no campo da morte com intervenção encontram-se enunciados normativos fundados no consentimento para as hipóteses de ortotanásia, cuidado paliativo, internação domiciliar e escolha do local da morte<sup>83</sup>. Em suma: à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como

---

exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma ‘morte em vida’, que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?”.

<sup>82</sup> A confirmar a assertiva: a) a legislação vigente sobre *transplantes* de órgãos *inter vivos* e *post mortem*, fulcrada no consentimento. Tão grande é a relevância do consentimento que o sistema de doação presumida inicialmente instituído foi alvo de intensa polêmica, o que gerou alteração no texto legal. A nova forma, que deixa ao encargo do consentimento dos familiares, também causa dissenso, havendo sustentações bastante razoáveis no sentido de que a decisão do provável doador, se formulada, deveria prevalecer sobre a da família (Lei nº 9.434/1997, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/2001); b) a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, cujo paradigma de proteção dos sujeitos de pesquisa está centrado no consentimento livre e esclarecido; c) a regulamentação das técnicas de reprodução assistida adota por princípio o consentimento informado de pacientes e doadores (CFM. Resolução nº 1.358/1992); d) a regulamentação da gestação por substituição (hipótese de reprodução assistida) determina que, uma vez seguidos certos padrões, há de prevalecer o consentimento da gestante por substituição e dos pais biológicos (CFM. Resolução nº 1.358/1992); e) a regulamentação da cirurgia de transgenitalização é orientada pela manifestação do desejo expresso (CFM. Resolução nº 1.652/2002); e) a necessidade de consentimento dos genitores para uso de células tronco embrionárias em pesquisa ou processo terapêutico, prevista pela Lei de Biossegurança e reafirmada pelo STF (Lei nº 11.105/2005).

<sup>83</sup> São os seguintes documentos: a) a Carta de Direitos dos Usuários do Sistema de Saúde, aprovada pela Portaria nº 675/GM/2006 do Ministério da Saúde, b) Lei Covas (assim intitulada em razão do ex-Governador Mário Covas, que afirmou sancioná-la como Governador e como paciente), do Estado de São Paulo; c) a Lei nº 3.613/2001, do Estado do Rio de Janeiro; d) a Lei nº 12.770/2005, do Estado de Pernambuco, e) a Lei nº 2.804/2001, do Distrito Federal. f) a Lei nº 14.254/2003, do Estado do Paraná; g) Lei nº 16.279/2006, do Estado de Minas Gerais Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Limitação de tratamento... Op. cit.* Merece relevo a Resolução nº 41/95 do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Conanda), que estabelece os **Direitos das crianças e adolescentes hospitalizados**: “20. Direito a ter uma morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis”. BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução nº 41 de Outubro de 1995 (DOU 17/19/95).

heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Mas não invariavelmente.

### **VIII. O DIREITO À MORTE DIGNA: EM BUSCA DE CONSENSOS MÍNIMOS**

No ambiente da morte com intervenção, a ideia de dignidade como autonomia deve prevalecer, por diferentes razões. A primeira delas é de cunho normativo e foi explorada no tópico anterior: o sistema constitucional dá maior importância à liberdade individual do que às metas coletivas<sup>84</sup>. Ademais, do ponto de vista filosófico, é melhor a fórmula que reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e de assumir responsabilidades por elas. Note-se, a propósito, que ao se valorizar a autonomia, não se está definindo o resultado: o paciente - ou seu responsável, em certos casos - poderá optar entre várias possibilidades, que incluem o prolongamento máximo da vida, seu não prolongamento artificial e, em situações-limite, sua abreviação. Também em relação aos profissionais de saúde, a dignidade como autonomia é o melhor critério: assegura-lhes o direito de não realizar procedimentos que não considerem adequados, permite que atendam à vontade do paciente de não lhe causar sofrimento inútil, sem excluir a possibilidade de objeção de consciência por parte do médico, caso não esteja de acordo com as escolhas manifestadas.

Registre-se que a adoção do critério da dignidade como heteronomia enfrentaria ainda uma particular dificuldade. É que, no seu interior, há duas proposições que competem entre si e, de certa forma, neutralizam-se. De um lado, a que valoriza a preservação da vida humana como um bem em si; de outro, a proibição de impor aos indivíduos tratamento desumano ou degradante. Jano, com suas duas faces. Reitere-se, uma vez mais, que o pressuposto fático da tese aqui desenvolvida inclui a impossibilidade de cura, melhora ou reversão do quadro clínico, importando o tratamento em extensão da agonia e do sofrimento, sem qualquer perspectiva para o paciente. Em outros cenários, por certo, seria admissível

---

<sup>84</sup> No fundo, as situações em que as imposições externas se dão em nome do direito de terceiros envolve a demarcação ou a ponderação entre autonomias. A questão, portanto, é de alteridade, da igual dignidade do outro, e não propriamente de heteronomia.

a aplicação da dignidade como heteronomia<sup>85</sup>. Outro pressuposto relevante consiste na certeza do diagnóstico, do prognóstico e das alternativas existentes. O consentimento, por sua vez, deve ser aferido por padrões seguros, para que se tenha certeza de que as decisões foram tomadas de modo livre, consciente e esclarecido<sup>86</sup>. Relembre-se, por fim, de que as *condições* para o exercício da liberdade são decisivas nesse contexto. Isso significa ausência de privações materiais, que abrange não apenas a despreocupação de ser um peso para os entes queridos, como também o acesso a sistemas adequados de saúde.

Ao se concluir pela prevalência da ideia de dignidade como autonomia, na morte com intervenção, deve-se admitir, como escolhas possíveis por parte do paciente - ou seus familiares e responsáveis -, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Contudo, em um ambiente jurídico e médico no qual a ortotanásia seja tratada de maneira adequada, as alternativas da eutanásia e do suicídio assistido serão excepcionais, raras mesmo. É bem de ver que o debate jurídico e moral sobre essas duas últimas categorias consumiria tempo e energia, sem garantia de sucesso a curto prazo. Em razão disso, no momento presente, torna-se mais importante a busca do consenso em torno da *ortotanásia*, que inclui a limitação consentida de tratamento, o cuidado paliativo e as intervenções de duplo efeito. A legitimação de um modelo in-

---

<sup>85</sup> É o que ocorre, por exemplo, quando se trata de portadores de transtornos mentais ou de adictos que põem em risco as próprias vidas, muitas vezes com a autonomia já nebulosa. São submetidos a tratamentos e a situações que julgam humilhantes e degradantes, mas a justificação está na temporariedade, na possibilidade de reversão e de recuperação ou, ainda, na de uma subsistência sem padecimentos insuportáveis.

<sup>86</sup> Quanto aos pacientes impossibilitados de manifestar sua vontade ou os civilmente incapazes, é tarefa planejar como será feito o processo de decisório. Para tanto, a referência seria a manifestação anterior de vontade, enquanto o indivíduo mantém a capacidade decisória, por meio de 'diretrizes antecipadas' e de 'testamentos de vida', que podem conter a indicação de um responsável por tomar decisões (decisão por substituição). Se ausentes os instrumentos, caberia recuperar o estilo de vida e os valores edificados pelo indivíduo no curso de sua existência e moldá-los lado a lado com os melhores interesses do enfermo. No ponto, v. por todos, BROCK, Dan W. "Surrogate decision making for incompetent adults: na ethical framework". In: MAPPES, Thomas A. DeGRAZIA, David. *Biomedical Ethics*. Fifth Edition. New York: McGraw-Hill, 2000, p. 350-355. Em junho de 2009, o parlamento alemão aprovou lei sobre diretrizes antecipadas e testamentos de vida, validando mais de 9 milhões de atos dessa natureza então existentes.

termediário se justifica, especialmente, pelo fato de que, no Brasil, não se tem feito qualquer diferenciação jurídica significativa entre a obstinação terapêutica, de um lado, e as condutas ativas e intencionais de abreviação da vida, de outro.

Pesquisas desenvolvidas em países que oficialmente implementaram fórmulas intermediárias permitiram constatar que o desejo de morrer mediante atos de eutanásia e de suicídio assistido foi substancialmente reduzido<sup>87</sup>. Portanto, antes de trazer para o topo da agenda o tratamento dessas outras duas alternativas de morte com intervenção, deve-se investir energia em um consenso possível em relação à ortotanásia, que envolve escolhas morais menos drásticas<sup>88</sup>. Enfatize-se bem: à luz das premissas filosóficas aqui assentadas em relação à dignidade da pessoa humana, a eutanásia e o suicídio assistido são possibilidades com elas compatíveis. Porém, em lugar de um debate público que produziria inevitavelmente vencedores e vencidos, optou-se por construir uma solução que possa ser aceita por todos. A seguir, breve detalhamento das proposições centrais em relação ao tema, que são aqui reputadas como plenamente compatíveis com a Constituição e a legislação em vigor, podendo ser desde já concretizadas. São elas:

<sup>87</sup> Cf. QUILL, Timothy E. et. al. “The debate over physician-assisted suicide: empirical data and convergent views”. *Annals of Internal Medicine*. V. 128, issue 7, april, 1998. Em entrevista concedida em 2007, Diego Gracia afirmou que “La eutanasia será una excepción cuando los cuidados paliativos sean los adecuados”. Disponível em: <http://www.siiis.net/documentos/hemeroteca/703164.pdf>. Acesso em: abr./2009.

<sup>88</sup> A própria Igreja Católica, em documento da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, intitulado Declaração sobre a Eutanásia, após reiterar sua condenação ao aborto, à eutanásia e ao suicídio assistido, admitiu expressamente a recusa de tratamento, nos seguintes termos: “É sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, portanto, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em acção um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à colectividade. Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo”. V. [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19800505\\_euthanasia\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html). Acesso em: jun./2009.

a) a limitação consentida de tratamento; b) o cuidado paliativo e o controle da dor; c) os Comitês Hospitalares de Bioética; e d) a educação dos profissionais e a informação do público.

A *limitação consentida de tratamento* (LCT) constitui uma das políticas públicas cruciais para a dignidade da pessoa humana no final da vida. Pacientes terminais, em estado vegetativo persistente ou portadores de doenças incuráveis, dolorosas e debilitantes, devem ter reconhecido o direito de decidir acerca da extensão e intensidade dos procedimentos que lhe serão aplicados. Têm direito de recusar a obstinação terapêutica. Nesse contexto, a omissão de atuação do profissional de saúde, em atendimento à vontade livre, esclarecida e razoável do paciente ou de seus responsáveis legais, não pode ser considerada crime. Não há, na hipótese, a intenção de provocar o evento morte, mas, sim, de impedir a agonia e o sofrimento inútil. A imposição de tratamento, contra a vontade do paciente e contra o que a equipe médica considera recomendável, viola a autonomia dos indivíduos e dos profissionais. O papel do Direito, nesse particular, deve ser o de disciplinar a genuinidade do consentimento e os cuidados a serem adotados<sup>89</sup>. Não mais. A suspensão da Resolução CFM 1.805/2006, por decisão judicial, constitui um retrocesso na matéria e impede o exercício de uma autonomia individual protegida constitucionalmente.

*Os sistemas de cuidados paliativos e de controle da dor* lastreiam-se em uma filosofia de atenção e amparo quando o diagnóstico e o prognóstico indicam que os esforços de cura serão pouco

<sup>89</sup> A doutrina identifica como imprescindíveis, além dos pressupostos civilistas já definidos para o consentimento, os seguintes passos: a) verificação da origem da decisão e da maturidade da manifestação de vontade por profissionais habilitados, após o adequado processo de informação; b) confirmação do diagnóstico e do prognóstico; c) verificação da incoerência de depressão tratável; d) verificação da adequação dos paliativos e tratamentos para a dor oferecidos; e) verificação de eventuais conflitos de interesses entre a instituição hospitalar, a equipe de saúde e os interesses dos pacientes e de seus responsáveis; f) garantia de assistência plena, se desejada, e verificação da inexistência de conflitos econômicos; g) verificação da inexistência de eventuais conflitos de interesses entre o paciente e seus familiares ou responsáveis legais; h) debate dos casos e condutas por Comitês Hospitalares de Bioética, quando ainda não houver posicionamento em situações análogas; i) formulação de TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) específico. Estes passos foram definidos a partir de estudos diversos, especialmente os de Timothy E. Quill.

frutíferos e que haverá sofrimento no processo de morte. A ideia central é aumentar e manter a qualidade de vida do enfermo, da sua família e de seu cuidador, direcionando atividades ao controle da dor, dos sintomas (respiratórios, digestivos, da fadiga, da anorexia e da caquexia, da depressão, do delírio, da angústia) e de outros problemas, sejam físicos, psicológicos, espirituais e até mesmo jurídicos<sup>90</sup>. Na medicina contemporânea, os cuidados paliativos possuem *status* de cientificidade paralelo ao da saúde curativa<sup>91</sup>. Não obstante, são intensos os obstáculos aos cuidados paliativos, dentre os quais: a) o desconhecimento; b) o apego à medicina curativa; c) os conflitos de interesses entre diferentes ramos profissionais em saúde; d) os conflitos de interesses econômicos, pelo não emprego de algumas tecnologias altamente avançadas e da não realização de alguns procedimentos cirúrgicos; e) dificuldade de acesso a substâncias restritas empregadas no controle da dor; f) insegurança dos profissionais da saúde, mormente médicos, quanto à aceitação legal de práticas de cuidados paliativos<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> Diz-se jurídicos porque há casos nos quais algumas angústias que acometem os enfermos podem ser relativas a questões testamentárias, partilhas, de regularização de uniões, de reconhecimento de paternidade, de ajuste de pensões e de benefícios (e.g., levantamento de FGTS), dentre outros. Cf. CARVALHO, Ricardo Tavares de. “Legislação em cuidados paliativos”. In: OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (org.). **Cuidado Paliativo**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: 2008, p. 613-630.

<sup>91</sup> A OMS assim define os cuidados paliativos: “Cuidado paliativo é uma abordagem que melhora a qualidade de vida de pacientes e de suas famílias que enfrentam problemas associados a uma doença que ameaça sua vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais e espirituais” (tradução livre). WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Palliative Care Definition**. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>. Acesso em: mar./2009.

<sup>92</sup> No Brasil, os profissionais envolvidos com cuidados paliativos demonstram temor quanto a possíveis sanções jurídicas, em razão da ausência de lei específica sobre o assunto e da confusão da atividade com o homicídio impróprio ou a omissão de socorro e, na seara civilista, com a negligência. V. CARVALHO, Ricardo Tavares de. **Legislação em... Op. cit.** A situação conflitiva dos profissionais de cuidados paliativos no Brasil ficou bem expressa no **Boletim Informativo da Academia Nacional de Cuidados Paliativos** de 30/03/2009. Disponível em: <http://www.paliativo.org.br/Boletins.asp?BoletimAtivo=22>. Acesso em: abr./2009. Há insegurança também sobre substâncias de duplo efeito para controle da dor, tanto no acesso aos fármacos, quanto no seu emprego, que pode ser indevidamente interpretado como eutanásia. Na matéria, há a Portaria 19/GM/MS, de 2002, que instituiu o Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos e constituiu um Grupo Técnico Assessor do Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos, além da Portaria 2.439/GM/MS

Os *Comitês Hospitalares de Bioética* (ou Comitês de Bioética Clínica - CBs) são colegiados multidisciplinares instituídos com o objetivo de discutir dilemas e conflitos morais ocorridos na prática clínica. Os CBs buscam uma solução prudencial<sup>93</sup>, debatendo de forma plural os pontos relevantes de um caso concreto, visando sempre respeitar a autonomia e os direitos fundamentais da equipe de saúde, dos enfermos e de seus familiares. Suas orientações não são compulsórias. Sua composição assegura a diversidade, admitindo membros das mais diversas áreas da saúde e também juristas, teólogos, representantes dos usuários dos sistemas de saúde e da comunidade, entre outros<sup>94</sup>. Os CBs costumam atuar mediante provocação, seja da equipe de saúde - especialmente em caso de dissenso entre seus membros -, seja dos pacientes e de seus familiares. Os pacientes terminais ou em estado vegetativo persistente constituem uma população especialmente vulnerável e de baixa visibilidade. Assim, os CBs

---

de 2005, que reconheceu os cuidados paliativos como parte da Política Nacional de Atenção Oncológica.

<sup>93</sup> GRACIA, Diego. *Teoría e práctica de los comités de ética*. In: MARTINEZ, J.L. (ed.). *Comités de bioética*. Madrid: Comillas, 2033, p.194 e s.

<sup>94</sup> A nomenclatura dos CBs pode variar. Fora do Brasil, usa-se 'Comitês de Bioética' tanto para designar os Comitês de Ética em Pesquisa (dedicados à bioética na pesquisa envolvendo seres humanos) e os Comitês Hospitalares. Neste ensaio, as atenções estão voltadas apenas para os Comitês de Bioética Clínica. Segundo a UNESCO, um Comitê de Bioética é "um comitê que lida sistemática e continuamente com as dimensões éticas: (a) das ciências da saúde, (b) das ciências da vida e (c) das políticas inovadoras na área da saúde. O termo 'comitês de bioética' simplesmente aponta que o grupo - um diretor [*chairperson*] e os membros - se reunirá para abordar questões que não são simplesmente factuais, mas são profundamente normativas. Isto é, eles não se reúnem apenas para determinar o que é ou não certo [*what is or is not the case*] em relação a certo domínio de interesse. A atuação do comitê vai além do nível factual dos dados empíricos. Ele é criado para responder não apenas a pergunta 'Como devo decidir e agir?', mas à questão mais ampla 'Como devemos decidir e agir?'. Isso nos levará da ética - um ramo tradicional da filosofia - para a política: 'Como um governo deve agir?'" (tradução livre). UNESCO. *Guia nº 2 - Bioethics committees at work: procedures and policies*. Guide n. 2. 2005. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics>. Acesso em: abr./2009. UNESCO. *Guia nº 2 - Educating bioethics committees*. Guide n. 3. 2007. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics>. Acesso em: abr./2009. UNESCO. *Guia nº 1 - Establishing bioethics committees*. Guide n. 1. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics>. Acesso em: abr./2009. BORGES, Gustavo Silveira. "Os comitês de bioética e as vias de acesso à justiça criminal". Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007, mimeo, p. 50 e s.

podem funcionar como o fórum que traz à luz as demandas dessa parcela de indivíduos, desobstruindo déficits de representação em fóruns majoritários de tomada de decisão e de construção de políticas públicas. No Brasil, ainda existe muito desconhecimento acerca dos CBs<sup>95</sup>.

Por fim, outra importante política refere-se à *educação dos profissionais da saúde e a informação do público em geral*. A bioética é um ramo do conhecimento recentemente sedimentado, surgido essencialmente da necessidade, cada vez mais presente, de os profissionais da saúde, pacientes, familiares e a comunidade em geral tomarem posição diante de dilemas e de conflitos morais ensejados pela evolução tecno-científica. Para enfrentá-los, impõe-se que sejam trabalhadas e aprimoradas - e também compreendidas - as habilidades de julgamento moral dos integrantes dos sistemas de saúde, dos seus usuários e do público. Consequentemente, a aproximação dos profissionais, desde seus cursos de graduação, dos marcos teóricos da bioética, da análise crítica dos casos, do humanismo e da empatia pelo *outro* precisa de estímulo. Além da abertura em ambiente acadêmico e profissional, deve-se valorizar a informação ao público em geral, capaz de ensinar o debate e de promover o exercício de moralidade crítica nos pontos difíceis da bioética. O conhecimento adequado dos dados relevantes contribui para a redução do sensacionalismo e da passionalidade<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Cf.. CÔRREA, Ana Paula Reche. GARRAFA, Volnei. "Conselho Nacional de Bioética - a iniciativa brasileira". *Revista Brasileira de Bioética*, v. 1, nº 4, 2005, p. 401, *passim*. Além de serem relativamente novos - as primeiras iniciativas datam de pouco mais de dez anos - ainda é muito pequeno o número de CBs. Entretanto, há frentes pela implementação de um Conselho Nacional de Bioética e pela difusão de CBs em ambiente hospitalar.

<sup>96</sup> Ver, a respeito: RITTMANN, F. C.; PIZZI, Jovino. "A Bioética: um estranho conceito para a Comunicação Social". *In: VII Congresso Brasileiro de Bioética - I Congresso Mundial Extraordinário da Sociedade Internacional de Bioética e I Congresso da Redbioética/Unesco*, 2007, São Paulo/SP. RITTMANN, F. C.; PIZZI, Jovino. "Bioética e os novos desafios de uma comunicação". *In: VII Congresso Brasileiro de Bioética - I Congresso Mundial Extraordinário da Sociedade Internacional de Bioética e I Congresso da Redbioética/Unesco*, 2007, São Paulo/SP. Como exemplo, podem ser citadas as imagens de Eluana, mundialmente transmitidas. Apesar de ela ter permanecido por 17 anos em estado vegetativo persistente, as fotos veiculadas foram as de uma moça saudável e ativa, de 21 anos, quando, na realidade, Eluana já estava com 38 anos, imobilizada e inconsciente desde os 21.

## IX. CONCLUSÃO

O presente estudo procurou refletir sobre a morte com intervenção à luz da dignidade da pessoa humana. Sua hipótese de trabalho recaiu sobre pessoas que se encontram em estado terminal ou em estado vegetativo persistente. É possível enunciar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições seguintes:

1. A morte é uma fatalidade, não uma escolha. Por essa razão, é difícil sustentar a existência de um direito de morrer. Contudo, a medicina e a tecnologia contemporâneas são capazes de transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida. Nessa hora, o indivíduo deve poder exercer sua autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimentos inúteis e degradantes. Toda pessoa tem direito a uma morte digna.

2. No contexto da morte com intervenção, alguns conceitos devem ser bem demarcados. *Eutanásia* consiste no comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal, adotado pelo profissional de saúde, com finalidade benevolente. *Suicídio assistido* é a retirada da própria vida com auxílio de terceiro. *Distanásia* é o retardamento máximo da morte, inclusive com o emprego de meios extraordinários e desproporcionais. *Ortotanásia* identifica a morte no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongamento da vida. Elementos essenciais associados à ortotanásia são a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos.

3. A dignidade da pessoa humana, na sua expressão mais essencial, significa que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Não deve, por essa razão, servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos ou à realização de metas coletivas. A dignidade é fundamento e justificação dos direitos fundamentais, que devem conviver entre si e harmonizar-se com valores compartilhados pela sociedade. Ela pode se apresentar como uma condição interna ao indivíduo - dignidade como autonomia - ou como produto de uma atuação externa a ele - dignidade como heteronomia.

4. A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. No sistema constitucional brasileiro, embora haja lugar para expressões heterônomas da dignidade, ela se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia individual.

5. No contexto da morte com intervenção, deve prevalecer a ideia de dignidade como autonomia. Além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liberdade individual do que às metas coletivas, ela se apóia, também, em um fundamento filosófico mais elevado: o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas.

6. A prevalência da noção de dignidade como autonomia admite, como escolhas possíveis, em tese, por parte do paciente, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Todavia, onde a ortotanásia é disciplinada adequadamente, do ponto de vista médico e jurídico, a eutanásia e o suicídio assistido perdem muito de sua expressão, ficando confinados a situações excepcionais e raras.

7. Admitida a ortotanásia como uma fórmula intermediária capaz de produzir consenso entre diferentes visões do tema da morte com intervenção, quatro ideias centrais devem ser trabalhadas pela comunidade médica, jurídica e pela sociedade: a) a limitação consentida de tratamento; b) o cuidado paliativo e o controle da dor; c) os Comitês Hospitalares de Bioética; e d) a educação dos profissionais e a informação do público. ☐

# Análise das Alterações Sofridas na Legislação Processual Penal — os Procedimentos —

Sergio Demoro Hamilton

*Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.*

*“Fizeram e tentam fazer, pois, do processo penal mais um atentado contra os legítimos interesses da sociedade, sempre e cada vez mais desguarnecida e vitimada pela ação de criminosos e agora pela legislação processual .” \**

1. Dando seguimento ao estudo das profundas modificações ocorridas em nossa legislação processual penal, agora iremos estudar “os procedimentos”, abrangendo, para efeito de simplificação, os dizeres da rubrica contida na Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que se ocupa da “suspensão do processo”, da *emendatio libelli*, da *mutatio libelli* e dos *procedimentos*. Antes, em outro estudo, já havíamos examinado *as provas* (Lei 11.690, de 09 de junho de 2008).

2. Seguirei, para fins didáticos, a ordem numérica legal estabelecida no texto a ser examinado. Não me sabem de boa técnica, como tantas vezes já destaquei, tais mudanças setoriais, que

---

\* Entrevista concedida pelo Juiz de Direito Fausto Martin de Sanctis ao jornal O Globo, de 19 de julho de 2008, p. 7, “Seção Opinião”.

acabaram por transformar o nosso pobre e envelhecido Código de Processo Penal numa verdadeira colcha de retalhos. Ao que me parece, a reforma do CPP torna-se inevitável, uma vez que já se encontra formada uma comissão<sup>1</sup>, instituída pelo Senado, tendo como coordenador o ministro Hamilton Carvalhido, do Superior Tribunal de Justiça, voltada para a elaboração de um anteprojeto de CPP, tendo sido fixado prazo de 180 dias para a realização dos trabalhos. Resta indagar se haverá vontade política na efetivação da medida por parte das casas do Congresso, pois, desde 1961, ainda ao tempo do governo Jânio Quadros, foram elaborados inúmeros anteprojatos que não lograram sucesso.

Demais disso, impõe-se, do mesmo passo, profunda revisão da lei penal material, pois, com a leniência da nossa lei substantiva penal, de nada adiantará uma reforma processual. Enquanto perdurar o “humanismo piegas”, que pervaga a nossa legislação penal, o crime organizado e até mesmo o desorganizado continuarão a espalhar o terror e a violência, que fazem com que os homens de bem se vejam obrigados a cercar suas casas com grades. Isto sem falar nos grandes escândalos financeiros, que se tornaram corriqueiros diante da impunidade geral.

3. Passemos, pois, ao estudo da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, adotando o sistema preconizado acima (2, *supra*).

Excelente medida veio a ser tomada com a nova redação adotada no art. 63 parágrafo único do CPP, ao estabelecer que, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução possa ser efetuada, desde logo, pelo valor fixado no art. 387, IV.

Trata-se de um valor mínimo voltado para a reparação dos danos causados pela infração penal, tendo em conta os prejuízos so-

---

<sup>1</sup> Integram a Comissão, além do ministro Hamilton Carvalhido; Antonio Corrêa (juiz federal); Antônio Magalhães Gomes Filho (advogado e professor da Universidade de São Paulo - USP); Eugenio Paccelli (procurador regional da República); Fabiano Augusto Martins Silveira (consultor legislativo do Senado Federal); Félix Valois Coelho Júnior (advogado, ex-secretário de Justiça do Estado do Amazonas); Jacinto Nelson de Mirante Coutinho (advogado e professor da Universidade Federal do Paraná - UFPR); Sandro Torres Avelar (delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - ADPF) e Tito de Souza Amaral (promotor de justiça). Transcrito do *Jornal do Commercio*, de 14-7-2008, Seção “Direito e Justiça”.

fridos pelo ofendido e que não interfere na futura liquidação, objetivando a apuração do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima.

A medida, na realidade, é uma cópia da multa reparatória instituída pelo “Código de Trânsito Brasileiro” (Lei n. 9.503, de 23-9-1997), como penalidade (art. 297), em boa hora incorporada ao processo penal comum.

É evidente que, quando do ressarcimento civil do dano, o valor da multa reparatória terá que ser descontado, evitando-se o enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

4. Houve um aperfeiçoamento técnico da lei, no art. 257, I, ao acrescentar que ao Ministério Público compete “**privativamente**” promover a ação penal pública. Na redação anterior dizia-se, apenas, que o Ministério Público promoverá a ação penal pública (art. 257 do CPP). Cogita-se de correta adaptação da lei ordinária aos termos da Constituição Federal (art. 129, I), que consagrou o sistema acusatório em nossa legislação.

5. O mesmo elogio não merece o art. 265, § 1º, ao ditare que a audiência poderá ser adiada, se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. Como assinalou o juiz Fausto Martin de Sanctis<sup>2</sup>, em lúcida apreciação a respeito da inovação, basta a juntada de um atestado médico para o interessado pleitear a não realização da audiência. Ora, no regime anterior, “a falta de comparecimento do defensor, *ainda que motivada*”, não determinava o adiamento de ato algum de processo, devendo o “juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato” (art. 265, parágrafo único).

Observe-se que, mesmo no procedimento do Júri, rico de formalidades inúteis e incompatíveis com a celeridade dos processos, o art. 403 do CPP já previa que, mesmo no caso de enfermidade do defensor, será ele substituído, definitivamente, ou para o só efeito do ato.

6. Introduziu-se, no meu entendimento com vantagem em relação à legislação anterior, a citação com hora certa, na forma

<sup>2</sup> Sanctis, Fausto Martin de, “Sociedade indefesa”, extraído do jornal *O Globo*, de 19 de julho de 2008, “Seção Opinião”, p. 7.

estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil, na hipótese em que o réu se oculta para não ser citado, devendo o oficial de justiça certificar a ocorrência (art. 362). No regime anterior a citação era efetivada por edital, com prazo de 5 dias, modalidade de citação ficta, sem dúvida por demais precária e menos efetiva do que a citação com hora certa. Uma vez complementada a citação com hora certa, caso o acusado não venha a comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

Entendo que, em tal circunstância, não há razão para a suspensão do processo, uma vez que o réu tem pleno conhecimento de que está sendo procurado pela Justiça, mesmo que ele não venha a constituir defensor, até porque não houve citação por edital.

7. O *caput* do art. 383 do CPP repete o princípio da livre dicção do direito: “*narra mihi factum dabo tibi jus*”. Trata ele da ***emendatio libelli***.

Porém o parágrafo primeiro do aludido dispositivo inova ao admitir, na fase de sentença, a proposta de suspensão condicional do processo se, em razão da nova definição jurídica, o caso o permitir. É sabido que o *sursis* processual é uma medida a ser proposta pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia (art. 89 da Lei 9.099/95). Nada impede que, em casos excepcionais, o *Parquet* venha a fazê-lo em momento posterior, desde que, no decorrer da instrução criminal surjam **novos** elementos que demonstrem ser adequada aquela providência, pois, muitas vezes, quando da denúncia, não dispunha de dados para tal. Porém, não me parece acertada a suspensão condicional do processo após nova definição jurídica advinda na fase da sentença condenatória. Após a sentença, o juiz exaure a sua jurisdição, não mais devendo inovar no feito. Só restará ao magistrado, nesta fase, conceder ao réu o *sursis* clássico. Que fique bem clara a nossa posição: a suspensão condicional do processo só deveria ser admitida no decurso da ação penal, com o oferecimento da denúncia, e sempre **antes** da fase da sentença.

Agora, com a nova lei, permite-se, quando da sentença, desde que a nova definição jurídica o admita (e atendidos, evidentemente, os demais requisitos a que se refere o art. 89 da

Lei 9.099/95), a medida de despenalização. É certo que o *sursis* clássico faz supor a existência de sentença condenatória, tendo, portanto, caráter retributivo. E tanto isto é verdade que, uma vez revogado, o condenado cumpre a pena que apenas se encontrava suspensa. Já a suspensão condicional do processo não reveste natureza sancionatória. Portanto houve um abrandamento da lei. Um entre tantos.

Não se cogitou, na oportunidade, da possibilidade de o Ministério Público vir a interpor recurso contra sentença que propiciou nova definição jurídica para o fato, rendendo ensejo à suspensão condicional do processo:

### ***Quid iuris?***

Não vislumbro solução outra que não seja a subida do recurso, quando, então, a definição jurídica restará definida.

Mas as dificuldades não se encerram aí. Com efeito, dispõe o parágrafo segundo do art. 383 que, em se tratando de infração penal da competência de outro juízo, a este serão remetidos os autos. Até aí, tudo bem. E se o novo juízo não aceitar a sua competência? Só restará a este suscitar o conflito negativo de competência (ou de jurisdição, conforme o caso). Apenas quando tudo se resolver é que se poderá saber se o *sursis* processual terá ou não aplicação. Compreende-se, agora, a sábia razão pela qual a lei anterior cogitava da suspensão condicional do processo **antes** da sentença.

### **8. O art. 384 do CPP cogita da *mutatio libelli*.**

Assinala o aludido dispositivo que, encerrada a instrução probatória, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou a queixa (art. 29 do CPP), caso da prova colhida haja cabimento de nova definição jurídica do fato, pela presença de elemento ou circunstância da infração penal não contidos na acusação e de que, como tal, o réu não teve a oportunidade de se defender. Para tanto, o *Parquet* disporá do prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude dela tenha sido instaurado processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Conclui-se da lei que se trata de aditamento espontâneo, que deverá conter os mesmos requisitos de uma inicial de acusação.

Caso o órgão do Ministério Público não proceda ao aditamento, aplica-se a regra do art. 28 do CPP.

Não há dúvida de que o regime atual apresenta-se tecnicamente mais perfeito, uma vez que põe de lado a possibilidade do aditamento provocado, violador do sistema acusatório<sup>3</sup>. E tanto isto é verdade, que a última palavra sobre a acusação será dada pela chefia do *Parquet*.

Ouvida a defesa, no prazo de 5 dias, o juiz, caso venha a receber o aditamento, atendendo a requerimento de qualquer das partes, dará prosseguimento ao feito, com a continuação da audiência, colheita de provas e novo interrogatório do réu, realizando-se, por fim, os debates e o julgamento.

Não recebido o aditamento, o processo terá seguimento.

Haverá recurso contra a decisão que rejeite o aditamento?

Penso que sim, através do apelo residual previsto no art. 593, II do CPP.

Parece-me que o art. 384 do CPP cogitou, apenas, do aditamento objetivo, ao referir-se somente à nova definição jurídica. Dessa maneira, se for o caso da inclusão de novo réu (aditamento subjetivo), só restará ao Ministério Público, diretamente, instaurar novo processo contra o imputado não incluído na acusação originária.

9. O parágrafo único do art. 387 do CPP, coerente com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF), e com os dizeres da Súmula 9 (nove) do STJ, exige que o juiz decida fundamentadamente sobre a manutenção da prisão ou, se for o caso, a respeito da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, por ocasião da sentença condenatória. Abrange, assim, a cautelar pessoal e a real, além de assegurar o conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Depreende-se do dispositivo que a lei processual, ao usar a expressão, no final do parágrafo único do art. 387, “sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”, desejou assegurar que, em qualquer

<sup>3</sup> Consulte-se, a propósito, meu estudo “O aditamento Provocado - Uma Heresia”, “Separata”, *Revista Forense*, volume 375.

caso, ainda que ausente ou foragido, possa o réu interpor apelação, por intermédio da defesa, mesmo na hipótese em que não venha a ser preso provisoriamente, tendo em conta o art. 8º, n. 2, “h”, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>4</sup>, que assegura ao réu o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, sem fazer qualquer ressalva ou restrição.

10. Chega-se, agora, ao exame dos procedimentos. O art. 394 emprestou, sem dúvida, tratamento sistemático à matéria. No regime anterior, por exemplo, o procedimento sumário vinha elencado entre os procedimentos especiais, quando, na origem, ele nada mais era que o rito comum dos crimes apenados com detenção (art. 539 do CPP) não regulados pela Lei 9.099/95. Era tão comum como o que se previa para os crimes apenados com reclusão (art. 394, antigo). Que dizer do absurdo encarte do “processo” do Júri no meio do rito comum (Livro II, Título I, Capítulo I), e vai por aí...

Agora, não; o procedimento será comum e especial, dividindo-se o primeiro em ordinário, sumário e sumaríssimo (art. 394, § 1º). Reserva-se o rito ordinário para os casos mais graves, quando o feito versar a respeito de crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (I). O sumário só tem aplicação nos crimes para os quais a pena máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (II). Por fim, o rito sumaríssimo abrange as infrações penais (portanto, crimes e contravenções) de menor potencial ofensivo (III), regidas, na atualidade, pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Fez-se, como era de esperar, o procedimento comum como rito-regra, salvo disposições em contrário constantes do próprio Código ou de lei especial (art. 394, § 2º do CPP). Tal dispositivo guarda compasso com o disposto no art. 394, § 5º, este voltado

<sup>4</sup> Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (“Pacto de São José da Costa Rica”, de 22 de novembro de 1969). A Carta de Adesão pelo Governo brasileiro a essa Convenção veio a ser depositada em 25 de setembro de 1992.

para o procedimento ordinário. Parece-me ociosa a determinação constante do parágrafo terceiro, pois o procedimento do Tribunal do Júri é especial, devendo, em relação a ele, ser observados os preceitos legais indicados nos arts. 406 a 497 do CPP.

Importante mandamento legal vem inserto no art. 394, § 4º, ao dispor que o ordenamento constante dos arts. 395 a 398 do Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no Código. Em razão do aludido preceito legal, criou-se para o processo penal um verdadeiro rito bifásico: a primeira parte reservada para o *judicium accusationis* (art. 395 a 397) e a segunda fase voltada para *judicium causae* (arts. 399 e seguintes).

Importou-se, destarte, do processo civil o julgamento antecipado da lide. Trata-se de uma boa medida? Não.

A obsessão do legislador, pelo menos em palavras, foi a de imprimir maior celeridade à aplicação da Justiça. Pois bem: esta primeira fase só vai servir para estender, ainda mais, o curso da ação penal, como será demonstrado.

Por maior louvor que se possa tecer à nova fase procedimental, tão elogiada por nomes da maior representatividade no estudo do processo penal, invocando-se, inclusive, legislação e doutrina alienígenas, creio que não se deve receber, de forma acrítica, qualquer novidade, pelo simples fato de que, em alguns países cultos, tais providências foram adotadas. É preciso estar atento para a nossa realidade, evitando-se eternizar os processos. Acaso a situação anterior não garantia o devido processo legal? Por que mudá-la? Segundo dados colhidos da OAB, o País conta com 7,7 juízes por cem mil habitantes, enquanto na Alemanha essa mesma relação é a de um juiz para cada três mil habitantes (*vide* informe da Editora Revista dos Tribunais, nº 54, p.4). Por que, então, estendermos cada vez mais os ritos?

**11.** Pode-se dividir esta primeira fase, que chamaria de juízo de acusação, em dois momentos:

a) o de apreciação da denúncia ou da queixa (art. 395), como antes ocorria;

b) o de citação do acusado, se recebida a inicial.

Caso a petição inicial não seja rejeitada liminarmente (letra “a”), o acusado será citado (letra “b”) para responder, por escrito, à acusação no prazo de 10 (dez) dias (art. 396). No regime anterior, o prazo de alegações preliminares era de três dias, encontrando a ação penal já em curso, pois não havia a fase preliminar. Só por esses dados, já dá para ver como a alegada celeridade não passa de uma falácia.

Nas causas indicadas para a rejeição da denúncia, há alusão à falta de pressuposto processual. É de relevar, porém, que, no caso de incompetência, a hipótese não se subsume na rejeição da inicial, mas sim na remessa dos autos ao juiz competente. É, assim, que a matéria é regulada, com inteiro acerto aliás, nos arts. 108 a 110 do Código de Processo Penal.

O art. 396-A regulamenta a fase de dilação petítória e a da dilação probatória. A primeira demonstrada pela resposta, em si, à acusação, e a segunda pelas provas que o acusado pretende produzir. O dispositivo em tela é verborrágico quer numa fase, quer noutra. É evidente que, com a resposta, ao lado do mérito, a parte pode arguir preliminares. E, em segundo lugar, bastaria que a lei dissesse “produzir todos os meios de prova que o caso comportar”, na parte relacionada com a prova.

Quanto às exceções (art. 396-A, § 1º), vale a ponderação de que elas, em regra, não suspenderão o curso do processo (art. 111 do CPP).

Torna-se necessário que o juiz, mais do que nunca, exerça severa fiscalização para que a instrução probatória não se transforme num verdadeiro processo de conhecimento prévio, fazendo com que a prova a ser produzida se volte, precipuamente, para uma das causas que possam conduzir à absolvição sumária (art. 397), não enveredando para questões outras que deverão ficar reservadas para o juízo de mérito.

Neste momento procedimental incumbe ao réu demonstrar, em sua defesa, a existência de **manifesta** causa excludente da ilicitude do fato, de **manifesta** causa que exclua a sua culpabilidade, ou, ainda, de uma causa de extinção da punibilidade. Em relação às duas primeiras a prova deverá ser **manifesta, inequívoca**, não pas-

sível de dúvida. Em caso contrário, a matéria deverá ficar reservada para o juízo de mérito que se seguirá. Já no que tange à extinção da punibilidade, a prova será documental, oral, ou, ainda, restará evidenciada nos próprios autos, dependendo da causa invocada.

A lei deveria ter limitado o número de testemunhas. Como não o fez, cabe ao juiz, provendo a regularidade do processo (art. 259 do CPP) indeferir qualquer providência protelatória, até porque a absolvição sumária só se dará quando **manifesta e indiscutível** a prova dos autos, dado que faz com que não haja necessidade de instrução probatória extensa.

A lei usou, nesta fase, a palavra **citação** (arts. 396 e 396-A, § 2º), o que demonstra que a relação processual estará instaurada com o oferecimento da denúncia ou da queixa.

Aliás, não poderia haver absolvição sumária sem a citação do acusado (não indiciado, que não responde a qualquer ação penal), como o afirma o art. 397, gerando efeitos definitivos para o processo, pois, uma vez trânsita a absolvição, o processo não mais poderá ser reaberto pelo mesmo fato. Antes, o que poderia ocorrer seria a mera rejeição da denúncia (art. 395) em relação ao indiciado, despacho, como sabido, provisório e que pode ser revisto a todo tempo, desde que surja fato novo (Súmula 524 do STF), caso ela envolva apenas suporte probatório.

É preciso, também, que o fato narrado, **evidentemente**, não constitua crime. Na dúvida, torna-se incabível a absolvição liminar.

Da sentença de absolvição sumária cabe recurso de apelação (art. 593, I do CPP), pois em jogo decisão de mérito. Quanta celeridade!

**12.** Recebida a denúncia ou a queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a **intimação** do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399). Nessa fase há mera intimação do réu, pois ele já foi citado quando do juízo de acusação, ficando, assim, vinculado à instância.

Não adotou o legislador o critério que presidia o rito dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos nos crimes

afiançáveis, em que havia, na fase inicial, a notificação do acusado para resposta (art. 514) e a citação posterior, caso a denúncia ou a queixa viesse a ser recebida (art. 517). Aliás, no regime do Código de 41, bastava a resposta do defensor nomeado, caso não fosse conhecida a residência do acusado, ou ainda se este se achasse fora da jurisdição do juiz (art. 514, parágrafo único). Agora, exige-se a **citação** por edital do réu, sem maiores especificações, ou seja, desde que ele esteja em lugar incerto e não sabido (art. 396, parágrafo único). Não fixou a lei prazo para o edital, devendo, em consequência, o lapso temporal ser regulado no máximo (art. 361 do CPP).

13. Outra novidade consiste na adoção do princípio da identidade física do juiz em nossa legislação processual penal (art. 399, § 2º). Não me parece uma medida adequada em razão do que estabelecem os arts. 400 e 533, em que se pretende que toda a prova seja colhida em única assentada. Ora, quem milita no foro criminal sabe muito bem que isso dificilmente poderá ser realizado. No processo civil, ao contrário do que se dá no penal, a incidência da prova oral é muito menor. Na prova penal, em regra, deve-se ouvir o ofendido (“sempre que possível”, diz a lei no art. 201), inquirir, em média, três testemunhas e interrogar o réu. Isto em procedimento simples, em que só haja um ofendido e um acusado. A concentração da prova oral só irá tumultuar ainda mais a pauta das audiências (art. 400, § 1º).

Observe-se, ainda, que a lei estabeleceu uma ordem rígida para as diversas declarações: o ofendido presta declarações em primeiro lugar, após dá-se a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e, por fim, ocorre o interrogatório do acusado, “**nesta ordem**”, enfatiza a lei, de forma peremptória (art. 400). Suponha-se, por exemplo, que o ofendido não compareça. Basta isso para a audiência ser adiada, pois o Código não admite inversão da ordem legal. Tecnicamente, pode-se afirmar que a ordem de declarações que a lei estabelece é a mais correta, porém, deveria dar-se maior flexibilidade ao juiz para alterá-la, desde que, no caso, não houvesse prejuízo **concreto** para a acusação ou para a defesa. Aliás, anteriormente, a jurisprudência já

admitia que a inversão da ordem na inquirição das testemunhas não acarretava nulidade para o processo, desde que não houvesse prejuízo para parte (art. 563 c/c 566 do CPP). Agora, com a expressa determinação da lei, “nesta ordem”, pode-se afirmar (sem ser profeta) que tais exigências, para que sejam atendidas (não se muda a realidade por força de lei), irão acarretar adiamento de audiências. Tem mais: a análise que aqui se fez partiu de um processo simples em que não haja requerimento para esclarecimento do perito, acareações e quejandos, contando com um só ofendido, com duas ou três testemunhas, em média, e com um acusado, tudo ocorrendo em um processo sem maiores incidentes.

Outra anotação estranha constante do art. 400 e aplicável ao art. 533 diz respeito ao reconhecimento de pessoas e coisas, que, antes, não se realizava em juízo por absoluta impossibilidade material da sua efetivação (arts. 226 a 228 do CPP). Na instrução criminal, o que ocorria era o reconhecimento por mera indicação no depoimento da testemunha ou do ofendido. Agora, no entanto, pelo que indica o art. 400 do CPP, haverá aplicação das regras dos arts. 226 a 228 do CPP? Como? Interrompe-se a audiência para a montagem das exigências a que alude o art. 226 do CPP?

Se assim for, sinto que qualquer audiência, de porte médio, vai levar um dia inteiro para ser realizada, pelo menos nos grandes centros, caso não seja remarcada. Ainda bem que o art. 226, II, da lei processual penal usa a expressão “se possível”, dando ao juiz a possibilidade de uma saída honrosa para não cumprir o Código. No fim de contas ***ad impossibilia nemo tenetur***.

Não me refiro aqui, evidentemente, às audiências de grande porte, que contam com grande número de acusados, de ofendidos e de testemunhas, típicas dos grandes escândalos financeiros, na atualidade numerosos e até rotineiros, em que, evidentemente, haverá necessidade do desdobramento dos atos processuais, prorrogando-se estes, em dias diversos, guardada, sempre, a identidade física do juiz e a ordem rígida estabelecida na lei para as diversas declarações. Basta que um ofendido não compareça para que a colheita da prova oral não possa prosseguir (art. 400). Dessa maneira, a regra do art. 400, § 1º do CPP, ao estabelecer que

as provas serão produzidas “numa só audiência” nem sempre (ou quase nunca) poderá ser cumprida por afrontar a realidade, salvo nos casos mais simples, desde que se observe a ordem rigorosa estabelecida na lei e que não haja incidentes, tais como acareações, diligências, esclarecimentos de peritos etc...

Ressalte-se, ainda, que os processos volumosos nem sempre se referem aos crimes do colarinho branco<sup>5</sup>. Há vários feitos que contam com muitos volumes, diversos réus, inúmeras testemunhas e vários ofendidos, envolvendo quadrilhas, roubos e sequestros praticados pela bandidagem rústica das ruas, dos morros e favelas, que, igualmente, enfrentarão as mesmas dificuldades para o atendimento da lei.

Antevejo, assim, sérias dificuldades para o andamento dos processos nas varas criminais. Oxalá esteja errado!

14. Produzidas as provas (instrução probatória), ao final da audiência, caso não haja necessidade de que ela seja convertida em diligência, segue-se a fase de alegações finais orais (instrução postulatória). O art. 402 previu que o Ministério Público, o querelante, o assistente e o acusado possam, antes de abordar o mérito, requerer diligências, desde que necessárias (isto é, aquelas que possam influir na decisão da causa) em razão de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Não se referiu ao juiz; porém, em complemento, o art. 404 alude à diligência (“considerada imprescindível”) ordenada de ofício ou a requerimento da parte, para que a audiência seja concluída sem alegações finais. Por sinal, ainda que a lei não se referisse ao magistrado, é óbvio que ele poderia determinar qualquer diligência necessária, em função do sistema do livre convencimento.

Caso não haja diligências determinadas pelo juiz nem requeridas pelas partes (ou, no caso destas, ocorrendo o indeferimento), chega-se à fase de alegações finais orais por 20 (vinte) minu-

<sup>5</sup> Denominação usada por Sutherland (Edwin H.) na sua obra **White-Collar Criminality**. A mesma expressão é adotada por Pimentel (Manoel Pedro) no seu estudo “Crime do Colarinho Branco”, publicado in *Justitia*, nº 81, p. 214/224. Consulte-se, ainda, meu livro **Temas de Processo Penal**, 2ª edição, 2000, p. 41 e seguintes, quando examinei a matéria, ressaltando o valor da prova indiciária para a comprovação de tais infrações penais.

tos para as partes, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo, o juiz, em seguimento, a sentença.

O art. 403, § 1º estabelece que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. A providência é absolutamente correta e técnica, indo ao encontro da garantia da ampla defesa (art. 5º, LV da CF). No entanto, mais uma vez, a balança pendeu, sensivelmente, em favor da defesa, pois, em tal caso, na pior hipótese, deveria ter sido concedido ao Ministério Público o prazo em dobro para que o *Parquet* pudesse enfrentar as diversas defesas individuais (40 minutos, prorrogáveis por mais 20 minutos), ou seja, uma hora.

Quando se fala em contraditório homogêneo, deve-se entender que a paridade de armas deve ser exercida na sua totalidade, ou pelo menos de forma aproximada, de maneira que a acusação, apesar do princípio do *favor rei*, não se veja enfraquecida. Nesse passo, não basta que, tecnicamente, ela seja do mesmo nível; impõe-se, também, que o contraditório se faça de modo equilibrado, dando a ambas as partes a oportunidade de um exercício adequado do seu múnus. Tal como está na lei, os “processos volumosos”, que envolvem inúmeros réus, deixarão o Ministério Público em situação de nítida inferioridade. O contraditório, no meu entendimento, tem mão dupla (art. 5º, LV da CF).

Note-se o cuidado que o legislador teve em resguardar, sempre, a defesa, qual se colhe da leitura do parágrafo segundo do art. 402, providência, sem dúvida, elogiável, pois, quando houver assistente do Ministério Público, que gozará de 10 (dez) minutos para a sua fala, após a do *Parquet*, prorroga-se, por igual período, o tempo de manifestação da defesa.

Porque, então, dois pesos e duas medidas?

Observe-se que a lei não previu a ocorrência da hipótese cogitada no art. 29 do CPP, caso em que não se estabeleceu prazo para as falas do querelante e do Ministério Público, uma vez que este deve “intervir em todos os termos do processo”. Caberá, em tal caso, ao juiz distribuir o tempo de atuação da acusação entre o querelante e o *Parquet*, valendo o registro de que o Ministério Público, interessado na decisão justa, nem sempre estará, em seu

pronunciamento, quanto ao mérito ou em relação a uma questão processual, identificado com o do acusador particular. É um aspecto para que o juiz deve atentar quando da divisão de tempo de cada fala.

**15.** Na verdade, manda o bom senso que o juiz, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceda às partes o prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente, para apresentação de memoriais. É a salutar providência prevista no art. 403, § 3º. Nesse caso, a seguir, terá o magistrado o prazo de 10 (dez) dias para prolatar a sentença.

Ocorrendo a realização de diligência imprescindível, determinada de ofício ou a requerimento da parte, como a audiência foi concluída sem a apresentação de alegações finais, uma vez ultimada a diligência ordenada, não se reabre a audiência, cabendo às partes apresentar memoriais, no prazo estabelecido na lei, seguindo-se a sentença (art. 404, parágrafo único).

A diligência a ser realizada deve ser, como diz a lei, “imprescindível” para o esclarecimento da verdade processual. Caso contrário, não se justifica a providência.

Portanto em 2 (duas) hipóteses, uma facultativa e outra obrigatória, justifica-se a apresentação de memoriais:

a) quando o caso reveste-se de complexidade ou quando o número de acusados recomendar a medida;

b) quando a audiência for concluída sem a apresentação de alegações finais em razão da necessidade de realização de diligência considerada imprescindível.

No primeiro caso (letra “a”), o juiz terá a faculdade de conceder às partes a apresentação de memoriais. No entanto, como já registramos, manda a boa razão que assim proceda.

No segundo (letra “b”), não se renova a audiência, devendo as razões finais ser apresentadas, obrigatoriamente, através de memoriais.

**16.** O art. 405 trata da documentação do desdobramento dos atos processuais ocorridos em audiência, “em breve resumo dos fatos relevantes”. O termo respectivo será assinado pelo juiz e pelas partes.

Já o parágrafo primeiro apresenta certas peculiaridades que merecem análise. Ali se diz que “sempre que possível” (art. 405, parágrafo primeiro) far-se-á o registro, objetivando obter maior fidelidade das informações, dos depoimentos dos diversos sujeitos da prova oral. Afirma-se que tal registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Obrou com acerto o legislador ao usar a expressão “sempre que possível”, pois a realidade brasileira é bastante heterogênea, havendo lugares em que aqueles meios, de grande fidelidade para informações, não possam, por falta de recursos materiais e humanos, encontrar aplicação. Aliás, nem mesmo nos grandes centros pode-se ter certeza se e quando poderão ser implementados.

Há uma anotação curiosa do aludido parágrafo primeiro quando ele faz referência ao investigado, figura processual até então estranha ao nosso direito instrumental penal. Refere-se, também, ao indiciado (pessoa que responde a um inquérito policial). Quanto ao indiciado, evidentemente, gozará ele do direito ao silêncio, devendo, no entanto, constar afirmação sua de que não pretende prestar declarações.

Ao referir-se somente ao investigado e ao indiciado, omitindo-se quanto ao acusado (ou réu), o legislador dá a entender que somente pretende o uso daquelas tecnologias na fase pré-processual. É de ver, porém, que o parágrafo primeiro subordina-se ao art. 405, que está voltado para a audiência, parecendo-me, assim, que o uso de toda técnica a que se refere o parágrafo deve ser aplicado, também, e com maior razão, na fase judicial.

Assim, quando da audiência, além do registro a que se refere a cabeça do art. 405, “sempre que possível”, deverá ser aplicada, conforme o caso, uma das técnicas cogitadas nos parágrafos primeiro e segundo.

Fica-me a dúvida: quem será o investigado, já que a lei não usa palavras em vão? Penso que o investigado será a pessoa que ainda não chegou a ser indiciada no procedimento respectivo. Trata-se de mera suposição. O investigado, *a fortiori*, igualmente

não estará obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas.

17. O processo sumário segue, *servatis servandis*, critérios assemelhados ao do procedimento ordinário (art. 531 c/c 400).

A audiência de instrução e julgamento deve ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias. No processo ordinário, o prazo para a realização daquela audiência é de 60 (sessenta) dias. A ordem da colheita da prova oral no procedimento sumário é a mesma do processo comum ordinário: ofendido (I), testemunhas arroladas pela acusação (II) e, após, as da defesa (III), esclarecimentos eventuais do perito, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas (IV), deixando-se para o fim o interrogatório do acusado (V). “Nesta ordem”, diz a lei. Abre-se a ressalva para o caso de expedição de carta precatória (art. 222 do CPP). É certo que o aludido dispositivo (art. 222) faz referência somente à testemunha. Porém, quero crer, aplica-se, por analogia, também ao ofendido. Vale a anotação, quer para o processo ordinário, quer para o processo sumário, até porque a expedição de precatória não suspende a instrução criminal (art. 222, parágrafo primeiro), não impedindo o julgamento (art. 222, § 2º). No entanto, uma vez devolvida a precatória, será juntada aos autos.

As diferenças entre os dois ritos reside no prazo de sua realização (60 dias para o ordinário e 30 para o sumário), bem como no número de testemunhas (8 para cada parte no ordinário e 05, também para cada parte, no sumário – art. 533).

A exigência no sentido de que as provas sejam produzidas em uma só audiência (art. 533 c/c art. 400, parágrafos 1º e 2º) parece-me distante da realidade. Já tivemos a ocasião de analisar a questão, quando do exame do rito ordinário (13 a 16, *supra*).

Há uma regra, no mínimo estranha, contida no art. 400, § 2º, segundo a qual os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. Trata-se de dispositivo que agride o sistema do livre convencimento e o princípio da verdade processual, pois nada impede que o juiz, de ofício, determine a providência, caso venha a entender necessária a medida, haja ou não requerimento prévio da parte. Demais disso, na atualidade,

haverá um só perito oficial, não mais ocorrendo a atuação de dois peritos, como previa a art. 159 do CPP.

Haverá possibilidade da apresentação de memoriais no processo sumário?

A lei não cogitou do emprego de memoriais, ao contrário do que ocorre no rito ordinário (art. 403, § 3º).

Com efeito, ao ocupar-se do procedimento sumário (arts. 531 a 536), não cuida daquela providência. No particular, ao regular a audiência (art. 534), deixa claro que “as alegações finais serão orais”.

O legislador, quero crer, partiu do princípio segundo o qual as infrações penais sujeitas ao rito sumário, por serem de menor gravidade (art. 394, § 1º, II), não ensejariam o emprego de memoriais. Porém, segundo entendo, pode ocorrer que o caso apresente complexidade ou, ainda, número excessivo de acusados. Penso que, em tal hipótese, o juiz poderá aplicar, subsidiariamente, as disposições do rito ordinário (art. 394, III, § 5º), admitindo a apresentação de memoriais (instrução postulatória), pois a complexidade do caso e/ou o número de acusados não guardam, necessariamente, relação com a pena, nem com a gravidade do fato.

O art. 533 manda aplicar ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400, no sentido de que as provas serão produzidas numa só audiência, devendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Quanto à questão dos peritos (art. 400, § 2º) já tivemos a ocasião de analisar linhas acima (17, *supra*). No que se refere às provas orais, todas a serem realizadas em uma só audiência, igualmente, já demonstramos nossa apreensão (13, *supra*).

Resta de pé a crítica já apresentada quando do exame do procedimento ordinário (14, *supra*), pois, aqui também, no rito sumário, não se cogitou de aumentar o tempo da sustentação oral da acusação, sempre que houver mais de um réu, referindo-se a lei, apenas, ao imputado (art. 534, § 1º). Dever-se-ia, na hipótese, dobrar o tempo das alegações finais orais da acusação para que se obedecesse o princípio da igualdade das partes, estabelecendo-se um melhor equilíbrio com o princípio do *favor libertatis*.

18. Prevê o art. 538 que, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário. Portanto, ainda que o fato verse a respeito de crime sujeito ao rito ordinário (o que não é provável mas que, em tese, pode ocorrer), adota-se o procedimento sumário. Trata-se de regra estranha e dispensável, pois, em boa técnica, o juizado especial deveria remeter o processo para o juízo comum cabível, adotando-se, conforme o caso, o rito ordinário ou sumário.

19. Que se pode dizer, no conjunto, das reformas introduzidas em nosso processo penal através da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008?

Há medidas boas que foram objeto de análise no decorrer do presente estudo. No entanto, se a finalidade da lei foi a de tornar célere o processo e o julgamento dos feitos criminais, parece-me que a emenda saiu pior que o soneto (10, *supra*). Basta o registro de que se criou uma fase preliminar (arts. 396 e 397) que denominei como sendo de um verdadeiro *judicium accusationis*, ensejando resposta do acusado e ampla dilação probatória (art. 396-A), que, segundo assinalado (11, *supra*), deverão sofrer rigorosa fiscalização do juiz para que não se prestem à alicantina e à má-fé, transformando-a num outro processo de conhecimento.

Outro sonho de uma noite de verão do legislador foi o de pretender que todas as provas sejam produzidas numa só audiência, concluindo-se tudo, inclusive os debates, em única assentada. No momento oportuno, destaquei, que dificilmente a lei encontrará aplicação, por afastar-se da realidade, pelo menos a dos grandes centros (13, *supra*).

Cumprе ressaltar, por fim, que o processo já tem início com a citação do réu (art. 396 c/c 363 do CPP) na fase do juízo de acusação, interrompendo-se a prescrição a partir do recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I do CP). Caso venha a ocorrer o julgamento antecipado da lide, nas hipóteses **taxativamente** previstas no art. 397, uma vez trânsita a sentença, não terá início a fase processual relativa ao julgamento de mérito.

Por fim, pode-se notar o sensível prejuízo da acusação, não somente pelos fatos já destacados no decorrer do presente trabalho, como também, no particular, na fase final de julgamento, quando dos debates, quer no processo ordinário, quer no sumário, sempre que, na ação penal, houver mais de um acusado (14, *supra*).

**20.** As modificações trazidas pela nova lei somente propiciam vantagens para a defesa, ao retardar sensivelmente o andamento dos processos, frustrando as expectativas sociais, ao lado de contribuírem para o aumento da violência, ao deixar a sociedade, cada vez mais, ao desamparo. 📄

# A Execução das Sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Âmbito Interno dos Países Contratantes

Maurício Caldas Lopes

*Desembargador do TJ/RJ. Professor-assistente de Direito Penal da Faculdade Candido Mendes e Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa*

## PRÓLOGO

Animou-me a dar publicação ao estudo que se segue, ainda que reconhecidamente superficial, o estágio incipiente em que ainda se encontra o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, com que vim a ter contato por ocasião de reunião de que participei, como representante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, convocada pela Secretaria Geral de Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, em atenção às recomendações passadas pela Comissão daquele Tribunal ao Estado brasileiro, quanto às violações dos direitos das pessoas, tido por malferidos por ocasião de diligência policial no Morro da Babilônia, de que resultou a morte do militar do exército, Wallace de Almeida, cujos parentes apresentaram queixa contra o Estado brasileiro perante o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos.

E animou-me sobretudo, depois de constatar que o Estado brasileiro permanecera praticamente que indefeso - indiferente? - diante das acusações postas perante a Comissão e, mais que isso, o desconhecimento por parte de seu Membros, do ordenamento jurídico dos países-membros, em especial - e no caso -, do do Brasil, ao

propor medidas de reparação absolutamente descabidas, como uma nova “investigação judicial”, como se ao Judiciário fosse possível fazê-lo, armando-se, a um só tempo, de acusador e julgador.

Aliás, a denúncia oferecida pelo Ministério Público, no caso, fora rejeitada por decisão judicial, confirmada em grau de recurso em sentido estrito pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ausência de indícios suficientes à individualização da autoria dos disparos que vieram a ceifar a vida do jovem militar, inviabilizando a reabertura do caso sem novas provas ou - pior ainda -, diante da inexistência no sistema processual penal brasileiro de norma que previsse o cumprimento das decisões do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem - embora, na espécie, estivéssemos diante de recomendações da respectiva Comissão, não de uma sentença do Tribunal.

O desconhecimento, a imposição de meios e modos de reparação - que a soberania dos países-membros repudia; a ausência de adaptação qualquer do ordenamento jurídico pátrio em ordem a dar cumprimento às decisões, não da Comissão - é bom que se lembre -, mas do Tribunal Interamericano, ao qual a queixa sequer chegou a ser aportada, tudo isso me conduziu a refletir sobre o estudo que havia feito sobre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com sede em Estrasburgo que, também ele, passara por essa fase primeira e se encontra ainda diante de dificuldades para fazer cumprir as decisões que toma a respeito das queixas que lhe são apresentadas pelos nacionais de qualquer dos países que subscreveram a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e aceitaram-lhe a jurisdição final e definitiva quanto às violações dos direitos das pessoas.

O intento é o de que o estudo sirva de reflexão e modelo a quantos de nós venham a se debruçar sobre o tema.

## 1. INTRODUÇÃO

Tem objeto ambicioso o estudo, qual o de, a partir da inequívoca vinculação dos países signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de ora em diante indicada por suas iniciais - CEDH -, às decisões proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direi-

tos do Homem - **TEDH**, demonstrar-lhes a obrigação jurídica de conformação dos respectivos e internos ordenamentos jurídicos, em ordem a ensinar-lhes a execução, sobretudo nas hipóteses em que a reparação do dano suportado - *que há de ser a mais completa possível* - exija a reposição do cidadão ao *status quo ante*, e, em consequência disso, a revisão dos julgados internos até então proferidos.

Propõe-se examinar a execução desses julgados nomeadamente em Portugal, apontando soluções legislativas, ou não, até hoje não adotadas, mesmo diante da evidente denegação de acesso à justiça que a omissão caracteriza.

Pretende mais, na medida em que intenta demonstrar também que os tribunais e juízes portugueses, por primeiro encarregados, no sistema europeu de proteção aos direitos do homem, da tarefa jurisdicional de atendimento aos reclamos de violação da CEDH no âmbito de seu território, devem estar, mais do que em permanente diálogo, afinados com os julgados do TEDH, seu mais autorizado intérprete.

Não tem outra preocupação, todavia; nem pretende analisar o conteúdo dos julgados proferidos pelo TEDH, salvo quando necessário à fundamentação de suas conclusões, nem muito menos se deter em considerações históricas, na medida em que sua perspectiva se volta para o direito atual, nomeadamente o português, embora a visita necessária - e breve - ao sistema de alguns outros dos países subscritores da CEDH, ora para mais apoiar suas conclusões, ora para examinar-lhes as soluções adotadas.

Tem incidência, assim, sobre uma realidade jurídica, afastando-se, definitivamente, de uma construção dogmática.

Assim delineados os lindes da investigação, passa-se aos antecedentes necessários às conclusões.

2. Desde o Congresso da Europa, realizado em Haia, em maio de 1948, reunindo cidadãos representantes de diversos segmentos das sociedades organizadas no seio dos países europeus, clamava-se pela instituição de um Tribunal capaz de aplicar as sanções necessárias à observância da Carta dos Direitos do Homem, em ordem a que toda e qualquer pessoa, posta sob a jurisdição territorial

de qualquer dos países signatários, pudesse efetiva e livremente exercer, em seus limites, os direitos e as respectivas liberdades individuais reconhecidos ao homem - **artigo 3º, do Estatuto do Conselho da Europa, adotado em Londres, em 05.05.1949.**

Com a entrada em vigor, em 04 de novembro de 1950, da **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, a missão fora, desde então, confiada a uma estrutura tripartida assim composta: a) **Comissão**, encarregada do exame de admissibilidade das queixas apresentadas e, ademais, de contribuir para os acordos amigáveis, com a eventual emissão de pareceres quando, no fracasso das tratativas consensuais, vislumbresse a violação da Convenção; b) **Tribunal Europeu**, detentor da tarefa de julgar as queixas que lhe fossem encaminhadas ou pela Comissão, ou, ainda, por uma Alta Parte Contratante e, c) **Comitê de Ministros**, ao qual, de seu turno, incumbia a decisão definitiva e obrigatória sobre os casos não remetidos ao Tribunal.<sup>1</sup>

Nessa altura, a vítima não era parte no processo e nem poderia deflagrá-lo diretamente perante o Tribunal, senão que somente a Comissão, cujos membros ostentavam a qualidade de defensores do interesse geral.

Quer dizer, processo sem contraditório exatamente perante o Órgão que tinha por missão assegurar o cumprimento da Conven-

<sup>1</sup> É em fase semelhante a essa que se encontra, ainda, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos. A Comissão, a quem são encaminhadas as queixas das vítimas ou de um dos países signatários da respectiva Convenção - Pacto de San Jose da Costa Rica, ela sim é que será, ou não parte, perante o Tribunal, caso a esse resolva submeter a queixa apresentada. Os direitos assegurados nessa Convenção Americana restringem-se, ainda, aos de 1ª geração, quais os referentes à garantia da liberdade, à vida, ao devido processo legal, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito de participar do governo, o direito à igualdade e o direito à proteção judicial entre outros. O Brasil subscreveu a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 27 de 26 de maio de 1992, que aprovou o texto do instrumento, dando-lhe legitimação. A respectiva Carta de Adesão (ratificação) junto à Organização dos Estados Americanos se deu no dia 25 de setembro de 1992, mas somente fora introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência do Decreto presidencial nº 678 de 06 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 09 de novembro de 1992, p. 15.562 e seguintes, que determinou o integral cumprimento dos direitos disciplinados no Pacto de San José da Costa Rica, sem caráter, entretanto, de suprallegalidade, menos ainda de supraconstitucionalidade, mas, sem dúvidas, materialmente constitucional - ainda quando não formal.

ção, que desde logo estabelecera, em seu artigo 6º, 1, o direito ao processo equitativo ou contraditório...

Urgia se pusesse cobro à situação.

Daí que, desde a assistência à Comissão pelo advogado do reclamante, apenas **admitida** pelo Tribunal, sem força normativa, todavia, à alteração de seu Regulamento Interno, no sentido de trazê-lo ao processo, e ao **Protocolo nº 9**, em vigor a partir de 1º de outubro de 1994, e que reconheceu ao indivíduo legitimação para aceder ao Tribunal, passaram-se 12 anos, mas ainda assim sem que se pudesse afirmar jurisdicionalizado todo o processo de queixa, cujo juízo de admissão permanecia confiado à Comissão.

Com a entrada em vigor, em 01 de novembro de 1998, do **Protocolo nº 11**, reunindo num só de seus títulos - o segundo - todo o processo de admissão, processamento e julgamento das queixas relativas a violações à Convenção e a seus protocolos, de um lado, como que se fusionaram Comissão e Tribunal e, de outro, se jurisdicionalizou todo o processo de queixa, a partir de então formulado, processado e julgado perante o **TEDH**, permanentemente instalado.

De maior relevo, contudo, o fato de que o indivíduo, *e não o país de que é nacional*, passa a ser sujeito ou destinatário do direito internacional, como com agudeza notado por **F. Álvarez Ossorio**<sup>2,3 e 4</sup>.

### 3. ATUAÇÃO DO TRIBUNAL: SUBSIDIÁRIA E PRINCIPAL

Bem, esse **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**, com competência restrita aos casos, como se disse, de violação à Convenção que o instituiu e a seus Protocolos, composto por

<sup>2</sup> *Perfecciones e Imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos e otros Comentarios a proposito de su entrada en vigor* - in REDC nº 56, p. 136

<sup>3</sup> Veja-se em Argelia Queralt Jiménez - *El Tribunal de Strasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, p. 199/211 - as dificuldades políticas para se chegar a um órgão de jurisdição único.

<sup>4</sup> Vencido o período de transição, de 1º de novembro de 1998 a 31.10.1999, data em que, formalmente, desapareceu o antigo Tribunal, a Comissão, ainda por todo o ano seguinte, trabalhou nas queixas que lhe foram apresentadas até a vigência do Protocolo 11, remetendo ao Tribunal, as que lhe sucederam.

um número de juizes igual ao das Altas Partes Contratantes - os países signatários -, funciona em caráter nitidamente **subsidiário** à atuação jurisdicional interna de cada uma delas, do que decorre quase sempre, nos casos de procedência das queixas admitidas e julgadas pelo **TEDH**, conflito entre o que vem de decidir e o que antes fora decidido, na maioria das vezes como **caso resolvido** até, pela justiça interna dos respectivos países subscritores...

E apenas na maioria das vezes como caso julgado ou resolvido, por isso que nas hipóteses de violação ao direito que a Convenção consagra, de acesso efetivo à justiça, quase sempre violado pela mora injustificada e absolutamente desarrazoada na entrega da jurisdição, é dispensado o esgotamento das instâncias internas em ordem a ensejar pronunciamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem absolutamente **originário**, sem riscos, portanto, de testilhas quaisquer.

O caso é interessante, por isso que, na espécie, o TEDH atua em **caráter principal**, não subsidiário ao pronunciamento dos tribunais internos das Altas Partes Contratantes, o que se justifica na medida em que, morosos na entrega da jurisdição que se reclama no processo principal, certamente morosos se exibiriam na solução a propósito do pleito de acesso efetivo à justiça, tornando ainda mais gravosa a violação, se não coarctada desde logo...

O mesmo se diga quando a pretensão posta na queixa se resume a propugnar pela sujeição do Estado ao pagamento de uma *reparação razoável*, na medida em que “... *o pedido de reparação razoável não é considerado uma nova queixa para a qual fosse necessário esgotar os recursos internos, nem tão-pouco o Tribunal o rejeita com o fundamento de que o lesado podia fazer pedido idêntico a nível interno ...*” (Acórdãos **De Wilde, Ooms e Versyp**, de 10 de março de 1972, A 14, p. 8-9, § 16, e **Barberà, Messegué e Jabardo** (artigo 50º), A 285-C, p. 57, § 17).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> *Apud*, Irineu Cabral Barreto, *in* *Convenção Européia dos Direitos do Homem Anotada* (Ed. Coimbra, 3ª Ed., p. 318 )

**3.1** Também nas queixas intentadas por um Estado em face do outro, com vistas ao controle de atos normativos editados com caráter genérico e impessoal, e contestados em face da Convenção, a atuação do Tribunal, já se vê, se dá em caráter principal, não subsidiário, e independentemente da concreção de qualquer de seus efeitos em face de pessoa ou grupos de pessoas determinados, à vista do reconhecimento, por todos os Estados contratantes, da jurisdição única dessa Corte para solução da espécie.

Parece claro, entretanto, que se esse ato normativo adquire efeitos concretos em face de determinada pessoa, a essa se há também de reconhecer legitimidade - *a questão não é de competência, como pretende Irineu Cabral Barreto, mas de legitimação* - para impugná-lo, tal como se lha reconhecem para a provocação do controle de constitucionalidade dos atos normativos considerados leis apenas em seu aspecto formal, mas de efeitos pessoais e concretos, obviamente em sede difusa, ante a reserva de legitimação de acesso à via abstrata ou concentrada às pessoas a que se refere o artigo 281º, 2, da Constituição Portuguesa.

**3.2** Hipóteses há, também, em que a violação à Convenção resulta de ato administrativo ou jurisdicional sem força de caso julgado, em que a execução do acórdão do TEDH importará na revisão ou anulação do ato respectivo, sem maiores dificuldades, na medida em que a Convenção, sobre cuja observância vela com reconhecida jurisdição principal o TEDH, é direito interno com preeminência sobre o próprio ordenamento dos países contratantes que, em tema de direitos do homem - *absolutamente inderrogáveis na medida em que inerentes à própria dignidade da pessoa humana integram-lhes, de ordinário, os respectivos ordenamentos constitucionais* - expressamente lhe aceitaram a jurisdição e a respectiva competência, atribuindo-lhe ao pronunciamento a qualidade de final.

Nesse ponto, aliás, é que se faz necessária a distinção entre os países que formalmente incorporaram a Convenção a seus respectivos ordenamentos jurídicos, daqueles outros em que o pacto

desfruta apenas do *status* de direito internacional, como anota **Jörg Polakiewicz**<sup>6</sup>.

Naqueles, entre os quais se inclui Portugal, toda a questão referida à execução dos julgados do TEDH se resume, como se verá adiante, à possibilidade de **revisão** dos julgados internamente proferidos, questão que, na maioria dos países contratantes, pelo menos no que respeita aos litígios de ordem penal<sup>7</sup>, se encontra resolvida, na medida em que seus respectivos ordenamentos jurídicos admitem, sem nenhuma dúvida, a revisão de seus julgados internos proferidos nessa área, desde que aparelhado o pleito por sentença do TEDH reconhecendo a violação da Convenção<sup>8</sup>.

Mesmo em França, a Lei de 15 de junho de 2000, que deu nova redação aos artigos 626-1 a 626-7 do Código de Processo Penal, passou a admitir a revisão unicamente de sentenças penais em decorrência de sentenças do TEDH, em hipóteses absolutamente restritas e condicionadas. No que respeita à denominada **reparação razoável**, cuja execução não deixa margem à discricionariedade do Estado demandado, as observações de **Jean-Pierre Marguénaud** bem lhe demonstram a irresignação com a solução adotada para os casos de impossibilidade de restabelecimento do *status quo ante*:

*“... En somme, les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme ne permettent pas encore à la victime française d’être reintégrée dans sa dignité d’être humain, mais ils lui autorisent déjà l’espoir de faire fortune ...”*<sup>9</sup>

<sup>6</sup> “The European Human Rights Convention in Domestic Law - The Impact of Strasbourg Case-Law in States Where Direct Effect is given to the Convention”, in *Human Rights Law Journal*, Strasbourg, v. 12 n. 3, p. 65/66

<sup>7</sup> Elisabeth Lambert, em seu artigo “Le Réexamen de Certaines Affaires suite à des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, Bruxelles, a. 12. n. 47, p. 715/742, enumera os países que o fizeram: Alemanha, Áustria, Bulgária, Croácia, Eslovênia, França, Grécia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Reino Unido, Polónia e Suíça.

<sup>8</sup> Na esfera de litígios não-penais, somente Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Espanha, Eslováquia e Suécia têm previsão legal interna de revisão desses julgados. A Rússia, embora não tenha sido ainda confrontada com um julgado do TEDH, claramente a admite também. cfr. Elisabeth Lambert, no artigo acima citado, p. 728/730, notas 37, 38 e 39.

<sup>9</sup> Idem, p. 29

Mesmo nos países que não procederam a alterações de suas legislações<sup>10</sup> de modo a viabilizar a revisão, cumpre, antes de mais nada, considerar que a *communis opinio doctorum*, com força na interpretação da Convenção, e mesmo em pronunciamentos do TEDH<sup>11</sup>, se orienta no sentido de reconhecer às respectivas sentenças definitivas natureza **declaratória**, **obrigatória**, desprovida, contudo, de executoriedade, decorrendo, de sua **definitividade** - reconhecida na forma do artigo 44.2 da Convenção -, a coisa julgada tanto formal quanto material, e, de sua **obrigatoriedade**, a força de “coisa interpretada”.

Embora majoritária a opinião doutrinária que classifica de meramente declaratória a natureza dos pronunciamentos do TEDH, tem fundamentos sérios a postura conceitual de **Elisabeth Lambert!**

A partir da distinção que faz entre a **força executória** desses julgados e a respectiva **execução forçada**, a ilustre profesora afirma a autoridade e executoriedade dos julgados do TEDH apoiada em fundamento de direito internacional, qual o da primazia desses, do *jus gentium*, sobre o direito interno, e que encontra fincas expressas no ato de reconhecimento do Estado-parte da jurisdição e competência internacional do TEDH e que em nada se assemelha à dos tribunais estrangeiros, cujas sentenças, decorrentes de jurisdição *interna - a que se não se submeteu o Estado onde se pretende executá-las* - evidentemente se sujeitam ao **exequatur**, decorrente da independência das respectivas ordens jurídicas.<sup>12</sup>

Bem, é difícil imaginar que o TEDH pertença a uma ordem jurídica distinta da dos países que o instituíram e expressamente se sujeitaram à respectiva jurisdição, com a qualidade de última ou final a propósito de violações da CEDH e de seus protocolos...

<sup>10</sup> Chipre, Irlanda, Itália, Lituânia, Liechtenstein, Países-baixos, Portugal e România, idem, *ibidem*.

<sup>11</sup> Caso *Marckx contra a Bélgica*, de 12.06.1979, no sentido de que as sentenças do TEDH são essencialmente declarativas, deixando aos estados a escolha dos meios que devam ser utilizados no ordenamento interno para cumprimento da obrigação imposta.

<sup>12</sup> Elisabeth Lamb *Les Efets des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1999, p. 254.

Os países signatários da CEDH, em verdade, criaram, ao lado da própria e internamente, uma nova ordem jurídica a que expressamente se sujeitaram, de modo que, se não são destinatários dos pronunciamentos do Tribunal que instituíram, que países o seriam?

Acrescente-se que, no dizer da mencionada professora francesa, ainda que não fosse em decorrência do singelo ato de instituição do TEDH - **e que me parece bastar-se** - “... *La primauté du droit international sur le droit interne rendrait illégale la procédure consistant à subordonner la production d'effets internes du jugement international à la procédure d'exequatur...*”<sup>13</sup>.

**3.3** Posta de lado, por enquanto, a discussão, tem-se que das sentenças do TEDH decorrem efeitos **específicos e genéricos**. Aqueles, referidos às partes em litígio - *limites subjetivos da demanda solvida* - sem prejuízo desses, os **genéricos ou indiretos**, de *caso julgado interpretado*, com efeitos paradigmáticos gerais para o próprio Tribunal, para o Tribunal de Justiça e também para os tribunais e juízes nacionais, e que se exibem de extrema relevância para o sistema europeu de proteção dos direitos do homem, que se radica na necessária e indispensável interação entre o Tribunal e os demais órgãos judiciais dos países contratantes.<sup>14</sup>

Da sentença decorre, portanto, obrigação de resultado, confiada ao Estado demandado a escolha dos meios para satisfazê-la - *e que é nenhuma nas hipóteses de reparação equitativa*<sup>15</sup> - a título

---

<sup>13</sup> Idem, p. 255

<sup>14</sup> Embora para muitos desprovida de força executiva, dessa obrigatoriedade vinculativa da sentença decorreria, mais do que seu reconhecido caráter declaratório, a sua natureza **constitutiva**, como pretende Argélia Queralt Jiménez, e, acima de tudo isso, a sua **efetividade**... É correta a asserção, na medida em que da impossibilidade de restituição do reclamante ao estado anterior ao da lesão a seu direito, decorre pena pecuniária sem alternativa quanto aos meios de execução senão que a de seu pagamento, e no prazo máximo de três meses, sob pena de, desde aí, pagar o Estado demandado juros legais pela mora em efetuar-lo. É dizer: constitui o reclamante em credor e o Estado em seu devedor, como se extrai até mesmo das conseqüências da mora a que fica sujeito, em caso do não resgate de sua obrigação no prazo assinado, forte em vetusta regra do direito das obrigações - ***dies interpellat pro homine!***

<sup>15</sup> G. Ress, é enfático a propósito: não existe uma só reação possível a esta decisão, tomada conformemente à Convenção, salvo pagar. (“*The Effects of Judgements and Decisions in domestic Law*”, in *The European System for Protection of Human Rights*, p. 254)

de colaboração com o Tribunal, mas daí não se pode pretender que a eventual necessidade de alteração do ordenamento jurídico interno, em ordem a propiciar o cumprimento da obrigação, importe em uma espécie de suspensão da sentença do TEDH, e pelo prazo que o Estado demandado afirme necessitar, como expressamente se dispôs, aliás, no caso **Marckx contra Bélgica**<sup>16</sup>, em que o Tribunal expressamente decidiu que a liberdade de escolha dos meios de cumprimento da obrigação não suspende a aplicação da Convenção, enquanto se aguarde pela necessária reforma.

Fica, isto sim, o Estado constituído em mora não apenas quanto à obrigação de pagar, mas quanto à de cumprimento do julgado proferido pelo TEDH, e que se insinua mais do que contratual apenas, jurídica mesmo, sobremodo para os países, como Portugal, que internalizaram a Convenção no próprio ordenamento jurídico, e com especial preeminência sobre o próprio direito interno.

Daí porque o Tribunal, quando não disponha de dados ou informações suficientes a propósito da viabilidade da *restitutio in integrum*, pode, excepcionalmente, diferir para momento posterior a imposição ao Estado demandado da obrigação de pagamento de uma indenização ao reclamante<sup>17</sup>.

Remarque-se: **efeitos específicos**, isto é, respeitantes às partes em litígio, de vinculação, efetividade e constitutivos.

**3.5** Já os efeitos **genéricos** ou indiretos das sentenças proferidas pelo Tribunal são as consequências que dela decorrem e que se projetam para além dos limites subjetivos da demanda solvida, em obséquio ao princípio da solidariedade que subjaz à garantia coletiva representada pela Convenção, como acentuado por **Argelia Jiménez**<sup>18</sup> sem reбуços quaisquer:

<sup>16</sup> "... *The freedom of choice allowed to a State as do means of fulfilling its obligation under article 53, cannot allow it to suspend the application of the Convention while waiting for a such reform to be completed, to extent of compelling the Court to reject in 1991, with respect to succession which took effect on 22 July 1980, complaints identical to those which it upheld on 13 June 1979...*"

<sup>17</sup> Cfr. **Argelia Queralt Jiménez**, ob. cit. p. 239.

<sup>18</sup> Idem, p. 243/4.

*“... Esta especial naturaleza del sistema europeo de protección provoca que se pueda predicar-se del TEDH la fuerza vinculante de la que goza a Convención, convirtiendo in erga omnes los efectos de sus sentencias, como mínimo los indirectos. Por estas razón los Estados parte no solo estarán obligados a dar cumplimiento a las sentencias del TEDH por las que hayan sido condenados de la forma que se ya visto, sino que, además, deberán tener en cuenta las posibles repercusiones que el resto de sentencias dictadas por el Tribunal puedan tener en sus respectivos ordenamientos...”*

Embora com fundamento diverso, é a mesma a opinião de **G. Ress**, ex-juiz do Tribunal:

*“... Where the Strasbourg Court ascertains that a Member State has infringed the Convention, it is highly probable that it will declare the Convention to have been breached in a comparable case involving the same State or another State. The States whose Courts do not take this into consideration, namely by adapting their decisions to follow the Strasbourg Court’s interpretation of de the Convention, have to reckon whit a spate of individual applications...”<sup>19</sup>*

A questão não é das mais pacificadas, contudo!

A interpretação/aplicação da norma jurídica, que uma leitura rígida do princípio da separação dos poderes subtraíra, ao tempo da Revolução Francesa, aos juízes, é operação necessariamente precedente a todo julgamento que, entretanto, não tem por escopo o estabelecimento de uma regra, senão que a particular, de solução do litígio em exame. A aparição da regra menor<sup>20</sup>, em decorrência do julgamento é, na verdade, um efeito secundário seu<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> G. Ress, em análise publicada sob o título *“The Effects of Judgements and Decisions in domestic Law”* ( in *The European System for Protection of Human Rights*, p. 812).

<sup>20</sup> Consulte-se, a propósito Hans Kelsen e sua concepção gradualista do direito.

<sup>21</sup> F. Zenati, *La Jurisprudence, Méthodes de droit*, Dalloz, 1994, p. 84

Mas quando o que está em jogo são normas constitucionais, que possuem nítida função constitutiva, como normas supremas da ordem jurídica que são, a interpretação constitucional tem a função principal de garantir “... *l’unité tant systémique que conceptuelle dans l’ordre juridique donné...*”<sup>22</sup>, o que desde logo denuncia o relevo de seus pronunciamentos.

Ora, tais pronunciamentos do TEDH, a propósito da Convenção e de seus protocolos, versam, **exclusivamente**, direitos fundamentais, de indesmentível índole constitucional, e têm, por isso mesmo, natureza *quase-constitucional*. Ademais, pronuncia-se quase sempre subsidiariamente, isto é, após os tribunais dos estados-partes que voluntariamente lhe aceitaram a jurisdição nessa matéria e que se vinculam, exatamente por isso, às orientações contidas em seus julgados.

Mas não é só isso - da inegável obrigação dos estados contratantes - que a regra que o julgamento enuncia se firma no âmbito interno das Altas Partes Contratantes, mas, sobretudo, de sua qualidade de julgado convincente, constante ou reiterado no tempo.

É verdade que alguns autores não exigem tal requisito<sup>23</sup>, mas a prática tem-lhe demonstrado o acerto. Não são raros os casos de revisão de autênticas Súmulas dos Tribunais Superiores e que acabam por causar invencíveis perplexidades, tamanhas as arranhaduras ao princípio da segurança jurídica, escopo final de todo o ordenamento jurídico<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> V. Petev, “*Jurisprudence e philosophie du droit*”, apud Elisabeth Lambert, já citada, p. 294.

<sup>23</sup> É o que noticia Elisabeth Lambert, cit., p. 295.

<sup>24</sup> No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça decidiu rever a Súmula 263, substituindo-a pela de nº. 293, causando verdadeira perplexidade. Os Tribunais e juízes Estaduais, que, embora a contragosto, mas em face da impessoalidade da jurisdição e de sua vinculação (afinal, é o que decorre do artigo 557, do Código de Processo Civil Brasileiro) aos julgados daquela Cortes, se viram na delicada situação de decidirem hipóteses iguais de maneira diferente ... Súmula 263 - A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação de sua Jurisprudência.

Súmula 293 - A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”.

Aliás, é o próprio TEDH que tem afirmado sua função jurisprudencial, como no caso Irlanda contra Reino Unido<sup>25</sup>, em que a Corte precisou que seus julgamentos servem não somente a resolver os casos que lhe são submetidos, mas para clarificar, salvaguardar e *desenvolver* as normas da Convenção e a contribuir para o respeito, pelos estados contratantes, aos compromissos assumidos.

E não é só: desse efeito de *desenvolver* as normas da Convenção, recolhe-se, no dizer de Elisabeth Lambert, que os direitos do homem são direitos em evolução, de modo que o TEDH, em colaboração com os juízes supremos internos, participa da elaboração e do aprofundamento do direito europeu dos direitos do homem<sup>26</sup>.

Mais do que direitos em evolução, direitos à busca de reconhecimento!

Nenhuma Constituição, nenhuma legislação seria capaz de enumerar, exaustivamente, os direitos inerentes à pessoa humana. Bem por isso, tanto a Constituição da República Portuguesa, como a do Brasil, contêm, em seus artigos 16º, 1 e 2, e 5º, § 3º, respectivamente, autênticas cláusulas abertas que, dando plasticidade aos direitos, liberdades e garantias individuais, asseguram-lhes o **reconhecimento** contínuo, ao tempo em que impedem o retrocesso sobre o todo adquirido, ao proibir revisões que importem em aboli-los (CRB., art. 60, § 4º, IV; CRP., art. 288º, d).

**Reconhecimento** apenas, na medida em que, inerentes à própria condição do ser humano, tais direitos terão sempre existido, embora apenas não fossem reconhecidos... Não evoluem, mas sim os ordenamentos jurídicos que passam a reconhecê-los, daí a oportunidade e a gravidade da tarefa confiada aos tribunais constitucionais e, no caso da Europa, ao TEDH, como instância final ou derradeira: a de assegurar o aprofundamento dos direitos do homem, com o seu imediato reconhecimento pelos estados contratantes!

É verdade que não há uma regra na Convenção que imponha tal efeito, de **coisa interpretada**, com repercussão geral vincu-

<sup>25</sup> Ireland versus.UK., 18.1.1978, A 25, § 154.

<sup>26</sup> Elisabeth Lambert, *Les efets des arrêts ...*, p. 296.

lante ou obrigatória, mas que claramente se insinua a partir da aceitação da jurisdição do Tribunal como derradeira para dispor a propósito das violações à Convenção e a seus protocolos, e que há de alcançar não só os tribunais internos, mas também inspirar as alterações legislativas necessárias à compatibilidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes, com a interpretação autêntica da Convenção por seu mais autorizado intérprete, o TEDH.

De outro modo, o que se anunciaria seria o caos; insuperável caos a propósito dos direitos do homem, com cada um dos estados contratantes emprestando à Convenção - *ou aos dispositivos iguais ou semelhantes das próprias Constituições* - inteligência divergente, com a consequência absolutamente avessa aos interesses da União e das Comunidades Europeias, qual a de, no limite, restabelecer as abolidas fronteiras entre os estados-partes, não físicas, mas **jurídicas**, na medida em que um estado acabaria por proteger os direitos, garantias e liberdades *“mais do que outro”*, insinuando-se como melhor ou pior local de fixação para o cidadão europeu.

Da insubmissão, pois, dos tribunais e juízes internos à jurisprudência do TEDH a propósito dos direitos do homem, decorreria - além da sanção apenas eventual e indireta de sujeitar o país insubmisso à condenação perante o Tribunal -, efeito dos mais nefastos a todo o projeto de uniformidade jurídica que dá lastro a outro bem mais ambicioso, qual o da prosseguida reunificação da Europa.<sup>27</sup>

Daí que, embora a ausência de disposição convencional, a vinculação dos estados contratantes à jurisprudência do TEDH não parece adversar os termos da Convenção, mas a eles consultar,

<sup>27</sup> Por todos, confira-se Elisabeth Lambert já citada, a propósito da autoridade de coisa interpretada dos julgados do TEDH, p. 301/12.

Relembre-se de que em Colônia, junho de 1999, o Conselho Europeu começou a gestar a ideia de incorporar ao direito originário da União Europeia um regime único de direitos fundamentais, por meio de uma Carta que se vira aprovada em Biarritz, com oposição de seis Estados - Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlândia, Suécia e Holanda -, proclamada, entretanto, no Conselho de Nice, em dezembro de 2000, com força de declaração política, criando a Agência Social Europeia, cujo principal objetivo é o de fomento, em tema de direitos sociais, da cooperação entre os Estados membros da União.

como se recolhe de seus artigos 32º, 1 e 46<sup>o28</sup>, tanto mais quanto se cuide de país, como Portugal, que haja incorporado a Convenção ao próprio direito interno, qualificando-se, em consequência, a conformação de seu entendimento jurisprudencial ao do TEDH, como uma autêntica **obrigação**, mais do que convencional, **jurídica**, tal como antes se assinalou, e enfatiza **Ruiz Miguel**<sup>29</sup>.

Bem, quanto aos Estados que não a internalizaram, e em que a Convenção vige sob os auspícios do direito internacional, a conformação da própria jurisprudência a propósito da Convenção, à do Tribunal, se faria ao escopo de evitar futuras demandas, já acolhidas pela Corte de Estrasburgo, ante a inequívoca certeza do revés a ser colhido.<sup>30</sup>

Não se tenha dúvida, contudo, de que malgrado as restrições de ordem doutrinária que se possam opor à autoridade vinculativa dos julgados do TEDH, e que se contrapõem aos fins do próprio sistema europeu de proteção dos direitos do homem, os tribunais e juízes dos países signatários da Convenção têm, de uma forma ou de outra, se referido com constância aos julgados do Tribunal Europeu, sempre que se cuide de interpretar e aplicar a Convenção, tal como se o precedente constante se ajuntasse ao texto convencional, integrando-o.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Art. 32º1. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidos nas condições previstas pelos artigos 33º, 34º e 47º.

Art. 46 1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.

<sup>29</sup> **La ejecución de la sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, p. 54

<sup>30</sup> A prática tem relativizado a asserção: antes mesmo da incorporação da Convenção, os Estados nórdicos já consideravam os efeitos da autoridade jurisprudencial, em razão de uma interpretação e aplicação que E. Lambert (p. 378/79 ) qualifica de generosa do princípio da convencionalidade do direito interno ou da presunção de respeito pela legislação interna das obrigações internacionais do Estado. De outro modo, Estados que a incorporaram ao próprio ordenamento jurídico, são, por vezes, e paradoxalmente, reticentes quanto à recepção da autoridade jurisprudencial dos julgados do TEDH...

<sup>31</sup> O artigo 6º, do Ato de Malta de 19.8.1987, que ratificou e incorporou ao direito interno a CEDH, autoriza o executivo a impor aos juízes o respeito às regras jurisprudenciais firmadas pelo TEDH na condenação de um terceiro Estado. Em percuciente pesquisa, a eminente Professora Lambert aponta a Espanha, a Holanda, a Áustria, a Bélgica, a Itália, e mesmo a França, como países que consideram em seus arestos, os julgados do TEDH. A Alemanha

Nem de outra forma poderia ser: investido o Tribunal, insista-se, pelos signatários da Convenção, na alta tarefa de seu intérprete final, seus pronunciamentos, reiteradamente manifestados num mesmo sentido, hão de, em nome da necessária harmonização entre os ordenamentos jurídicos internos à ordem internacional particular - *a que pertence a Convenção*, no dizer de J.J. Canotilho<sup>32</sup> - de ser cuidadosamente considerados, e com força vinculativa, ante a competência que por seus instituidores lhe fora atribuída.

#### 4. DA EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS DO TEDH

Orientado por essa ligeira visão geral dos efeitos das sentenças definitivas do TEDH, retoma-se o tema inicial para afirmar que, intentada perante o Tribunal a demanda em face do Estado enquanto membro da comunidade internacional e subscritor da Convenção que se tem por violada - sempre uma Alta Parte Contratante -, a garantia da coisa julgada, apenas uma das múltiplas facetas instrumentais do princípio da segurança jurídica, não estará, em linha de princípio, sendo atingida, mesmo diante de eventual conflito entre o que se decidiu internamente e o pronunciamento do TEDH...

É que, malgrado a eventual identidade de pedidos e das respectivas causas, a diversidade de partes na demanda interna, e na aforada perante o TEDH, acaba por comprometer a eficácia preclusiva da *res judicata* em face do Estado então demandado perante o TEDH e jamais alcançado pelos limites subjetivos do que antes se decidira internamente, conclusão que mais se recomenda quando o Tribunal se limita a impor ao estado contratante uma obrigação de pagamento de uma reparação razoável.

Nesse caso, aliás, em que o Tribunal, diante da impossibilidade de a legislação interna do Estado demandado permitir a per-

---

e Irlanda, apenas excepcionalmente, embora os juízes ingleses, diante de interpretações diversas, de incertezas do direito nacional ou da vida jurídica, reconheçam, cada vez mais, uma *“autorité renforcée”* à jurisprudência europeia. Os países do Norte, contudo, como a Noruega, Finlândia, Islândia e Suécia, desde antes da internalização da CEDH, o fazem. Dos novos aderentes, a Hungria e a República Tcheca fazem referência freqüente aos julgados do TEDH.

<sup>32</sup> Canotilho, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª edição, p. 821.

feita reparação da violação reconhecida, apenas lhe impõe uma obrigação de índole pecuniária, hipótese em que toda a questão referida à execução do julgado tem sido posta mais em nível teórico, à conta de que até agora não se verificou a recusa de nenhum Estado ao respectivo resgate.

De qualquer forma, e como um dos nortes de orientação a se observar no desenvolvimento do tema, cumpre considerar, desde logo, que os termos do artigo 41º da Convenção, ao optarem pela “condenação” do Estado-membro ao pagamento de uma reparação razoável, sempre que seu ordenamento jurídico inviabilizar a emenda, a mais completa, da violação perpetrada, demonstram o respeito pelo que se decidiu internamente e, mais que isso, a atenção às dificuldades da respectiva revisão, que se recomenda, como se verá, com mais veemência, nos casos de privação dos direitos civis e políticos; de interdição de contato de crianças com seus pais, e da violação do princípio do processo equitativo.<sup>33</sup>

É que a revisão indiscriminada dos julgados internos comprometeria não apenas a segurança jurídica<sup>34</sup> - *de que é destinada a contraparte em face da qual se assestou, internamente, a demanda* -, mas a própria soberania dos países contratantes, manifestada por seus juízes e tribunais, órgãos de sua autorizada expressão...<sup>35</sup>

**4.1** Pois bem, embora nesse nível teórico apenas, tem a doutrina portuguesa apontado quatro alternativas para a execução da

<sup>33</sup> Cfr. Recomendação R(2000)2, de 19 de janeiro de 2000, do Comité de Ministros.

<sup>34</sup> Observação feita por G. Ress já mencionado, “*The Effects of Judgements and Decisions in domestic Law*”, (in *The European System for Protection of Human Rights*, p. 823) ao comentar a recusa da Áustria, país onde a Convenção tem *status* constitucional, em introduzir em sua legislação interna uma revisão de seus julgados de mais largo alcance, isso antes, entretanto, da alteração de seu Código de Processo Penal, efetuada nos idos de 1996.

<sup>35</sup> A Comissão do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos situou-se, pelo menos no caso de Wallace de Almeida, na contramão dessa orientação, ao impor ao Estado brasileiro uma “investigação judicial” do caso, sem respeito algum por seu ordenamento jurídico interno - que certamente desconhece. Não é assim que a União Europeia tem se orientado e obtido os resultados que vem obtendo. Os passos não podem ser tão largos, pena de se obter resultado não desejado, de eventual denúncia da Convenção e de insubmissão de países signatários à jurisdição do TIDH.

sanção pecuniária, quando necessária fosse: a revisão e a confirmação da sentença estrangeira; sua execução pura e simples, sem revisão ou confirmação; a ação declarativa de condenação e, por fim, requerimento formulado ao Ministro das Finanças, apoiado na sentença do TEDH com recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, em caso de indeferimento, solução que parece ser a favorita de **Pinheiro Farinha**<sup>36</sup>.

Bem, para **Irineu Cabral Barreto**<sup>37</sup> a decisão do TEDH definitivamente não pode ser considerada como decisão de tribunais portugueses, em ordem a vincular “todas as entidades públicas e privadas” a que se refere o artigo 205º, nº 2 da Constituição Portuguesa, de modo que das alternativas propostas saberia a mais razoável aquela que, considerando estrangeira a sentença, a sujeitasse à revisão e confirmação, nos exatos termos dos artigos 1094º e seguintes do Código de Processo Civil Português.

Aliás, é o mesmo e autorizado Juiz do TEDH que acaba por apontar outra via, quando não se qualificasse como estrangeira a sentença do Tribunal - *afinal, de sua prolação Portugal participa por um de seus juizes* - qual a de intentar, o titular do crédito, a ação declarativa de condenação contra o Estado português, seguida da respectiva execução.

Bem, as sentenças do TEDH definitivamente não se assemelham a sentenças de países estrangeiros, mas provêm de um tribunal internacional, a cuja jurisdição se submeteu o Estado português; não carecem de *exequatur* - *que encontra seu fundamento na independência das ordens jurídicas, e que não pode ser alegada pelos próprios países instituidores do TEDH* - muito menos de revisão, senão que formal, ao escopo de sua autenticação (certificação de sua existência material) e nada mais, como sucede em Malta, à força da Seção 6, de sua Lei nº. 14, de 19.8.1987.

Na Grécia, a Lei 1846/1989 prevê em seu artigo 6º, § 2º, uma linha de crédito especial e aberta no orçamento do Ministério das

<sup>36</sup> “As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na ordem interna e o contributo da jurisprudência nacional na interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *BDDC*. Nº 9, 1982, p. 111 e seguintes.

<sup>37</sup> *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Ed. Coimbra, 3ª Ed., p. 329.

Finanças para cobrir as despesas necessárias, decorrentes de condenação ou de acordos amigáveis, procedimento que ampararia, em linha de princípio, a solução preferida por **Pinheiro de Fariha**, de requerimento direto ao Ministro das Finanças...

Aliás, esse autor, também ele ex-juiz do TEDH, em sua transcrita palestra na Faculdade de Ciências Humanas, da Universidade Católica de Lisboa, quando alvittrara tal solução, tinha presente o Ordenamento Constitucional português vigente à época - 1982 - quando ainda se discutia na Assembleia de República de Portugal, a RC/82, que aditou ao artigo 8º da Carta da República o seu número 3, mais tarde revisto pela RC/89, e muito antes da adição de seu número 4 pela RC/04, e que parece impor hoje outra leitura da questão.

Maria Luisa Duarte, em um de seus inúmeros trabalhos, de inexcusável rigor técnico-jurídico, intitulado *Tratado de União Européia e a Garantia da Constituição*<sup>38</sup>, depois de acentuar que “... a maioria da doutrina portuguesa defende o valor supralegal, mas infraconstitucional da norma internacional...”, destaca-lhe o caráter de uma supralegalidade **especial**, na medida em que, embora sua sujeição ao controle de constitucionalidade (cfr. **Artigos 277º, 278º nº 1, 280º 3º, 281, 1º, alínea “a”** da Constituição da República Portuguesa), não se haveria reconhecê-la quanto às “... inconstitucionalidades orgânicas e formais dos tratados regularmente ratificados, desde que não constituam violação de uma disposição constitucional...”. (cfr. **Art. 277º, nº 2 da CRP**).

É dizer: contrariamente ao que sucede com a norma legal interna, a internacional só será reputada inconstitucional em frente ao ordenamento jurídico português quando viole a própria “... *idéia de direito que se deduz das normas constitucionais de fundo ou disposições fundamentais sobre a competência e o processo de vinculação internacional do Estado Português ...*”, o que já lhe demonstraria a especial preeminência de que desfruta, mais reforçada ainda pelo disposto no artigo 70º, nº 1, alínea i) da LOFPTC (**Lei sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribu-**

<sup>38</sup> Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, p. 695 e seguintes.

nal Constitucional), que submete a seu controle a compatibilidade de ato legislativo interno com uma convenção internacional, embora a eventual hesitação de sua 2ª Seção em conhecer da matéria, ao argumento de que a espécie versaria sobre ilegalidade apenas...<sup>39</sup>.

Também J.J. Canotilho<sup>40</sup>, depois de qualificar a CEDH como integrante do **direito internacional particular**, automaticamente recebida pelo ordenamento jurídico português, acentua a posição hierárquica da Convenção:

*“... Problemática é também a posição hierárquica do direito internacional convencional no sistema português das fontes de direito, dividindo-se a doutrina em duas posições fundamentais: 1) valor infraconstitucional, mas supralegislativo do direito internacional convencional; 2) paridade hierárquico-normativa entre as normas convencionais internacionais e os actos legislativos internos. A paridade hierárquico-normativa, ou seja o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (ex.: Convenção Europeia do Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais)”*

Daí que desse caráter de supralegalidade especial da norma convencional se poderia, não sem hesitações, extrair a vinculação do administrador às sentenças do TEDH<sup>41</sup>, de modo a que se pudesse prestigiar a posição de Pinheiro Farinha, antes mencionada,

<sup>39</sup> A Egrégia 1ª Seção daquela Corte, contudo, considera existente, no caso, uma inconstitucionalidade indireta, sustentando, em face disso, sua competência para conhecer e decidir da matéria, observação coincidente com a de G. Ress, constante de seus já citados comentários em *“The Effects of Judgements and Decisions in Domestic Law”*, in *The European System for protection of Human Rights*, 1993, p. 847.

<sup>40</sup> Ob. Citada, p. 821.

<sup>41</sup> Na opinião de Maria Luísa Duarte, fica o administrador vinculado ao *Direito Comunitário*, salvo quando a aplicação da respectiva norma importasse na prática de crime ou na violação de uma disposição constitucional relativa a direitos, liberdades e garantias (Ob. cit. p. 700/701), de modo que a ideia dessa vinculação não é tão despropositada assim.

no sentido de se facultar ao credor o requerimento direto ao Ministro das Finanças, com recurso para o Tribunal Administrativo, pelo fundamento no artigo 268º, 4 da Constituição da República Portuguesa.

Mas há outras dificuldades: embora se reconheça força executória aos julgados do TEDH, é certo que não desfrutam do privilégio da execução forçada, até mesmo em face do princípio da *imunidade de execução* dos Estados<sup>42</sup> - da Fazenda Pública, em verdade, - tal a presunção de solvabilidade desses e, ademais, a necessidade de respeito às respectivas Leis Anuais ou Orçamentárias, que necessariamente hão de prever para o exercício, a despesa cujo pagamento se empenha, daí a oportunidade da linha especial de crédito disponibilizada pelo governo Grego, e de que não se tem notícia em Portugal.

Há mais: ainda quando se possa reconhecer força executória ou eficácia *self executing* às sentenças definitivas do TEDH, à força do atual artigo 46º, 1 da CEDH, o que dizer das “**decisões**” do Tribunal a respeito das soluções amigáveis de que cuida o artigo

<sup>42</sup> O princípio da imunidade de jurisdição, na verdade, respeita aos Estados que compõem a comunidade internacional, e, em linha de princípio, impede a execução de um Estado perante o outro, não assim a execução interna de título judicial obtido em sede internacional. No Brasil, grassa divergência no Supremo Tribunal Federal a propósito da extensão desse princípio: para alguns de seus ministros (seis deles) o princípio é absoluto, e inviabiliza a execução interna de um Estado-membro da comunidade internacional, por outro; para os demais (05 deles), é relativa apenas, e enseja a execução tanto que, observada a reciprocidade, possua o Estado-executado bens no país, desafetados das respectivas atividades diplomáticas e consulares, como se recolhe da notícia abaixo transcrita do **Informativo STF** nº 438, de 28 de agosto a 1º de setembro/2006: “*Execução Fiscal contra Estado Estrangeiro e Imunidade de Jurisdição - Reafirmando a jurisprudência da Corte no sentido de ser absoluta, salvo renúncia, a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória, o Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que julgara extinto, sem julgamento de mérito, processo de execução fiscal promovido pela União contra a República da Coreia. Vencidos os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que, entendendo que a imunidade de jurisdição é relativa, davam provimento ao recurso para permitir que o processo de execução tivesse curso, impondo-se à União o dever de demonstrar a inobservância da cláusula de reciprocidade e a existência de bens, em território brasileiro, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, estivessem funcionalmente desvinculados das atividades diplomáticas e consulares. Reformularam seus votos os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Precedente citado: ACO 524 AgR/SP (DJU de 9.5.2003). ACO 543 AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 30.8.2006. (ACO-543)*”

39º, na redação do Protocolo nº. 11, e que nem mesmo encaminhadas são ao Comitê de Ministros para supervisão das respectivas execuções?

Vinculam, por igual, os Estados e com força executiva?

Bem, decisões de tal natureza são, em linha de princípio, anuláveis como os atos jurídicos em geral, não desfrutando assim da imutabilidade da coisa julgada e, em decorrência disso, da eficácia e da autoridade que a preclusão máxima assegura. Assim em França,<sup>43</sup> quando o juiz se limita a homologar a vontade das partes, sem elaborar uma verdadeira sentença, em que o julgado pode ser atacado pela via da nulidade principal, como no Brasil (**Código de Processo Civil, artigo 486**).

Não, entretanto, em Portugal, onde o Código de Processo Civil, ao sujeitar as sentenças proferidas sobre transação ao recurso de Revisão - **artigo 771º, alínea d)**<sup>44</sup> - submete-as, à primeira vista, ao mesmo sistema de segurança a que submete as sentenças proferidas em cognição exauriente.

E à primeira vista porque, ao condicionar o **RECURSO DE REVISÃO** à prévia ação de declaração de nulidade ou de anulação da própria transação - **artigo 301º**<sup>45</sup> - acaba por engendrar um curioso sistema de proteção da coisa julgada - *que dá concreção ao*

<sup>43</sup> Em França, quando o juiz se limita a homologar a vontade das partes, sem elaborar uma verdadeira sentença, o julgado respectivo pode ser atacado pela via da nulidade principal (Cfr., E. Lambert, p. 279 ). Idem no Brasil, como se recolhe dos termos do artigo 486, do Código de Processo Civil, assim lavrados - *“Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”*

<sup>44</sup> Artigo 771º - A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão nos seguintes casos: (...) d) Quando tenha sido declarada nula ou anulada, por sentença já transitada, a confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundasse;

<sup>45</sup> Artigo 301º - 1. A confissão, a desistência e a transacção podem ser declaradas nulas ou anuladas como os outros actos da mesma natureza, sendo aplicável à confissão o disposto no nº 2 do artigo 359º do Código Civil. 2. O trânsito em julgado da sentença proferida sobre a confissão, desistência ou transacção não obsta a que se intente a acção destinada à declaração de nulidade ou à anulação de qualquer delas, sem prejuízo da caducidade do direito a esta última. 3. Quando a nulidade provenha unicamente da falta de poderes do mandatário judicial ou da irregularidade do mandato, a sentença homologatória é notificada pessoalmente ao mandante, com a cominação de, nada dizendo, o acto ser havido por ratificado e a nulidade suprida; se declarar que não ratifica o acto do mandatário, este não produzirá quanto a si qualquer efeito.

*princípio da segurança jurídica, em uma de suas múltiplas vertentes* - em que as sentenças meramente homologatórias, típicas da jurisdição voluntária, graciosa - atividade *anômala* do Judiciário -, são mais resguardadas do que aquelas outras, exaurientes do mérito da demanda, típica expressão da atividade jurisdicional do estado...<sup>46</sup>

**E. Lambert**, tantas vezes já citada, sugere que a Corte deva, em seu regimento interno, corrigir a lacuna e prever que as decisões a propósito dos acordos amigáveis sejam transmitidas ao Comitê de Ministros para os fins do artigo 46<sup>a</sup>, 2 da CEDH<sup>47</sup>.

De todo modo, a boa-fé, a honestidade de propósitos que hão, de necessariamente, presidir os acordos amigáveis, certamente que recomendam ao País demandado, membro de uma comunidade internacional ordeira e respeitável, o cumprimento, sem reservas, do que acordou.

Por outro lado, a regra simplesmente regimental não o é, e nem o seria, convencional originária - *e, assim, voluntariamente assumida* - de modo que a solução do tema parece exigir mesmo a alteração da redação do número 1, do artigo 46<sup>o</sup> da Convenção, em ordem a que à obrigação de respeito às sentenças definitivas, que subjaz à garantia coletiva representada pela Convenção, se somasse a de respeito às decisões proferidas nos acordos amigáveis.

<sup>46</sup> É o que se recolhe dos artigos 771<sup>o</sup>, 772<sup>o</sup> e 301<sup>o</sup>, do Código de Processo Civil, na autorização da dicção do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça: *“Proferida sentença homologatória de Transacção Judicial que veio a transitar e uma vez intentada acção de impugnação de tal sentença com fundamento em nulidade dentro do prazo de cinco anos a que alude o n. 2 do artigo 772 do Código de Processo Civil, o recurso de revisão pode ser interposto para além desse prazo, sempre que, por motivos alheios à diligência da conduta do recorrente, o aludido prazo se mostre insuficiente para o recurso de revista, sendo aqui inaplicável, por razões de justiça, o prazo de caducidade.”* (JST 000026857, recurso de Revisão, relator Machado Soares, 14.03.1995) - *“I - O n. 2, do art. 772 do CPC, deve ser interpretado restritivamente de modo a que o termo a quo nele indicado se não aplique aos casos em que os recorrentes são vítimas da violação do disposto no art. 6, n. 1, CEDH. II - Se em conferência de interessados em processo de inventário houve transacção mais tarde declarada anulada por sentença transitada em julgado, proferida após a sentença homologatória naquele, a qual foi lavrada 8 anos após a propositura da respectiva acção - propositura inclusivamente anterior ao termo do inventário, é tempestivo o recurso de revisão da sentença homologatória interposto menos de 60 dias após o trânsito da que anulou a transacção.”* (JST 0002044., relator Faria Antunes, em 30.04.2002) - os destaques não são do original.

<sup>47</sup> Ob. citada, p. 278.

Tudo isso truísmos apenas para alguns, diante de inexistência de recusa - *pele menos até agora* - de pagamento da obrigação pecuniária por parte de qualquer dos estados contratantes; para outros, “*necessária necessidade*” - e o pleonasma é de reforço - na medida em que disponibilizaria à vítima da lesão efetivo meio de acesso à Justiça, ao lado de conferir maior consistência e respeitabilidade ao sistema europeu de proteção aos direitos do homem.

É verdade que a pressão da opinião pública e a possibilidade de, no limite, a recusa de pagamento ensejar uma exclusão do Conselho da Europa, se exibem, nas palavras de E. Lambert em substitutivo satisfatório à ausência de efeito executório expresso, mas não é menos verdade que tal punição do Estado-parte não satisfaz ou repara a violação perpetrada e suportada pela respectiva vítima, à qual restaria apenas um título inexecutível, a comprometer, seriamente, a autoridade dos julgados do TEDH, e, em consequência, todo o sistema europeu de proteção aos direitos do homem.

A **Convenção Americana dos Direitos do Homem**, pelo menos no que respeita às sentenças do respectivo tribunal, concedendo à vítima indenização pelos danos materiais e morais eventualmente experimentados, confere-lhes, em seu artigo 68º, força de **título executivo**, sujeitando o *processo ao respectivo procedimento interno de execução contra a fazenda pública*, em atenção, certamente, ao princípio da imunidade de execução de que desfrutam os Estados.<sup>48</sup>

Não há, contudo, acordos amigáveis que sejam submetidos à Corte Interamericana dos Direitos Humanos, na medida em que as soluções amigáveis ainda são, no estágio atual de evolução do respectivo sistema de proteção, resolvidas diretamente pela Comissão, perante a qual as queixas são ainda apresentadas.<sup>49</sup> Menos

<sup>48</sup> Art. 68 - 1. Os estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

<sup>49</sup> Art. 49 - Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, “f”, do art. 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-partes nesta Convenção e posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório

ainda, qualquer referência à composição pecuniária do dano em caso de solução amigável da querela, senão que à imposta por sentença, nos casos de constatada violação da Convenção.<sup>50</sup>

## 5. DA REVISÃO DOS JULGADOS INTERNOS

Há casos em que, indispensável como seja à reparação da lesão, a reposição do particular no *status quo ante*, exige-se, em nome da *restitutio in integrum*, por parte do Estado demandado, e a tanto juridicamente obrigado, a adoção de providências necessárias a sustar a violação do direito e é aí que as dificuldades se podem apresentar...

Alguns países, como já se viu antes, introduziram em suas legislações recurso de revisão para anular ou reformar ato administrativo ou jurisdicional que o TEDH venha a declarar contrário à Convenção, mas a grande maioria, como Portugal, não o fez.

Como se cumpriria em terras Lusas tal obrigação jurídica?

A primeira consideração a fazer é a de que, embora a execução do julgado se fizesse em face do Estado Português, e não da parte contra quem antes se litigou no plano interno, esta poderia se ver alcançada pelos efeitos da sentença do TEDH, em desconsideração à coisa julgada formada a seu favor...

Imagine-se, entretanto, a interdição do direito de um dos pais ao contacto com seu próprio filho menor a pedido do outro, ao qual se reconheceu, com exclusividade, a guarda do filho comum, em processo em que violado o princípio da igualdade em armas - ou processual.

Nesses casos, o Comitê de Ministros<sup>51</sup> tem recomendado a revisão do julgado interno, com a necessária desconstituição da coisa julgada já então formada, em respeito à estabilidade das

---

conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

<sup>50</sup> Art. 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

<sup>51</sup> Recomendação R(2000)2 já referida.

relações sociais e à vontade normativa do estado, expressa através da respectiva sentença.

Pois bem: fundada a sentença em provas adquiridas com desrespeito ao processo equitativo, sugere o já referido **Irineu Cabral Barreto**, que o respectivo pleito bem se pudesse fundar na alínea b), do artigo 771º, do Código de Processo Civil Português<sup>52</sup>.

A dificuldade é a de que, enquanto o dispositivo processual se refere à falsidade **material** da prova, documental, pericial ou testemunhal, a sentença do TEDH se referirá à **forma** de sua aquisição, e não ao respectivo conteúdo material, de modo a escapar a hipótese da enumeração do mencionado artigo 771º do Código de Processo Civil Português, de todos sabida *numerus clausus*, em atenção mesmo à segurança jurídica, no particular aspecto da estabilidade das relações sociais...

Relembre-se de que, nos termos da exposição de motivos da **Recomendação R(2000)2**, de 19 de janeiro de 2000, do Comitê de Ministros, apenas algumas situações são consideradas mais graves, como a de privação dos direitos civis e políticos, a interdição de contato com os filhos menores e a falta de respeito ao princípio da igualdade de armas, a exigirem, exatamente por isso, a respectiva revisão.

Nesses casos, em que a revisão do julgado interno é recomendada, a solução, considerada a rigidez do respectivo sistema, poderia passar por outra vertente, qual a da relativização da coisa julgada, notadamente aquela reputada inconstitucional, como sucederia sempre, na medida em que, limitada a jurisdição do TEDH aos casos de violação dos direitos da pessoa inscritos na Convenção - *e, quando mais amplos, na própria legislação interna dos países signatários* -, transparece nítida a índole quase constitucional de seus pronunciamentos, e isso apenas por que não se qualifica o TEDH como um Tribunal Constitucional.

<sup>52</sup> “Artigo 771º - A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão nos seguintes casos: b) Quando se apresente sentença já transitada que tenha verificado a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos, que possam em qualquer dos casos ter determinado a sentença a rever. A falsidade de documento ou acto judicial não é, todavia, fundamento da revisão, se a matéria tiver sido discutida no processo em que foi proferida a decisão a rever.”

E. Lambert, aliás, ressalta esse caráter semi-constitucional e de ordem pública da Convenção e da missão do TEDH, cuja posição pretende equivaler, de fato, a de juiz supremo em face das jurisdições internas dos países-membros, a partir das semelhanças que aponta existentes entre o sistema europeu dos direitos do homem e a organização dos estados federais. Nessa configuração, acentua que o papel do juiz federal supremo, de garantir a uniformidade do direito, equivale ao do TEDH, de assegurar a interpretação da Convenção, sobre que guarda pronunciamento final.<sup>53</sup>

São semelhanças apenas, à míngua de um pacto federativo de união dos Estados-partes signatários da Convenção...

Há Estados soberanos envolvidos, e que expressam sua soberania por seus Tribunais, notadamente os de configuração constitucional, e que não se despem da prerrogativa de, inclusive, submeter à respectiva filtragem os próprios julgados do TEDH.

O passo não pode ser tão largo, a ponto de, malferindo não simples suscetibilidades, mas soberania mesmo, ensejar o indesejado retrocesso sobre o todo até então adquirido.

**5.1** De qualquer modo, as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem outro conteúdo não têm senão que o de declarar a conformidade ou a desconformidade, com a Convenção, dos atos administrativos ou jurisdicionais perante si contestados, reconhecendo-os hígidos ou contaminados pelo vício da desconformidade à Convenção, de modo que a questão bem que poderia ser resolvida nesse plano, qual a das consequências desse defeito pontual, de fato uma autêntica declaração de “inconstitucionalidade”, proferida por tribunal a cuja jurisdição, expressamente, se sujeitou o estado português.

Liebman, notável processualista Italiano que, foragido do fascismo em Itália, veio a ter ao Brasil, fundando a denominada Escola Paulista de Processo Civil e que tantos frutos rendeu à doutrina processual brasileira, conceituava a coisa julgada como sendo “... *um ato de autoridade, dotado de eficácia vinculativa,*

<sup>53</sup> Ob. citada, p. 263/264.

*contendo a formulação da vontade normativa do Estado para o caso submetido a julgamento.*”<sup>54</sup>

É claro, todavia, que essa vontade normativa do Estado sempre se deve pautar pelas regras e princípios constitucionais sem os quais não se há falar em estado democrático de direito e muito menos em validade ou eficácia dessa expressão de vontade, embora os rigores dramáticos da gramaticidade do texto processual que têm um só escopo, qual o de cercar da maior segurança possível a coisa julgada que a Constituição eleva à categoria de garantia fundamental, desde que formada a partir de ato jurisdicional proferido em processo da mais absoluta higidez.

Ora, conspurcada pelo vício do desrespeito ao processo equitativo, não se pode pretender validamente formada a coisa julgada em ordem a contrapô-la à sentença do TEDH, que, em substância, constata e pronuncia a eiva.

No Brasil, aliás, editou-se, ao anoitecer do ano de 2005, a Lei 11.232, de 22.12.2005, com vigência a partir de 23.06.2006, que, dentre outras novidades, todas destinadas a tornar mais ágil o procedimento de liquidação e execução de sentenças, acabou por alterar substancialmente o Código de Processo Civil - e, *por via de seu respectivo artigo 3º, também o Código de Processo Penal*<sup>55</sup> -, particularmente no que diz respeito à **exigibilidade** do título judicial fundado quer em lei ou ato normativo do poder público declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em simples aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo do poder público, reputado pela Corte Constitucional do país, como incompatível com a Constituição...

*“ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:*  
*I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;*  
*II - inexigibilidade do título;*  
*III - penhora incorreta ou avaliação errônea;*

<sup>54</sup> Enrico Túlio Liebman, *Manual de Processo Civil*, p. 42.

<sup>55</sup> “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” (D.L. nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

*IV - ilegitimidade das partes;*

*V - excesso de execução;*

*VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.*

**§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (o negrito não é do original)**

O princípio que aí se contém, e que se espria por todo o ordenamento, confere à vítima de violação à Convenção, desde que munida da sentença trânsita do TEDH, o direito de resistir à execução da sentença interna contra si formada, através da contraposição de simples embargos, fundados na jurisprudência do TEDH, de modo que a questão de execução do julgado do TEDH guardaria interesse apenas nos casos em que já executada a decisão interna, como na hipótese ora levantada, em que privado um dos pais biológicos do contato com o filho menor, a partir de sentença proferida em processo em que violado o direito ao processo equitativo.

Como se lhe assegurar o direito de ter consigo prontamente o próprio filho, se necessária a tanto a prévia desconstituição do julgado interno já executado, de moroso processamento -- e isso quando processualmente possível?

Bem, no Código de Processo Civil Brasileiro, vige, ao lado da regra do artigo 485, inciso V<sup>56</sup>, que permite a ação rescisória quando a sentença rescindenda violar literal disposição de lei - e, com

<sup>56</sup> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar literal disposição de lei;

*muito mais razão, da Constituição - o instituto da antecipação da tutela de fundo com propósitos e alcance muito mais profundos do que o mero provimento cautelar, destinado apenas a assegurar a utilidade prática do processo principal, e que permite aos juízes e tribunais o adiantamento da tutela de fundo perseguida, toda vez que à mora na entrega da jurisdição final se alie a verossimilhança dos fatos alegados pela parte, demonstrada por prova inequívoca.*

*Esse mesmo instituto, ademais, se aplicaria, também, à vestusta querela nullitatis, de índole declaratória que grande parte doutrina entende adequada à espécie, de declaração da denominada “coisa julgada inconstitucional”, por isso que “as sentenças inconstitucionais nada mais são que sentenças inexistentes que não dispõem de aptidão para gerar coisa julgada. E, não ocorrendo a coisa julgada, não há que se falar em ação rescisória. Evidente, portanto, que o que não existe não pode ser rescindido, de sorte que não há de falar em ação rescisória sobre sentença inexistente, tal como a que é prolatada por quem não é juiz ou a proferida sem o pressuposto do processo judicial, ou a que nunca foi publicada oficialmente”.<sup>57</sup>*

<sup>57</sup> Confira-se, a respeito, o artigo de Brenda Correa de Lima, no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9100> a propósito do tema: “Admitida a possibilidade de propor Ação Rescisória às decisões judiciais inconstitucionais, há outro ponto que chama atenção, qual seja, o fato de a referida ação possuir prazo decadencial de dois anos para sua propositura. Preocupa-se com a questão Alexandre Freitas Câmara, reconhecendo o ilustre jurista que a ação rescisória é um remédio processual cuja utilização é limitada no tempo. Como se sabe, o art. 495 do CPC fixa um prazo de dois anos, de natureza decadencial, para o exercício do direito à rescisão das sentenças transitadas em julgado, tendo tal prazo por termo a quo o momento exato da formação da coisa julgada. De maneira a solucionar esse impasse, os doutrinadores defendem que restringir a utilização da Ação Rescisória para o prazo previstos no art. 495 nos casos de decisões inconstitucionais aparentemente transitadas em julgado seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que, além de ser inconveniente, avilta o sistema de valores da Carta Magna. Vários são os doutrinadores que entendem ser perfeitamente cabível dispensar a aplicação do art. 495 do CPC quando se tratar de matéria constitucional. Evandro Silva Barros, por exemplo, defende que o previsto no artigo acima mencionado, não pode ser erigido à plenitude, principalmente porque o próprio Código de Processo Civil o excepciona, quando positiva a possibilidade de anulação do julgado exequindo, na hipótese de citação inválida (art. 741, I, CPC), e a qualquer momento em que a execução seja processada, mesmo que fora do biênio legal. Feitas essas breves considerações acerca do redimensionamento da Ação rescisória ou de sua aplicação de forma mais abrangente, verifica-se um tanto inapropriada sua utilização pelos motivos seguintes. Em que pese ser a ação rescisória meio pelo qual se busca desconstituir decisão

Em artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, volume 742, págs. 40/56, Humberto Theodoro Júnior notável, processualista brasileiro, depois de enfatizar-lhe a origem europeia, discorre sobre sua oportunidade:

*judicial transitada em julgado que apresente comprometimento, cujo grau de imperfeição atinge níveis insustentáveis à permanência na esfera jurídica, superando até mesmo a segurança nas relações, não pode ser a mesma usada indiscriminadamente, devendo alguns pressupostos indispensáveis - além daqueles comuns a qualquer ação - serem observados. Referidos pressupostos são: a) uma sentença de mérito transitada em julgado; b) a invocação de algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados taxativamente previstos no Código. É justamente o primeiro pressuposto que constitui impedimento à aplicação da referida ação para desconstituir a suposta coisa julgada inconstitucional. Como é cediço, as sentenças inconstitucionais nada mais são que sentenças inexistentes que não dispõem de aptidão para gerar coisa julgada. E, não ocorrendo a coisa julgada, não há que se falar em ação rescisória. Evidente, portanto, que “o que não existe não pode ser rescindido, de sorte que não há de falar em ação rescisória sobre sentença inexistente, tal como a que é prolatada por quem não é juiz ou a proferida sem o pressuposto do processo judicial, ou a que nunca foi publicada oficialmente”. Compartilham do mesmo entendimento José Carlos Barbosa Moreira, realçando que “a rescindibilidade da sentença pressupõe a existência de coisa julgada”. Pontes de Miranda, por sua vez, observa que “a Ação rescisória é remédio jurídico processual extraordinário, razão porque, se a sentença não existe, ou é nula, cabe ao juiz declarar-lhe a inexistência, ou decretar-lhe a nulidade em vez de rescindi-la[20]”. Teresa Arruda Alvim Wambier, baseando-se nos ensinamentos de Arruda Alvim, com grande clareza assevera que “o que é rescindível não pode ser inexistente e a decisão de mérito, trântica em julgado, ainda que nula, é ato existente. Então, parece que se pode, com este autor, concluir que a sentença inexistente não é rescindível. Não havendo nada a destruir ou revisar, não há limite para constatar-se a inexistência”. Ressalte-se que isso não quer dizer que no bojo da ação rescisória seja vedado ao juiz reconhecer a inexistência do julgado. Se é na pendência da ação rescisória que se revela ou se demonstra a inexistência da sentença, ali caberá ao julgador reconhecer tal vício. O que não se considera correto é pronunciar julgamento com o sentido de rescisão de sentença inexistente. O dispositivo do julgado haverá de ser de declaração de inexistência. Resta demonstrado, dessa forma, que não há que se cogitar de propositura de ação rescisória para sanar situações em que se verifique a violação da Carta Magna por decisão judicial aparentemente transitada em julgado, uma vez que ausente um dos pressupostos da ação, qual seja, o próprio trânsito em julgado da sentença. Sendo assim, a segunda corrente doutrinária parece ser a mais acertada, na medida em que reconhece que, por ser sentença inexistente, o Poder Judiciário apenas a declara como tal, sendo todo e qualquer processo adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é, na realidade, inexistente e de nenhum efeito. Verifica-se que diversos são os remédios processuais para atacar decisão inconstitucional aparentemente transitada em julgado. Pontes de Miranda, por exemplo, sugere a propositura de nova demanda igual a primeira; a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes no próprio processo executivo; a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas. Outros instrumentos cabíveis seriam o mandado de segurança, os embargos à execução com supedâneo no art. 741, parágrafo único do CPC e a *querela nullitatis*. (...)”*

*“Muito antes da reforma que introduziu em nosso Código de Processo Civil a figura da “antecipação de tutela” (Lei 8.952, de 13.12.1994), já se notava uma inquietação na consciência jurídica universal em torno da necessidade de evitar o perigo de a demora do processo comum transformá-lo em providência inútil para cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito subjetivo material de parte vencedora (cf. Calamandrei. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova. 1936. p. 55 et seq.). De início, lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, afinal, à sentença, de forma útil para os litigantes. Com essa preocupação construiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares. Mas ficava fora do campo demarcado para a tutela preventiva um outro grave problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito. Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário, à efetiva tutela jurisdicional, providências de mérito, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro da “denegação de justiça”, sem embargo da vitória serodiamente alcançada no pretório. Analisando o tema, observa Frederico Carpi: “A perspectiva não é nova; o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não é obtível rapidamente” (“La tutela d’urgenza fra cautela, ‘sentenza anticipata’ e giudizio di merito”, *Relazione in XV Convegno Nazionale*, Bari, 1985. p. 4). Por outro lado, passou-se a exigir uma ampliação, não só de conteúdo das medidas provisórias e urgentes, mas também de seu acesso, franqueando-o a todo e qualquer litigante,*

*para se evitar situações de privilégios e discriminações. Como não se admitia mais excluir a tutela provisória do âmbito do processo civil, não mais se podia também restringi-la apenas a uns poucos casos especificados ou reservá-la para determinados litigantes, já que isto acabaria por gerar novas formas de tutela privilegiada e sumária, com resultados evidentemente lastimáveis, como advertia Giuseppe Tarzia (Les mesures provisoires en procédure civile. Milano, Giuffrè, 1985, “Considerazioni conclusive”. p. 312-313). Evoluiu-se, então, em todo direito europeu, para o rumo de conceber a tutela provisória tanto para conservar como para regular a situação jurídica material das partes. Somente não se permitia a liberdade de interferir no relacionamento substancial litigioso, nos casos de emergência, quando a regulação provisória da lide fosse de tal modo a impedir reversão no julgamento definitivo do mérito, caso se tornasse necessário julgar a causa, afinal, de modo diverso. “Il punto essenziale, a mio avviso, è che il regolamento provvisorio non ostacola il regolamento definitivo, che sarà dato dal giudice del merito” (Tarzia, op. cit., p. 315). Sobre a possibilidade de utilizar as medidas de urgência para antecipar efeitos do possível julgamento de mérito, dentro daquilo que se denominava “regulamento provisório” do litígio, Tarzia dá seu testemunho de que a idéia assumiu foros de generalidade entre os principais países europeus: “In Germania, in Francia, in Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa tal volta anticipare la sentenza definitiva, cioè accordare al richiedente, dal punto de vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso, attraverso la procedura ordinaria” (op. cit., p. 315). Mesmo na França, onde inexistia regulamentação geral do poder de cautela e de medidas provisórias como no direito alemão e no italiano, a possibilidade de antecipação de tutela foi também acolhida, sob a justificativa de existirem questões de mérito cujo retardamento de solu-*

ção se revela insuportável. Eis como se passou, na França, a evolução da tutela provisória: “Au siècle dernier, elle avait surtout pour rôle d’assurer la conservation des biens litigieux ou d’aménager temporairement une situation contentieuse en attendant le jugement définitif. De nos jours, ce rôle premier n’a pas disparu. Mais une autre fonction s’est développé qui gagne en importance et qui consiste moins en une mission de sauvegarde qu’en une anticipation sur la décision définitive. Avec la mesure provisoire on cherche à gagner du temps et à répondre aux besoins le plus impérieux en devançant éventuellement le jugement (ou l’arrêt) que, plus tard rendra le tribunal (ou la cour)” (Roger Perrot, *Les mesures provisoires en droit français*, in Tarzia, *op. cit.*, p. 153). Dentro do quadro evolutivo, o direito francês moderno, segundo a doutrina e a jurisprudência, conhece três modalidades de medidas provisórias: a) “mesures d’attente” (modalidade clássica da tutela cautelar), por meio das quais se busca resguardar a situação litigiosa do perigo de dano, mas sem avançar no rumo de qualquer julgamento sobre o mérito (arresto, seqüestro, produção antecipada de prova, depósito de bens etc.); b) “mesures provisoires qui anticipent sur le jugement” (modalidade moderna de “tutela antecipada”), que produzem resultados provisórios de satisfação imediata do direito do litigante; c) “mesures provisoires qui anticipent sur l’exécution” (modalidade moderna, também, de “tutela antecipada”) que permite ao juiz, antes do trânsito em julgado, autorizar a provisória execução da sentença, ainda pendente de recurso, sempre que considerá-la necessária (Roger Perrot, *op. cit.*, p. 154 e 172). O direito alemão, da mesma forma, agregou às tradicionais medidas cautelares (puramente preventivas) outras que correspondem ao poder que se reconhece ao juiz de assegurar a paz entre os litigantes (ZPO, § 940). Com isso obtém-se, no plano material, um regulamento provisório determinado pelo julgador para o comportamento das partes em torno do bem litigioso, enquanto se aguarda a solução definitiva da lide.

No âmbito dessa atividade de antecipação da composição da lide, o direito tedesco autoriza até mesmo a “condenação provisória” (*Befriedigungsvefügung*), para evitar que o direito subjetivo da parte se torne *nudum jus*, pela espera do ganho de causa na sentença de mérito, para só depois ser exercido. Com essa “condenação provisória”, a lei germânica quer contribuir para a manutenção da paz jurídica (Walther J. Habscheid, *Les mesures provisoires en procédure civile: droits allemand e suisse*, in Giuseppe Tarzia, *op. cit.*, p. 46). Da mesma forma, o direito suíço admite medidas provisórias equivalentes às do direito alemão, ou seja: a) as que visam garantir o sucesso de uma execução forçada posterior e que se enquadram no campo das medidas cautelares tradicionais; e b) as que procuram manter a “paz jurídica”, compondo provisoriamente a situação jurídica a ser solucionada de maneira definitiva na sentença final (Habscheid, *op. cit.*, p. 51). Destarte, os sistemas vigentes na Alemanha e na Suíça permitem uma antecipação de tutela de mérito, “em quase todos os casos em que esta seja necessária e desejável” (Habscheid, *op. cit.*, p. 53).

Bem, a sentença trânsita do TEDH seguramente se constituiria na “prova inequívoca” da verossimilhança das alegações da parte autora, enquanto que a irreparabilidade do dano decorrente da privação de contato com o filho resultaria do irrecuperável decurso do tempo para a entrega final da providência jurisdicional reclamada.<sup>58</sup>

Quer dizer: recebida a inicial da ação, ao juiz - ou relator -, à vista da sentença do TEDH, cujo mérito não poderia ser revisto, outra opção não restaria senão a de adiantar à vítima da violação a tutela de fundo pretendida, em ordem a restituir a parte reclamante ao *status quo* anterior ao estabelecido pela sentença inquinada.

<sup>58</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No quadro atual do sistema processual português que, em bom rigor, não prevê a revisão de suas sentenças em obséquio às decisões do TEDH, estar-se-ia diante de um caso típico de denegação de acesso à justiça, uma das garantias constitucionais estruturantes, constante do artigo 20º. 1 da Constituição Portuguesa, a legitimar o reclamante até mesmo a novo pleito perante o TEDH, e já agora por fundamento diverso, qual o de violação artigo 6º.1, da Convenção, por isso que a vítima da violação e reclamante perante o TEDH porta o título, mas não pode executá-lo integralmente à míngua de via processual ao respectivo acesso...

**5.2** Quando a temática solvida pelo TEDH envolvesse litígio interno de **natureza penal**, por violação, v.g., do direito a um processo equitativo, a exigência de imediata cessação da violência vai se deparar, necessariamente, com a autoridade dos julgados já constituídos a propósito do tema, e que não podem ser apenas e sumariamente desconsiderados.

É verdade que as Altas Partes contratantes, firmando a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem, expressamente se sujeitaram à jurisdição do TEDH, mas sempre em caráter **subsidiário**, por isso que a exigência de prévio exaurimento das instâncias internas importa em reconhecer aos países signatários, a tarefa primeira de assegurar a todos os direitos e garantias que, em verdade, seus próprios e internos ordenamentos jurídicos estipulam.

Pois bem, imagine-se que no exercício dessa sua competência, e embora as alegativas do arguido no sentido da violação do seu direito de defesa, acabe o Estado, por sua última e mais elevada Corte colegiada, por rejeitá-las, sujeitando ao cumprimento da pena que lhe fora imposta aquele que jamais estivera preventivamente preso, pela mais absoluta **desnecessidade** da medida.

Entretanto, provocado, o TEDH vem de acolher a tese e reconhece a eiva apontada, remetendo o processo respectivo ao Comitê de Ministros, encarregado da supervisão da execução do julgado proferido, que recomenda a imediata cessação do constrangimento, a essa altura inequivocamente qualificado de ilegal, por força do reconhecido malferimento à Convenção.

Há título para execução, mas, segundo o TEDH, contaminado pela eiva da desconformidade à Convenção e, por consequência, à própria Constituição da República Portuguesa que, sem dúvida alguma, reproduz - e amplia mesmo - em seu corpo cada um dos direitos do homem que a CEDH enumera...

Ora bem, aos Estados, sob o controle do Comitê de Ministros, cabe a escolha dos meios internamente disponíveis para a execução da obrigação reconhecida<sup>59</sup> e que, no caso, haveria de passar, necessariamente, pela desconstituição do título judicial em execução...

Como proceder para a imediata libertação do condenado?

É novamente Irineu Cabral Barreto quem, revendo sua posição anterior, tende por admitir a existência de fundamento suficiente ao pedido de **REVISÃO** de julgado interno, seja pelo fato novo em que se constituiria a sentença do TEDH, seja para o pedido puro e simples de revisão da sentença condenatória - **alíneas a) e c), do art. 449º**, do Código de Processo Penal Português<sup>60</sup>.

Há dificuldades, contudo!

Nem a sentença do TEDH terá se pronunciado sobre a **falsidade** dos meios de prova, mas no máximo sobre sua desafeição às regras constitucionais a propósito do tema - processo equitativo - nem muito menos a respeito dos fatos que deram suporte à condenação, de modo que, por aí a solução não passaria, sobremodo quando se considere que enquanto se processa o pedido de revisão, de todos sabido demorado - *na medida em que submetido ao procedimento ordinário, ordo solemnis* - continuaria ilegalmente

<sup>59</sup> Acórdãos Marckx, de 13 de junho de 1979, A 31, p. 25, § 58, B/Reino Unido, de 9 de junho de 1988, A 136-D, p. 35 § 17, Bruamărescu ( artigo 41º ), Broniowski, de 22 de junho de 2004, § 192, e Sejdicovic, de 10 de novembro de 2004, § 45 )

Embora isso, recentemente, o Comitê de Ministros, encarregado de zelar pela execução das sentenças do TEDH, diante do fato de que, decorridos mais de 05 anos, inúmeros julgados permanecem desatendidos, notadamente em Itália, tem emitido Resoluções Temporárias ao escopo de enfatizar a obrigação descumprida, concitando o estado recalcitrante a finalmente adimpli-la.

<sup>60</sup> Artigo 449º 1. A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: a) uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos os meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; c) Os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados por provados noutra sentença.

preso o condenado, violando-se-lhe, já então, direito de outra ordem, qual o da liberdade, em sua expressão mais pura - *a de ir e vir* - e contra que o Estado só poderia contrapor título judicial hígido, regularmente formado...

É bem verdade que, em havendo razão ou motivos suficientes para a prisão preventiva do arguido, sempre se poderia pensar em restabelecê-la pura e simplesmente a esse título, enquanto se discutisse no recurso de revisão - *no Brasil, a Revisão Criminal, topograficamente localizada em capítulo próprio, é AÇÃO e não recurso* - o direito do arguido de ver desconstituído, pelo vício de seu desapego à Convenção, a sentença interna que o condenara.

Mas, imagine-se, como no caso, que solto durante todo o evolver processual, a prisão do condenado tivesse como título único e exclusivo a sentença penal condenatória que o TEDH qualificara de nula, por preterição do direito de defesa desse, desnecessária que sempre se exibira sua custódia preventiva...

No Brasil, é firme o entendimento segundo o qual o *habeas corpus* pode ser manejado em face de sentença penal transitada em julgado inclusive, desde que fundado em nulidade de ordem pública, reconhecível a olho desarmado, sobremodo diante do fato de que a revisão criminal não tem como fundamento que lhe enseje a propositura, a eventual existência de nulidade...

*“RECURSO ORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. DESCONSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS. CABIMENTO.*

*1. O trânsito em julgado da condenação não obsta a impetração de habeas corpus, mormente quando a questão é a da nulidade do julgamento, por falta de formulação de quesito obrigatório.*

*2. Recurso parcialmente provido. (RHC 13565/RS., STJ., 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU. 01.08.2005, p. 553).*

*São do voto do eminente relator as asserções:*

*“A nulidade absoluta, que provém de uma violação direta a um princípio constitucional inerente ao direito processual*

*penal (in casu, o princípio do juiz natural), não obedece ao princípio do prejuízo (que é implícito, pois há a violação de norma de ordem pública) e, por isso, pode ser alegado a qualquer tempo do processo. A nulidade absoluta não se convalida, e o vício não preclui jamais, podendo ser reconhecido, de officio, independentemente de provocação. Contudo, existe a imprescindibilidade de provimento judicial que reconheça o vício, para que os efeitos da nulidade se imponham. A princípio, a revisão criminal é, por definição, ‘a ação penal rescisória promovida originariamente perante o tribunal competente, para que, nos casos expressamente previstos em lei, seja efetuado o reexame de um processo já encerrado por decisão transitada em julgado.’ (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo, Saraiva/2001, pág. 451). E, por lei, tem-se que a revisão criminal é admitida nos seguintes casos: quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso em lei ou à prova dos autos; quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; quando surgirem novas provas da inocência do condenado ou novas provas de circunstância que autorize a diminuição da pena (art. 621, I, II e III, do Código de Processo Penal). Dessa forma, percebe-se que dispositivo da lei processual não contempla a hipótese de revisão do processo já encerrado, em face da existência de nulidade absoluta.”*

Com o mesmo fundamento, o Acórdão relatado pelo eminente Ministro Gilson Dipp:

**“CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. DELITO PRATICADO EM DETRIMENTO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. NULIDADE ABSOLUTA. HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL. FUNGIBILIDADE. CABIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

*Restando configurada a ofensa a bens e interesses da União, pois o crime de roubo qualificado foi praticado em detrimento da Caixa Econômica Federal, deve ser aplicada a regra do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, da qual sobressai a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito. Precedentes. Cabe habeas corpus contra sentença transitada em julgado, que se encontra eivada de nulidade absoluta, por incompetência de juízo, tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública. Precedentes. Possuindo o habeas corpus e a revisão criminal a natureza de ação, nada impede a aplicação do princípio da fungibilidade. Determinada a anulação da ação penal instaurada contra o paciente, por incompetência absoluta, a prescrição será analisada a partir da pena em abstrato, não se aplicando o princípio da ne reformatio in pejus. Ordem concedida, para anular o processo criminal instaurado em desfavor do paciente, a fim de que os autos sejam remetidos à Justiça Federal.” (HC 34853/SP., STJ., 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 20.09.2004, pág. 315 ).*

No direito português, o instituto, de índole infraconstitucional, é reservado às hipóteses previstas no art.º 31.º da CRP, que assim dispõe:

*“1. Haverá habeas corpus contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente.*

*2. A providência de habeas corpus pode ser requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos.*

*3. O juiz decidirá no prazo de oito dias o pedido de habeas corpus em audiência contraditória”.*

De seu flanco, o Código de Processo Penal enumera, taxativamente, as hipóteses em que se considera ilegal a prisão, entre as quais não se situa a de nulidade pura e simples do processo em que ordenada:

- a) *Ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente;*
- b) *Ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite;*
- c) *Manter-se para além dos prazos fixados por lei ou por decisão judicial.*

Aliás, no dizer do Conselheiro Rodrigues da Costa...

*“... 1 - A providência de habeas corpus não é um recurso de decisões judiciais, nem sequer um meio alternativo de recurso, não estando vocacionada para nela ou por meio dela se porem em causa decisões judiciais, com as quais se não concorda.*

*2 - Sendo um meio compatível com a possibilidade de interposição de recurso pela via ordinária, isto é, podendo ser usado sem prévio esgotamento dos recursos que caibam de decisões que ofendam o direito à liberdade dos cidadãos, o habeas corpus não é meio adequado para se discutirem decisões judiciais com as quais o requerente se incompatibilize...”* (SJ 200312160043975, 16.12.2003).

Embora aqui e ali, uma e outra decisão não sejam infensas ao uso do *habeas corpus* nos casos de erro grosseiro ou grave na aplicação da lei, fato é que não se o admite para o fim de anulação de sentença transitada em julgado, de modo que nem pela via da revisão, nem pela do *habeas corpus*, se lograria executar a sentença do TEDH que proclamara a ilegalidade da condenação do reclamante...

A solução, no quadro do direito processual penal português, que admite inclusive a revisão *pro societate*, seria, ao que parece, a de se prever a possibilidade de revisão das condenações criminais trânsitas, com fundamento em sentença do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que as proclamasse desafeiçoadas aos termos dos direitos garantidos pela Convenção, assegurado o adiantamento de parte da tutela de fundo prosseguida - *a de desconstituição do julgado* -, para o fim de, em não havendo necessidade de acautelamento preventivo do condenado, deter-

minar-se-lhe a soltura imediata, sem prejuízo da renovação do processo.

Há, ainda, a solução que não se insinua legislativa sequer, qual a de se conferir maior amplitude interpretativa ao instituto do *habeas corpus*, em ordem a reconhecê-lo também apto para conjurar a ilegalidade da prisão determinada em processo contaminado por nulidade de ordem pública, como a decorrente da violação dos direitos do homem, assim reconhecida por sentença do TEDH.

## CONCLUSÕES

a) As sentenças proferidas pelo TEDH têm como efeito direto e imediato a constituição de uma relação jurídica entre o reclamante e o Estado-parte, criando para esse uma obrigação de resultado, confiada a escolha dos meios a tanto necessários, a seu prudente arbítrio, ao tempo em que constitui aquele em credor do respectivo implemento.

b) Embora o silêncio da Convenção tem, ademais, e no que respeita às prestações em pecúnia, certa eficácia *self executing*, na medida em que não dispõe o Estado demandado de alternativa diversa senão a de seu pronto pagamento.

Contudo, a atribuição expressa de efeito executivo a tais sentenças “*condenatórias*”, observado o processo internamente reservado às execuções contra a Fazenda Pública em respeito ao princípio da imunidade de execução dos Estados, não apenas conferiria maior autoridade ao sistema europeu de proteção dos direitos do homem, mas asseguraria à vítima da lesão a exequibilidade do título, a par de disponibilizar-lhe via de acesso à jurisdição em caso de recusa de pagamento.

c) No plano genérico ou indireto, as sentenças definitivas do TEDH, formam, sob a autoridade dos artigos 32º, 1, e 46º da Convenção, o que se denomina “*caso julgado interpretado*”, que vincula os países signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e cria, notadamente para os que a internalizaram nos respectivos ordenamentos jurídicos, a obrigação jurídica não só de cumprir-lhe os julgados, através a provisão legislativa dos meios processuais a

tanto necessários, como também a de conformar o entendimento de seus juízes e tribunais, a propósito dos direitos do homem, ao do TEDH, intérprete mais autorizado e final da CEDH.

d) No quadro atual, Portugal não dispõe do instrumental necessário ao pronto e efetivo cumprimento das sentenças do TEDH, notadamente daquelas que o sujeitem à reposição do *status quo ante*, nas hipóteses em que a “*reparação razoável*” não se ostente apta a conjurar a violação de direitos da pessoa, como os referidos ao exercício de seus direitos civis e políticos; dos decorrentes da relação de parentesco e, muito menos, dos de liberdade.

e) Constituir-se-ia em ato público de boa vontade e de boa-fé quanto aos tratados da União Europeia de que Portugal é signatário, quando não fosse apenas de adimplemento das obrigações convencionalmente assumidas, a criação de mecanismos processuais que viabilizassem a revisão de casos julgados, tanto na esfera civil como na penal, naquelas hipóteses em que necessária à pronta interrupção da violação proclamada.

f) Também a extensão do entendimento pretoriano do que seja prisão ilegal àquelas decorrentes de sentenças contaminadas pelo vício da desconformidade à Convenção, assim reconhecidas por sentenças do TEDH, viabilizando o manejo do *habeas corpus*, se constituir-se-ia em precioso e ágil instrumento de interrupção do constrangimento.

g) Em complementação a tais mecanismos, a adoção, no sistema processual português, do instituto da antecipação da tutela de fundo, amplamente utilizada nos demais países europeus, ensejaria a pronta e imediata cessação da ofensa reconhecida, que a indistigável mora do sistema judiciário só agrava.

## EPÍLOGO

O estágio atual do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos é ainda aquele por que passara o TEDH antes da adesão dos países signatários da CEDH ao **Protocolo nº 9**, em vigor a partir de 1º de outubro de 1994, quando o indivíduo, e não o país de que é nacional, passa a ser sujeito ou destinatário do direito internacional, ao reconhecer-lhe legitimação para aceder ao Tribunal

diretamente, titular que é dos direitos previstos no Pacto de San Jose da Costa Rica, menos ainda a Comissão, a quem caberia, no máximo, as tarefas que, no modelo europeu de hoje, cabe ao Comitê de Ministros.

E titular desses direitos frente a qualquer dos países signatários do Pacto que, por uma ou outra razão e ocasião, venham a violar-lhos nos respectivos territórios, até porque por onde venha a caminhar a pessoa, mesmo em busca de melhores condições de vida - do bem-estar, da felicidade, enfim -, como lhe é assegurado pela respectiva autonomia privada, deles não se despe, mas os porta consigo com a almejada eficácia necessária ao respectivo e imediato manejo, frente a qualquer deles.

Também os juízes dos países signatários do Pacto devem estar em constante diálogo com o TIDH, observando-lhes as sentenças de modo a que se obtenha uma desejada uniformidade de decisões a respeito de cada um dos direitos que contempla - e que são mínimos, ainda, na medida em que nem menção qualquer há, por enquanto, aos direitos sociais, *importantíssimo* desdobramento ou desenvolvimento dos direitos, liberdades e garantias, sem os quais a pessoa não é realmente liberta dos grilhões de outrora, por isso que não é livre quem tem sede e fome, não tem onde morar, nem meios de educar-se e a seus filhos, em ordem a lhes assegurar o desenvolvimento de suas potencialidades, ou lhe pense e trate das enfermidades.

Mais do que isso, no quadro atual, o Brasil, tal como Portugal, não dispõe do instrumental necessário ao pronto e efetivo cumprimento das sentenças do TIDH, notadamente daquelas que o sujeitem à reposição do *status quo ante*, nas hipóteses em que a “reparação razoável” não se ostente apta a conjurar a violação de direitos da pessoa, como os referidos ao exercício de seus direitos civis e políticos; dos decorrentes da relação de parentesco e, muito menos, dos de liberdade.

Há muito ainda a caminhar, e a passos pequenos, como o exige a soberania das nações, mas é preciso pelo menos começar a fazê-lo. 📄

# A Sentença Criminal Condenatória e a Reparação de Danos

Roberto de Abreu e Silva

*Desembargador do TJ/RJ. Professor da  
EMERJ e Presidente do Fórum Permanente  
dos Juízos Cíveis.*

## 1. INTRODUÇÃO

Analisa-se neste estudo os aspectos positivos e negativos da Lei 11.719/08 na alteração introduzida no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição da República de 1988 por dois relevantes motivos. Primeiro, identificar a melhor estratégia de atuação da vítima na tutela de seus interesses em demanda de reparação de danos civis causados na prática de ilícito criminal. Segundo, se necessário, alvitrar alteração legislativa *de lege ferenda*, objetivando a adequação da novel alteração legislativa aos princípios fundamentais da Constituição da República de 1988, no propósito de afastar obstáculos processuais e acelerar o acesso da vítima à reparação de danos civis praticados em ilícito criminal.

## 2. ASPECTOS POSITIVOS DA LEI Nº 11.719/08 NA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 387, IV, DO CPP

A Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV do CPP, avança na tutela dos interesses da vítima legitimando o juiz criminal a arbitrar e condenar o réu a reparar valor mínimo de danos materiais e morais causados por ilícito criminal, destacando-se os seus aspectos positivos a seguir. 1. Há economia processual porquanto o juiz criminal decidirá, em processo único de natureza penal, as questões relativas às lides criminal e civil oriundas de

suporte fático comum praticado pelo mesmo agente ativo, mediante condenação do réu à sanção penal e fixação, ainda, de valor mínimo relativo à reparação de danos civis a favor da vítima.

**2.** Com relação às pessoas legitimadas a responderem pelo fato de outrem - os pais pelos atos de filhos, o patrão ou a empresa pelos atos cometidos por seus empregados no exercício de seus ofícios, as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadores de serviços públicos (art. 37, § 6º. da CRFB/88), de maior potencial econômico e financeiro para responderem pelos danos causados - verifica-se, também, economia processual, quando intimadas, se comparecerem no processo penal e efetivarem acordos civis na jurisdição criminal.

**3.** A possibilidade de acordo ou transação civil afigura-se mais efetiva na jurisdição penal, notadamente, nos crimes de menor potencial ofensivo perante JECrim. Aproveita-se da pressão psicológica, o peso da espada de Dâmoicles sobre a cabeça do delinquente e do seu interesse em conseguir algum benefício na jurisdição criminal, v.g., suspensão condicional da penal, prestação de serviço à comunidade, fornecimento de cesta básica, etc., para se efetivar um acordo sobre a querela civil.

**4.** A inovação da Lei nº 11.719/08 possibilita o acesso mais rápido da vítima à reparação dos danos materiais ou morais em valores mínimos arbitrados pelo juízo criminal na sentença condenatória.

**5.** O direito positivo vigente permite a execução da sentença penal condenatória, no juízo cível, mais célere, em caso de acordo do *quantum debeatur* indenizatório estabelecido na transação penal, devidamente homologado pelo juiz criminal, dispensando-se a prévia liquidação na jurisdição civil.

**6.** A inovação introduzida pela Lei nº 11.719/08, impondo a obrigação de indenizar os danos perpetrados por ilícito criminal na jurisdição penal em valor mínimo, aproveita-se do processo penal, considerando as unidades do fato e do agente ativo do crime. Essa nova situação jurídica transpõe de ampla aplicação na jurisdição criminal tradicional e, principalmente, no Juizado Especial Criminal, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, cujas penas não sejam superiores a 2 (dois) anos. Igualmente, nos ilícitos de trânsito por violação do artigo 291 da Lei 9.503/97 com pena até 4 anos; e no Estatuto do

Idoso, Lei 10.741/03 em crimes não que tenham pena máxima superior a 2 (dois) anos e igual ou inferior a 4 (quatro) anos, no procedimento da Lei 9.099/95. **7.** Denota-se a vantagem processual de se economizar o procedimento recursal para o segundo grau de jurisdição, em razão do acordo civil homologado em matéria cível na jurisdição penal. Por isso, não se admitirá recurso em função da sanção fixada em valor mínimo a título de reparação de danos, porquanto não se justifica a exacerbação da sanção na jurisdição penal, em segundo grau, considerando que a legislação faculta à vítima exercer tal pretensão na jurisdição civil. **8.** Com relação ao réu, também, não se justifica o recurso na esfera criminal, em relação à matéria cível, porquanto se trata de indenização mínima, piso básico de reparação que lhe favorece, situação que evidencia sua falta de interesse processual na jurisdição criminal, implicando, por isso, não conhecimento ou desprovimento de recurso interposto se interposto no segundo grau de jurisdição. **9.** A fixação do valor mínimo de indenização na sentença penal evita contradição com o *quantum* médio ou máximo que possa ser arbitrado na ação civil perante o juízo cível, a título de reparação dos danos materiais e morais. **10.** O atual avanço legislativo constitui o primeiro passo para a implementação da **Justiça Restaurativa** na visão do jurista americano, Howard Zer<sup>1</sup>, tendo como escopo responsabilizar o transgressor para que assuma a responsabilidade de seus atos recompondo os danos causados, visto que a prisão não recupera ninguém, não satisfaz o interesse da vítima e nem da sociedade. Na realidade, a efetiva Justiça satisfaz-se na tríade social: vítima, transgressor e comunidade. No mesmo sentido é a lição de Cândido Furtado Maia Neto<sup>2</sup>, na doutrina sobre “Justiça penal democrática e os direitos humanos”, em que propugna pela proclamação do **Direito Penal do Perdão**, no sentido de moderar a função da práxis forense criminal para fins de alcançar uma Justiça recriativa, democrática, popular e participativa, em troca da Justiça retributiva. **11.** Quando a conduta do autor do

<sup>1</sup> HOWARD Zerh -ENM -AMB Informa -1º a 30 de abril de 2008, p. 9.

<sup>2</sup> Cândido Furtado Maia, promotor de Justiça no Paraná, pós doutor em direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas- Informativo - Coad - ADV. Fascículo 15/2008 p. 243/246.

ilícito não apresenta maior relevância na reprovação penal como no dano párvulo, de ninharia ou de bagatela, que não integra o tipo penal, impõe-se o não acolhimento da ação penal, sendo possível excluir-se a tipicidade formal (TACRIM-SP, AC. 481.889-Rel. Gonçalves Nogueira<sup>3</sup>). Não obstante, deve o juiz criminal aproveitar-se do processo criminal para efetivar acordo quanto à composição dos danos causados à vítima inocente. Nesse diapasão doutrina Raúl Zaffaroni, ao comentar sobre o **princípio da humanidade**, assinalando que é possível ao **juiz dispensar a pena ou aplicar abaixo do mínimo legal, sempre que a reprimenda ao delinqüente tenha alcançado a reparação do dano**, ou ainda, quando o próprio fato causar-lhe um grave dano ou sofrimento. **12.** No crime de peculato culposo, a reparação do dano constitui causa de extinção da punibilidade, assim como no Juizado Especial Cível, artigo 312, § 3º, do Código Penal. **13.** Com relação ao réu, a reparação do dano causado à vítima apresenta, ainda, as vantagens seguintes: a) **atenuante genérica** do artigo 65, III, b, do Código Penal; b) na **suspensão condicional atenua as condições exigidas** pelo artigo 78, § 2º, do Código Penal. Acresce, ainda, que no **livramento condicional, a reparação do dano exsurge como condição necessária, salvo se demonstrada a impossibilidade do réu** *ut* artigo 83, IV, do Código Penal. **14.** A Lei nº 11.719/08, no artigo 387, IV, do CPP, possibilita a execução da reparação fixada no juízo criminal mediante acordo ou prévia liquidação da sentença condenatória criminal na jurisdição civil na interpretação literal do artigo 475-1, § 2º do CPC. No entanto, a legitimação do julgado penal no cível reclama a adoção de processo de adesão, como se demonstrará a final, para se evitar incidente de inconstitucionalidade, inovação que se destaca ***ad cautelam*** no tópico dos aspectos negativos, bem como no final deste estudo. **15.** A Lei nº 11.719/08, no artigo 387, IV, do CPP,

<sup>3</sup> TACrim. SP. AC 481.889.1- Rel. Gonçalves Nogueira. “[...]o dano é tão párvulo que o tipo não se integra impondo-se o desacolhimento da ação penal. Min. Francisco Assis Toledo: “[...] o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatela [...]”- *in* **Princípios Básicos de Direito Penal**. Ed. Saraiva- SP, 1982, p.187/188.

compatibiliza-se com o princípio do acesso à justiça em tempo razoável, conforme o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CRFB/88. No entanto, em **aspecto negativo**, a inovação normativa do artigo 387, IV, do CPP, na versão da Lei 11.719/08, aparenta sua ilegitimidade constitucional na fixação de valor mínimo a título de reparação de danos civis, situação que reclama nova regulamentação no sistema processual penal vigente por meio de **pedido de adesão da vítima** para fins de regularização da lide civil no processo penal. Nesse diapasão revela-se a experiência no direito comparado, notadamente, na Itália, França e Portugal,<sup>4</sup> através **de lege ferenda**, sob pena de se encontrar sérios obstáculos processuais e incidentes de inconstitucionalidade, que retardarão ou impedirão o acesso rápido da vítima à reparação de danos civis em valor mínimo que se fixar no processo e jurisdição criminal. Antes, porém, torna-se necessária a verificação da natureza jurídica da sentença condenatória criminal quanto à reparação de danos civis.

### 3. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL NO CAPÍTULO DA REPARAÇÃO DE DANOS

O agente ativo de ilícito criminal, que no exercício de sua liberdade de ação causa danos à pessoa inocente, viola ao mesmo tempo normas de direito penal e civil. Consequência lógica é sujeitar-se o autor da infração à responsabilizações penal e civil mediante o devido processo legal, que se efetivará nos processos penal e civil. Releva notar que o critério de avaliação da culpa no juízo cível é mais exigente que no juízo criminal, motivo pelo qual a configuração da culpa leve ou levíssima é suficiente para uma condenação civil e absolvição do réu na esfera criminal.

Nessa ótica, em uma condenação na jurisdição criminal por culpa do acusado, consubstanciada nas provas do processo penal, torna-se possível a condenação do réu à sanção penal e à reparação de danos, por economia processual, se não lhe faltar a

<sup>4</sup> Os dispositivos do processo de adesão relativos à legislação da Itália, França e Portugal constam no final deste artigo, no tópico **de lege ferenda**.

obediência ao devido processo legal quanto à lide civil. Adiantou-se o legislador no campo do processo penal ao proclamar que na sentença condenatória criminal o juízo *fixará valor mínimo* a título de reparação de danos - artigo 387, IV, do CPP *ut* Lei 11.719/08 c/c os artigos 63 § único do CPP, 91, I do Código Penal e 475-N-II do CPC, tal como constam na interpretação literal da legislação vigente. Situação legislativa similar à atual ocorreu no direito antigo brasileiro resultando em experiência negativa, como se demonstra a seguir. O **Código Criminal de 1830**, à época do Império, adotou o *sistema da união* das ações penal e civil na jurisdição criminal para fins de decisão unitária das lides penal e civil no processo penal *ut* artigo 31 do Código Penal c/c art. 269, § 5º do CPP. Assinalou essa legislação a obrigação de indenizar como se a sentença criminal fosse **fonte da obrigação**. No entanto, a experiência revelou-se negativa pela insurgência de entraves processuais, situação somente pacificada com o retorno ao sistema legislativo anterior de separação relativa das ações penal e civil oriundas do mesmo fato, com a **revogação dos artigos 31 do Código Criminal e o parágrafo 5º do artigo 269 do CPP, pela Lei nº 261 de 03.12.1841, no artigo 68, bem como do artigo 69, “b”, do Código Penal de 1890** que passou a dispor que a condenação transitada em julgado tinha como efeito a obrigação de indenizar o dano. Nesse particular progrediu o legislador penal ao entender que a **origem da obrigação é o fato considerado ilícito**, ao afirmar que a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime, evidenciando sua natureza jurídica declaratória. Nesse aspecto, **declarar certeza jurídica, não é a mesma coisa que condenar**. Se um julgador declara que um cidadão cometeu um crime em uma sentença, mas não o condena, a sentença é de natureza declaratoria e não, condenatória. Igualmente, na ação civil - se o julgador declara certa a obrigação de indenizar, mas, também, não condena o réu, como no caso da sentença relativa à morte do jornalista Herzog, em cela de presídio, por exemplo, tal decisão é de natureza declaratória e não condenatória, razão pela qual o seu dispositivo torna-se inexecúvel na jurisdição civil. Neste passo, a simples interpretação literal das normas dos **artigos 91,**

I do Código Penal, 63 e 387, IV do Código de Processo Penal<sup>5</sup>, revela que o juiz na sentença condenatória criminal apenas fixará valor mínimo a título de reparação de danos, situação clara a evidenciar a natureza jurídica apenas declaratória do julgado para os devidos efeitos civis. No segundo passo hermenêutico torna-se necessária a análise da doutrina sobre o relevante tema, notadamente, dos juristas que sempre perfilaram a natureza jurídica declaratória da sentença condenatória criminal para efeitos civis de reparação de danos, posicionamentos jurídicos respeitáveis, porquanto não abalados em suas essências pela *novatio legis* na expressão do artigo 387, IV do CPC. Na lição de DAMASIO E. DE JESUS<sup>6</sup>: “A sentença penal condenatória funciona como sentença meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não há mandamento expresso de o réu reparar o dano resultante do crime.” A natureza declaratória da sentença penal condenatória, com relação à certeza da obrigação de indenizar, também foi observada com propriedade por LIEBMAN<sup>7</sup>: “A sentença condenatória penal torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime...; ela funciona a este respeito como **sentença meramente declaratória**, e autoriza a proposição da ação para ressarcimento do dano no juízo cível...”. Na discussão sobre o artigo 584 do Código de Processo Civil, atualmente, 475-N-II, quando da elaboração legislativa, sobre a similar questão em análise, se a sentença penal condenatória constituiria título executivo judicial na jurisdição civil, assim, pronunciou-se o senador NÉLSON CARNEIRO: “As sentenças penais não tornam certa a obrigação de

<sup>5</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). CPC- Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005). I... II - a sentença penal condenatória transitada em julgado; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

<sup>6</sup> **Direito Penal**, 1º volume - Saraiva, 4ª edição, p. 596.

<sup>7</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio - **Processo de Execução** - Saraiva, 4ª edição, p. 68.

indenizar. *Nem se contém na competência do Juízo criminal do direito brasileiro, essa atribuição, como assinala o eminente prof. Calmon dos Passos, da Bahia. Assim, a sentença penal não deveria ser entendida como tendo efeitos condenatórios no juízo cível, mas apenas declaratórios, tomando certas a autoria e a responsabilidade.*” ALFREDO BUZÁID, estudando o tema para fins de admissão ou não em concurso de credores asseverou que a sentença condenatória penal não se constitui em título executivo no juízo cível por ausência de pedido da vítima, assim proclamando: *“Por um lado a incompetência do juízo criminal para decidir matéria cível é absoluta. E, no sistema do Código de Processo Civil<sup>8</sup>, só a incompetência relativa se prorroga, não assim a absoluta, ou *ratione materiae*. Por outro lado, no processo criminal não cabe nenhuma condenação civil, porque não se formula pedido de indenização antes da aplicação da pena ao agente que praticou o delito. E se a sentença é a resposta do juízo ao pedido da parte, daí se segue que a sentença criminal não deve abranger condenação em perdas e danos, porque não há uma parte civil que formule tal pretensão.* No mesmo diapasão pontuou EDUARDO ESPINDOLA FILHO: *“que diferente é a orientação do Código de Processo Penal brasileiro, não autorizando qualquer pronunciamento do juiz criminal sobre a reparação do dano, não nos parece discutível, pois o seu sistema é claramente o da separação absoluta da ação civil e da ação penal. Bem se vê, portanto, que a sentença condenatória penal não pode ter o efeito de título executivo no juízo cível, nem autoriza a admissão do credor ao concurso”.*<sup>9</sup> Essas doutrinas permanecem hípidas, válidas e eficazes, atualmente, quanto à hermenêutica da norma do artigo 387, IV do CPP introduzida pela Lei 11.719/08 ao proclamar que na sentença condenatória criminal o juiz **fixará** valor mínimo a título de reparação de danos. O verbo **fixar**<sup>10</sup> na realidade não

<sup>8</sup> ALFREDO Buzaid- Do Concurso de Credores no Processo de Execução - Saraiva, p. 311.

<sup>9</sup> Os destaques em itálicos e negritos são deste autor.

<sup>10</sup> Dicionário Houaiss- Em sua derivação por extensão de sentido significa: 5. *indicar, recomendar com precisão; determinar, prescrever Ex.: fixou(-lhe) normas rigorosas, difíceis de cumprir; transitivo direto e bitransitivo- Michaelis 1- Tornar(-se) fixo, firme ou estável.*

é sinônimo de **condenar**, porquanto significa indicar, recomendar, prescrever. Por isso, não se confunde nem se pode transformar na dogmática nem na prática uma sentença condenatória criminal em sentença condenatória civil na interpretação dos artigos 475-N-II do CPC, 387, IV do CPP e 91, I do CPP. Com efeito, o verbo fixar no tempo futuro utilizado pelo legislador significa uma recomendação e não uma legitimação do juiz criminal para condenar o réu em reparação de danos civis, situação que, a rigor, jamais ocorrerá na prática jurisdicional. Consequência lógica, **a sentença criminal condenatória que fixar valor mínimo a título de reparação de danos produzirá apenas eficácia declaratória na jurisdição civil, valendo, ainda, como forte instrumento de prova, para fins de condenação do réu ou responsável civil na conexa e heterônima ação de responsabilidade civil.** Não obstante, impõe-se, ainda, uma análise reflexiva das normas legislativas em estudo na ótica dos **elementos objetivo e subjetivo da coisa julgada**, para fins de verificação da validade e eficácia da sentença condenatória criminal como título executivo na jurisdição civil.

#### **4. A SENTENÇA CONDENATÓRIA E OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DA *RES JUDICATA* PENAL OU CIVIL**

A validade e eficácia de sentença condenatória criminal como título executivo na jurisdição civil na doutrina clássica da coisa julgada pressupõe a presença dos elementos imprescindíveis à sua configuração como ***res judicata*** para a eficácia dos efeitos civis, tais como: as partes, os objetos - mediato e imediato - e as causas de pedir - ativa e passiva - mediante a análise dos elementos das ações penal e civil oriundas do mesmo suporte fático. Nesta pesquisa verifica-se ***ab initio*** que não há identidade das partes, de objetos, nem das causas de pedir ativa e passiva. Com efeito, o autor na ação penal, em regra, é o Ministério Público, que, sem dúvida, representa a sociedade e o Estado no exercício da ação penal pública objetivando a punição do acusado pela prática de crime previsto no Código Penal. A construção dogmática no sentido de que o lesado, como membro da sociedade que estaria por ele representado, afigura-se construção artificial, notadamente, quando o próprio Ministério Público se convence e requer a absolvição do acusado no processo penal. Nessas circunstâncias torna-se difícil entender que

o Ministério Público estaria a representar o legítimo interesse do lesado ou vítima, porquanto, na realidade, representa a sociedade no exercício do seu poder postulatório de condenação ou de absolvição do acusado ao juiz criminal na atuação do seu mister na esfera jurisdicional. Por seu turno, o titular na ação civil é o autor ou lesado em atuação por seu representante legal, advogado ou defensor público, personalidades distintas do representante do Ministério Público, que é o titular para a promoção da ação penal pública na tutela dos interesses públicos da sociedade em regra, na seara do processo criminal.

Os objetos das demandas de ordem penal e civil também não se confundem. O objeto da ação penal é a aplicação da pena, se configurada a responsabilidade criminal, enquanto que o objeto da ação civil é a reparação dos danos civis sofridos pela vítima em decorrência da prática de ilícito civil. A *causa petendi* ativa na ação penal é o fato ilícito violador da norma penal, ao passo que a *causa de pedir* ativa na ação civil é a violação da norma de direito civil. Quanto às causas de pedir passivas, também, não se identificam nessas ações. Na ação penal é a perturbação da ordem pública, ferindo interesses sociais, enquanto que, na ação civil, é o dano material ou moral perpetrado em violação a interesse individual. Evidentemente, não havendo coincidências desses elementos, não se pode admitir a coisa julgada criminal, com a mesma autoridade de coisa julgada cível para sua plena validade e eficácia na jurisdição civil. Por essas razões, a sentença condenatória criminal que fixar valor mínimo a título de reparação de danos sem pedido da vítima e oportunidade de defesa do réu, quanto à lide civil deverá produzir apenas **efeitos declaratórios e não condenatórios na esfera jurisdicional civil**, sob pena de violação dos princípios do **devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa do réu e nos capítulos dos limites objetivo e subjetivo da coisa, por violações das normas do artigo 5º., LIV e LV da CRFB/88 e artigo 472 do CPC**. Na linha deste entendimento, pontuou a doutrina do magistrado carioca André Nicolitt<sup>11</sup>, em obra recente referente ao tema em estudo, dissentindo da condenação criminal em reparação de valor mínimo a título de reparação de da-

---

<sup>11</sup> Nicolitt, André. *Manual de Processo Penal*. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro. 2009, p. 166.

nos civis sem o contraditório e o pedido da vítima, ao comentar a novel alteração da norma do artigo 387, IV do CPP, assim dispondo: *“Ousamos dissentir, vez que à luz da Constituição o juiz deve ser imparcial, portanto, inerte, não sendo possível prestar jurisdição sem que haja pedido. Quanto à legitimidade, esta será do assistente habilitado, devendo em todo caso ser observado o contraditório.”* No plano concreto da prática jurídica, revela-se a experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora haja exceções, pontuando-se no sentido de **decotar a parte de condenação de danos civis na sentença condenatória penal**, como consta da Apelação Criminal 2009.050.02023, no voto paradigma do relator Des. Marco Aurélio Bellizze, um dos primeiros julgados sobre o tema em estudo, na síntese da ementa seguinte:

***“APELAÇÃO. Crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas. Sentença condenatória. ...” Fixação de quantum indenizatório. Ausência de pedido do beneficiário e de prova que autorize a fixação do quantum indenizatório. Princípio da correlação. Violação do direito de defesa. Recurso a que se dá parcial provimento.”***

No mesmo sentido constam ainda diversos acórdãos proferidos em outras Câmaras Criminais do TJRJ, bem como os do E. TJRS sobre o tema em comento<sup>12</sup>. Não obstante, prossegue o presente estudo na verificação se a sentença condenatória criminal configura ou não título legítimo para fins de execução de danos civis perpetrados no ilícito criminal.

<sup>12</sup> Nesse mesmo sentido constam, ainda, do E. TJRJ os arestos seguintes: (i) APELAÇÕES seguintes: 1-0008368-94.2008.8.19.0007 (2009.050.05830) 2-0016562-75.2008.8.19.0042(2009.050.02788) 3-0048066-28.2008.8.19.0001(2009.050.03008) 4-0001986-40.2007.8.19.0001(2009.050.03279) 5-0047869-54.2000.8.19.0001(2009.050.06346) 6-0028491-92.2008.8.19.0014(2009.050.07662) 7-0264619-69.2008.8.19.0001(2009.050.04753) 8- 0079924-77.2008.8.19.0001 (2009.050.03930), bem como os v. acórdãos do E. TJRS, sob as relatorias dos desembargadores Sylvio Baptista Neto e Fabianne Breton Baisch, o primeiro por irretroatividade da lei e não obediência ao princípio do contraditório e o segundo, por violação aos princípios da irretroatividade da lei, do devido processo legal, do contraditório e ampla a defesa, quanto à condenação à reparação de danos civis.

## 5. A SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL NA ÓTICA DA CRFB/88 É TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL PARA FINS DE EXECUÇÃO DE CRÉDITOS CONCERNENTES À REPARAÇÃO DOS DANOS?

A norma do artigo 475-N-II, do CPC<sup>13</sup>, compreendendo o inciso IV do artigo 387, IV do CPP, introduzido pela Lei 11.719/08 proclama que, na sentença criminal condenatória, o juiz fixará valor mínimo a título de reparação de danos. O conteúdo dessa novel disposição legislativa revela em si a natureza declaratória ou condenatória da sentença criminal no capítulo do *quantum* fixado a título de reparação dos danos civis em valor mínimo? Na primeira hipótese, se a sentença condenatória criminal é de natureza declaratória, no capítulo dos efeitos civis, relativo à reparação de danos em parte mínima, torna-se ineficaz para fins de execução, ressalvada a hipótese de acordo judicial ou extrajudicial. Na segunda hipótese, se a sentença condenatória criminal é de natureza condenatória quanto à reparação de danos civis em parte mínima, ressalvada a hipótese de acordo judicial ou extrajudicial, torna-se ineficaz para fins de execução, por violar os princípios fundamentais da CRFB/88 relativos à coisa julgada, devido processo legal e à ampla defesa, artigo 5º, XXXIV “a” e XXXV, LIII, LIV e LV da CRFB/88. No prisma da legislação federal do CPC, a transformação da sentença penal condenatória em uma condenação civil malferre também as normas dos artigos 467, 468, 469, I, II e 472 do CPC que expressam a garantia constitucional do devido processo legal nos limites subjetivo e objetivo e da coisa julgada - *res inter alios acta - iudex nec procedat ex officio*<sup>14</sup>. Consequência lógica

<sup>13</sup> EMERJ - TJ/RJ. Fórum Permanente dos Juízos Cíveis - Reunião nº 48, em 31.03.2009, sob a presidência deste expositor - tema: “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei nº 11.719/08. Aspectos positivos e negativos.” Palestra registrada em DVD, constante da biblioteca da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>14</sup> Na doutrina de Tourinho Filho,.. “iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in iudicio deducta*, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do princípio do *ne procedat iudex ex officio*, ou, como dizem os alemães, do princípio *Wo kein Ankläger ist, Da ist auch kein Richter*.

dessa situação é a inviabilização também da transformação da sentença condenatória criminal em título executivo na jurisdição civil na tipificação do artigo 475, N, II do CPC, porquanto na jurisdição penal não há pedido do autor nem do titular da ação penal quanto à indenização civil, nem se respeita o direito de defesa do réu quanto à lide civil. Tal situação jurídica também evidencia a violação aos princípios do *contraditório e da ampla defesa do réu* quanto à querela civil, gerando sua patente inconstitucionalidade por não passar na filtragem das normas fundamentais do artigo 5º, LIII, LIV e LV da CRFB/88. Por isso, no sistema jurídico vigente, a sentença criminal condenatória do réu em sede de reparação de danos em valor mínimo não se legitima como título executivo judicial para fins de validade e eficácia de título executivo na jurisdição civil.

Em síntese, a novel situação implementada pelo legislador no inciso IV do artigo 387 do CPP pela Lei 11.719/08 constituirá fontes de incidentes declaratórios de inconstitucionalidade, de invalidade e ineficácia da sentença criminal condenatória quanto à fixação de valor mínimo a título de reparação de danos civis, por quatro fundamentos básicos. Primeiro, na sentença criminal no processo penal, o juiz não condenará o réu à lide civil, apenas fixará valor mínimo a título de reparação de danos, situação jurídica que evidencia apenas a eficácia declaratória da sentença criminal e não condenatória quanto à lide e respectiva sanção civil. Segundo, a sentença condenatória criminal no processo penal, ao fixar valor mínimo a título de reparação de danos sem pedido da vítima e sem facultar a defesa do réu quanto à lide civil, viola os princípios da correlação do pedido e do contraditório, bem como dos limites subjetivo e objetivo da coisa julgada na previsão dos artigos 467, 468 e 472 do CPC. Terceiro, a sentença criminal condenatória em valor mínimo a título de reparação civil não se legitima como título executivo judicial no cível, na interpretação dos artigos 63, e 387, IV, do CPP (Lei nº 11.719/08) e art. 475, N, II, do CPC, por afrontar os princípios de direitos fundamentais seguintes: do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa da CRFB/88 - artigo 5º, inci-

tos LIV e LV - evidenciando, por isso, sua inconstitucionalidade. Quarto, a competência dos Tribunais é regida pelas normas da Constituição da República no artigo 125 e de organização judiciária do Estado membro *ut* artigo 93 do CPC. A competência funcional do julgador da jurisdição criminal quanto à querela civil reclama sua prévia definição na Constituição de cada Estado da Federação por meio de lei de organização judiciária de iniciativa de cada Tribunal de Justiça Estadual. Enquanto não se atender a essas exigências legais, a norma do artigo 387, IV do CPP na versão da Lei 11.719/08 não deve produzir os efeitos desejados pelo legislador, nos planos da validade e da eficácia, sob pena de inconstitucionalidade formal da novel normatização do artigo 387, IV do CPP em confronto com os artigos 125 da CRFB/88 e 93 do CPC, conforme se demonstra a seguir.

## **6. A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA NORMA DO ARTIGO 387, IV, DO CPP NA REDAÇÃO DA LEI Nº 11.719/08**

A questão da inconstitucionalidade da norma do artigo 387, IV, do CPP na redação da Lei nº 11.719/08 **quanto à fixação de valor mínimo a título de reparação de danos civis *ex officio*** no processo penal, sem pedido da vítima e defesa do réu quanto à lide civil, foi proclamada pelos desembargadores do E. TJRJ Alexandre Freitas Câmara e Geraldo Luiz Mascarenhas Prado em suas palestras sobre esse tema na EMERJ em 31.03.2009<sup>15</sup> - a despeito da discordância do Desembargador Nagib Slaib Filho na referida palestra que, atuando como debatedor, entendeu como legítima a validade e eficácia da Lei nº 11.719/08, na versão atual, com fundamento na teoria em conformidade com a Constituição. Dos debates resultou a primazia do entendimento da inconstitucionalidade do artigo 387, IV na redação da Lei 11.719/08 proclamada pelos dois primeiros desembargadores e juristas expositores mediante destaques das violações aos

<sup>15</sup> EMERJ - TJ/RJ. Fórum Permanente dos Juízos Cíveis - Reunião nº. 48, em 31.03.2009, sob a presidência deste expositor - tema: "Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei nº 11.719/08. Aspectos positivos e negativos." Palestra registrada em DVD constante da biblioteca da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

princípios constitucionais seguintes: a) do sistema acusatório<sup>16</sup>, que garante a imparcialidade do juiz e o impede de proferir a condenação *ex officio*<sup>17</sup> em matéria penal ou civil; b) do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não observados no processo penal por essa lei quanto à lide civil.

No mesmo diapasão, Jacinto Coutinho<sup>18</sup>, convidado pelo Senado para elaborar o anteprojeto do CPP, pontuou que o dispositivo que prevê a indenização de natureza civil é inconstitucional. Ressalta que ninguém pode responder a um processo sem o devido processo legal e a ampla defesa. “Ninguém é denunciado para pagar uma reparação por dano. De repente a sentença traz essa condenação”, contesta. Por consequência lógica, a situação prevista na expressão atual do artigo 387, IV do CPP introduzida pela Lei 11.719/08 implica na impossibilidade do julgamento de ofício pelo juiz em processo penal, por denúncia do Ministério Público em matéria penal, a quem compete zelar pelos direitos assegurados na CRFB/88, artigo 129, I e II<sup>19</sup>, sem pedido expresso

<sup>16</sup> Luiz Flávio Gomes, defensor do garantismo distingue os sistemas acusatório e inquisitório. Denomina de acusatório “todo sistema processual que configura o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o processo como iniciativa da acusação, a quem compete provar o alegado, garantindo-se o contraditório (...) podemos, ao contrário, chamar inquisitório o processo em que o juiz procede de ofício na busca de provas, atuando em segredo e por escrito, com exclusão de qualquer contraditório ou limitação deste. Em suma: é acusatório o modelo que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*”. “Constitucionalidade dos poderes inquisitivos do juiz. STF abre caminho para juiz político” in Moraes, Alexandre - coordenação - Os dez anos da Constituição Federal - Temas diversos, São Paulo: Atlas, 1999, p. 16.

<sup>17</sup> Na doutrina de Tourinho Filho, ... “iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in judicio deducta*, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do princípio do *ne procedat iudex ex officio*.”

<sup>18</sup> Jacinto Coutinho- Consultor jurídico, notícias, por Lilian Matsuura p. 2/3. Aduz mais, no anteprojeto elaborado por advogados, promotores, delegados e professores, inclusive o Min. Hamilton Carvalhido do E.STJ sugere modificação no artigo 89 prevendo que “são direitos assegurados à vítima obter do autor do crime a reparação dos danos causados”, afastando, por consequência, a indenização em valor mínimo. [HTTP://www.conjur.com.br/2009-jul-04](http://www.conjur.com.br/2009-jul-04).

<sup>19</sup> CRFB/88. Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;”

da parte civil, a vítima ou seus dependentes por seu representante legal concernente à lide civil, sob pena de configuração da inconstitucionalidade formal e material por violações dos núcleos dos artigos 125, § 1º, e 93 do CPC<sup>20</sup> 5º, LIV e LV da CRFB/88. No entanto, no sentido de otimização da legislação, torna-se necessária a ponderação dos aspectos positivos e negativos da Lei 11.719/08, na alteração da norma do artigo 387, IV do CPP no capítulo da reparação de danos civis, para fins de sugestão *de lege ferenda* a final, objetivando a legitimação constitucional da nova disposição legal, no propósito de melhor tutela dos interesses da vítima de ilícito criminal.

## 7. A PONDERAÇÃO DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI Nº 11.719/08 EM SEDE DE REPARAÇÃO DE DANOS

A presente reflexão jurídica apresenta saldo positivo considerável na expressão da Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV do CPP, em sede de reparação de danos civis, na medida em que se aproveita da condenação do réu no processo criminal para a imposição de uma composição mínima dos danos causados pelo crime em sentença condenatória penal transitada em julgado. Constitui-se em considerável avanço jurídico no trâmite processual criminal objetivando, também, a sanção penal ou civil mediante acordo, pelos motivos expostos a seguir. **Primeiro**, porque se utiliza da pressão psicológica durante o curso do processo penal, em razão do peso da espada de Dâmocles sobre a cabeça do réu, agravado, ainda, por sua angústia em conseguir benefício penal, v.g. suspensão condicional do processo, prestação de serviço à comunidade, pagamento de cesta básica etc., *ut* experiência evidenciada no

<sup>20</sup> CRFB/88. Art. 125. *Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.*

CPC- Art. 93. *Regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e de organização judiciária.* A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste Código. Obs.: A primeira parte do artigo 93, em sublinhado, refere-se à típica competência funcional originária dos tribunais locais, que é regulada por leis de organização judiciária.

RESP 56.664, STJ 5ª Turma. Min. Laurita Vaz<sup>21</sup>, antes mesmo do advento da Lei nº 11.719/2008, na alteração do artigo 387, IV, do CPP. Essa situação retroassinalada facilita o acordo entre as partes no processo e ou responsável civil pelos danos materiais e ou morais perpetrados pelo lesante à vítima inocente. **Segundo**, porque a sentença criminal transitada em julgado, no mérito, fixa um valor mínimo para as reparações dos danos materiais e morais causados pelos ilícitos, criminal e civil, decorrentes do mesmo fato, favorecendo, sobremaneira, a situação da vítima inocente, para fins de execução e ou liquidação na jurisdição civil, se não lhe faltar a graça constitucional do devido processo legal. Em síntese, a nova Lei nº 11.719/08 constitui um relevante avanço no sistema jurídico brasileiro, na perspectiva de acelerar o acesso da vítima à reparação dos danos causados pelo crime, ainda que em parte mínima. Não obstante no plano da existência afigurar-se, a primeira vista, a legitimidade da norma do artigo 387, IV do CPP introduzida pela Lei nº 11.719/08, porquanto exarada em lei federal *ut* no artigo 22, inciso I da CRFB/88, nos planos da validade e eficácia a fixação de valor mínimo quanto aos danos civis, *data vênia*, não é suscetível de produzir efeito condenatório, por sua evidente inconstitucionalidade, enquanto não se regulamentar a matéria nos

<sup>21</sup> “ STJ. 5. Turma - RESP 56.664 - Min. Rel. Laurita Vaz - Unânime- Julg. 03.08.2004 - DJ 11.10.2004. Recurso Especial. Penal. Crime de usura. Lei n. 1.521/51. Suspensão condicional do processo. Condição obrigatória. Reparação do dano. Inteligência do art. 89, p. 1º., inciso I, da Lei 9.099/95. 1. Esta Corte entende que a reparação do dano é condição necessária para concessão do *sursis* processual, salvo na impossibilidade de fazê-lo de maneira justificada. Precedentes. 2. Cabe ressaltar que a obrigação de reparar o dano decorre da prática do crime. Na hipótese vertente, a suspensão condicional do processo decorre da prática do crime do art. 4º., alínea a, da Lei n. 1.521/51, que trata da cobrança de juros superiores à taxa permitida em lei, não se vinculando à posse e propriedade de determinado bem litigioso. PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica, eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade)..II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. III - No caso concreto, o valor da res furtiva equivale a uma esmola, configurando, portanto, um delito de bagatela. IV - Circunstâncias de caráter eminentemente pessoal, tais como reincidência e Maus antecedentes, não interferem no reconhecimento do princípio da insignificância. Recurso especial desprovido.”

Tribunais locais relativo ao tema de organização judiciária reservada à legislação estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça de cada Estado *ut* artigo 125, § 1º. da CRFB/88 e 93, primeira parte do CPC. Acresce, ainda, que a norma do artigo 387, IV, na alteração do CPP *ex vi* da Lei 11.719/08, no atual sistema jurídico vigente, no aspecto procedimental, carece de compatibilização com os princípios da coisa julgada (limites objetivo e subjetivo - ***res inter alios acta*** - artigos 467, 469, I, II e 472 do CPC) e da garantia do devido processo legal na CRFB/88 (artigos 5º, XXXIV “a” e XXXV, LIII LIV e LV ), eis que se fixa valor de reparação de danos sem pedido da vítima, nem condenação expressa, situação que afronta o direito de petição do autor e os princípios: ***iudex nec procedat ex officio*** - bem como o do contraditório e da ampla defesa do réu, conforme artigo 5º., LIV e LV da CRFB/88. Nessas circunstâncias, a normatização introduzida pela Lei 11.719/08 no artigo 387, IV do CPP, reclama sua imediata adequação às normas do CPC e da CRFB/88, sob pena de manutenção de sua da ilegitimidade legal e constitucional. Com efeito, a condenação do réu em reparação de danos materiais e/ou morais causados na prática de um crime pressupõe a oportunidade de defesa quanto ao fato constitutivo da indenização, da extensão e quantificação dos prejuízos a favor da vítima não previstos na Lei nº 11.719/08, sob pena de flagrante violação ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88).

No capítulo da reparação por dano moral, conforme pontua o magistrado JOÃO PAULO BERNSTEIN<sup>22</sup> o seu arbitramento requer análise mais complexa das consequências do crime para o ofendido e seus familiares, condições econômicas do ofendido e do ofensor, o que depende de produção de prova para tal fim, evidentemente não compatível com o processo penal. As situações das pessoas jurídicas responsáveis pelo fato de outrem: os pais pelos atos de filhos, o patrão ou a empresa pelos atos cometidos por seus empregados no exercício de seus ofícios, as pessoas jurídicas de

<sup>22</sup> JOÃO PAULO BERNSTEIN - <http://www.tjrs.jus.br/> - Artigo “A exigência de sumariedade documental ou pericial da prova no processo penal para a demonstração dos danos sofridos pelo ofendido.”

direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, p. 6º, da CRFB/88) podem frustrar a eficácia da liquidação ou execução do valor mínimo arbitrado pelo juízo criminal na sentença, se não participarem da relação jurídica da demanda civil no processo penal, porquanto a *res judicata* não poderá afetá-los na jurisdição civil, na consideração do princípio - *res inter alios acta*. Salvo se o responsável pelo fato de outrem participar de acordo homologado, judicialmente, mediante prévia intimação judicial, providência possível que deve ser implementada pelo juiz criminal, no propósito de se efetivar acordo do valor mínimo dos prejuízos materiais e ou morais causados pelo ilícito criminal da pessoa pela qual é responsável civilmente. Demais, a condenação do réu em valor mínimo de reparação dos danos no juízo criminal, a princípio, não satisfará a vítima, tal como ocorre com o valor fixado em danos morais no juízo cível do primeiro grau, gerando sempre recursos para o segundo grau de jurisdição e ou Tribunais superiores. Em tais circunstâncias, a sentença condenatória criminal, com exceção de acordo homologado pelo juízo, não se legitima como título hábil a suportar execução no juízo cível a título de indenização e/ou reparação por danos materiais e morais, seja contra o lesante ou terceiro responsável civil, por falta de legitimação constitucional formal (art. 125, § 1º, da CRFB/88). Violam-se, ainda, os princípios básicos do processo civil moderno, considerando as ausências dos elementos da ação civil: as partes, causa de pedir e o pedido da vítima ou dependentes em sede do processo penal, bem como do princípio vinculativo da coisa julgada cível - *res inter alios acta* - artigo 472 do CPC e artigo 5º, LV, da CRFB/88, na expressão maior do devido processo legal, salvo a futura adoção do processo de adesão no sistema jurídico brasileiro.

Releva notar, ainda, a inadmissibilidade da aplicação da norma do inciso IV da Lei 11.719/08, a fato criminoso praticado em data anterior à vigência desse diploma legal, *ex vi* do princípio da irretroatividade da Lei Penal.<sup>23</sup> Em síntese, a norma do artigo

<sup>23</sup> CÓDIGO PENAL- DECRETO-LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Anterioridade da lei. Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Jurisprudência - "CRIME. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. APENAMENTO

387, IV, introduzido no CPP pela Lei nº 11.719/08 no propósito de facilitar o acesso da vítima à reparação gerará incidentes processuais ao argumento de violação aos princípios básicos do processo civil moderno, porquanto no processo penal não constam os indispensáveis elementos da ação civil: *as partes, causa de pedir e o pedido de reparação de danos da vítima ou seus dependentes em sede do processo penal*, a despeito de vulnerar, ainda, o princípio vinculativo da coisa julgada cível, se a execução afetar terceiro, o empregador, v.g. - *res inter alios acta* artigo 472 do CPC. Nesse contexto, *d.m.v.*, se suscitadas essas questões, a consequência inenarrável é a inviabilidade ou retardo da execução da sentença penal condenatória em matéria cível, contrariando a *voluntas legis*, ressalvada a hipótese de acordo efetivado pelos litigantes perante o juízo criminal, situação que consubstancia em título executivo, nos termos do artigo 475, N-II do CPC. Por isso, estudam-se a seguir, estratégias de atuação da vítima no resguardo de incidentes processuais, na perspectiva da melhor tutela legal dos interesses da vítima inocente.

## 8. ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO DA VÍTIMA, NA ATUALIDADE, RESGUARDANDO-SE DE INCIDENTES PROCESSUAIS

No sistema jurídico vigente no Brasil, no propósito de facilitar o acesso da vítima à reparação dos danos injustos perpetrados em ilícito criminal, a legislação permite à vítima utilizar-se da sentença proferida no processo penal ou civil, que primeiro transitar em julgado, segundo sua conveniência, em uma das três hipóteses assinaladas a seguir. **Primeira**, exercer a demanda de reparação dos danos materiais e ou morais separada da ação penal,

---

ADEQUADO. REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. AFASTAMENTO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Havendo provas suficientes para ensejar decreto condenatório, impõe-se a manutenção da sentença atacada. II. Pena em perfeita harmonia com a dimensão dos fatos. III. Ocorrido o evento delituoso em data anterior à entrada em vigor da Lei 11.719/2008, diploma que deu nova redação ao inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal - norma, frise-se, de direito material -, impõe-se afastar a determinação de reparação de danos à vítima. IV. Apelo parcialmente provido” (Apelação Crime Nº 70027899277, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 25/06/2009).

em processo de conhecimento na jurisdição civil independente da jurisdição penal. Este é o melhor caminho processual a ser utilizado pela vítima ou dependentes, na atualidade, ainda que haja a condenação civil a seu favor na jurisdição criminal. Dessa forma, a vítima resguardar-se-á de possível enfrentamento de questão de inconstitucionalidade e/ou de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos no CPC e na CRFB/88 relativos à Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV do CPP, impossibilitando ou retardando, a final, a sua plena eficácia quanto à reparação de danos civis. Releva notar que o arbitramento de indenização ou reparação civil na sentença penal transitada em julgado, à luz da recente alteração legal, não vincula a vítima nem a impede de exercer a ação civil, em separado, por não ser parte civil no processo penal, com base no princípio *res inter alios acta*, conforme artigo 472 do CPC. **Segunda**, a vítima deve aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para executar o valor mínimo fixado, em sentença no processo penal transitada em julgado. Não obstante, remanesce a possibilidade de se ultimar a liquidação dos valores complementares dos danos materiais e/ou morais dos valores integrais desses direitos, como condição necessária à execução. No entanto, a vítima corre o risco de enfrentar obstáculos legais, bem como incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV, do CPP, em embargos do devedor, por infração aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa *ut* artigo 5º. LIV, LV da CRFB/88. Salvo a hipótese de valor acordado pelas partes, mediante homologação pelo juiz ou firmado em documento assinado pelo acusado e vítima perante duas testemunhas ou instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensor Público ou pelos advogados dos transatores, conforme artigos 475 N, III, do CPC, por constituírem em título executivo passível de execução imediata. **Terceira**, a vítima poderá propor ação civil separada da ação penal - primeira hipótese - formulando os pedidos de reparação dos danos materiais e/ou morais na jurisdição civil em expressões complementares aos valores mínimos fixados ou acordados na jurisdição criminal. Neste

caso, proceder-se-á prévia liquidação da sentença criminal para a complementação dos valores relativos aos prejuízos materiais ou morais, como condição necessária à sua execução na jurisdição civil, com supedâneo no artigo 475- N, II, do CPC, na interpretação literal desse dispositivo. Sujeitar-se-á, no entanto, aos riscos dos obstáculos processuais que poderá enfrentar na demanda processual civil, dentre os quais o da inconstitucionalidade *ut* artigo 5º, LIV e LV, CRFB/88. Não obstante, a melhora da posição legislativa atual reclama a adoção do processo de adesão para adequação da norma atual do artigo 387, IV do CPP aos princípios fundamentais da CRFB/88, artigos LIII, LIV e LV, facultando-se à vítima exercer a pretensão reparatória dos danos civis resultantes de ilícito criminal no processo penal ou no processo civil, *ut* experiência do direito comparado.

## **9. SUGESTÃO DE LEGE FERENDA PARA ADOÇÃO DO PROCESSO DE ADESÃO OBJETIVANDO A LEGITIMAÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 387, IV DO CPP À CRFB/88**

As reflexões deste estudo revelam a necessidade de duas urgentes modificações legislativas, para se evitar o risco de declaração de inconstitucionalidade dessa novel normatização em controle concentrado ou difuso pelo órgão jurisdicional competente. **Primeira**, a alteração da redação do artigo 387, IV, do CPP na expressão da Lei nº 11.719/08 impondo-se o respeito aos princípios e garantias do processo conforme exige a CRFB/88 no artigo 5º., incisos LIII, LIV e LV concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, como entende o E. STF<sup>24</sup> e consta

<sup>24</sup> O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de liminar em Habeas Corpus (HC 92091), destacou o Ministro Celso de Mello, como relator, que a jurisprudência do Supremo proclama que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal - “não importando, para efeito de concretização dessa garantia fundamental, a natureza do procedimento estatal instaurado contra aquele que sofre a ação persecutória do Estado”. Afirmou, ainda, que o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado constitucional da plenitude de defesa. “O reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público - de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais - exige a fiel observância da garantia básica do devido processo legal”.

do projeto de lei do CPP nº 156 de 2009 da AMPERJ<sup>25</sup>. **Segunda**, avançar a legislação brasileira, a despeito de manter o sistema da separação absoluta das ações penal e civil decorrentes do mesmo suporte fático, para admitir no CPP processo de adesão **de lege ferenda**, como consta na parte final deste estudo.

O sistema de adesão apresenta vantagens e desvantagens. Vantagens: a) economia processual; b) uniformidade de julgados; c) celeridade de decisão sobre a reparação de danos, notadamente, nos ilícitos de menor potencial ofensivo; d) rapidez de decisão sobre a reparação de danos; e) cooperação do lesado no processo penal. Desvantagens: a) perturbações do andamento do processo penal; b) utilização do processo penal para fins privados; c) ativa a ação privada no processo penal; d) aplicação do princípio **in dubio pro reo** no processo penal implica a absolvição do réu, podendo tal situação repercutir na solução da conexa lide civil em trâmite na jurisdição penal. Não obstante, o melhor caminho que se alvitra para ajustar essas situações em conformidade com a CRFB/88 é

<sup>25</sup> Nesse diapasão é o projeto do Código de Processo Civil 2009 apresentado pela AMPERJ e subscritos pelo coordenador da comissão Ministro HAMILTON CARVALHIDO e relator-geral Eugênio Pacelli de Oliveira, destacando na exposição de motivos a exigência de respeito ao Estado Democrático de direito e ao catálogo de garantias e direitos individuais do artigo 5º da CRFB/88, abrangendo no capítulo I os princípios fundamentais e garantias processuais: a) o devido processo legal; b) o contraditório; e c) ampla defesa, com expressivas regulamentações nos artigos 2º a 5º, 16, 60 e 259. Na exposição de motivos consta destacam-se pela relevância e pertinência do tema as afirmações das necessárias garantias fundamentais no processo penal transcritas a seguir. “É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder.”

a admissão do processo de adesão no sistema jurídico brasileiro, respeitando-se o devido processo legal, mediante lei específica que outorgue ao juiz criminal competência para decidir matéria cível de reparação de danos conexa à demanda criminal, mediante pedido expresso da vítima. Adotando-se o processo de adesão, facultar-se-á ao lesado a formulação de seu pedido de reparação de danos no processo penal, razão pela qual impõe-se a demonstração a seguir da experiência legislativa do processo de adesão no direito comparado.

## **10. ESBOÇO LEGISLATIVO DE LEGE FERENDA**

*1. O pedido de reparação de danos civis em valor mínimo ou integral fundado na prática de ilícito criminal será formulado pelo Ministério Público na denúncia ou por advogado constituído mediante processo de adesão, respeitado o contraditório e a ampla defesa do réu, sem prejuízo da opção da vítima ou dependentes para a propositura da demanda em separado perante a jurisdição civil.*

*P. único. Escolhida a via processual penal pela parte civil não se permitirá a opção por outra, salvo se extinta a ação no processo penal sem julgamento do mérito.*

*2. A sentença penal condenatória em valor mínimo ou integral constituir-se-á título executivo judicial civil nos termos do artigo 475, N, II- do CPC, sem prejuízo da liquidação do crédito complementar, na primeira hipótese, e execução na esfera jurisdicional civil.*

## **11. EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS DO PROCESSO DE ADESÃO NO DIREITO COMPARADO**

Portugal. O artigo 34 do Código de Processo Português de 1929 permitia ao lesado adotar o processo de adesão para viabilizar a reparação dos danos civis; há, no entanto, um peso de oficialidade, por autorizar a condenação civil do réu, em processo penal, pelo juiz criminal, sem pedido ou constituição do ofendido em parte civil. Na hipótese de condenação, segundo o art. 34: *Reparação por perdas e danos. O juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e*

*danos, ainda que lhe não tenha sido requerida [...]. No entanto, o legislador do atual Código de Processo Penal optou pelo principio da adesão da ação cível à ação penal, segundo o que dispõe a norma do art. 71 na expressão seguinte: “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei”.*

*França. Article 2. Modifié par Ordonnance n°58-1296 du 23 décembre 1958 - art. 1 JORF 24 décembre 1958 en vigueur le 2 mars 1959. L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique, sous réserve des cas visés à l'alinéa 3 de l'article 6. Adota-se o processo de adesão, na medida em que a parte civil pode demandar o pedido de reparação juntamente com a ação penal perante a jurisdição criminal, por autorização do art. 3º do Code de Procedure Pénale, do teor seguinte: **L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bienes matériels que corporels ou moraux, que découleront des faits objets de la poursuite.** Article 4. Modifié par Loi n°2007-291 du 5 mars 2007 - art. 20 JORF 6 mars 2007. L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique.. Versão-25.02.2008. [www.legifrance.gouv.fr/thème](http://www.legifrance.gouv.fr/thème) -*

*Itália. Code de Procedura Pénale. Itália. Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Codice di procedura penale, Libro I. Titolo V, agg. all' 08.05.2007 (arts.74-89). TITOLO V-Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniária. Art. 74.*

*Legittimazione all'azione civile. 1. L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori*

*universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile... Art. 76.*

*Costituzione di parte civile. 1. L'azione civile nel processo penale è esercitata, anche a mezzo di procuratore speciale, mediante la costituzione di parte civile. 2. La costituzione di parte civile produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo.* [www.altalex.com/index](http://www.altalex.com/index) (codici + codice di procedura penale).

Alemanha. A experiência da Alemanha revela-se na doutrina de RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias na obra, **Indenização por Perdas e Danos Arbitrada em Processo Penal. O chamado Processo de Adesão** - Livraria Almedina - Portugal, Coimbra 1978, p.124-129. O autor refere-se à adoção do sistema de adesão na Alemanha às fl.122 e em diversas passagens de sua obra.

Obras do autor da presente sugestão de alteração legislativa a respeito do tema em estudo e reflexão. (i) **Sentença Criminal e a Responsabilidade civil** - Freitas Bastos - Rio de Janeiro - 1987, p. 97/98, laureada em 1º. lugar, com o prêmio Teixeira de Freitasin, *fine*; (ii) **A Falta Contra a Legalidade Constitucional**. 2ª. Edição. 2005. Rio de Janeiro. Versa sobre o tema **Responsabilidade Penal e Civil** - Capítulo I, p. 1/28. Lumen Juris Editora. (iii) **Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos**. Lumen Juris Editora. 2010. Rio de Janeiro. 📖

# Recusa a Tratamento da Saúde com Fundamento em Crença Religiosa e o Dever do Estado de Proteger a Vida Humana

## O Caso da Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová

**Flávio de Araújo Willeman**

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de pós-graduação da FGV e da UFF.*

### **INTRODUÇÃO. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA**

A ideia de escrever este trabalho surgiu com o enfrentamento de um caso concreto com que me deparei na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, e que motivou reflexões sobre a postura da Administração Pública, mais especificamente dos médicos que atuam nos hospitais públicos, quando se encontrarem com o problema da objeção de consciência religiosa por Testemunhas de Jeová, que preferem a morte a receberem tratamento que envolva transfusão de sangue, ainda que necessário e indispensável para salvar a vida.

O caso concreto relatava expediente do Hospital Estadual Pedro Ernesto, dando conta da internação de uma jovem paciente, de apenas 21 anos de idade, no Centro de Terapia Intensiva (CTI), com quadro de síndrome de angústia respiratória, necessitando re-

ceber ventilação mecânica, bem assim de procedimento de biópsia do pulmão, sendo ainda provável - *à época* - a necessidade de transfusão de sangue, já que a paciente estava classificada como “gravemente enferma”.

Os médicos e professores do hospital estadual acima referido suscitaram dúvida acerca do procedimento a ser adotado, do ponto de vista jurídico, uma vez que a paciente apresentou ao Hospital documento padronizado, com algumas partes datilografadas e outras preenchidas à mão, por ela assinado juntamente com duas testemunhas, se declarando Testemunha de Jeová e que, mesmo se estivesse correndo perigo de morte, não desejava receber transfusão de sangue.

Ante a posição técnica adotada pela comunidade médica, contrária à manifestação religiosa igual à versada pela jovem paciente antes referida (e que vem acontecendo em vários cantos deste País), mais especificamente pela obrigatoriedade de realização de transfusão de sangue em pacientes que estejam correndo risco de morte, independentemente de crença religiosa, puseram-se em xeque ou em aparente contradição dois valores constitucionais: **direito à crença religiosa e o exercício de seus fundamentos versus o dever do Estado de garantir a intangibilidade e a inviolabilidade do direito à vida humana**. Eis o problema a ser enfrentado neste estudo.

## **ESTADO LAICO. LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

Conforme conhecimento convencional, o Brasil adotou posição constitucional pela laicidade do Estado. Isto quer dizer que todos os cidadãos são livres para escolher a religião que melhor convier à sua consciência e crença (artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88<sup>1</sup>). De outro lado, não é possível aos entes federativos adotar religião oficial e, tampouco, fomentar religiões ou opor empecilhos e difi-

<sup>1</sup> “Art. 5º (...) - VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

culdade ao livre exercício pelos estabelecimentos religiosos, devotos e seguidores (artigo 19, I, da CRFB/88<sup>2</sup>).

Sem dúvidas, a laicidade estatal e o princípio democrático proporcionaram - e *proporcionam* - o surgimento e a difusão de diversas espécies de religião e seitas no Brasil, que convivem, salvo raríssimas turbulências, de forma harmônica.

Dentre as religiões professadas no Brasil está aquela seguida pelas Testemunhas de Jeová, surgida nos Estados Unidos da América, no final do século XIX. A propósito, confirmam-se as lições doutrinárias de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira, que, inclusive, apresenta os fundamentos teológicos que impedem as Testemunhas de Jeová de receberem transfusão de sangue e também as hipóteses em que se admite o perdão pela transfusão de sangue realizada para salvar a vida do paciente:

*“Os testemunhas de jeová têm origem no final do século XIX na América do Norte, e hoje possuem seguidores em grande parte do mundo europeu, assim como na América do Sul. Seus integrantes consideram proibida a transfusão de sangue e se baseiam em algumas passagens da Bíblia. Assim, no livro Gênesis (9:3-4) está escrito: “Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com sua alma - seu sangue - não deveis comer.” Também no Levítico (17:10) outra passagem é aclamada: “Todo israelita ou todo estrangeiro que habita no meio deles, que comer qualquer espécie de sangue, voltarei minha face contra ele, e exterminá-lo-ei do meio de seu povo.” Para esta comunidade religiosa, são três as situações possíveis: 1ª) Se o médico proceder à transfusão de sangue em um indivíduo contra sua vontade, o testemunha de jeová não desrespeitou a própria consciência, razão pela qual não se pode*

<sup>2</sup> “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

condená-lo; 2<sup>a</sup>) Se um membro religioso aceita sangue em um momento de debilidade e arrepende-se posteriormente, há que se lhe oferecer ajuda espiritual; e 3<sup>a</sup>) Se um testemunha de Jeová aceitar a transfusão de maneira voluntária, sem dúvidas ou pesar, estará desrespeitando princípio moral de sua fé que, voluntariamente, decidiu seguir, razão pela qual deverá ser excluído da seita. Embora tenha feito tal escolha, caso venha a se arrepender posteriormente, poderá voltar a praticar a fé.<sup>3</sup>

*A seita Christian Science (Church of Christ Scientist), fundada em Boston, em 1879, por Mary Baker Eddy, possui adeptos em mais de cinquenta países, principalmente na América e Europa ocidental. Também entende não ser possível a transfusão de sangue, mesmo em situação extrema de perigo de vida. Neste caso, o alcance da objeção de consciência é muito mais extenso do que no que se refere aos testemunhas de Jeová, porque consideram que qualquer doença pode ser curada mediante oração, defendendo a ilicitude de tratamentos médicos generalizados. Somente alguns de seus membros aceitam a ingestão de remédios para alívio da dor”.<sup>4</sup> - grifei.*

Conforme se percebe, as Testemunhas de Jeová trazem consigo, como princípio religioso, decorrente de interpretação de passagens bíblicas, a impossibilidade de realização de tratamentos médicos que importem em transfusão de sangue, mesmo que em risco esteja a vida do paciente-crente.

Pergunta importante para se tentar solucionar o problema consiste em saber se é aceitável, do ponto de vista constitucional, que alguém, sob o fundamento de professar crença religiosa, dentro de um hospital (público ou privado), pode impedir o médico de cumprir com sua histórica missão de salvar vidas, valendo-se dos instrumen-

<sup>3</sup> CORTÉS, Julio César Galán. Responsabilidad médica y consentimiento informado. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 239.

<sup>4</sup> DE SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Médica e Objeção de Consciência. RTDC 21/2005, p. 130.

tos, técnicas e tratamentos que a ciência médica lhe oportuniza. Mais: se é aceitável que o médico (sobretudo o servidor público!) se exponha a ser responsabilizado administrativa, civil e penalmente caso venha a atender à manifestação de vontade do paciente, que recusa tratamento clínico com sua crença religiosa.

Há fundamentos jurídicos sólidos e importantes, adotados por parte da doutrina brasileira<sup>5</sup> e da jurisprudência, no sentido de que os médicos devem respeitar a crença professada pelos Testemunhas de Jeová, merecendo destaque os seguintes argumentos: (i) direito do cidadão de professar crença religiosa, ainda que as opções por ele externadas, a despeito de seguir o dogma religioso que adota, ponham em risco a sua vida; (ii) direito do cidadão de dispor do próprio corpo, como manifestação do *princípio da privacidade*; (iii) direito do cidadão de recusar tratamento médico, com fundamento em crença religiosa e também no *princípio da autonomia da vontade*, o que, à luz da CRFB/88, permite ao cidadão (paciente) o exercício de objeções de consciência; e (iv) o *princípio da dignidade humana*, que exige seja o homem/cidadão concebido não como um instrumento do direito, mas um fim em si mesmo, destinatário dos direitos fundamentais encartados na CRFB/88, dentre eles o de professar crença religiosa que impeça a continuidade da vida humana caso alguma medida clínica ou médica contrarie seus fundamentos religiosos.

Com a *venia* devida aos que pensam de modo diferente, minha opinião jurídica é que as respostas às indagações acima devem ser negativas. Passo a fundamentá-la.

## REGULAÇÃO JURÍDICA DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

### Limites da Autonomia da Vontade do Paciente.

Importante registrar que não há norma legal e constitucio-

<sup>5</sup> De se mencionar, por todos, em apoio à tese contrária à que se irá sustentar neste trabalho, e para garantir-se a transparência profissional na informação acadêmica, o profundo estudo realizado pelo Professor de Direito Constitucional da PUC-RJ, Doutor Fábio Carvalho Leite, intitulado “LIBERDADE DE CRENÇA E A OBJEÇÃO À TRANSFUSÃO DE SANGUE POR MOTIVOS RELIGIOSOS”, gentilmente cedido para pesquisa, fruto de sua tese de doutorado defendida na UERJ (título: Estado e Religião).

nal que expressamente regule o problema da obrigatoriedade da transfusão de sangue no Brasil.

Importante informar ao leitor que está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 6.335/2009, de autoria do Deputado Federal Gonzaga Patriota, que se propõe a regulamentar o “o direito à objeção de consciência”, mas que, em nenhum momento, s.m.j., discute o dever do médico de não ministrar tratamento clínico a paciente por conta de suas convicções religiosas, sobretudo quando estiver em iminente risco de morte.

O Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual nº. 3.613, de 18 de julho de 2001 (*que regulamentou o artigo 287, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989*), dispôs sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde e, no artigo 2º, inciso VII<sup>6</sup>, estabeleceu ser direito do usuário ter ciência clara e precisa dos procedimentos e tratamentos a que será submetido, para possibilitar-lhe o consentimento ou a recusa. A regra não inova no ordenamento jurídico, vez que repete, conforme será explorado, o que contém o artigo 15 do Código Civil Brasileiro, e em nenhum momento faculta ao cidadão dispor da própria vida, quando em iminente perigo, em hospital público, por razões de ordem religiosa.

Importante registrar que a Lei Estadual 3.613/2001, de forma bastante polêmica, parece permitir, no artigo 2º, inciso XXIII, a prática da **distanásia**, quando estabelece ser direito do cidadão “recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida”. A **distanásia**, a meu juízo, se diferencia sobremaneira da questão tratada neste trabalho, na medida em que não se propõe salvar a vida do doente, que está em iminente perigo, mas sim o seu mero prolongamento com remédios e terapias dolorosas, que apenas trarão mais sofrimento para o paciente e o farão morrer lentamente<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Art. 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado do Rio de Janeiro: VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem realizados;

<sup>7</sup> O conceito e a compreensão da *distanásia* nos é fornecido pelo ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro e hoje Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro RENATO LIMA CHARNAUX SERTÁ: “Fenômeno típico da sociedade atual, e decorrente da

Enfatize-se, assim, que não há norma legal que permita, expressamente, a objeção ao recebimento de transfusão de sangue com fundamento em crença religiosa.

Todavia, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução CFM nº 1.021/80, e estabeleceu que os médicos do Brasil, públicos ou privados, devem, em caso de risco de morte do paciente, não sendo possível qualquer outra técnica alternativa, proceder à transfusão de sangue. Confira-se, por sua importância para o caso em análise, a íntegra da referida Resolução:

**“RESOLUÇÃO CFM nº 1.021/80**

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

*CONSIDERANDO o caso de paciente que, por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue; CONSIDERANDO finalmente o decidido em sessão plenária deste Conselho realizada no dia 26 de setembro de 1980, RESOLVE:*

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

*Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1980.*

---

evolução da medicina, a *distanásia* ainda não foi bem compreendida, tampouco suficientemente referida e considerada pelos estudiosos ligados à Medicina ou ao Direito.

No sentido vernacular, *distanásia* significa ‘morte lenta, com grande sofrimento’.

Em termos médicos, face às circunstâncias de avanço tecnológico antes descritas, o conceito encontra-se hoje ligado, mais do que à própria morte lenta, às suas causas, que protraem de forma dolorosa o momento final da existência.

Nesse passo, talvez o conceito mais em voga a respeito da *distanásia* seja atualmente o de ‘tratamento médico fútil’, quando ministrado em pacientes portadores de graves moléstias, para as quais não há solução facilmente identificável pela ciência médica.” (*In A Distanásia e a Dignidade do Paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32)

**GUARACIABA QUARESMA GAMA**

*Presidente em Exercício*

**JOSÉ LUIZ GUIMARÃES SANTOS**

*Secretário-Geral*

*Publicada no D.O.U.(Seção I - Parte II) de 22/10/80*

**PARECER PROC. CFM nº 21/80**

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

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

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

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

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

*“Não é permitido ao médico:*

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

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

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

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

*No caso, o Código de Ética Médica assim prescreve:*

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

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

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

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

*Realmente, a Constituição Federal determina em seu artigo 153, Parágrafo 2º que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.*

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

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

*Contudo, o próprio Código Penal no parágrafo 3º desse mesmo artigo 146, declara:*

*“Não se compreendem na disposição deste artigo:*

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

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

#### **CONCLUSÃO**

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

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

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

*Dr. TELMO REIS FERREIRA  
Relator”*

O Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro - CREMERJ, reiterando a normatização traçada pelo CFM, editou a RESOLUÇÃO CREMERJ nº 136/1999 para regular a matéria controvertida objeto deste estudo. Confirmam-se os artigos 1º e 3º:

*“Art. 1º O médico, ciente formalmente da recusa do paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados, deverá recorrer a todos os métodos alternativos de tratamento ao seu alcance.”*

*“Art. 3º - O médico, verificando a existência de risco de vida para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive efetuando a transfusão de sangue e/ou seus derivados, comunicando, se necessário, à Autoridade Policial competente sobre sua decisão, caso os recursos utilizados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus familiares.”*

O Código de Ética Médica, instituído por meio da Resolução CFM nº 1.246/88, de 08 de janeiro de 1988, publicada no D.O.U de 26 de janeiro do mesmo ano, por sua vez, estabelece:

*“É vedado ao médico”:*

*“Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”.*

*“Art. 56: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”.*

*“Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente”.*

Percebe-se, pois, à luz da regulação técnica acima transcrita, que a entidade competente para regular a atuação médica, inclusive o seu atuar ético, obriga o médico a proceder ao tratamento clínico - *inclusive transfusão de sangue* - necessário para salvar a vida do paciente.

Necessário advertir que os Conselhos Federal e Regional de Medicina, a exemplo de outros Conselhos Profissionais, têm previsão constitucional (artigos 5º, inciso XIII<sup>8</sup>, 21, XXIV<sup>9</sup> e 22, XVI<sup>10</sup>, todo da CRFB/88), e exercem, na qualidade de autarquias, o poder disciplinar quanto às suas atividades e sobre seus profissionais<sup>11</sup>. Por isso é que ousa ponderar que o poder normativo e regulador dos Conselhos Federal e Regional de Medicina emerge da CRFB/88.

A reforçar a posição adotada pelo Conselho Federal de Medicina e pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, que obrigam o médico a proceder à transfusão de sangue em pacientes que estejam em risco de morte, pode-se citar a regra contida no artigo 15 do Código Civil, assim redigida:

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

<sup>8</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”;

<sup>9</sup> “Art. 21. Compete à União:

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”;

<sup>10</sup> “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”;

<sup>11</sup> Sobre a qualificação dos Conselhos Profissionais como Autarquias federais, colham-se as lições do Procurador da República Dr. Ronaldo Pinheiro de Queiroz: “Diante disso, a partir da constatação da natureza jurídica de autarquia federal dos conselhos federais, e tomando-a como premissa primária, as conseqüências jurídicas daí decorrentes ficam afetadas ao regime jurídico administrativo, trazendo para os conselhos as mesmas prerrogativas e restrições da administração pública indireta.

Daí em diante, pode-se concluir que esses entes têm as mesmas vantagens e privilégios da administração, mas também têm os mesmos ônus, devendo realizar concurso público para

Ora bem; conforme se extrai da leitura do mencionado dispositivo legal, o Código Civil, editado em 2002, conferiu efetividade ao princípio da autonomia da vontade do paciente, permitindo que participe das decisões que digam respeito aos tratamentos que lhe serão ministrados, **junto com o médico**, estabelecendo claramente o limite de tal conjugação de decisões: **até o momento em que a vida do paciente não correr perigo de fenecer**. Nesta hipótese, penso, o legislador civil de 2002, em franca interpretação da Constituição Federal de 1988, estabeleceu que, em havendo perigo de morte do paciente, o médico, conhecedor de estudos técnicos, deve sempre atuar para impedir que tal aconteça, cabendo a ele decidir sobre as técnicas médicas disponíveis, independentemente de crenças religiosas, inclusive por parte dos médicos.

Necessário ainda registrar que o Código Civil de 2002, em franca “interpretação autêntica”<sup>12</sup> da CRFB/88, trouxe ao ordenamento jurídico duas regras de conduta sobre a *autonomia da vontade e os direitos da personalidade*, como sói ser a vida humana, que merecem ser destacadas neste trabalho: (i) aduz serem os direitos da personalidade intransmissíveis e IRRENUNCIÁVEIS, e

---

admissão de seu pessoal, seguir as regras do regime jurídico do pessoal que estabelecer, realizar licitação, dentre outros consectários desse regime de caráter público.

Os conselhos que ainda se portam como entidades privadas deverão se adequar estrutural e funcionalmente para usar a roupagem de autarquia federal, a fim de não perderem a legitimidade de seus atos, pois, se não se conduzirem dessa forma, estarão desrespeitando a própria Constituição”. (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. “A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas”. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 12 jan. 2010).

<sup>12</sup> A expressão *interpretação autêntica* não está sendo empregada em consonância técnica com a melhor doutrina do Direito Constitucional, mas pretende expressar a interpretação da Constituição da República pelo Poder Legislativo. Nada obstante, confira-se, na lição de Luis Roberto Barroso, a correta conceituação do fenômeno da interpretação constitucional autêntica: “É controvertida a possibilidade de interpretação autêntica da Constituição. Aliás, é controvertida a própria existência da categoria interpretação autêntica, como tal entendida a que emana do próprio órgão que elaborou o ato cujo sentido e alcance ela declara. Pela interpretação autêntica se edita uma norma interpretativa de outra preexistente. A maior parte da doutrina, tanto brasileira como portuguesa, admite a interpretação constitucional autêntica, desde que se faça pelo órgão competente para a reforma constitucional, com observância do mesmo procedimento desta.” (*In Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118/119.)

que não podem sofrer limitação voluntária; e (ii) que é vedado ao ser humano a disposição do próprio corpo, inclusive quando importar em permanente diminuição da integridade física. Confirmam-se, a propósito, as dicções dos artigos 11 e 13 do referido Código Civil:

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

*“Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.*

Consoante as regras acima transcritas, parece que há normas jurídicas vigentes que impedem a *objeção de consciência* por parte de pessoas que se dizem seguidoras da seita Testemunhas de Jeová para recusarem transfusão de sangue e, assim, disporem do próprio corpo e também do maior direito da personalidade tutelado pela Constituição da República de 1988, qual seja, a vida.

Isto não quer dizer, porém, que os médicos não devam buscar, o quanto possível, as técnicas médicas que não contrariem as crenças religiosas dos pacientes. Devem fazê-lo até o limite em que não se verificar a encruzilhada que responde à indagação: o tratamento contrário à vontade do paciente ou a morte? Nesta hipótese, penso, deve decidir pelo tratamento contrário à vontade do paciente para preservar o maior e primordial direito fundamental tutelado pela Constituição da República de 1988, qual seja, a vida humana. Esta, ao que parece, é a posição de Carlos Emmanuel Ragazzo, que, escrevendo sobre o problema objeto deste trabalho, aduz:

*“No Brasil, a doutrina entende que a recusa deve ser respeitada, desde que não haja risco de vida. A letra do art. 15 do Código Civil vem permitindo essa interpretação, o que, ali-*

*ás, já era uma posição jurisprudencial mesmo antes da promulgação do novo diploma cível. A prevalência do direito à vida, considerado como verdadeiramente indisponível, sobre o direito de autodeterminação, constitui o fundamento das decisões judiciais que permitem a intervenção médica quando há risco iminente de vida”.*<sup>13</sup>

Deste modo, a meu juízo, os artigos 11, 13 e 15, todos do Código Civil, e as regras técnicas dos Conselhos Federal e Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro e, ainda, o Código de Ética Médica, conferiram efetividade ao maior direito fundamental protegido pela Constituição da República de 1988, cuja defesa incessante e intransigente compete ao Estado, isto é, a vida humana, sem a qual (e/ou contra ela) não há razão jurídica para se pleitear o exercício de qualquer outro direito fundamental, inclusive a liberdade religiosa.

#### **DIREITO À VIDA. NECESSIDADE DO ESTADO DE GARANTIR A VIDA HUMANA. CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO DE VALORES.**

O direito fundamental à vida e à saúde está previsto na Constituição da República de 1988 nos artigos 5º e 6º, que estão assim redigidos:

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

*“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, 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.”*

<sup>13</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. 1ª ed. (ano 2006), 2ª tir. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 114.

Conforme se percebe, por expressa disposição constitucional a vida e a saúde são direitos fundamentais e sociais INVIOLÁVEIS do cidadão e, nos termos do artigo 196 da CRFB/88, É DEVER do Estado protegê-los:

*“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

Se assim é, e efetivamente o é, a partir da vida e do seu inafastável corolário - *existência humana* - é que surgirão e que serão interpretados todos os outros direitos fundamentais previstos na CRFB/88, dentre eles o direito à autonomia da vontade para professar crenças religiosas.

Em abono à tese sustentada neste trabalho, confira-se a doutrina de Alexandre de Moraes:

*“A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O Direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em prerequisite à existência de todos os demais direitos.*

*A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”*<sup>14</sup>

No mesmo sentido, colham-se as sempre autorizadas lições de José Afonso da Silva:

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 65-66.

“Todo ser dotado de vida é *indivíduo*, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é *uma pessoa*. (...) *A vida humana*, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...). **Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.** No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (de que já tratamos), o direito à privacidade (de que cuidaremos no capítulo seguinte), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, **especial, o direito à existência.**”<sup>15</sup> - *itálico do original - grifo meu.*

A propósito do princípio da existência como corolário da vida humana, bem assim sua aplicação a situações similares à verda neste processo, prossigue José Afonso da Silva:

**“Consiste (o direito à existência) no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contra o estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade de salvação da própria.**

**Tentou-se incluir na Constituição o direito a uma existência digna. Esse conceito de existência digna consubstancia**

<sup>15</sup> DA SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 200-201.

aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas traria implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria existência humana digna. Por esses riscos, talvez tenha sido melhor não acolher o conceito.”<sup>16</sup>

Outro não é o entendimento do jurista francês Jacques Robert:

*“O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado com um ser humano.”*<sup>17</sup>

Devo argumentar, de outro lado, que o direito fundamental à vida humana deve ser considerado um **direito universal** quase que absoluto, não podendo ser **relativizado e/ou flexibilizado** para atender a culturas regionais religiosas e/ou fundamentalistas. Creio que o conceito de direitos fundamentais cunhado por estudos produzidos no ocidente, sobretudo para combater as visões do conceito à luz da **teoria do relativismo cultural**, não autoriza o discurso utilizado para garantir um direito fundamental extremado por uma interpretação religiosa e/ou cultural em detrimento da vida humana. Isto é, à luz da doutrina **universalista dos direitos humanos**, não é possível que cada cultura - *ou ramo dela, tal*

<sup>16</sup> Idem. P. 201-202.

<sup>17</sup> ROBERT, Jacques. *Libertés Publiques*. Paris, Éditions Monchréstien, 1971, p. 234. *Apud* José Afonso da Silva. Ob cit. P. 201.

qual uma religião - tenha liberdade para estabelecer tratamentos prioritários aos direitos fundamentais, segundo suas convicções, crenças e doutrinas. Confira-se, a propósito da discussão acima referida, a doutrina de Flávia Piovesan:

*“Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Neste prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Neste sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral. A título de exemplo, bastaria citar as diferenças de padrões morais e culturais entre o islamismo e o hinduísmo e o mundo ocidental, no que tange ao movimento de direitos humanos. Como ilustração, caberia mencionar a adoção da prática de clitorectomia e mutilação feminina por muitas sociedades da cultura não ocidental.*

*Na percepção de Jack Donnelly: ‘Nós não podemos passivamente assistir a atos de tortura, desaparecimento, detenção e prisão arbitrária, racismo, anti-semitismo, repressão a sindicatos e igrejas, miséria, analfabetismo, doenças, em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece o nosso respeito, ainda que seja considerada tradição.’ (Universal rights in theory and practice, Ithaca, Cornell University Press, 1989, p. 235).*

*Nas lições de R.J.Vincent: ‘O que a doutrina do relativismo cultural pretende? Primeiramente, ela sustenta que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar. Em segundo lugar, ela afirma que a forma de compreensão dessa diversidade é colocar-se no contexto cultural em que ela se apresenta. E, em terceiro lugar, ela observa que as reivindicações morais derivam de um contexto cultural, que em si mesmo é a fonte*

*de sua validade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio de universalidade clamado por Kant, como critério para toda a moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais. (...) Há uma pluralidade de culturas no mundo e estas culturas produzem seus próprios valores’. Na visão da Jack Donnelly, há diversas correntes relativistas: ‘No extremo, há o que nós denominamos de relativismo cultural radical, que concebe a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um forte relativismo cultural acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um relativismo cultural fraco, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser importante fonte de validade de um direito ou regra moral’.*

*Note-se que os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais. Daí a noção de expressões como: ‘todas as pessoas’ (ex: ‘todas as pessoas têm direito à vida e à liberdade’ - art. 2º da Declaração), ‘ninguém’ (ex: ‘ninguém poderá ser submetido à tortura’ - art. 5º da Declaração), dentre outras. Em face disto, ainda que o direito a exercer a própria cultura seja um direito fundamental (inclusive previsto na Declaração Universal), nenhuma concessão é feita às ‘peculiaridades culturais’, quando há risco de violação a direitos humanos fundamentais”<sup>18</sup>. - grifei.*

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. “A universalidade e a individualidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas”. In *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Org. César Augusto Baldi. Rio de Janeiro, 2004, p. 58/62. Apenas para registro, consta, na mesma obra, trabalho produzido pela Presidente da International Movement for a Jus World (JUST), na Malásia, e “Senior Fellow” da Universidade da Malásia, Dra. Chandra Muzaffar, criticando ferozmente o conceito de Direitos Humanos cunhado pela doutrina ocidental, de modo a impô-lo às demais comunidades do mundo. Destaco, porém, que o principal direito da humanidade é a vida. Confira-se: “Mais do que qualquer direito político, civil, social, cultural ou econô-

Ademais, apesar de as doutrinas modernas não estabelecerem um conceito apriorístico e determinado do que seja a **dignidade humana** como valor a guiar a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, mas estabelecerem que no referido conceito está, certamente, a possibilidade de o cidadão ser responsável pelos destinos da sua existência e vida<sup>19</sup>, creio que tal concepção não pode ser levada ao extremo, sobretudo em um país como o Brasil, dotado de quantidade imensa de seitas e religiões, com fundamentos dos mais diversos, para permitir que pessoas, muitas das vezes influenciadas por pregações alheias, mas sem profunda convicção de sua real crença e de suas verdades, atente contra a própria vida. Por outro lado, não posso deixar de reafirmar que o corolário maior da dignidade humana é a vida, sem a qual, repita-se, não há falar-se ou justificar-se o exercício de nenhum outro direito para conferir dignidade a um cidadão; até porque se o destinatário da proteção estiver morto, não será possível pretender proteger a dignidade humana.

Na esteira do que acima se sustenta, penso ser oportuna a transcrição da doutrina dos professores da Universidade Federal de Juiz de Fora Rodrigo Iannaco de Moraes e Rodrigo Esteves Santos Pires, em artigo intitulado “Transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová: religião, ética e discurso jurídico-penal”:

**“Filiamo-nos à corrente dos que vêem, como pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, a intangibilidade da vida. Estabelecida essa premissa, a ocorrência de iminente perigo de vida se traduz em autorização constitucional para que o médico, independentemente da vontade do paciente (ou de quem o represente), realize a transfu-**

---

mico, a vida é considerada pelo islã como sendo direito supremo. A vida humana, observa a Declaração Universal Islâmica, ‘é sagrada e inviolável’, e não se devem medir esforços para protegê-la.” (Islã e Direitos Humanos. Ob. cit. P. 314).

<sup>19</sup> Neste sentido, manifesta-se a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38/40 e 60.

*são, quando cientificamente, observada a lex arte, revele-se como o único meio apto a salvar a vida em iminente perigo de perecimento.*

**Liberdade e vida são bens jurídicos positivados constitucionalmente em nível fundamental. Porém, não se lhes empresta, num raciocínio jusnaturalista, a mesma envergadura. Isso se dá porque, embora se reconheça que sem liberdade pode não haver vida digna, sem vida não faz sentido falar-se em liberdade e não há razão para se discutir dignidade. A vida tem valor absoluto, numa escala de valores que precede a positivação ou o reconhecimento jurídico de tutela de quaisquer outros bens ou interesses.**

*(...)*

**Como dito, sem vida não há dignidade, nem liberdade, nem convicção, nada. E se a vida é valor absoluto, toda e qualquer conduta tendente à sua preservação encontra, iniludivelmente, esteio constitucional.**

*(...)*

*E sem que isso implique a negação da própria liberdade de opção pela morte. Não. Implicará, sim, o reconhecimento constitucional de outro viés da própria liberdade, qual seja, o seu e o nosso direito de intervenção, sempre que possível, em favor da vida, de sua preservação, de sua intangibilidade. Se alguém resolve se matar por convicção religiosa, utilizando-se de qualquer meio, que o faça por seus próprios meios e fora da esfera de intervenção daqueles que, também por convicção religiosa, por dever legalmente previsto, ou simplesmente por amor à vida, não se podem curvar passivamente diante de uma vida que, com a utilização dos meios terapêuticos disponíveis (e, frise-se, quando os meios aceitos pelo paciente não se mostrarem eficazes), provavelmente não se ceifaria.*

*É a dignidade da pessoa humana - que tem na existência da vida seu pressuposto inafastável - o valor fundante de toda e qualquer interpretação constitucional dos direitos funda-*

*mentais. A dignidade da vida pressupõe a vida. Somente em atenção à vida e enquanto ela durar fará sentido a posituação da tutela de sua dignidade*<sup>20</sup>.

Reforça-se, com isso, a tese de que em juízo de *ponderação de valores*<sup>21</sup> entre o exercício momentâneo de uma crença religiosa que exponha a risco o direito à vida (e de existência) do cidadão e o dever do Estado de, por meio de seus profissionais da saúde (*ou mesmo de médicos privados*) de garantir a inviolabilidade do direito à vida (*e da existência humana, como expressão maior do princípio da dignidade da pessoa humana*), deve, a meu sentir, por força do disposto nos artigos 5º, *caput*, e 196, ambos da CRFB/88, atuar em defesa da vida e da existência humana (valor fundamental universal), até porque a inação do médico, agente do estado ou não, pode representar, para ele, severas punições administrativas, civis e criminais.

Creio que a liberdade de religião e a laicidade do Estado não podem impedir o Poder Público de agir em defesa da vida humana ao ter ciência de que pessoas estão colocando em risco suas próprias vidas - *por fundamento religioso* - e podem vir a atingir a esfera jurídica de terceiros (no caso deste trabalho, a dos médicos, que acabam ficando em posição de vulnerabilidade caso deixem de atuar). Tenho que a proteção de um direito fundamental (liberdade de crença e religião) não pode esvaziar, por completo, o exercício de outro dever constitucional imposto, sobretudo, ao Estado, que é o de garantir a preservação da vida humana.

<sup>20</sup> In <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=13> e <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=14>. Publicado em 13/12/2006.

<sup>21</sup> A propósito, confira-se a doutrina de Daniel Sarmiento: “Vencida a etapa acima referida, defronta-se o intérprete com a constatação de que determinada hipótese é de fato tutelada por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes.

Neste caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor ‘compensações’ recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.” (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 102).

Como exemplo, penso que é dever do Estado tentar impedir o suicídio de pessoa que sobe no alto de um prédio público e ameace de lá se projetar para o chão, com o argumento de que pecou contra sua doutrina religiosa. Mais: creio não poderá o Estado permanecer indiferente à certeza de que alguém está se mutilando ou se flagelando em ritual religioso, sob o fundamento de que há de se respeitar a liberdade de crença e do exercício dos dogmas da fé. Também não é possível obstar o Estado de atuar contra determinada religião que, a despeito de interpretar escritos históricos religiosos, professa como pena o enforcamento de cidadão que vier a contrariar um de seus dogmas, incitando-os, verdadeiramente.

Sem dúvida, são situações difíceis que se apresentam no liame entre a liberdade de crença e a possibilidade de intervenção estatal decorrente de sua laicidade. A mim me parece que a liberdade religiosa e o desenvolvimento de seus fundamentos devem ser exercidos de modo *razoável e proporcional*, sobretudo para não sacrificar o maior bem jurídico, tido por fundamental e inviolável, e, por isso, protegido constitucionalmente, que é a vida e a existência humana. Do contrário, penso que a intervenção estatal se faz necessária, até mesmo como medida de **garantia da ordem pública**. Neste sentido, sobretudo com fundamento nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, colha-se decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

**“DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. *O recurso de agravo deve ser improvido porquanto a denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da***

competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar à saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento

**de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor.”** (AC 200371020001556 - TERCEIRA TURMA DO TRF-4 - Relatora Desembargadora Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA - DJ 01/11/2006 PÁGINA: 686)

Ainda sobre o dever de respeito do conteúdo e alcance da liberdade de religião, da laicidade do Estado e do exercício das convicções religiosas por um cidadão, *desde que de forma razoável*, colham-se as lições pertinentes do constitucionalista português Jorge Miranda:

*“A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.”*<sup>22</sup>

Com efeito, e com a licença devida dos que pensam em sentido contrário, penso que *não é razoável*, à luz dos artigos 5º, *caput*, e 196, ambos da CRFB/88, que uma pessoa se dirija a um hospital público (ou privado) para receber tratamento médico, isto é, para buscar cura ao mal que lhe aflige, e, sob os argumentos de privacidade, autonomia da vontade e objeção de crença religiosa, imponha o não agir a um médico, impedindo-o de cumprir com sua missão maior que é a de salvar vidas valendo-se das técnicas médicas disponíveis, bem assim expondo-o à sorte de experimentar consequências civis (*com ações indenizatórias e/ou ações regres-*

<sup>22</sup> JORGE MIRANDA. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 2ª ed. Editora Coimbra, 1998, p. 359.

*sivas do Poder Público caso seja o Estado condenado pela omissão médica*<sup>23</sup>), **administrativas** perante o Conselho de Medicina respectivo e também perante as Comissões Disciplinares do Poder Público a que estiver vinculado, na hipótese de médicos servidores públicos, e **penais**<sup>24</sup>, caso se entendam presente delitos penais, tal como omissão de socorro. O meio empregado para conferir, eventualmente, efetividade ao direito fundamental à liberdade de crença religiosa sacrifica o bem jurídico maior tutelado pela CRFB/88, que é a vida. A opção da Testemunha de Jeová viola, assim, o **princípio da razoabilidade**, na vertente dos **subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Devo registrar que entendo não existir responsabilidade civil do Estado na hipótese de o médico, agente público, não considerar a decisão do Testemunha de Jeová e, para salvar sua vida, impor-lhe a transfusão de sangue. Em primeiro lugar porque a conduta do médico não é ilícita, nos termos da fundamentação apresentada neste trabalho, estando, inclusive, autorizada pelo Código Penal. Ademais, o médico estaria agindo no exercício regular de sua profissão e de um direito, fazendo, por isso, incidir a regra do artigo 188, I, do Código Civil. E, por fim, não há falar-se, a meu sentir, em dever de indenizar do Estado por ato lícito, uma vez que tal hipótese é admitida de forma excepcional pela doutrina, somente na hipótese de o ato, nada obstante em conformidade com a Constituição e com as leis, importar para uma pessoa e/ou para um grupo de pessoas sacrifício manifestamente irrazoável e desproporcional de direitos.

<sup>24</sup> A propósito de possíveis efeitos penais para o médico que se omitir no dever de proceder à transfusão de sangue em pessoas que estejam correndo iminente perigo de morte, necessário informar que o STJ, quando do julgamento do RHC 199800517561, entendeu existir justa causa para o recebimento da denúncia:

“PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. 1. A justa causa, apta a impor o trancamento da ação penal, é aquela perceptível “ictu oculi”, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação dos fatos a demonstrar ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação. 2. Impossível a verificação da existência ou não de crime na via estreita do “habeas corpus” em razão da necessidade de análise aprofundada de provas. 3. RHC improvido. INDEXAÇÃO: DESCABIMENTO, TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, HOMICÍDIO, REU, MÉDICO, TESTEMUNHA DE JEOVA, RESPONSABILIDADE, IMPEDIMENTO, TRANSFUSÃO DE SANGUE, HIPÓTESE, DENÚNCIA, DESCRIÇÃO, CRIME EM TESE, INEXISTÊNCIA, PROVA INEQUIVOCA, ATIPICIDADE, CONDUTA, FALTA DE JUSTA CAUSA, NECESSIDADE, DILAÇÃO PROBATORIA”. (RHC - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - 7785. 6ª Turma do STJ. Rel. Ministro Fernando Gonçalves. DJ DATA: 30/11/1998 PG:00209 RTJE VOL.:00169 PG:00285)

<sup>25</sup> A razoabilidade tem sido entendida como decorrência do princípio do devido processo legal, conforme já pontificou o próprio Supremo Tribunal Federal (ADIN’s 855-2 e 1158-8). Pela noção de razoabilidade deve o agente público pautar sua conduta em padrões aceitáveis do ponto de vista da lógica do razoável, atentando-se para três requisitos: (i) **Adequação** - em que se analisa a aptidão dos meios empregados para atingir as finalidades

Não fossem os argumentos acima suficientes para, em minha modesta opinião, em juízo de ponderação de interesses e/ou de valores, afastar o exercício do direito à crença religiosa e o direito à autonomia da vontade frente ao valor universal do direito à vida, cujo dever de proteção é do Estado, cabe trazer à colação estudo realizado por Maria Helena Diniz, que, após discutir sobre os bens jurídicos que devem prevalecer na hipótese de recusa de transfusão de sangue por pessoas seguidoras da religião Testemunhas de Jeová, se posicionou favoravelmente à intervenção médica forçada, com o intuito de salvaguardar o bem jurídico VIDA, que, em sua opinião, não possui dimensão unicamente singular, mas sim coletiva, vez que sua existência e preservação importa em consequências sobre várias pessoas que estão ao seu redor. Confira-se a lição da referida jurista:

**“Sendo urgentes e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida, prevalecem diante da ciência o valor da vida do paciente e do interesse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo. Não se pode, portanto, submeter o médico à vontade do doente ou à de seus familiares, porque isso equivaleria a transformá-lo num simples locador de serviços. Acreditamos que o médico, por seu sentido ético e consciência profissional, deve até mesmo correr o risco pessoal imposto por certas circunstâncias, porque sua profissão é a de socorrer pessoas, resguardando-lhes a vida e a saúde. Sua missão é proteger a saúde, logo, seus conhecimentos e sua consciência voltam-se para o cumprimento dessa tarefa (De-**

---

desejadas pelo administrador público; isto é, a medida tomada tem de ser adequada para atingir a finalidade perquirida; (ii) **Necessidade** - por este requisito analisa-se se, dentre os diversos atos possíveis para atingir a finalidade, o que foi escolhido pelo administrador público é o menos gravoso para atendimento dos fins visados; e (iii) **Proporcionalidade em sentido estrito** - a partir deste requisito analisa-se se a conduta administrativa impõe à sociedade, à luz do estado de coisas vigentes antes de sua adoção, ônus equivalente ao benefício a que se visa proporcionar.

claração de Helsinque). *A questão da saúde tem natureza ético-política por referir-se à opção entre o respeito ou o desrespeito pelo ser humano.*

*O Conselho Regional de Medicina de São Paulo, em 1974, deliberou que: a) se paciente grave, inconsciente e desacompanhado de familiares precisar de transfusão de sangue, ela deve ser feita sem demora; b) se paciente grave, inconsciente e acompanhado de parente que impeça a transfusão, o médico deve esclarecê-lo de sua necessidade e, havendo relutância, recorrer à autoridade policial e judicial; e c) se paciente lúcido se negar à transfusão, deve assinar termo de responsabilidade perante autoridade policial ou judicial, e o médico deve tentar tratamento alternativo.*

Todavia, cremos que o médico não precisa de autorização policial ou judicial para efetuar a transfusão de sangue, mesmo não autorizada pelo paciente ou familiares, diante de um iminente perigo de vida, por ser seu dever legal salvar vidas humanas, porque isso o levaria a uma espera que poderia ocasionar prática do crime de omissão de socorro (CP, art. 135; Código de Ética Médica, arts. 1, 2, 6, 7, 16, 35 e 57). A missão do médico é minimizar o sofrimento humano e resguardar a vida e a saúde, bens supremos da pessoa, sujeitando-se à tutela estatal, pois a Constituição, em seu art. 196, consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado. *Deveras, Leonídio Ribeiro (citado por Hermes Rodrigues Alcântara In Deontologia e dicologia, São Paulo, ed. Andrei, 1979) pondera: ‘a única profissão que confere aos que a exercem o direito de decidir sobre os destinos de uma vida humana em perigo é a medicina, por isso mesmo, os textos das leis penais e os dispositivos dos Códigos de Ética são muito rigorosos, quando se trata de punir os danos causados pelos clínicos a seus clientes, sempre que ficar comprovado que eles cometeram erros ou praticaram faltas por negligência, imperícia ou imprudência, no exercício nobre da arte de curar’. Respondem os médicos civilmente pelos danos que, no exercício de sua profissão, cau-*

*sem aos seus pacientes. Além disso, há desnecessidade de autorização judicial para cirurgia e transfusão de sangue em paciente necessitado que se recusa à prática desse ato por questão religiosa, por ser isso do estrito cumprimento do dever legal do médico (TJSP, 6ª Câm. De Direito Privado, AC 264.210-1, Suzano, Rel. Testa Marchi, j. 1º-8-1996, v.u.)”<sup>26</sup>*

Ainda de forma mais específica, vez que enfrentou o tema à luz dos hospitais públicos, a Procuradora do Estado do Distrito Federal Roberta Fragoso Menezes Kaufmann se posicionou pela necessidade de intervenção médica para transfusão de sangue, quando iminente o perigo de morte do paciente, independentemente da manifestação religiosa do paciente. Confira-se:

*“A hipótese relativa à colisão entre o direito à vida e a liberdade religiosa nos remete a uma análise, ainda que perfunctória, acerca da relativização dos direitos fundamentais. Isto porque, na espécie, estar-se-ia diante de uma colisão de princípios igualmente relevantes no Ordenamento Jurídico, de estatura constitucional.*

*(...)*

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

*(...)*

*Assim, conclui-se no sentido de que o iminente perigo de vida justifica, plenamente, a existência do estado de ne-*

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213

cessidade, de modo que a transfusão de sangue deverá ser efetivada, em tais hipóteses. *O Poder Público, na medida em que recebe os cidadãos na rede pública hospitalar, assume o importante compromisso de velar pela integridade física dos pacientes, devendo empregar todos os meios necessários ao completo desempenho desse encargo. Em outras palavras: na medida em que tais pacientes ingressam em hospital estatal, relegam a segundo plano a autonomia de decidir e acatam, ainda que de maneira tácita, a conformação dos seus direitos fundamentais pela necessidade estatal de zelar pela sua vida*<sup>27</sup>.

De fato, assiste razão à autora acima citada quando sustenta que na medida em que o cidadão se dirige a um hospital, sobretudo público, para buscar tratamento para sua vida, que está em iminente perigo de fenecer, não pode pretender impedir ou ditar o melhor tratamento que o médico deve lhe administrar. Isto seria, a meu sentir, uma inversão de valores, vez que a paciente, ao se dirigir ao hospital, optou pela salvação de sua vida, cabendo, portanto, o método e tratamento final ao médico.

Outra não parece ser a lição de Nelson Nery Júnior, vez que afirma: *“no choque entre direitos fundamentais (vida x liberdade), a opção do legislador é a de prestigiar a vida que corre perigo. A predominância do valor norteia a ação de quem se encontra, v.g., por dever legal, na contingência de proceder manobras médicas para salvar o que carece de tratamento médico ou de intervenção cirúrgica imediata”*.<sup>28</sup>

Os Tribunais do país vêm enfrentando a questão jurídica aqui debatida com cautela e, na grande maioria dos casos, têm de-

<sup>27</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. “Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa. O caso dos pacientes testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos.” Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10071>>. Acesso em: 10 jan. 2010. A referida Autora é mestre em Direito pela UNB e ex-assessora do Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal.

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Anotado*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160.

cidido pela licitude da conduta médica que se opõe à crença religiosa de uma pessoa para, no intuito de salvar a vida que está em iminente perigo de fenecimento, obrigá-lo a receber transfusão de sangue.

A propósito, confira-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido". (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2004.002.13229 - 18ª Câmara Cível do TJRJ. Rel. Des. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 05/10/2004<sup>29</sup>)*

Importante, a meu sentir, transcrever trecho do voto acima referido, da lavra do eminente Desembargador Fonseca Passos:

*"(...)*

*Por fim, não obstante o respeito à convicção religiosa de cada um, entre os dois bens jurídicos tutelados, prevalece a vida sobre a liberdade ...(...)"*

No mesmo sentido, seguem decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*"Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar altas hospitalares e autorizar ou ordenar*

<sup>29</sup> Deve-se registrar que ficou vencido o Desembargador Marco Antonio Ibrahim.

*tratamentos médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital é demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, § 3º, inc. I, do CP). Caso concreto em que não se verifica tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar pela sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la”. (Ap. Cív. 595.000.373, julgada pela 6ª Câm. Civ. do TJRS, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, em 28.03.1995, publicado na RJTJRS 171, p. 384 et seq.)*

**“APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUÇÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR.**

*Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue.*

**Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido”. (Apelação Cível n. Nº 70020868162-2007/Cível - TJRS- 5ª Câmara Cível , Relator Desembargador UMBERTO GUASPARI SUDBRACK julg. 22-08-07).**

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo trilhou o mesmo caminho:

*“Testemunhas de Jeová. Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos.*

**Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido”. (Apelação Com Revisão 1327204900 - Relator Des. Boris Kauffmann - Quinta Câmara de Direito Privado de Férias - julg. 26/06/2003 - Data de registro: 10/07/2003)**

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

*os valores despendidos pela apelante - Recurso improvido.”*  
*(Apelação Com Revisão 1234304400 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP - Relator Des. Flavio Pinheiro - data do registro 18/06/2002)*

Penso ainda ser necessário um último argumento em prol da licitude da conduta do médico que, na iminência de fenecimento da vida, impõe a uma pessoa, mesmo que contra a sua crença religiosa, determinado tratamento. O Código Penal Brasileiro, no artigo 146, estabelece claramente que tal situação de fato não constitui crime contra a liberdade individual, excluindo a antijuridicidade ou a tipicidade da conduta. Confira-se:

**“DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL**

*Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:*

*Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.  
Aumento de pena*

*§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.*

*§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.*

**§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:**

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

**II - a coação exercida para impedir suicídio”.**

Conforme se percebe, a legislação penal brasileira propõe, ainda que implicitamente, o dever do médico de proceder à intervenção médica sempre que a vida do paciente estiver correndo perigo, o que, a meu sentir, inclui a hipótese de transfusão de sangue sem o consentimento do paciente por motivação de crença religiosa.

Penso serem cabíveis últimas considerações acerca do problema, notadamente quando envolver **crianças e adolescentes menores de idade**.

Não fossem os fundamentos acima desenvolvidos suficientes para legitimar a necessidade da intervenção médica - *transfusão de sangue* - também às crianças e adolescentes filhos das Testemunhas de Jeová - *ou mesmo convertidas à referida religião por vontade própria, como decorrência de sua possível “maturidade”*, penso devam ser analisadas as regras jurídicas traçadas pela Lei Federal nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e dos Adolescentes (ECA).

A Lei Federal nº 8.069/90 garantiu às crianças e adolescentes, como não poderia deixar de ser, o direito à liberdade de crença e religião (artigo 16, inciso III<sup>30</sup>). Todavia, nos artigos 7º e 11, o ECA normatiza, tal qual o fez a CRFB/88, que toda criança e adolescente tem o direito à proteção integral à saúde e à vida<sup>31</sup>.

Ora bem, se assim é, creio que com mais razão deve o médico público (ou privado) adotar todas as técnicas e meios disponíveis para salvar a vida de uma criança ou de um adolescente, inclusive transfusão de sangue, se necessário e indispensável, independentemente de sua vontade e/ou de seus responsáveis, fundadas em crenças religiosas ou não, conferindo, assim, efetividade ao princípio da **proteção integral** do menor previsto no artigo 11 acima referido.

## CONCLUSÃO

Em razão das considerações acima expostas, parece-me, à luz das regras constitucionais, legais e regulamentares antes mencionadas, que os médicos, sobretudo aqueles que trabalhem em

<sup>30</sup> “Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

(...)

III - crença e culto religioso.”

<sup>31</sup> “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

“Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.”

hospitais públicos, diante de pessoas, maiores ou menores de idade, que se dizem Testemunhas de Jeová e por isso recusam tratamento médico que envolva transfusão de sangue (ou de seus derivados), devem procurar atender à manifestação de crença e religião dos pacientes, empreendendo, para tanto, todos os esforços e conhecimentos técnicos, salientando, porém, que se não houver alternativa para salvar a vida humana, deve a transfusão de sangue ser realizada, ainda que contra o consentimento do doente, expressado de forma verbal e/ou por escrito. ☐

# Interrupção da Gravidez: Uma Questão de Direitos Humanos

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura e Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal (EMERJ).*

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde os tempos mais remotos, remanescente de velhas e arcaicas culturas, o aborto faz o registro da vida dos povos, lembrando que nossos índios já o praticavam. Ainda na estrutura familiar rural, de natureza patriarcal, a paternidade profícua ensejava poder de trabalho e riqueza, o filho era um *bem*, antes geratriz de mais deveres do que de direitos. Exalta-se, ainda na entrada do terceiro milênio, a necessidade de braços para a lavoura e o pastório. Agrava-se notar as múltiplas facetas em relação ao tempo e às sociedades, envolvendo fatores socioculturais, econômicos e religiosos.

O ordenamento jurídico sempre demonstrou a sua preocupação com a salvaguarda dos interesses dos *nasciturus*. De um lado, a sua própria *viabilidade*, de forma que essa *spes hominis* possa *transformar-se em vida* de um novo sujeito de direito; de outro, seus *interesses econômicos*, sendo conhecida a máxima *conceptus pro iam nato habetur* dos juristas clássicos.

Assinale-se que no Código de Hammurabi o provocador do aborto era punido com pena pecuniária, considerada a *qualidade* da gestante e a *acidentalidade* ou *voluntariedade* do ato, admitida

a *reparação civil* ao pai da gestante. Estava presente o interesse do marido, defraudado em sua prole; daí penas severas ao aborto provocado e doloso sem o seu consentimento.

Os registros históricos informam da época em que as *má-formações físicas* dos indivíduos provinham de transgressões do tipo religioso ou moral, frutos do “*pecado*”, que conduzia às vezes à *exclusão social* daqueles que as sofriam, havendo inclusive chegado ao infanticídio. Em Esparta, os recém-nascidos mal-formados eram considerados uma carga negativa para o Estado e deviam ser sacrificados no Monte Taigeto. Asúa recorda que os *brahmanes* tinham o costume de matar ou abandonar na selva os filhos que, logo decorridos dois meses desde o nascimento, lhes pareciam de “*má índole*”, e os celtas eliminavam os filhos disformes ou monstruosos.

É de estranhar-se o silêncio das leis helênicas em razão da posição arraigada, tanto a estoica como a epicúrea, de ser o *feto mera parte do corpo da genitora*, que passou como legado ao Direito dos romanos. Platão, Sócrates, Aristóteles e Hipócrates não condenam o abortamento, embora o juramento hipocrático incluísse a proibição imposta ao médico de indicar drogas abortivas às suas pacientes. Aduza-se que Aristóteles pregava a *limitação populacional* de Atenas, onde vamos encontrar as *raízes da função social e política do aborto*. Era também não punido no Direito Romano durante a época republicana, e somente no Império foi reprimido *extraordinem*, castigando-se com a pena *ad metalla*, e para os *honestiores* aplicavam-se as penas de desterro e confisco da metade do patrimônio. O aborto (*abacto de partu*) só era punido com a pena capital em caso de morte da gestante.

Cita Cícero, em sua *Oratio pro Cluentio*, que certa mulher de Mileto foi castigada, porque, após a morte do marido, havia feito perecer o feto em troca de dinheiro ofertado pelos herdeiros necessários a fim de excluí-lo da participação na herança. Durante largo período o aborto não foi punido, pois se considerava o feto *parte das vísceras da genitora (mulieris partio vel viscerum)*, podendo esta dispor livremente de seu corpo. O uso de substâncias abortivas só era punível se houvesse o emprego de veneno. No

Direito Romano, por outros caminhos, sempre sob o postulado de um atentado à integridade ou direitos da mãe e, principalmente, diante do supremo valor tutelar da vida a *patria potesta* do pai.

Os romanos possuíam uma visão conservadora da família, considerando o aborto motivo para que o marido se separasse da mulher, a qual tinha como missão principal a procriação (“*Si mulier praegnas venierit, munus feminarum est accipere ac tueri conceptum*”).

A condição de *delitum gravissimum* sempre imperou entre os séculos XVI e XVII, aplicando-se as penas previstas na *Lex de Extraordinariis Criminalibus* e na *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis*, que fixavam o exílio para a mãe reprovável ético-juridicamente (*quamvis sit grave peccatum, parricidium proprie, aut homicidium*).

No Direito germânico era considerado um *crime especial de homicídio*, e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) distinguia entre *nasciturus animado* e *inanimado* (*animatus foetus* e *foetus inanimatus*), bem como certas formas de bruxaria eram punidas como práticas abortivas.

A equiparação do feto *animado* ao *homicídio* demorou em ser admitida pelas legislações da época, que mantinham as ideias clássicas do Direito Romano e que não assimilavam totalmente o não nascido à pessoa de direito. A máxima severidade das penas vamos encontrar no antigo Direito francês, que aplicava a *pena de morte* tanto no caso de feto *animado* como no *inanimado*. Há o conhecido edito de Enrique II, publicado em 1556, que sancionava com a pena de morte não só a prática de abortamento como também a de *ocultação da gravidez*.

O injusto de aborto *nasce* com o Cristianismo, que o condenou por razões dogmáticas, aplicando aos transgressores, por meio do Direito canônico, a *pena de excomunhão*. Assim, era equiparada a destruição do feto ao homicídio.

O injusto do tipo de aborto surge pela primeira vez na *Constitutio Bamberguensis* de 1507 e depois na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que distinguiam entre a morte do feto *animado* e do *inanimado*, punindo-se o primeiro caso com a pena de morte; no segundo, o castigo era arbitrado pelos juízes.

No início, estabeleceu-se a distinção de 40 a 80 dias depois da concepção para que o sêmen chegasse ao útero e formasse corpo para receber a *alma* (*animação*), punindo-se a expulsão do corpo animado como homicídio, porque privava o *feto animado* da graça do batismo. Tal postura foi contestada por S. Basílio, pelos **Decretais** do Papa Gregório IX e pelo **Decretum** de Graciano, pois a *idade* do feto não importaria para a *punibilidade*, mas sim a *gravidade* da repercussão punitiva. A distinção veio a ser *abolida* com o advento da **Constituição Apostólica Sedes**, de Pio IX. Pela *posição* da Igreja, o aborto, como injusto penal sem qualquer atenuação, passa às codificações dos séculos XVII, XVIII e XIX, sendo por ela mantida nos tempos contemporâneos. Aliás, desde o Concílio de Elvira, que negou a comunhão perpétua às adúlteras que houvessem dado a morte aos seus filhos, e a posição de Sixto V, em sua bula **Ad Effraenatum** (1588), que cominava aos clérigos a *pena de degradação secular*, até o Concílio de Worms, no Sínodo de Ramberg e no de Wyrzburg, foram ditadas penas severíssimas contra os autores de manobras tendentes a reprimir a fecundação.

Santo Agostinho traduz a posição da Igreja quando afirma que “*toda mulher que faça com que não possa engendrar tantos filhos quanto poderia faz-se culpada de homicídio, da mesma forma que a mulher que procura ferir-se após a concepção*”.

Sabe-se que, com o Iluminismo, as legislações equipararam o aborto ao homicídio e, a partir do século XIX, o aborto passou a se constituir em tipo autônomo e a ser tratado com menor vigor punitivo. O aborto era equiparado ao homicídio, e significava que *mortale crimen ac precatum committit*. A mulher grávida sempre tinha o *ius praeferendi vitam suam spei vital futurae alienae*. A equiparação do aborto sobre o *animatus foetus* ao homicídio tardou a ser admitida pelas legislações, as quais seguiam as ideias clássicas do Direito Romano, que não assemelhava o “*não nascido*” à pessoa de direito. A máxima repressão aparece no Direito francês, que não atenuava, e, ao equiparar o aborto ao homicídio, cominava a *pena de morte*. Feuerbach combateu tal equiparação (valor da vida humana ao feto), e teve papel relevante nas legislações do século XIX para a atenuação das penas cominadas ao aborto em relação às penas aplicadas ao homicídio.

Diante dos impulsos trazidos pelo Cristianismo, na remoção de ideias e de conceitos que o inspiraram, o aborto foi criminalizado como injusto penal por quase todos os povos civilizados. Os problemas derivados do aborto e as consequências possíveis da *interrupção da gravidez* são desenvolvidos em polêmicas questões doutrinárias. Hoje está na pauta obrigatória das discussões sobre os *direitos humanos* a *descriminalização* total ou parcial do aborto e da *esterilização*, pleiteando-se a liberdade da mulher, através de certas *condições-limite*, (sistema de indicações e sistema de prazos), para abortar em hospitais sob a vigilância de profissionais codificados.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-NORMATIVA DO DIREITO PÁTRIO

O Código Criminal do Império incriminava o aborto no art. 199; punia o provocado por terceiro, *com* ou *sem* o consentimento da gestante, e não castigava o *autoaborto*. Ao fornecimento de drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verificasse, era cominada a pena de dois a seis anos de prisão com trabalho, e dobrada se o aborto fosse praticado por médico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes. A pena privativa de liberdade aplicada para o tipo fundamental era de um a cinco anos de prisão com trabalho.

Já o Código de 1890 estatuiu a matéria no Título X, Capítulo IV, nos arts. 300, 301 e 302. Ao tipo básico cominava a pena de *prisão celular* de dois a seis anos, previsto normativamente no caso de morte da mulher (prisão celular de seis a vinte e quatro anos). O *autoaborto* (aborto voluntário) passou a ser incriminado, bem como o praticado para ocultar a própria desonra (*honoris causa*), e no caso do médico ou *parteira*, se o aborto, legal ou necessário, ocasionasse a morte a título de culpa (prisão celular de dois meses a dois anos).

O Código Penal de 1940 tipifica o aborto provocado pela gestante, o provocado por terceiro, *com* ou *sem* seu consentimento, e sua forma qualificada (resultando morte ou lesões corporais de natureza grave), e isenta de punição (exclusão da antijuridicidade da ação) o médico, quando praticasse: a) o *aborto necessário*

para salvar a vida da gestante; **b**) ou quando a gravidez *resulta de estupro* e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante.

O Código Penal de 1969 previa o *autoaborto*, o aborto praticado *com* ou *sem* consentimento da gestante, a ausência de validade do consentimento (obtido mediante fraude ou coação, ou sendo menor de dezesseis anos, doente ou deficiente mental), o tipo qualificado pelo resultado (morte ou lesão corporal de natureza grave), o *aborto preterdoloso* (empregar violência contra a mulher cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe o aborto) e fazia prever, seguindo o Código de 1830, o aborto por *motivo de honra*. O Código Penal de 1969, ao incriminar o *aborto preterdoloso*, inspirou-se no Projeto Soler, suprimindo a lesão corporal gravíssima prevista no art. 129, § 2º, V do Código Penal de 1940. Adotava-se a *honoris causa*, em recuo histórico, circunstância especial só reconhecida à já superada expressão normativa “mulher honesta”, isto é, inaplicável à prostituta e à adúltera, podendo ser reconhecida às casadas e viúvas.

A Reforma Penal da Parte Especial, a ser realizada, não poderá olvidar que, quanto mais repressiva for a legislação, maior estímulo haverá às práticas abortivas, colocando em *risco a saúde da gestante*, devendo o aborto ser tratado como um problema de saúde pública, conforme as recomendações do Cairo (1944) e de Beijing (1945). O “*Cairo Programm on action*” desaprova a edição de leis repressivas que proibam as mulheres de realizar abortos com profissionais qualificados, em condições higiênicas adequadas e seguras. A nossa atual legislação, na prática, é predominantemente elitista, reforçando ainda mais as desigualdades sociais.

Merece destaque, inicialmente, o enfoque do anteprojeto de 1984, que manteve a criminalização do *aborto consensual*, apenas moderando diante da “realidade brasileira” no que tange à cominação da pena privativa de liberdade, que passa para *detenção*, de três meses a um ano. Na distribuição geográfica da tipologia penal, situa-se em primeiro lugar o tipo relativo ao *aborto consensual provocado por terceiro* com o consentimento da gestante, também modificado em relação à natureza e ao *quantum* da pena

(detenção: de três meses a um ano). Também em relação ao aborto provocado por terceiro, *sem* o consentimento da gestante, há uma diminuição no marco máximo da pena de reclusão, pois fica na faixa de dois a cinco anos.

Como limitar-nos-emos a expor, as modificações do projeto de 1984, depois de quarenta e quatro anos da edição do Código Penal vigente, nas causas de aumento da pena, *permaneceram* duas: a) a gestante ser menor de catorze anos, alienada ou débil mental; b) o injusto ser praticado com o fim de lucro. Desta forma, deixou de configurar como causa de aumento o fato de o consentimento ser obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, o que equivale à ausência do consentimento, visto que é o que consta do parágrafo único do art. 126 do Código Penal, tipo relativo ao aborto consensual praticado por terceiro.

Como se vê, em todo o anteprojeto destaca-se a *forma qualificada pelo resultado*, sendo que se resultar lesão corporal grave à gestante, a pena passa a ser de reclusão, de três a seis anos; ao passo que, se resultar a morte, será de reclusão de quatro a oito anos. Modifica-se a técnica utilizada no Código de 1940, estabelecendo para cada subtipo uma faixa de reprovação própria.

A matéria mais polêmica do anteprojeto de 1984, como sempre, está no elenco das *causas especiais de exclusão de antijuridicidade*, incluindo-se o denominado *aborto piedoso* (se houver fundada probabilidade, atestada por outro médico, de o *nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais*). Nas hipóteses de *aborto sentimental* e *piedoso*, a intervenção deverá ser precedida de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal, e do seu cônjuge, quando casada.

A Constituição Federativa de 1988 estabeleceu o direito à vida, à dignidade, e o direito à igualdade: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito à segurança, isto é, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. O ponto enfatizado é o *direito à vida*, fonte originária de todos os demais direitos constitucionais básicos, que englobam em sua inviolabilidade, secundariamente, o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à

privacidade, à saúde, o direito à integridade física e moral, enfim, o direito à própria existência. Há duas situações na esfera constitucional da segurança: a) *o dever de respeitar a vida humana* e b) *o dever constitucional de protegê-la*. A grande discussão na elaboração do texto da Carta Republicana de 1988 dizia respeito à inclusão do “*direito a uma existência digna*”. Haveria a possibilidade de ser resolvida a questão da *eutanásia*, mas, também, poderia dar ensejo a autorizar a eliminação de portador de deficiência, subtraindo-lhe o direito a uma existência humana digna. O texto constitucional não se refere ao *recém-nascido*, porém não haveria necessidade de tal especificação, visto que é inviolável o direito à vida *erga omnes*, incluindo-se, por óbvio, a vida *intrauterina*. Dentro dos *direitos humanos* há uma escala lógica de limitações, inclusive entre os denominados básicos ou fundamentais, razão pela qual a importância da vida do nascituro deverá ter um grau inferior à importância da vida do já nascido. A individualização de um novo ser requer a *unicidade* e a *unidade*.

Assim, ressalta-se a tutela da vida humana no plano constitucional, incluída a vida *intrauterina a partir da nidificação do ovo no útero da mulher*, até a norma penal típica à hipótese. A falta de estabilidade da gestação, antes da nidação, torna ilegítima a intervenção penal.

É relevante estabelecer o divisor entre a *vida intrauterina* e o início da *vida humana* para efeitos da tutela pessoal (início do nascimento). A controvérsia gira em torno do *início da vida intrauterina* para efeitos da proteção jurídico-penal: a) se a partir da *fecundação* (inicia-se no ato da concepção, isto é, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero); b) da *nidação* (momento da nidação do zigoto no útero), que ocorre, em regra, no 13º dia após a fecundação. A questão teria pouca relevância prática, porque se limita à exclusão do âmbito do injusto dos atos impeditivos da *nidação*, ainda que não utilizados após a fecundação (não são considerados anticoncepcionais a pílula do dia seguinte e o dispositivo intrauterino). Como modelo legislativo, poderíamos citar o modelo alemão. Sabemos que a ontogênese se divide em quatro períodos: a) *ovular*, até o primeiro mês; b)

*embrionária*, que compreende o segundo e o terceiro meses: **c)** *fetal*, até o sexto mês inclusive; **d)** *viável*, do sétimo ao nono. Chama-se de *óvulo fecundado* o que resulta da fusão do nemaesperma e da colisão dos referidos germinados; ao passo que *embrião* é o organismo em via de desenvolvimento, desde a fecundação até o óvulo, até a capacidade vital; já o *feto* é o produto da concepção desde que findo o período embrionário, isto é, a partir do momento em que adquire a forma característica de sua espécie até o nascimento. A doutrina brasileira reconhece suficiente o rompimento do *saco aniótico*, pois inclui o feto nascente.

No estuário desses apontamentos, aduza-se que o anteprojeto de 1999, a final do século XX, deu a mais relevante contribuição para a atualização do *sistema de indicações* pertinentes à exclusão da antijuridicidade, quando o aborto for praticado por médico: **a)** *se não há outro meio para salvar a vida ou preservar a saúde da gestante*; **b)** *se a gravidez resulta de violação da liberdade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida*; **c)** *se há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas e mentais (dependendo do consentimento da gestante e da não oposição justificada do cônjuge ou companheiro)*. Sem dúvida, dávamos um grande salto no mar revolto de controvérsias. No *aborto provocado pela gestante* ou *com o seu consentimento*, o anteprojeto reduz os marcos mínimo e máximo da resposta penal (detenção, de dois anos a quatro anos) e inova quando possibilita ao juiz o perdão judicial. No caso mais grave do elenco criminalizador, o *aborto provocado por terceiro*, sem o consentimento da gestante, também reduz-se o máximo e permite-se o mínimo da resposta penal (reclusão de quatro a oito anos); na hipótese de haver o consentimento, a reprovação fica a mesma do Código Penal de 1940 (reclusão, de um a quatro anos). Cria-se uma majorante (aumento da metade e a inclusão da pena pecuniária), se o injusto é cometido com o *fim de lucro*. O anteprojeto de 1999, com sua redação mais técnica, prevê na hipótese de lesão corporal grave ou de morte da gestante, no *aborto provocado por terceiro*, com ou sem *consentimento* da gestante, e se as circunstâncias eviden-

ciarem que o agente não quis, nem assumiu o risco da produção do resultado, a aplicação também da pena de lesão corporal negligente ou de homicídio negligente.

O injusto de aborto é a conduta dirigida à interrupção ilegítima do processo fisiológico da gravidez, causando a destruição do embrião ou a morte do feto, *com* ou *sem* o consentimento da gestante. Há autores que sustentam a simples interrupção da gravidez, e outros que defendem a necessidade do requisito morte do feto. Há uma forte vertente doutrinária que requer unicamente a expulsão do feto, ao passo que outra defende a destruição no claustro maternal, com ou sem a expulsão uterina posterior.

É necessário, como foi ressaltado, ter presente a relevância do divisor entre a *vida intrauterina* e o *início da vida humana* para os efeitos da tutela penal (*início do nascimento*).

O *bem jurídico* é a *vida intrauterina*, autônoma e pessoal, por motivos de ordem político-criminal; ainda que admitida a denominada *unidade de duplicidade* na pessoa da mulher grávida, o bem jurídico *vida intrauterina* é autônomo perante a genitora, guardiã da tutela. Cumpre ter presente que o objeto de proteção é a *vida humana implantada* no útero da mãe, pois o embrião não implantado no útero não é protegido pelo injusto do tipo de aborto. Aqui se torna necessário referir que as técnicas de *reprodução assistida* têm por objetivo auxiliar nos casos de problemas de fertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapias se mostrarem ineficazes ou ineficientes.

Cumpre enfatizar que o *bem jurídico fundamental* no injusto de aborto é a *vida intrauterina*, mas que esta também intervém na concreta formação típica complexa dos valores pertinentes à liberdade e à saúde, isto é, integridade física e psíquica da mulher grávida. O valor da liberdade como decisão e realização da vontade da gestante é relevante para a medida do agravamento da antijuridicidade do aborto (*consentido* e *não consentido*).

A questão relativa ao bem jurídico tutelado no injusto de aborto é questionada por várias razões doutrinárias: a) o direito do *nasciturus* à vida; b) o direito à ordem familiar; c) o direito de a comunidade propagar-se; d) o direito à vida como bem coletivo;

e) o interesse do Estado em assegurar a continuidade da estirpe. Há uma corrente doutrinária que considera o aborto bem jurídico *complexo*, pois o interesse tutelado seria duplo: a) *o direito à integridade pessoal da mulher*; b) *o interesse social de proteção à gravidez*. Portanto, haveria um complexo de direitos, em que estaria presente o direito-interesse do Estado à preservação da inviolabilidade da vida dos membros do grupo societário, bem como o respeito do ordenamento jurídico à *spes hominis*.

A nosso aviso, o Estado e a comunidade não são sujeitos passivos do injusto do tipo de aborto, pois não se trata de bem coletivo, mas individual.

É imperativo que o Estado, na condição de tutor normativo dos reflexos socioculturais, outorgue sua proteção, ainda que conjuntural, dentro de sua realidade temporal. Efetivamente, a integridade física e psíquica e a vida da a genitora devem ser objeto de tipologias mais adequadas (lesão corporal e homicídio). É certo que na saúde física e psíquica e na vida da mulher grávida é comum o grave risco quando a intervenção é realizada sem as cautelas devidas, geradas na clandestinidade através de condições anti-higiênicas, além das angústias e temores que vulneram a sua saúde mental. *O interesse democrático-estatal é predominante como bem jurídico conjuntural*. Nossa norma civil protege os direitos do nascituro desde a concepção.

O *objeto jurídico mediato* é a vida e a integridade física e psíquica da gestante, e o *imediato* é a vida do produto da concepção (dizia Tertuliano: “*Homo est qui futurus est; etiam fructus omnis iam in semine est*”). Talvez melhor atendesse à direção única para a tutela da vida fetal, motivação primária e última, ficando os demais interesses paralelos, como a vida, a saúde materna e até aspectos demográficos ou econômicos, acolhidos em tipicidades diferentes. A defesa é dirigida ao embrião humano, entendido como *spes personae*.

O *objeto material* da ação no injusto de aborto é o *produto da concepção*, deixando de sê-lo no exato momento em que se converte em pessoa viva.

Insistimos em que as legislações são coincidentes no sentido de que é necessária a *morte do embrião* para a configuração típi-

ca. A doutrina é rica em divergências: a) há autores que consideram o *parto antecipado* suscetível de reprovabilidade. A vertente majoritária advoga tão só em relação à figura reitora; b) outros consideram não só a expulsão prematura do produto da concepção, como sua destruição no interior do ventre materno.

São *pressupostos* do injusto do tipo de aborto: a) a gravidez da gestante; b) a vida do produto da concepção.

Já no caso do *anencefálico*, remete-se para as regras gerais das *causas de justificação* da interrupção da gravidez consentida pela gestante. A anencefalia deixa o tecido cerebral exposto, sem proteção do crânio ou da pele. Na gravidez encefálica, o feto não possui a maior parte do cérebro, morre ainda na gestação ou logo após o parto.

A discussão sobre o *thema* a respeito dos fetos que apresentam em seu processo de desenvolvimento uma alteração congênita de que resulta a ausência dos hemisférios cerebrais e a estrutura do crânio, cuja deformação não possibilita a sobrevivência por poucas horas (doze horas), apresenta sentimental, religioso e jurídico confronto, pois alguns sustentam que possa viver, inclusive por vários meses.

Entendo que há *causa de justificação* na hipótese de fetos em má-formação congênita do cérebro, *inviáveis após o nascimento*, desde que seja a vontade da gestante, através de perícia médica, o abortamento. Cumpre assinalar que se a genitora, por motivos sentimentais ou religiosos, optar por levar a gravidez até o parto, e não ocorrer aborto espontâneo, deve ter o *direito de fazê-lo*. O que não se pode impor é um sofrimento *indesejável e inútil*. Em direção contrária à nossa posição, sustenta-se que a interrupção da gravidez afeta o direito dos *nasciturus* a seguir, durante o lapso diferencial, e que a afirmação “*de todas as maneiras morrerá*” encobriria uma elíptica condenação a uma morte antecipada, com patamar na exígua quantidade de tempo por que o *feto anencefálico* tem vida, como se tal circunstância afetasse substancialmente a *qualidade da proteção jurídica* (não se pode olvidar: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”).

Para tal corrente, abrir-se-ia uma perigosa janela para permitir a autorização de mortes de fetos por questões eugenésicas (abortos eugenésicos). É respeitável a posição contrária, principalmente da corrente religiosa; porém, num Estado Democrático de Direito, a Carta Republicana e as leis ordinárias não podem estar subordinadas aos dogmas de fé.

É importante analisarmos as posturas relativas aos fetos *disformes* (desproporcionados ou de forma irregular) e aos monstruosos (contra a natureza). Entendemos que os *fetos disformes* podem ser sujeito passivo do aborto, observando-se, caso a caso, as deformidades profundas que legitimam a interrupção da gravidez por razões eugênicas. Quanto aos *monstros* (falta de coração, cabeça, crânio etc.), que a arquitetura genética *impede de considerar como pessoa humana*, não devem ser admitidos como sujeito passivo de injusto de aborto.

### 3. A QUESTÃO DAS CAUSAS DE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ JUSTIFICADA

Na questão mais polêmica pertinente à *exclusão de antijuridicidade*, o Código Penal de 1940, desde a década inicial da metade do século XIX, reza que, sendo sujeito ativo o *médico*, não se pune o aborto, se: a) *não houver outro meio de salvar a vida da gestante*; b) *a gravidez resultar de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*. O texto do Esboço Evandro Lins, a meu sentir, atende às orientações das contemporâneas legislações sobre o *thema*, incluindo a saúde física e psíquica da gestante, a possibilidade de o *nasciturus* apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável, além da cláusula de ser procedida com o consentimento da mulher ou do seu representante legal e, no caso de não concordância do cônjuge ou companheiro, a justificativa. O texto é, obviamente, superior ao da legislação em vigor e do anteprojeto de 1984, dando um grande avanço, no *aborto ético*, da limitação ao injusto de estupro para injusto contra a *liberdade sexual*, com a hipótese *ut* referida do *aborto terapêutico*. Não foi descuidada a figura do *aborto eugenésico ou embriopático (taras físicas ou psíquicas)*.

Não se pode olvidar que existe, durante a gravidez, uma relação orgânica entre o *nasciturus* e a gestante, o que condiciona a proteção jurídico-penal que se deve à *vida intrauterina*. Há outros bens jurídicos dignos de proteção, como a *vida humana*, a *saúde*, a *liberdade* ou a *dignidade da gestante*, enfim, os *direitos humanos*. Cria-se um *conflito de interesses* que é solvido diante do *princípio de salvaguarda do interesse predominante*. A indicação terapêutica da *interrupção da gravidez* encontra-se justificada quando for o único meio de tutela que se revele indispensável para salvar a vida da gestante. A nosso sentir, a reforma da legislação brasileira *olvidou de incluir a grave e irreversível lesão para o corpo ou a saúde física e psíquica* da mulher grávida. No texto do art. 128 do Código Penal de 1940, a tutela se *restringe à vida* e não à *saúde física ou psíquica* - alterações psiconeuróticas da personalidade em evolução neurastênica ou depressiva de tendências suicidas, obviamente, desde que *graves e irreversíveis*; verificada a existência da *indicação médica*, a interrupção ocorrerá a qualquer momento temporal da evolução da gravidez. Cita-se Maiwald quando ressalta que, no mundo das representações pessoais e da macrosociedade, o *valor do nasciturus* aumenta na proporção do estágio da gravidez (circunstância de a interrupção ser mais perigosa).

Quando se refere o texto legal não só à *vida da gestante*, deve-se entender também, em sentido lato, a sua *futura qualidade de vida*. A meu aviso, a melhor solução seria a *avaliação do quadro clínico* através de um *modelo integrado* diante do especial caso concreto. A indicação médica ou terapêutica abrangeria em *sentido global* também nos graves e irreversíveis requisitos cumulativos e não alternativos danos à integridade física e psíquica da gestante, no momento da evolução temporal da gravidez, diante do enquadramento conferido pelo avanço de conhecimento da ciência médica. Aduzem-se os efeitos da incapacidade real futura da genitora para custodiar o nascido. Repita-se a correta colocação do Esboço Evandro Lins e do atual texto no Código Penal português ao tratar das *causas de interrupção da gravidez justificada*, que reza “*constituir único meio de remover o perigo de morte ou grave e irreversível lesão ao corpo ou a saúde física ou psíquica*”

da mulher grávida”. A solução de fundo é relativizar, através da cláusula da não exigibilidade.

A doutrina estrangeira vê sob o ponto de vista *dogmático jurídico-penal* e de *política criminal* a *tese das indicações* verdadeiras causas de justificação ou exclusão da ilicitude. Na questão pertinente aos injustos contra a *vida intrauterina*, a doutrina internacional tem estimulado a discussão parlamentar em torno de *dois modelos*: a) *modelo das indicações*, que significa que as soluções para a impunidade da interrupção da gravidez devem ter como patamar uma ideia de *conflito de valores*, e a solução é a *regulamentação das indicações* (médica, fetopatológica e criminológica); b) *modelo dos prazos*, dependente ou não de um *sistema de aconselhamento* da mulher grávida; a questão resulta de um *princípio de paridade* do injusto de aborto em correspondência com a ideia de dignidade e proteção da vida intrauterina. Torna-se necessário questionar a melhor forma para a solução no plano do injusto: a) exclusão da antijuricidade do aborto; b) exclusão da punibilidade; c) exclusão da tipicidade. No caso da legislação brasileira, o Código de 1940 usou a expressão “*não se pune o aborto praticado por médico*”. A meu sentir, as situações descritas no art. 128 do Código Penal configuram *causas de justificação*.

O ponto central do dissenso se coloca em que para uma corrente o *interesse preponderante* é o da *vida dependente* (intrauterina), ao passo que a outra sustenta que o *interesse prevalente* é sempre o da *vida humana* (da gestante). A primeira corrente defende a *penalização total* do aborto provocado, sem qualquer causa de justificação, e a segunda vertente defende a *despenalização total* do aborto realizado com o *consentimento da gestante*, observado o primeiro prazo trimestral, à qual se reconhece o *direito relativado* de dispor do próprio corpo. Ficamos com a *postura intermediária*, tendo em vista a proteção devida à vida dependente e à gestante, admitindo as causas de justificação. A vida intrauterina dependente é um bem jurídico que o Estado deve proteger, mas o *nasciturus* não é titular de nenhum bem subjetivo; a proteção jurídica não é absoluta, e os bens jurídicos do *direito à*

*vida, à saúde, à liberdade e à dignidade da mulher* devem também ser protegidos pelo Estado no conjunto da esfera de âmbito dos *direitos humanos* num Estado social e democrático de Direito.

O aborto por *indicação médica*, mais corretamente denominado de *terapêutico*, consiste em causar a destruição do feto para salvar a vida ou evitar gravíssimos riscos à saúde física e mental da genitora. Cuida-se do velho questionamento, diante do estágio dos conhecimentos, ou mesmo de invocar diretamente a causa de justificação por *estado de necessidade* ou por *conflito de interesses*. Já na moderna doutrina francesa do século XX, na esteira de Radbruch (o *plus* valor social da vida da mãe), prevaleceu a *tese da assimilação do estado de necessidade*, solução para as legislações que silenciam em relação à hipótese do *aborto terapêutico*. A legislação brasileira, lamentavelmente, não inseriu a cláusula “grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida”. Todavia, o anteprojeto da Parte Especial de 1999 inclui “ou preservar a saúde da gestante”.

O Código Penal de 1940 enumera duas causas excludentes especiais da antijuridicidade: a) *aborto necessário ou terapêutico*; b) *aborto humanitário ou ético*. A doutrina também usa diferenciar segundo o sistema de indicações: a) *indicação médica ou terapêutica* (sentido estrito ou lato); b) *indicação criminal* (ética, criminológica ou humanitária). Quando praticado com o *consentimento* da gestante, por *médico*, em razão do modelo das indicações, teríamos o seguinte quadro: a) *indicação terapêutica*; b) *indicação embriopática, fetopática* ou por *lesão ao nasciturus*; c) *indicação criminal, criminológica, ética* ou *humanitária*; d) *indicação social* ou em *situação de necessidade*. Figueiredo Dias defende que o *modelo das indicações* (situações taxativamente indicadas e objetivamente controláveis), baseado no modelo dos prazos, “*contém dentro de mais apartados limites a impunidade de uma interrupção médica consentida da gravidez*”.

Na grande maioria dos países em que a *indicação eugênica* não está consignada no campo normativo, a doutrina repugna

acobertá-la nos casos de *estado de necessidade*. A *indicação socio-econômica* apresenta dois aspectos: **a)** estritamente individual em razão do estado de extrema pobreza da gestante; **b)** a questão da crise demográfica e da miséria coletiva.

O art. 128, Código Penal brasileiro isenta de pena o aborto *praticado por médico* em dois casos: **(a)** se não houver outro meio de salvar a vida da gestante; **(b)** se a gravidez resultar de estupro e o aborto for *procedido com consentimento* da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

No primeiro caso **(a)** encontramos o *aborto terapêutico* ou *necessário*, circunstância amplamente conhecida pelo Direito comparado em seus diferentes modelos, pois visa a resolver o conflito entre a vida e a saúde da gestante e a do *produto da concepção*, optando-se pela existência socialmente mais relevante.

Constitui-se na interrupção artificial da gravidez para salvar *a vida* (modelo normativo) *ou a saúde física e psíquica da gestante* (contemporâneas legislações). A doutrina majoritária, diante do texto legal, sustenta que não se faz presente quando o ato é realizado para preservar a saúde da gestante, ficando *restrito à prova do perigo iminente à vida* da mulher grávida, isto é, o aborto seria o único meio capaz de salvar a *vida* da gestante. Vejo grande atraso normativo na legislação brasileira, reconhecido no anteprojeto de 1999, no que tange à *proteção da saúde física e psíquica da gestante diante da vida intrauterina*. A meu aviso, a causa de justificação abrigaria o conflito de interesses na hipótese do silêncio diante da especial situação do caso concreto. De outro lado, a doutrina questiona se o aborto terapêutico possui caráter *impositivo*, dividindo-se em duas correntes: **a)** pode ser praticado contra a vontade da gestante, dispensável a sua concordância ou de seu representante legal, atuando o médico como garantidor no estrito cumprimento do dever legal; **b)** teria caráter meramente *facultativo*, diante da ausência expressa ou tácita de vontade da gestante de querer correr o risco, ficando o atuar do médico restrito à sua consciência e ao dever deontológico. A meu sentir, a posição do caráter *impositivo* é a que melhor atende à tutela do bem jurídico mais relevante, que é a vida humana (da gestante).

Configura-se um *caso especial de estado de necessidade*. A necessidade da intervenção praticada pelo médico é ditada pela técnica e pela consciência profissional habilitada. Para a inexistência do injusto penal, deverá ocorrer o *grave risco de vida* da gestante e ser o aborto praticado para evitar a morte da mesma, sendo indiferente seu consentimento ou dissenso.

A *enfermeira* responde pelo injusto (*desde que praticado por médico*), porém poderá ser beneficiada pelo *estado de necessidade*, que exclui a antijuridicidade do ato, quando não houver outro meio para salvar a vida da gestante, principalmente considerando-se as condições socioeconômicas brasileiras. É a lição de Soler, que, em caso de *extrema urgência*, aplicam-se os princípios do estado de necessidade e do conflito entre duas vidas.

Elegante questão é levantada em relação à *doença mental*. O perigo da prática do *suicídio* ou do *infanticídio* não legitima o perigo de vida perante a nossa legislação. Nossa legislação adota o princípio traduzido pelo Projeto do Código Penal suíço (*se o embaraço provém de uma violação, de um atentado contra o pudor cometido em mulher idiota, alienada, inconsciente ou incapaz de resistência, ou de um incesto*). No segundo caso, encontramos o aborto praticado quando a gravidez resulta de *estupro*, constituindo-se, na hipótese, o aborto *sentimental* ou *humanitário*.

A *vexata quaestio* e o problema da legitimidade do aborto eram objeto de grande debate público em razão do grande número de mulheres violentadas por soldados de tropas invasoras (1914-1918). Embora tivesse sido suscitado caloroso debate em relação ao *aborto eugênico*, tal orientação iluminou várias legislações (Polônia, Letônia, Estônia, Romênia, Dinamarca, Cuba, Equador, México, Uruguai). O modelo brasileiro não observa o aborto *eugenésico* ou *embriopático* (modelo dinamarquês de 1936), que Hungria justificou alegando que “*não passa de uma das muitas trouvailles dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de eugenis*”, “*consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica*”. Nessa orientação, seguindo a lição de Franqué, não há *segurança* para se afirmar, à luz da ciência,

serem produtos degenerados os havidos de doente mental. Contudo, a ciência muito evoluiu, e a questão da *indicação terapêutica* tomou outro colorido, como bem acentua o penalista paulista Alberto da Silva Franco, necessitando ser debatida na Reforma da Parte Especial.

O aborto só se justifica quando praticado por *médico*, em virtude da gravidez resultante de injusto contra a liberdade sexual, precedido do consentimento da gestante ou de seu representante legal. A lição do mestre Manzini é modelar, ao afirmar que não se pode constranger a mulher que foi brutalizada sexualmente a conviver com o retrato de seu estuprador.

O *estupro* está normatizado no art. 213 do Código Penal com nova moldura reitora típica (“*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”).

A lei contempla o estupro como caso de não exigibilidade de outra conduta na qual exista o pressuposto lógico dos elementos de unidade conceitual do injusto (tipicidade e antijuridicidade). A antijuridicidade do atuar resulta da ausência de alguma causa que a justifique. Aliás, Binding tratou da questão secular no campo jurídico-penal do *aborto sentimental* como causa de inexistência do injusto, salientando-se que a teoria da não exigibilidade de outra conduta ainda não havia sido formulada no campo da culpabilidade, mas já encontrava resposta em razão da injustiça que significava a terrível exigência de que a mulher suportasse o fruto de sua desonra, por ser antinatural, desumana e injusta uma gravidez produto de uma violência contra a sua vontade (a questão aflorou após a Primeira Grande Guerra Mundial, quando mulheres dos países ocupados foram vítimas de violência por parte de soldados dos países ocupantes). Há que reconhecer o *direito da mulher* de abortar o produto de um injusto penal do qual é sujeito passivo, e o aborto por causa sentimental tem suporte na própria essência da não exigibilidade de outra conduta.

O fundamento básico tem como suporte a injustiça da imposição à mulher violada de uma maternidade não consentida, isto é, *a ausência de vontade da mulher*, sujeito passivo do injusto.

#### 4. EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

A tendência das legislações contemporâneas é no sentido da atenuação da pena privativa de liberdade para a mulher que provoca o aborto ou consente que terceiro lhe provoque e, a contrário senso, aumenta-se a gravidade da pena imposta para o agente provocador.

A *vexata quaestio* é altamente polêmica, e podemos resumir em três correntes básicas a orientação das legislações contemporâneas: a) o aborto só é *permitido* em circunstâncias *limitadas e excepcionais*; b) o aborto só é *permitido* após um *processo de autorização*; c) o aborto é *permitido*, embora prescrita *condição-limite*. Assim, temos: a) na primeira hipótese, encontram-se as legislações *mais restritivas* (v.g.: a interrupção da gravidez só é admissível: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante; b) se a gravidez resulta de estupro, sendo o aborto praticado com o seu consentimento, ou, quando incapaz, de seu representante legal); b) na segunda hipótese, as legislações que buscam *conciliar* a questão, mantendo um *modelo eclético* (v.g.: a) nos casos de extrema pobreza, para evitar graves males à família e à sociedade (*econômico*); b) para evitar a degeneração da raça humana (*eugênico*); c) para evitar os casos de fecundação ilegítima, ou para esconder a própria desonra (*honoris causa*); d) provocado para salvaguardar a vida da gestante ou defender a sua saúde (*terapêutico*); c) finalmente, na terceira hipótese, condiciona-se o aborto apenas ao *querer da gestante e à avaliação do médico* para a sua realização. No século XXI, há duas vertentes: a) a da descriminalização total ou parcial do aborto; b) a da sua incriminação, com a resposta penal menos severa para a mulher que *comete* ou *consente*, e agravada em relação aos abortadores. Na Inglaterra, até 1967, estava em vigor o art. 58 do **Offences Against the Person Act**, de 1861, com a pena de trabalho perpétuo. Vale recordar que até a metade do século XX (1967) o aborto era praticamente *ilegal*, com exceção da Suécia e da Dinamarca.

O primeiro estatuto do aborto na Inglaterra foi o **Ellenbrogh's Act**, de 1803, que punia com a pena de morte o aborto praticado sobre o feto animado com emprego de veneno, e com menos gra-

vidade (deportação para a colônia penal) quando praticado antes da animação fetal. Com o **Abortion Act**, a Inglaterra (1967) liberou aos médicos a decisão sobre a melhor estratégia a ser adotada para a defesa da vida e do bem-estar da gestante. A agência *Aid for Women* cobrava de 80 a 100 libras esterlinas sempre que a interrupção da gravidez se produzia nas doze primeiras semanas. O *turismo abortivo* chegou a denominar Londres como a “capital mundial do aborto”.

Cita-se o caso *Roe vs. Wade*, *modelo americano*, que é um marco da jurisprudência americana, pelo voto condutor do Juiz Blackmun, que reconheceu a *privacidade pessoal* e, conseqüentemente, a decisão de abortar, mas que tal *direito* não carece de postulação e deve ser considerado diante de importantes interesses estatais em sua regulamentação. A Corte Suprema decidiu que a palavra *pessoa*, tal como é empregada na Emenda nº 14, não inclui o *não nascido*, e que a mulher grávida não pode ser isolada em sua *privacidade*, pois leva consigo o embrião e depois o feto, e qualquer *direito à privacidade* deve ser medido *conjuntamente*. Aduz, em seu voto, que o interesse do Estado na vida em potencial é a *viabilidade*, capacidade de viver fora do útero materno. Daí a Corte Suprema, com patamar no *direito à privacidade (right of personal privacy)*, ter dividido a gravidez em três períodos trimestrais: a) *no primeiro trimestre*, autoriza o aborto sem restrição; b) *no segundo trimestre*, reconhece a existência de um interesse do Estado em preservar a saúde da mãe e autoriza restrições referentes à forma como o aborto poderia ser realizado; c) *no terceiro trimestre*, reconhece um interesse do Estado em preservar a vida potencial, de modo que inclusive pode proibir o aborto neste período, salvo se ocorrer perigo para a vida ou a saúde da mãe.

A República Federal da Alemanha (1974) aprovou projeto de *descriminalização* do aborto voluntário, realizado nos primeiros três meses de gravidez. Assim, o projeto de 1960 contemplava o **Alternativ Entwurt**, dando grande amplitude às indicações médica, eugênica e social. A então República Democrática da Alemanha, por lei de 9 de março de 1972, *autorizou a interrupção da gravidez até o prazo de três meses*. O projeto, aprovado em 1974 pelo Bundes-

tag, foi declarado inconstitucional em 25 de fevereiro de 1975 pelo Tribunal de Karlsruhe. Na atual legislação, as ações cujo efeito se apresenta antes da terminação da anidação do ovo fecundado na matriz não se consideram como interrupção da gravidez. No autoaborto, a gestante é punida com pena privativa de liberdade de até um ano ou multa. A gestante não é punida pela tentativa.

O modelo alemão *não* pune a interrupção da gravidez quando: **a)** a mulher grávida solicitar a interrupção da gravidez tendo demonstrado ao médico por meio de um certificado da assessoria para a proteção da vida pré-natal (tem por objetivo o empenho de animá-la para continuar a gravidez e abrir-lhe perspectivas para a vida com o filho, nos termos da *Lei de conflito da gravidez*), que não deseja ser assessorada pelos três dias antes da intervenção. A assessoria contribui para que ela *tome* uma *decisão responsável e conscientizada*. Há uma legislação específica para os *casos de conflito da gravidez (Schwangerschaftskontiktzets)*; **b)** a intervenção seja praticada por médico; **c)** desde a concepção *não* tenham decorrido mais de 12 semanas; **d)** praticada por médico com consentimento, quando necessária para eliminar perigo de vida da gestante ou grave prejuízo à sua saúde física ou anímica, e, este perigo, não possa ser eliminado de outra maneira; **e)** ter sido vítima de atos antijurídicos segundo os § 176 a 179 do StGB e existam fundadas razões que desde a concepção não tenham transcorrido mais de 12 semanas; **f)** a mulher grávida não será punida quando a interrupção tenha sido praticada depois do assessoramento de um médico, *desde que entre a concepção não tenham decorrido mais de 12 semanas*.

A Lei de 17.5.75, que modificou o Código Penal francês nos arts. 223-10 a 223-12, no que tange ao ato que voluntariamente prevê a expulsão prematura do feto pelo emprego de um meio qualquer, substituiu a expressão “*interruption de grossesse*” pelo termo “*avortement*”, figurante no art. 317 do diploma, alargando a despenalização do *avortement*, consagrada na Lei de 27.3.1993, no que concerne à “*interruption sur elle-même*”, que se traduz na *despenalização total do autoaborto*, chamando a atenção para a questão da banalização do aborto.

No campo do Direito Comparado, poderíamos historicamente citar os Códigos soviéticos de 1922 e 1926, que admitiam a *descriminalização* do aborto voluntário e penalizavam o médico que interrompesse a gravidez, agravando a punição em caso de *ausência* de consentimento da gestante. Na Rússia se impulsionou a liberdade abortiva através da Lei de 18.11.1927, que autorizou os médicos a executarem a interrupção da gravidez em hospitais públicos, de forma gratuita. Depois, em 27. 6. 1936, se restabeleceu a proibição do aborto em regime de certa tolerância, limitado à mulher em 1954 e estendido a terceiro a partir de 1955.

A tendência à *descriminalização* parcial é grande nos EUA (Havaí, Alasca, New York e Washington), através de *petição da mulher*, exigindo-se a intervenção de um médico, realizada em hospital e dentro das primeiras *doze semanas* de gravidez. Foi do Projeto de 1959, retocado em 1962, que o *American Law Institute* adotou a estratégia das indicações médica, ética e eugênica, até chegar à *descriminalização* em diversos Estados após 1967.

Contudo, foi a Dinamarca que, em primeiro lugar, na Europa ocidental, admitiu o *aborto livre e gratuito*, sendo que a lei de 1973 estabelece o *limite cronológico das doze semanas*. Tal critério é seguido a partir de 1975 pela Áustria, França e Suécia. O decreto de 11 de março de 1955 consagrou na França a possibilidade do *aborto terapêutico*, ratificado pelo *Code de Déontologie Médicale* (28 de novembro de 1955), em uma postura de tímida *descriminalização*. Contudo, a Lei de 17 de janeiro de 1975 (*Code de Santé Publique*) contemplou a interrupção voluntária da gravidez praticada antes do fim da décima semana ("*la femme enceinte qui n'était pas placée dans une situation de détresse...*") e abriu as barreiras cronológicas limitativas, adotando a postura ético-social. Desta forma, a lei francesa *permite* a interrupção voluntária da gestação *em qualquer tempo*, praticada por médicos, após exames que mostrem que a continuação da gravidez coloca em risco a *vida* ou a *saúde* da mulher, ou que há probabilidade de o filho nascer com grave lesão.

Em Portugal, o injusto de aborto tem sido objeto de grande polêmica a partir da Revolução de 1974, em razão da postu-

ra da França, Itália, Alemanha, Bélgica, Irlanda e Espanha. Em 28.6.1998 houve um *referendo* sobre a legalização da interrupção voluntária da gravidez em estabelecimento de saúde autorizado, porém, diante do baixo comparecimento de eleitores, ficou para a Assembleia legislar; por escassa maioria, entendeu esta que seria politicamente inconveniente dar seguimento ao *projeto de despenalização* que preconizava a despenalização da interrupção voluntária da gravidez “*para a preservação da integridade moral, dignidade social e da maternidade consciente*”, quando realizada nas *10 primeiras semanas* e após *consulta de aconselhamento* (combinação entre a solução de prazos e um regime de indicações genéricas com o *aconselhamento obrigatório* antes de a mulher tomar a decisão). O projeto português também preconizava a interrupção da gravidez “*em caso de morte, indicado para evitar perigo de morte e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física e psíquica da mulher grávida, designadamente por razões de natureza econômica e social, quando realizada nas primeiras 16 semanas*”. A lei que discriminaliza a interrupção voluntária da gravidez nas primeiras *dez semanas* foi promulgada em Portugal no dia 10 de abril de 2007. O novo diploma legal estabelece um período de reflexão da mulher “*não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta*”, destinado a proporcionar à grávida o acesso à informação relevante para a formação de sua decisão livre, consciente e responsável: a consulta é obrigatória e compete ao estabelecimento de saúde oficial onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantir a sua realização em tempo útil. Os estabelecimentos são *obrigados* a encaminhar para uma consulta de planejamento familiar as mulheres que solicitem a interrupção voluntária da gravidez e, caso seja de sua vontade, os estabelecimentos são também obrigados a encaminhar a gestante para um estabelecimento que disponha de serviços de apoio psicológico e de assistência social específicos. Os médicos e demais profissionais de saúde ficam vinculados ao *dever de sigilo* (atos, fatos e internações), assegurado aos médicos o direito à objeção de consciência. Registre-se que, em Carta ao Parlamento, o Chefe de Estado português defendeu que a mulher seja *informada*

sobre a possibilidade de encaminhamento da criança para adoção, para que a possibilidade do aborto seja restringida e que os médicos possam dar consultas prévias à interrupção da gravidez.

Ainda no âmbito da consulta, a mulher deve ser informada “sobre o nível de desenvolvimento do embrião”, os métodos utilizados para interromper a gravidez e sobre as possíveis consequências desta ação para a sua saúde física e mental. Sublinhe-se que a nova lei portuguesa foi aprovada após o referendo de 11 de fevereiro, em que o “sim” à interrupção da gravidez venceu com 59% dos votos. As sugestões feitas pelo Presidente Cavaco Silva são de centro restritivo, dirigidas à regulamentação.

Na legislação espanhola (1995), em seu art. 145.2, a mulher que *pratique o autoaborto* ou *consinta* que outra pessoa lhe cause, fora dos casos previstos em lei, é punida com pena de prisão de 6 meses a 1 ano ou multa. No caso de *aborto negligente*, praticado por profissional, a mulher grávida não será apenada. No momento, a Câmara dos Deputados aprovou a polêmica reforma da Lei do Aborto, que autoriza a interrupção da gravidez até a 14ª semana de gestação. O texto foi aprovado com 184 votos a favor e 158 contra, e ainda deverá passar pelo Senado, onde poderá sofrer algumas alterações antes da aprovação definitiva marcada para este ano (2010). A nova lei, apoiada pelo Governo, permite a interrupção da gravidez voluntária da gestação até a 22ª semana caso os médicos diagnostiquem *riscos graves* para a vida do feto ou da gestante. O texto sofreu já modificações no sentido de que os médicos deverão informar a gravidez de menores de dezesseis anos, ainda que não seja necessária autorização dos responsáveis para a intervenção.

As últimas tentativas do Parlamento brasileiro sobre o polêmico *thema* foram rechaçadas em virtude da posição intransigente da Igreja Católica. No início da segunda década do século XXI, o Parlamento brasileiro discute timidamente a possibilidade da realização de um *plebiscito*.

Grande parte dos *sistemas de saúde* nos países em desenvolvimento, independentemente da sua política em relação ao aborto induzido, não planeja sistematicamente ou fornece aten-

ção médica de emergência de maneira eficaz para mulheres que sofrem de complicações relacionadas ao aborto. Como resultado, o tratamento frequentemente é postergado e ineficaz, com graves consequências e riscos à saúde da mulher.

## 5. PROPOSTA DE NOVOS RUMOS NORMATIVOS

No Brasil, no início do século XXI, vigora a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (2004/2007), elaborada pelo Departamento de Ações Programáticas Estratégicas do Ministério da Saúde, cujo objetivo específico é promover a atenção obstétrica e neonatal qualificada e humanizada, incluindo a assistência ao abortamento.

Em 1994, o *Alan Guttmacher Institute* publicou os resultados da investigação sobre o *aborto clandestino* em seis países da América Latina, inclusive o Brasil. São utilizadas diversas técnicas para interromper a gravidez, incluindo também uma ampla variedade de procedimentos populares praticados pelas próprias mulheres ou por pessoal não capacitado, que resultam em sérios riscos à saúde, levando muitas vezes ao óbito materno.

Os resultados mostram que houve uma *redução* de 38% no número de abortamentos induzidos no Brasil: de 1.455.283 abortamentos induzidos em 1992 para 1.066.993 em 1996, mantendo-se neste patamar até 2005 (1.054.242 abortamentos induzidos). A grande maioria (3 em cada 4 em 2005) destes *abortamentos induzidos* ocorreu nas regiões Nordeste e Sudeste. A grande maioria (3 em cada 4 em 2005) das internações no SUS por abortamento ocorreram nas duas grandes regiões com maior população, Nordeste e Sudeste. Observa-se, no entanto, que enquanto houve uma redução de internações nas três regiões mais populosas (mas com menores taxas de crescimento), o número de internações na Região Centro-Oeste permaneceu praticamente o mesmo, e cresceu na Região Norte. Estas diferenças na evolução das internações por abortamento podem ser explicadas pelo ritmo mais rápido de crescimento da população feminina de 15 a 49 anos na Região Norte, que aumentou 59% de 1992 a 2005. Nas outras regiões, este crescimento foi de 47% na Região Centro-Oeste, cerca de 30% nas Regi-

ões Nordeste e Sudeste, e de 26% na Região Sul. Observamos uma diferença regional importante, sendo o risco de abortos induzidos por mulheres de 15 a 49 anos nas Regiões Nordeste e Centro-Oeste maior que o dobro deste risco na Região Sul. Provavelmente, parte destas diferenças pode ser atribuída a uma utilização maior e mais eficaz de *medidas anticoncepcionais* pelas mulheres na Região Sul, o que diminui a ocorrência de gravidezes indesejadas e, conseqüentemente, a necessidade de recorrer à indução do aborto.<sup>1</sup>

Apesar de haver uma *redução no risco* de abortamento induzido, ele é ainda muito alto no Brasil, e apresenta diferenças regionais importantes em consequência da baixa utilização de medidas anticoncepcionais nas Regiões Norte e Nordeste. Tal número já não corresponde à realidade do cotidiano da vida, pois muitas mulheres são atendidas por médicos particulares ou omitem a causa de suas internações. As mulheres de classes econômicas menos favorecidas não podem recorrer às clínicas clandestinas e fazem abortos de maneira perigosa, nunca completo. As complicações mais graves resultam em punir a paciente no ciclo reprodutivo, em virtude de graves infecções. A falta de assepsia de alguns métodos, como a introdução de talo de mamoeiro e agulhas de tricô no útero, geram a disseminação de bactérias que causam inflamação das trompas e ocasionam a esterilidade. Quando fica mais grave o quadro, às vezes são levadas à histerectomia.

De outro lado, as pacientes são levadas a um quadro depressivo, aumentando a possibilidade do cometimento do suicídio pelo sentimento de perda aliado a decisão de abortar, acompanhada de dúvidas e de incertezas.

Dentro do campo da legalidade, há poucos hospitais públicos que realizam o aborto legal. De um lado, temos o retardo da documentação necessária autorizativa para a *comprovação do estupro* e o *prazo legal de segurança* para a interrupção da gravidez, nos primeiros três meses de gestação. De outro, a recusa dos médicos

<sup>1</sup> Mario Francisco Giani Monteiro e Leila Adesse, “Estimativas de aborto induzido no Brasil e Grandes Regiões (1992-2005)”, in XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP, realizado em Caxambu, Minas Gerais, Brasil, de 18-22 de Setembro de 2006, com financiamento da Área Técnica de Saúde da Mulher, Ministério da Saúde.

por crença religiosa ou ética. Só quando há risco de vida para a mulher é mais fácil vencer tais barreiras burocrático-religiosas.

As tentativas dos *grupos feministas* e dos *penalistas de vanguarda* encontram no Brasil ainda fortes barreiras conservadoras ligadas à posição da Igreja, mantendo uma atitude de desigualdade socioeconômica perante a *lei*. Enquanto as mulheres pobres são objeto de “curiosas”, as de condição socioeconômica média e alta se internam em clínicas particulares, sem risco de vida, sem o alcance penal, e os honorários médicos são objeto de desconto no imposto de renda de seus maridos ou companheiros. As *feministas* radicais advogam o *direito de abortar* com base na licitude da propriedade, na *liberdade do próprio corpo* e na *livre determinação de procriar*, reflexo direto do *direito de intimidade*.

O governo brasileiro adotou uma política correta no plano do ser, a fim de evitar o crescimento das taxas de abortamento, com um programa amplo de *planejamento familiar*, incluindo a educação sexual nas escolas de primeiro e segundo grau, assistência pré-natal, orientação às mulheres sobre métodos contraceptivos, e colocando à disposição da população, principalmente das áreas carentes, anticoncepcionais, diafragmas, dispositivos intrauterinos, “camisinhas” e informações sobre métodos naturais e até ligadura de trompas, o que fez reduzir o número de abortamentos. É certo que em uma visão democrática, o *planejamento* depende da *livre decisão do casal*, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. O aborto traz graves riscos à saúde física e psíquica da mulher, como hemorragia, choques causados pela anestesia, além das sequelas em razão de intervenções malfeitas, sem qualquer cuidado higiênico. Constitui princípio constitucional fundamental a *dignidade da pessoa humana* e, nas relações internacionais, o Brasil rege-se pelo princípio da *prevalência dos direitos humanos*. Delegações de 180 países aprovaram uma proposta brasileira em relação ao aborto, chegando a um consenso de última hora sobre o tema na Conferência sobre a População da ONU (1999). O texto diz que os sistemas de saúde pública “*devem treinar e equipar pessoal da área de saúde e tomar outras medidas para garantir a realização*”

*de abortos seguros e acessíveis”* nos países onde a interrupção da gravidez seja considerada legal. A menção ao assunto faz parte da redação final do documento sobre a população mundial a ser ratificado pela Assembleia Geral da ONU. É, acima de tudo, uma questão de cidadania, de viver com dignidade e ter controle sobre a própria vida sexual e reprodutiva.

A nossa posição é na direção da evolução das legislações contemporâneas de *legalização* da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras *doze semanas*, estabelecendo-se o *período de reflexão*, destinado a proporcionar o *acesso à informação* e à *decisão livre e consciente*, após *consulta* obrigatória ao órgão oficial de aconselhamento, garantida a sua realização em tempo útil, observado o dever de sigilo e assegurado aos médicos o *direito à objeção de consciência*. É uma questão de saúde pública na direção de garantir à mulher o próprio controle de sua fertilidade, saúde e futura prole, o que não deixa de ser uma questão abarcada pelos direitos humanos.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) indica a opção pelo fortalecimento da democracia no que tange à igualdade econômica e social, razão pela qual, após a consulta à sociedade civil, ampliando e dando visibilidade à discussão temática, poderíamos adequar a legislação pátria à modernidade normativa contemporânea, atendendo aos reais postulados de um Estado social e democrático de Direito. ☐

# A Locação do Imóvel Urbano e seus Novos Modelos

Sylvio Capanema

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.*

*Professor da EMERJ. Advogado.*

As aceleradas e profundas transformações econômicas que vivemos, especialmente no campo do mercado imobiliário, estão a exigir maior dose de criatividade de todos os que nele atuam, nos seus diversos segmentos.

Os modelos tradicionais de compra e venda e locação já não são suficientes; daí surgirem novas relações, atípicas, a merecer cuidadoso estudo quanto à sua natureza jurídica e disciplina.

Quando da elaboração do projeto da atual Lei do Inquilinato, na década de 90, já enfrentamos este desafio, em relação à locação de espaços em *shopping centers*, que começavam a surgir no perfil urbano.

Depois de intensas vacilações doutrinárias e pretorianas, em que se discutiu se o contrato entre o empreendedor e o lojista seria de locação, decidiu-se, com acerto, subsumi-lo ao regime da Lei 8.245/91, ainda que respeitando eventuais cláusulas atípicas, ajustadas entre as partes, como, por exemplo, o aluguel percentual, o 13º aluguel, em dezembro, e o respeito ao *tenant mix*.

Esta solução garantiu aos lojistas oajuizamento de ação renovatória para preservar seu fundo comercial, caso não se lograsse um acordo quanto ao valor do novo aluguel, quando expirado o prazo do contrato.

Mas, por outro lado, também se transmitiu ao empreendedor a certeza de que o seu investimento contaria com justa remuneração, atualizada a cada quinquênio, para que sempre se mantivesse o aluguel a nível de mercado, o que permitiu a consolidação e o

explosivo crescimento dos *shoppings*, hoje integrados aos perfis de quase todas as cidades brasileiras.

O razoável equilíbrio da equação econômica do contrato, que a lei procurou estabelecer, bem como a estabilidade jurídica que seus dezoito anos de vida proporcionou, produziram o milagre de pacificar um mercado que era o mais tumultuado e nervoso, na década dos anos 80.

Para isto também contribuíram, e muito, as corajosas soluções encontradas pela Lei 8.245/91, visando a aceleração da entrega da prestação jurisdicional nas ações locatícias, cuja exasperante demora acirrava, ainda mais, os ânimos de locadores e locatários.

A lei do inquilinato, com o seu compromisso com o princípio da efetividade do processo, foi premonitória, abrindo as trilhas por onde, poucos anos depois, passaram as reformas do Código de Processo Civil.

Mas os dezoito anos de vida, como é óbvio, deixaram suas marcas, percebendo-se a imperiosa necessidade de corrigir alguns rumos, para aperfeiçoar ainda mais os procedimentos a serem adotados nas ações locatícias, tornando-as mais ágeis e efetivas.

Isto explica o oportuno advento da Lei 12.112/09, que criou novos e poderosos mecanismos processuais, para abreviar a solução dos conflitos locatícios.

Não é dela, entretanto, que nos ocuparemos, em que pese sua extraordinária importância para o mercado imobiliário.

Hipóteses bem mais intrincadas vão surgindo agora, para as quais o regime da Lei do Inquilinato não nos dá respostas adequadas e eficientes, mesmo com as modificações trazidas, em boa hora, pela Lei 12.112/09.

Uma delas seria o que se denomina, no mercado, de *built to suit*, em que se conjugam as participações do vendedor de um terreno, um pretendente à locação futura, uma imobiliária, que pode acumular a função de construtora e investidores ou agentes financeiros.

Dentro deste esquema, altamente sofisticado e atípico, uma empreendedora adquire um imóvel, com ou sem financiamento,

realiza por si ou por terceiros por ela contratados, a construção em estrita obediência à orientação da futura locatária, e, concluída a obra, cede à ela o uso do imóvel, por determinado tempo e aluguel previamente ajustado.

Em que pese a aparente semelhança, não se trata de mero arrendamento mercantil, em que se aluga um imóvel, assegurando-se ao locatário o direito potestativo de, ao final do prazo, e caso lhe convenha, adquirir o bem, por um valor residual, previamente avençado.

No modelo ora examinado existe uma promessa de locação de um imóvel preparado e construído seguindo as especificações do futuro inquilino e para atender às suas necessidades específicas.

Para o empreendedor há uma evidente vantagem, que é a de assegurar, por um tempo geralmente longo, o retorno do investimento, traduzido pelos futuros aluguéis, além do próprio imóvel, que passa a lhe pertencer.

Como se não bastasse, e em se tratando de considerável investimento, não corre o empreendedor o risco de permanecer o imóvel desocupado, após a conclusão das obras, o que importaria em ter que arcar com pagamento de impostos e taxas, além das despesas de conservação.

A garantia de locação imediata estimula a construção de imóveis cada vez maiores ou de características peculiares.

Para o locatário, o benefício ainda é mais evidente, qual seja, o de não precisar se descapitalizar, adquirindo um imóvel ou tendo de construí-lo, e ainda mais com a certeza de que ele atenderá às suas necessidades e às peculiaridades da atividade econômica que nele desenvolverá.

Mas há um perigo evidente, como se verá, caso se submeta o contrato ao regime da Lei do Inquilinato.

O primeiro que vislumbramos está na regra inscrita no artigo 4º da Lei 8.245/91, que assegura ao locatário o direito de denunciar, antecipadamente o contrato, devolvendo o imóvel ao locador, desde que pague a multa nele prevista, ou, na sua falta, a que vier a ser arbitrada judicialmente.

A praxe do mercado e da construção pretoriana é que esta multa não deve ser superior a três meses de aluguel, e, ainda assim, terá que ser reduzida, proporcionalmente ao tempo do contrato já cumprido, segundo a regra do artigo 413 do Código Civil. Acima deste valor, a jurisprudência consolidada considera a cláusula penal abusiva, a exigir redução.

Daí se depreende que se o locatário valer-se deste direito, devolvendo o imóvel sem que tenha decorrido um prazo razoável para o retorno do investimento do empreendedor, a multa não ressarciria o prejuízo, até porque o imóvel pode não se prestar às necessidades de outros interessados, permanecendo ocioso, com a incidência de impostos e taxas, como acima referido.

Não será difícil perceber que, nestes casos, seria preciso afastar a regra do citado artigo 4º, para admitir a cominação de multa que atenda à peculiaridade deste novo tipo de contrato, como, por exemplo, a metade dos aluguéis dos meses que faltam para o término do prazo, ou até mesmo a totalidade, como previa o Código Civil de 1916.

A devolução do imóvel, em pleno curso do contrato, tiraria do empreendedor-construtor o maior atrativo do negócio, que é a certeza da percepção dos aluguéis, pelo prazo necessário ao retorno do capital investido.

Outra relevante questão é a da possibilidade do ajuizamento da ação revisional de aluguel, por iniciativa do locatário, após três anos de vigência do contrato. A eventual redução do aluguel poderá romper a equação econômica do contrato, que é das mais sensíveis e complexas, tendo em vista o considerável investimento realizado pelo empreendedor.

Para evitar esta possibilidade, deverão a doutrina e a jurisprudência validar uma cláusula contratual em que as partes renunciem ao direito de pedir a revisão, para que se preserve a sua equação econômica, originalmente construída.

Como se vê, no sistema *built to suit*, e enquanto não se atribuir a este contrato uma disciplina legal, deve-se reforçar o princípio da autonomia privada, para que as partes possam estabelecer, de maneira minuciosa, as suas condições, afrouxando-se

o dirigismo contratual que se vislumbra na Lei do Inquilinato, embora sem deixar de considerar os princípios da boa-fé e da função social.

Uma solução emergencial seria aprovar e sancionar o Projeto de Lei nº 6.562/09, que visa acrescentar à Lei 8.245/91 o artigo 76-A, com a seguinte redação:

*Artigo 76 A - Não se aplicam as disposições desta lei aos contratos em que a locação decorre de operação em que a contratada adquire ou constrói, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e cede a ela o uso do imóvel por tempo determinado (**built to suit**), salvo se as partes expressamente dispuserem em contrário.*

O fato incontestado é que não se poderá tratar esta nova modalidade de negócio jurídico, com alto grau de atipicidade, com as mesmas regras até então praticadas em relação à locação comum.

Também será preciso que os juízes mitiguem a regra genérica do artigo 45 da Lei 8.245/91, que fulmina de nulidade as cláusulas que visem elidir os objetivos da lei, tratando o sistema **built to suit** com os olhos sempre voltados para suas peculiaridades, pelo menos até que se possa atribuir-lhe uma disciplina legal própria.

Temos certeza de que este novo modelo poderá alavancar o mercado, incentivando a construção civil e a atividade comercial e industrial, em benefício de toda a sociedade.

Outra esperança de crescimento do mercado da construção civil e de locação são os Fundos Imobiliários, que se destinam ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, tais como a construção de imóveis, aquisição de imóveis prontos, e de projetos que viabilizem a sua locação, instituídos pela Lei 8.668/93, regulamentada pela Instrução CVM 472/08.

Estes fundos asseguram isenção de Imposto de Renda para as pessoas jurídicas que os integrem, e também para as pessoas naturais, desde que, para estas, as cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado.

Também se exige que o Fundo possua, no mínimo, 50 cotistas.

Inúmeras vantagens se oferecem ao investidor, tais como rentabilidade, liquidez, baixa taxa de administração, investimento inicial reduzido e fiscalização permanente a cargo da Comissão de Valores Mobiliários.

Segundo recentes informações da CVM, já há em funcionamento 86 Fundos, com 5 bilhões e 300 milhões de Reais de patrimônio líquido, e 9 bilhões e meio em ativos.

Este sistema autoriza a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários-CRI's, o que é da competência exclusiva das companhias securitizadoras, dos quais podem servir de lastro aluguéis de *shoppings centers* e aluguéis comerciais, especialmente os decorrentes de operações estruturadas pelo sistema *built to suit*.

Ao tratar, ainda que em breve análise, das perspectivas e desafios do mercado imobiliário e de seus novos modelos, podemos ainda aludir ao direito de superfície, disciplinado no Estatuto da Cidade e no Código Civil de 2002.

Através deste novo direito real, que substitui com vantagem a vetusta enfiteuse, o proprietário de um terreno urbano ocioso, sem qualquer aproveitamento econômico, pode ceder a terceiro, pessoa natural ou jurídica, a sua superfície, para que o superficiário nela construa, por um certo tempo determinado, findo o qual as acessões feitas passarão ao proprietário do terreno, sem direito a indenização.

Dependendo do prazo avençado, que há de ser necessariamente longo, o superficiário poderá construir unidades habitacionais para alugá-las, de tal maneira que, expirado o contrato e retornando o domínio ao proprietário do imóvel, os aluguéis recebidos sejam suficientes para ressarcir o superficiário quanto ao valor das acessões por ele feitas, e ainda lhe garantir margem de lucro razoável.

Neste caso, o locador será o superficiário, titular da posse direta da superfície do imóvel, que estará legitimado para firmar os contratos, receber os aluguéis e, eventualmente despejar os locatários.

Expirado o prazo da superfície, o proprietário, a nosso aviso, poderá denunciar a locação, invocando, por analogia, a regra dos

artigos 7º e 8º da Lei 8.245/91, salvo se tiver anuído expressamente com o contrato.

Não será difícil perceber que o uso da superfície poderá, quando melhor conhecido pela sociedade, modificar profundamente o perfil das cidades, permitindo o aproveitamento econômico de tantos imóveis que são mantidos vazios, aumentando, portanto, a oferta de unidades para locação, com a consequente redução do valor dos aluguéis.

Finalmente não podemos nos esquecer da “venda-locação” (*sale and lease back*), em que o proprietário de um imóvel o vende, ajustando-se, no mesmo ato, a sua locação, figurando como locador o adquirente e como locatário o antigo proprietário.

Opera-se, assim, uma interversão da posse, o que permite ao anterior titular do domínio capitalizar-se.

Há poucos anos, um conhecido e poderoso estabelecimento bancário publicou editais, oferecendo à venda centenas de imóveis seus, em diversas cidades brasileiras, onde estavam instaladas suas agências, propondo, imediatamente, alugá-los, passando os adquirentes a ser seus locadores.

Em todos estes casos o prazo avençado para a locação era bastante longo, quase sempre de vinte anos, e se inseria uma cláusula segundo a qual o adquirente-locador renunciava ao direito de ajuizar ação revisional, para aumentar o locativo, até o término do contrato.

Sustentava o alienante que, em compensação pela renúncia, o prazo da venda era abaixo do mercado, além do que o adquirente teria a garantia de contar com um locatário que lhe pagaria os aluguéis pontualmente, durante toda a vida do contrato.

Ocorre que, com o passar dos anos, e em muitos casos, se apurou que as correções pelos índices oficiais se mostraram insuficientes para manter o aluguel a nível de mercado, ficando eles defasados, o que traduziria um enriquecimento indevido do locatário.

A discussão já desaguou nos tribunais, ainda não se tendo firmado uma posição majoritária.

Quanto à nós, entendemos que esta cláusula, representando uma renúncia prévia, com duração média de vinte anos,

não pode se sobrepôr à teoria da onerosidade excessiva superveniente.

Uma vez comprovado, através de perícia técnica, que se rompeu a equação econômica do contrato, é justo e imperioso que se restaure a comutatividade inaugural.

A cláusula nos parece abusiva, contrária ao princípio da boa-fé objetiva, representando uma renúncia prévia a um direito inerente à natureza do contrato, o que é fulminado pelo artigo 45 da Lei 8.245/91.

Nem se invoque em favor do locatário, que, neste caso, dispensa proteção especial, já que mais forte economicamente do que o locador, o princípio do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que está ele mitigado pelos novos paradigmas da boa-fé objetiva e da função social, que exigem que durante toda a vida do contrato se mantenha ele razoavelmente equilibrado.

Como se vê, grandes desafios já se apresentam, no campo da locação imobiliária, a exigir profundas reflexões.

Ainda que breves, esperamos que estes comentários, feitos muito mais para provocar o debate e espicaçar a criatividade, contribuam para o desenvolvimento do mercado, que está a exigir novas soluções, capazes de acompanhar as mudanças econômicas e o crescimento explosivo das cidades. 📄

# Notas sobre o Homicídio Aleivoso no Direito Penal Peruano

Nilo Batista\*

*Professor Titular de Direito Penal da UERJ e da UFRJ.*

*“Dado que es de elemental racionalidad que cualquier pretensión de ejercicio del poder punitivo se asiente sobre la acción de una persona, su función será la de bloquear todo intento de desconocimiento de este nivel primario de republicanismo penal (nullum crimen sine conducta).”*

Raúl Zaffaroni

1. O tipo de homicídio qualificado do qual nos ocuparemos se estrutura sinteticamente: *“el que mate a otro (...) con alevosía”* (art. 108, 3 CP). Sua realização é punida com privação de liberdade não inferior a quinze anos. A previsão do venefício no inciso subsequente (art. 108, 4 CP) nos dispensa do exame de seus problemas específicos. Se, na companhia de Quintano, acreditarmos que a maior gravidade do *crimen de veneficis* proveio da presunção de *“una máxima perversidad”*<sup>1</sup>, a afinidade com a

---

\* Agradeço ao ilustre Prof. Julio Armaza Galdos referências bibliográficas e cópias que tornaram possível esse modesto texto, por cujas impropriedades e equívocos antecipadamente me desculpo com os colegas peruanos; o fim de homenagear Raúl Zaffaroni vale esses riscos.

<sup>1</sup> Quintano Ripolles, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madri, 1972, ed. Rev. Der. Privado, t. I, p. 281.

aleivosia, pelo elemento - especialmente relevante no direito peruano - da perfídia, entra pelos olhos. Salinas Siccha, por essa linha, sustenta que a qualificadora “*dependerá de la existencia de los elementos propios de la alevosía*”<sup>2</sup>. A principal questão que aí se apresenta diz respeito ao reconhecimento da qualificadora em casos nos quais o veneno não seja ministrado insidiosamente à vítima. Parece haver divergência na doutrina peruana: enquanto Roy Freyre<sup>3</sup> e Villa Stein<sup>4</sup> têm como indispensável o modo traiçoeiro na ingestão do veneno pela vítima, Hurtado Pozo entende que, à míngua de expressa referência legal ao elemento modal<sup>5</sup>, cabe reconhecer a qualificadora, qualquer que tenha sido a forma pela qual a vítima ingeriu o veneno, opinião endossada por Peña Cabrera<sup>6</sup>. Esperamos que, ao final dessas notas sobre o homicídio aleivoso, o leitor se incline para a primeira opinião. O lapidar rescrito de Antonino a Tício, “*plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio*”<sup>7</sup>, estaria privado de sentido se a comparação incluísse o veneno ministrado goela abaixo de uma vítima subjugada à força e à força boquiaberta. Também no rescrito não existe referência ao modo insidioso pelo qual deveria servir-se o veneno à vítima, e, não obstante, só esse modo de execução explica a diversa valoração das duas modalidades de homicídio.

2. Refletir sobre o homicídio aleivoso é em certa medida entrar no túnel do tempo, pois nele reside um multimilenar arquê-

<sup>2</sup> Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho Penal*, P.E., Lima, 2004, ed. Idemsa, p. 103; este Autor menciona um aresto (*Ejecutoria Suprema* de 14.mai.98) que enfatiza ter sido a “*sustancia nociva*” empregada “*de una manera furtiva*”.

<sup>3</sup> Roy Freyre, Luis E., *Derecho Penal*, t. I, P.E., Lima, 1986, ed. Eddili, p. 159.

<sup>4</sup> Villa Stein, Javier, *Derecho Penal*, P.E., I-A, Lima, 1997, ed. San Marcos, p. 85.

<sup>5</sup> “*Nuestra ley no ha establecido expresamente este requisito*” - cf. Hurtado Pozo, Jose, *Manual de Derecho Penal*, P.E., 1, Lima, 1995, ed. Juris, p. 82.

<sup>6</sup> Peña Cabrera, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, v. II, Lima, 1985, ed. AFA, p. 51.

<sup>7</sup> Cod., IX, XVIII, 1. Ulpiano equiparava o emprego de veneno a qualquer outro expediente que “*costume matar às ocultas (quod clam necare soleat)*”, distinguindo o emprego insidioso da hipótese na qual “*fosse o veneno ministrado à força (si venenum per vim infusum sit)*”; cf. Dig., XXIX, V, 1, §§ 17 e 18. Não pode surpreender tenham “os romanos introduzido os meios (de execução) mágicos no conceito de *venenum*” (cf. Mommsen, Theodor, *Le Droit Pénal Romain*, trad. J. Duquesne, Paris, 1907, ed. A. Fontemoing, t. 2º, p. 357).

tipo penal. No mundo homérico, como lembra Gastaldi, “somente em três casos era o homicídio punível: quando acompanhado de engano, contra um hóspede, e em caso de parricídio”<sup>8</sup>: esses três casos podem ou já puderam ser assimilados ao homicídio aleivoso. Na famosa lei de Dracon, neste particular reiterando característica da mentalidade homérica, o homicídio de ímpeto era dado por involuntário e sujeito a resposta penal mais branda<sup>9</sup>: o contraponto do homicídio traiçoeiro também estava nascendo. Se quisermos testar a longevidade dessas matrizes num penalista ilustrado, constatemos no projeto Vidaurre a especial gravidade do parricídio, da morte em desafio ao ancião ou ao inexperto em armas, do venefício; fitemos o gorro com a inscrição “*pérfida*” que perpetuamente usaria a mulher que matasse seu marido<sup>10</sup>. Por outro lado, constatemos também a geral exclusão do dolo pelo “excesso de uma paixão”, a equiparação do dolo de ímpeto à culpa lata quando não existir “anterior deliberação” ao delito executado, a isenção de pena no homicídio provocado por ofensa<sup>11</sup>. A distinção, corrente nos práticos italianos, entre *homicidium simplex* e *homicidium deliberatum*, chegaria aos códigos penais modernos: *Totschlag* e *Mord* no direito alemão, *meurtre* e *assassinat* no francês e no suíço, *homicidio* e *asesinato* no

<sup>8</sup> Gastaldi, Viviane, *Direito Penal na Grécia Antiga*, trad. M.S. Glik, Florianópolis, 2006, ed. F. Boiteux, p. 31. A Autora ilustra sua afirmação com Odisséia XIV, 402 e XXI, 22-30 e Ilíada IX, 558-61.

<sup>9</sup> Sobre isto, Biscardi, Arnaldo, *Diritto Greco Antico*, Varese, 1982, ed. Giuffrè, p. 284 ss. Afinados com tal concepção, Platão sustentava que “o homem que não alimenta seu ódio e a ele cede de imediato sob um impulso repentino e sem intento deliberado se assemelha ao homicida involuntário” (*As Leis*, IX - trad. E. Bini, Bauru, 1999, ed. Edipro, p. 375) e Aristóteles estimava que “os atos devidos à cólera não são premeditados com intenção criminosa”, embora, ao tratar da imputação das ações, tenha manifestado que talvez “não seja correto chamar de involuntários os atos praticados por causa da cólera” (*Ética a Nicômacos*, V, 1.135 b e III, 1.111 a). A despeito da vigorosa contestação estoica a Aristóteles (com Sêneca, no *De ira*), o tratamento privilegiado ao homicídio de ímpeto alcançaria nossos dias.

<sup>10</sup> Respectivamente, *Delitos Privados*, Tit. 1º, leis 2, 11, 21 e 8. Cf. Armaza Galdos, Julio (org.), *Manuel de Vidaurre - Proyecto de Código Penal*, Arequipa, 1996, ed. Consorcio del Sur, p. 92, 96-97, 102 e 95. O caso da luta para a qual o assassino provoca o ancião ou o inexperto em armas foi provavelmente inspirado no CP espanhol de 1822 (art. 609, inc. 3º).

<sup>11</sup> Respectivamente, *Leys Generales*, lei 44, e *Delitos Privados*, Tit. 1º, leis 17 e 14. Cf. Armaza Galdos, Julio (org.), *op. cit.*, p. 44, 100 e 99.

espanhol; mesmo no direito anglo-americano encontraremos a díade *manslaughter* e *murder*.

3. Especialmente interessante foi o percurso hispânico do homicídio aleivoso. O amplo levantamento do assunto nos forais municipais realizado por Camargo Hernández<sup>12</sup> nos revela uma rica casuística, que vai recortando situações e sinais de aleivosia. No *Fuero de Lorca* se requeria que entre autor e vítima “*no aya ante avido palabras feas, ni baraia ni contienda*”; no *Fuero de Zorita de los Canes* temos o caso de quem “*omne enbidare a su casa a comer o a beuer (...) et lo matare*”<sup>13</sup>. Por vezes o parricídio era previsto, e frequentemente mencionava-se a hipótese da ruptura da paz celebrada. Como nos ensinou Hinojosa, o reconhecimento judicial do homicídio, que instaurava a *inimicitia* entre os grupos familiares do autor e da vítima e autorizava o exercício da vingança privada, implicava a perda da confiança (*diffidamentum*)<sup>14</sup>, elemento chave na compreensão da aleivosia. A morte dada ao ofensor “*ante que el rey o los alcades o de pñr emmijgo*” implicava traição<sup>15</sup>, tanto quanto após a celebração da paz, cumpridos os ritos do “saludo”, que reuniam perante o Conselho o parente mais próximo da vítima e o autor<sup>16</sup>. A *Novísima Recopilación* contempla a hipótese de quem “*matare a otro á traición, dada y otorga-*

<sup>12</sup> Camargo Hernández, César, *La alevosia*, Barcelona, 1953, ed. Bosch, p. 7 ss. Sobre a etimologia da palavra, cf. Altés Martí, Miguel A., *La Alevosia*, Valência, 1982, ed. Un. Valência, p. 8 ss.

<sup>13</sup> Camargo Hernández, *op. cit.*, p. 8 e 11. O homicídio praticado entre comensais (*dum sederes mecum in mensam*) era um dos casos de *homicidium proditorium* elencados por Julius Clarus (*apud* Hungria, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1958, ed. Forense, v. V, p. 168).

<sup>14</sup> Hinojosa, Eduardo de, *El Elemento Germánico en el Derecho Español*, Madri, 1915, ed. C. Est. Históricos, p. 37.

<sup>15</sup> *Fuero Real*, IV, 17,4; na versão portuguesa do século XIII (Pimenta, Alfredo [org.], *Fuero Real de Afonso X, o Sábio*, Lisboa, 1946, ed. Inst. Alta Cultura), p. 153; cf. Hinojosa, *loc cit.*

<sup>16</sup> O *Fuero de Molina* dava por traidor “*qui homne matare despues que saludado lo oviere*”; cf. Camargo Hernández, *op. cit.*, p. 9 e 13. Também nos forais portugueses existia a cerimônia de reconciliação (cf. Herculano, Alexandre, *História de Portugal*, Amadora, s/d, ed. Bertrand, v. VIII, p. 189).

da tregua y seguro”<sup>17</sup>. Também a longevidade dessas concepções pode ser verificada em Carrara, que no século XIX, embora frisando que o debate tinha apenas interesse histórico, estudava como homicídio proditório aquele “*comesso senza nuova causa dopo la stipulazione di un contratto di pace*”<sup>18</sup>. A passagem das Partidas, que pretendeu distinguir traição e aleivosia segundo a ofensa se dirigisse contra o rei ou contra “*otros omes*”, não perturbaria a histórica comistão desses conceitos; porém foi com as Partidas que pela primeira vez os autores de homicídio aleivoso foram designados como “*asesinos*”<sup>19</sup>. Sob direta influência das Partidas, as portuguesas Ordenações Afonsinas também trataram da aleivosia junto da traição (no sentido de lesa-majestade), formatando a expressão “sob mostrança d’amizade”, que chegaria às Ordenações Filipinas<sup>20</sup>.

4. A expressão, enraizada nos forais, “*a traición o sobre seguro*”, chegaria ao CP espanhol de 1822 por meio de fórmula analítica muito prestigiada<sup>21</sup>. Da rica exemplificação de que se valeu o legislador para ilustrar o que seria “*alevosia*” ou “*a traición y sobre seguro*” está ausente o ocultamento material, a “*asechanza*”, destacada como circunstância qualificadora autônoma no inciso imediatamente anterior. Assim, ora integrada à disciplina do homi-

<sup>17</sup> *Apud* Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madrid, 2002, ed. Edisofer, p. 965 (Nov. Recop. XII, tit. 21, lei 10).

<sup>18</sup> *Programma*, § 1.162.

<sup>19</sup> *Setena Partida*, II, ley I (para a distinção entre traição e aleive) e XXVII, ley III (“*Asesinos son llamados una manera que ha de omes desesperados, e malos, que matan a los omes a traycion, de manera que non se puede dellos guardar*”); cf. *Setena Partida*, Salamanca, 1555, ed. A. de Portonariis, p. 16 e 81. Para o fracasso da distinção, Altés Martí, *op. cit.*, p. 14 e 15.

<sup>20</sup> Ord. Afo. V, II, 23; Ord. Fil. V, XXXVII. Segundo Houaiss, a palavra “aleyuosia” tem seu primeiro emprego em português registrado no século XIV; as Ordenações Afonsinas são da metade do século XV (1447) e as Filipinas de 1603 (entre ambas, as Manoelinas, de 1521).

<sup>21</sup> O art. 609 nomeava assassinos aqueles que matassem dolosamente outrem (...) “3ª. *Con alevosia o a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya enpeñándola en una riña o pelea, provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de éste, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo del agresor; o para quitar la defensa al acometido*”.

cídio, ou pelo menos dos crimes contra a pessoa, ora remetida ao elenco de agravantes genéricas (como no CP espanhol de 1848, art. 10,2), aqui conceituada analiticamente, acolá referida tão só pelo próprio nome, a aleivosia chega aos códigos modernos ainda abraçada à traição, às vezes subjetivada como perfídia e disputando fronteiras com a premeditação. Embora, como registra Peña Cabrera Freyre com aval de Soler, não pareça que a aleivosia pressuponha necessariamente premeditação<sup>22</sup> (pense-se no uxoricídio da esposa adormecida subitamente resolvido e executado), tem razão Castillo Alva: na prática, as duas figuras costumam coincidir<sup>23</sup>, e certamente coincidem naquele campo teórico que fundamenta objetivamente a premeditação, através de uma doutrina entre os italianos chamada de “*minorata difesa*”<sup>24</sup>. Em sua redação original, o código imperial alemão sobriamente distinguia **Mord** de **Totschlag** por ter sido o primeiro praticado com premeditação (“*mit Überlegung ausgeführt hat*”). O positivismo, cujas elaborações teóricas forneceram abundante combustível para políticas criminais genocidas e suas técnicas penalísticas de autor, optará alguma vez pela versão caracteriológica da aleivosia, que busca nos afetos ou na opção moral do sujeito o fundamento da qualificadora. Foi o que se deu na longa gestação do CP suíço, cujos trabalhos - especialmente o projeto de 1918 - foram fiéis às concepções de Stooss<sup>25</sup>. O importante, como se consignaria no artigo 112 do CP suíço, é que a premeditação denote que o sujeito é “*particulièrement pervers*”, que tenha “sentimentos especialmente reprováveis (*besonders verwerfliche Gesinnung*)”: essa perfídia do sujeito é equiparada pelo tipo à sua perigosidade, ele é pérfido ou perigoso (**dange-reux, gefährlich**). Uma lei de 4 de setembro de 1941 - certas datas dispensam qualquer contextualização - reformou o tipo do **Mord** no CP imperial alemão para, entre outros elementos sobre os quais

<sup>22</sup> Peña Cabrera Freyre, Alonso R., *Derecho Penal*, P.E., Lima, 2008, ed. Idemsa, t. I, p. 65.

<sup>23</sup> Castillo Alva, José Luis, *Derecho Penal*, P.E., Lima, 2008, ed. Grijley, I, p. 480.

<sup>24</sup> Sobre ela, Contieri, Enrico, *La Premeditazione*, Nápoles, 1976, ed. Jovene, p. 24 ss.

<sup>25</sup> Atesta-o Logoz, Paul, *Commentaire du Code Pénal Suisse*, Neuchatel, 1955, ed. Delachaux & Niestlé, P.E., v. I, p. 15; cf. Germann, O. A., *Das Verbrechen in neuen Strafrecht*, Zurich, 1942, ed. Schulthess, p. 225.

não podemos nos deter, incluir o homicídio praticado “perfidamente (*heimtückisch*)”. A despeito dos esforços doutrinários (Welzel, por exemplo, dissecava a perfídia em dois níveis: objetivamente, ela suprime do conhecimento da vítima a agressão, enquanto subjetivamente ela pressupõe “especial hipocrisia e astúcia - *besonderer Falschheit und Verschlagenheit*”<sup>26</sup>), não há como discordar de Schönke e Schröder: “o conceito de perfídia é há muito tempo polêmico (*umstritten*)”<sup>27</sup>, e certamente continuará a sê-lo, ao lado de outros traços do direito penal de autor.

5. Embora Hurtado Pozo se queixe da falta de clareza do conceito de alevisia nos antecedentes legislativos nacionais peruanos<sup>28</sup>, o dado mais relevante foi a opção realizada pelo CP de 1924 em favor da *perfidia*<sup>29</sup>, segundo opinião comum sob influência dos trabalhos preparatórios do CP suíço. Dessa forma, durante quase sete décadas, a reconstrução dogmática do homicídio aleivoso tinha que olhar para a subjetividade traiçoeira antes que para o próprio modo de execução traiçoeiro. Mas toda a rica tradição ibérica se apresentava naqueles antecedentes, como a fórmula “*a traición o sobre seguro*”, presente no projeto de 1855 (art. 462, inc. 2º) e no CP de 1863 (art. 232, inc. 2º). O anteprojeto de 1877 ofereceu conceitos analíticos de *perfidia* e de *alevosía*, fulcrado o primeiro na neutralização da possível desconfiança da vítima atraída pela simulação de amizade ou método similar (art. 297), e o segundo na neutralização da possível suspeita da vítima, assim indefesa (art. 300). É curioso observar, nessa distinção, o quanto tais conceitos se interpenetravam, já que neutralizar a desconfiança da vítima não parece muito diferente de diligenciar para que ela não suspeite de nada.

<sup>26</sup> Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, 1969, ed. W. de Gruyter, p. 283.

<sup>27</sup> Schönke, Adolf e Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munique, 1980, ed. C.H. Beck, 20ª ed., p. 1354.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 62. Sobre esses antecedentes, cf. também Roy Freire, *op. cit.*, p. 156 ss.

<sup>29</sup> Art. 152 - *Se impondrá pena de muerte al que matare por ferocidad o por lucro, o para facilitar u ocultar otro delito, o con gran crueldad, o con perfidia, o por veneno, o por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.*

6. Na economia do delito, a aleivosia representa um modo de execução que, agregado ao homicídio simples, dá lugar a um homicídio qualificado. Em nossa família jurídica, é comum que do tipo básico do homicídio provenham tipos qualificados pela agregação de motivos, meios e modos de execução, ou de certos fins especiais. São essas circunstâncias muito distintas das *accidentalia delicti*: como ensinava Luis Luisi, elas “pertencem e integram o tipo”<sup>30</sup>. Ilustrando essa estrutura típica, Reyes Echandía lecionava que “*matar ‘con sevicia’ no es mas que una circunstancia modal de homicidio*”<sup>31</sup>. Trata-se, portanto, não apenas de demarcar o tipo objetivo do homicídio aleivoso, mas também de observar a congruência que com ele haverá de guardar o tipo subjetivo<sup>32</sup>.

7. A literatura penalística peruana, como outras - inclusive a brasileira<sup>33</sup> - destaca na conduta homicida aleivosa, antes de mais nada, a violação da confiança que a vítima depositava no autor. Roy Freyre definia o homicídio por perfídia como “*la muerte cometida violando la fe debida, la seguridad o la confianza que expresamente el agente habia prometido a la víctima*”, distinguindo os casos em que preexistiria “*un deber de fidelidad cierto*” daqueles no qual o agente simularia “*actitudes y comportamientos que generaron confianza en la víctima*”<sup>34</sup>. Tal distinção é adotada por Peña Cabrera, que também viu na perfídia “*la violación desleal de un vínculo de confianza real o aparente*”<sup>35</sup>. A um “*homicidio*

<sup>30</sup> Luisi, Luis, *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*, P. Alegre, 1987, ed. Fabris, p. 53.

<sup>31</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *Tipicidad*, Bogotá, 1989, ed. Temis, p. 114.

<sup>32</sup> Na qualificação do homicídio pelos fins teremos incongruência, porquanto o fim almejado pelo agente ultrapassa sua própria conduta (fenômeno tratado inicialmente como “dolo específico”, depois conduzido para a antijuridicidade como “tendência interna transcendente” [Hegler] e hoje majoritariamente situado no tipo subjetivo: ao lado de seu elemento geral, o dolo, requisitar-se-á um elemento especial, a intenção; não presente a intenção, subsistirá apenas o homicídio simples).

<sup>33</sup> Para uma síntese, Batista, Nilo, *Decisões Criminais Comentadas*, Rio, 1976, ed. L. Iuris, p. 37 ss.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 155; já na regência da aleivosia, incorpora-lhe o conceito Villa Stein, *op. cit.*, p. 83-84.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 49 e 50.

*bajo traición*” se refere Peña Cabrera Freyre<sup>36</sup>, enquanto Salinas Siccha afirma que no homicídio aleivoso “*el agente actúa a traición, vulnerando la gratitud y confianza (la bona fide) que le tiene su víctima*”<sup>37</sup>. Dissente parcialmente Hurtado Pozo, quem, embora reconhecendo conduta aleivosa na “*explotación de la relación de confianza existente entre la víctima y el homicida*” e também distinguindo entre a “*confianza real o creada astuciosamente por el delincuente*”, admite aleivosia na hipótese de simples “*indefensión de la víctima*”<sup>38</sup>. Dissente radicalmente Castillo Alva, cujo minucioso estudo da aleivosia, na esteira de uma corrente jurisprudencial da Corte Suprema, procura desligar a conduta aleivosa da confiança, dos deveres de lealdade, da fé devida, da amizade, em suma da “*traición a las relaciones personales*”, para centrá-la no procedimento executivo que objetivamente assegure o resultado<sup>39</sup>. Nessas dissensões, podemos entrever o tropismo teórico exercido pelo segundo polo da velha fórmula ibérica (“*a traición y sobre seguro*”), dada como sinônimo de aleivosia pelo CP espanhol de 1822, ao início de sua fórmula analítica. O asseguramento da execução, reduzindo significativamente ou evitando a possível defesa da vítima<sup>40</sup>, integra sem dúvida o homicídio aleivoso. Esquemáticamente, e com todos os riscos das simplificações, poderíamos propor que matar com aleivosia acrescenta à estrutura típica do homicídio simples dois elementos: a) uma deslealdade do autor, que frustra a confiança da vítima; b) a indefensão, total ou parcial, da vítima.

8. O primeiro desses elementos, a deslealdade do autor que frustra a confiança da vítima, inscreve-se evidentemente na conduta típica do homicídio aleivoso. É preciso, aqui, distinguir - como recorrente na doutrina peruana - dois modelos. No primeiro deles, o autor procura capturar a confiança da vítima, através de interações artificiosas que a façam acreditar em sua amizade.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, t. I, p. 65.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 100.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 67.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 461 e *passim*.

<sup>40</sup> Assim, Villa Stein, *op. cit.*, p. 83.

Temos aqui as hipóteses clássicas do convite para a vítima jantar ou pernoitar na casa do autor, das quais participam os significados antropológicos da comensalidade e da hospitalidade; aqui caberia também a hipótese da vítima atraída, sob amável convite, para o lugar ermo onde será confortavelmente trucidada. Nesse primeiro modelo, não se exige do autor uma *mise-en-scène*, qual aquela que certa corrente exigia para o estelionato, mas é indispensável que haja alguma conduta, como requisito republicano elementar para qualquer criminalização (*nulla iniuria sine actione*). Mais: é igualmente indispensável que a indefensão, parcial ou total da vítima, constitua um efeito da conduta aleivosa do autor. Com tal postulação soluciona-se a questão do homicídio aleivoso objetivo (no qual, sem conduta do autor, a vítima se encontra parcial ou totalmente indefesa), que tantos problemas suscitou no direito penal brasileiro com a “superioridade em armas” ou no mexicano com a “*ventaja*”<sup>41</sup>. No segundo modelo, a confiança da vítima está estabelecida previamente, fundamentada seja em deveres legais de assistência e solidariedade, como aqueles que a lei civil impõe aos parentes, seja em deveres de salvaguarda e cuidado voluntariamente assumidos, como aqueles que contratualmente obrigam o guarda-costas perante a pessoa protegida ou, independentemente de contrato, vinculam o vizinho que abrigou o filho da vizinha inopinadamente hospitalizada. Nesse segundo modelo, a aleivosia é completamente assimilável à *infidelidade*, modo de execução comum aos delitos de traição à pátria, patrocínio infiel, adultério, violação de sigilo profissional, administração desleal e tantos outros, numa perspectiva que modernamente passou pelo *abus de confiance* napoleônico e pela *Untreue* alemã. Mas isso, de certa forma, aproxima esse

<sup>41</sup> Sobre a “superioridade em sexo, força ou armas”, presente nos CPs brasileiros de 1830 e 1890, cf. Siqueira, Galdino, *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1932, ed. Jacyntho, v. I, p. 510 ss. (embora a doutrina se contentasse com a superioridade objetiva, arestos da Relação da Côrte, de 1874, e da Relação de Ouro Preto, de 1884, entenderam ser necessário “que as armas tenham sido procuradas propositalmente pelo acusado” - p. 512); sobre a “*ventaja*”, cuja presença no CP mexicano de 1872 (influência do CP espanhol de 1822?) mereceu críticas de Carrara (*Programma*, § 1.160, nota 1), cf. Jimenez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1975, ed. Porrúa, t. II, p. 130 ss.

modelo de homicídio aleivoso daquela classe de delitos que Roxin chamou de delitos de dever (*Pflichtdelikten*) precisamente porque sua autoria não pode distinguir-se da participação pelo mero domínio do fato, mas sim pela violação de um dever extrapenal (*“die Verletzung einer ausserstrafrechtlichen Pflicht”*), entre os quais, exemplificativamente, situa ele deveres jurídico-civis de lealdade (*“zivilrechtlichen Treueverpflichtungen”*)<sup>42</sup>. Nesse modelo, no qual a confiança da vítima não é arditosamente capturada nos atos preparatórios ou mesmo no processo executivo do delito, mas configura uma expectativa legitimamente fundada em prévios deveres de assistência, solidariedade, salvaguarda ou cuidado, autor será estritamente aquele obrigado pelo dever. Bem ao contrário do homicídio simples e da quase totalidade dos qualificados, este modelo de homicídio aleivoso não constitui um crime comum: seu autor será sempre alguém obrigado por um dever especial, e todo concorrente não obrigado, ainda que compartilhe da execução, só interessará como partícipe (cúmplice)<sup>43</sup>. Nesse segundo modelo, é dispensável a conduta de capturar a confiança da vítima mediante qualquer interação artificiosa, já que tal confiança está previamente estabelecida. Essa diferença acarretará soluções diferentes para a constelação de casos que se podem reunir sob o rótulo da “surpresa”: enquanto no primeiro modelo a agressão subitânea pode a rigor excluir a aleivosia (sugerindo um homicídio de ímpeto), no segundo modelo ela representará sem dúvida, pela inesperada e surpreendente violação do dever, conduta aleivosa típica.

9. O segundo elemento, a indefensão total ou parcial da vítima, integra o resultado do homicídio aleivoso. Tanto quanto no venefício, é decisivo que a morte seja causada pela substân-

<sup>42</sup> Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlim, 1975, ed. W. Gruyter, p. 354.

<sup>43</sup> Como ensina Günther Stratenwerth, nos delitos especiais só pode ser autor “aquele que o dever especial obriga (*dem die Sonderpflicht obliegt*)” - cf. *Strafrecht*, A.T., I, Berlim, 1971, ed. C. Heymanns, p. 212. Adotamos esta lição há três décadas (Batista, Nilo, *Concurso de Agentes*, Rio, 1979, ed. L. Iuris, p. 72), porém ainda prevalece no Brasil uma concepção formal-objetiva de autoria.

cia venenosa ingerida, aberto o espaço da tentativa na falta do respectivonexo causal (como no caso da vítima cardíaca que, já envenenada, seja acometida por um infarto fulminante, sem qualquer relação com o veneno), no homicídio aleivoso é preciso constatar não apenas a indefensão, total ou parcial, da vítima, mas também que tal indefensão foi produzida pela conduta aleivosa que exteriorizou a deslealdade do autor. Essa constatação disporá de maior utilidade no modelo em que o autor captura a confiança da vítima através de interações artificiosas, pois quando já se encontra previamente estabelecida a confiança da vítima, quase toda a agressão, violando deveres impostos legalmente ou assumidos pelo autor, atingirá alguém desprevenido, e ao menos parcialmente indefeso. Isso não prevalecerá por certo após a ruptura, expressa ou tácita, da relação de confiança. O caso da vítima adormecida, no qual a maioria da doutrina e da jurisprudência lobriga incondicionalmente homicídio aleivoso<sup>44</sup>, pode admitir solução distinta: quando autor e vítima são notórios inimigos que já se hostilizaram publicamente, e o primeiro, tendo resolvido dar cabo do segundo, o encontra dormindo e dispara sobre ele como dispararia igualmente caso o encontrasse desperto, nem há deslealdade frustrante de confiança da vítima nem sua indefensão foi produzida por conduta do autor. Um estado ou condição da vítima, para o qual em nada contribuiu o autor, não lhe pode ser imputado. Cabe, ao contrário, reconhecer o homicídio aleivoso naqueles casos em que o autor induz ou favorece, pela ingestão de bebida alcoólica ou qualquer outro meio, o sono da vítima, pelo qual espera para executá-la, ou lhe ofereceu hospitalidade<sup>45</sup>, e sempre reconhecê-lo no modelo da prévia confiança: a esposa que adormece ao lado do companheiro, tanto quanto a pessoa protegida que adormece tendo na sala contígua seu guarda-costas, confia estar a salvo de perigos.

<sup>44</sup> Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, p. 65; Villa Stein, *op. cit.*, p. 84; Castillo Alva, *op. cit.*, p. 492, com referência a diversos arestos.

<sup>45</sup> “Como seu anfitrião, deveria fechar a porta contra seu assassino, e não empunhar o punhal eu mesmo (*as his host, / Who should against his murderer shut the door, / Not bear the knife myself*)” - Shakespeare, *Macbeth*, ato I, cena VII.

10. O tipo subjetivo do homicídio aleivoso acrescenta ao dolo do homicídio simples (vontade e consciência de matar outrem) os conteúdos correspondentes para sua congruência com o tipo objetivo. No modelo em que a confiança da vítima é artificialmente capturada, o autor consciente e voluntariamente atua para simular a ilusória amizade e assim suprimir ou reduzir suas possibilidades de defesa. É totalmente dispensável que o autor exerça um juízo axiológico negativo sobre a deslealdade de sua própria conduta. No modelo da prévia confiança, a vontade do autor conscientemente se dirige a garantir uma execução segura do homicídio (no sentido da indefensão total ou parcial da vítima), aproveitando-se de suas expectativas de assistência, solidariedade, salvaguarda ou cuidado. É igualmente dispensável que o autor atualize o conhecimento de que está infringindo um dever legal ou assumido. A despeito de respeitáveis opiniões divergentes, não há na aleivosia espaço lógico para o dolo eventual: no exemplo por vezes invocado do “amigo” que remete um presente que, ao ser aberto, detona uma bomba e mata também a esposa da vítima<sup>46</sup>, a segunda morte estará melhor tratada como - segundo as circunstâncias - dolo direto de segundo grau (ou de consequências necessárias) ou culpa temerária. A natureza necessariamente dolosa da aleivosia é proclamada pela doutrina<sup>47</sup> e pela jurisprudência<sup>48</sup> peruanas. O tipo subjetivo do homicídio aleivoso é o dispositivo dogmático mais eficaz para distinguir os casos, puníveis como homicídio simples, de meras execuções bem planejadas, evitando a crítica proveniente da objeção teórica conhecida por “castigo do diligente”<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Castillo Alva, *op. cit.*, p. 481.

<sup>47</sup> Por exemplo, Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, p. 65 e Castillo Alva, *op. cit.*, p. 479.

<sup>48</sup> Paradigmático o aresto da Corte Suprema, de 27 de maio de 1999, segundo o qual, no homicídio aleivoso, “*la voluntad consciente del agente ha de abarcar no solo el hecho de la muerte de una persona, sino también a la circunstancia de que esta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido*” (*apud* Salinas Siccha, *op. cit.*, p. 102).

<sup>49</sup> Sobre o “*castigo al listo*” na literatura peruana, cf. Castillo Alva, *op. cit.*, p. 456 e Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, p. 66.

11. Inúmeras questões - como a emboscada (“*acecho, agguato, guet-apens, hinterhalt*”), não previstas especificamente na lei penal peruana, e portanto devendo submeter-se à disciplina geral da aleivosia para nela se verem subsumidas, a aleivosia superveniente, o indefeso constitucional, a vítima advertida, a morte “*que empieza como asesinato y acaba en homicidio*”<sup>50</sup> e tantas outras, constituem, na tradição casuística de sua formação histórica, uma espécie de Parte Especial da aleivosia. Mas isso ultrapassa os restritos limites dessas notas, nas quais apenas se pretendeu uma aproximação das dificuldades oferecidas à reconstrução dogmática pela estrutura típica sintética que, na matéria, adotou a lei penal peruana. 📖

---

<sup>50</sup> Valho-me do título do interessante artigo de Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1976, ed. Civitas, p. 153 ss.

# Mandado de Segurança

## Lei 12.016/09

### A Suspensão da Liminar e dos Efeitos da Decisão Concessiva da Segurança

Wilson Marques

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.  
Professor de Direito Processual Civil da  
EMERJ.*

#### REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA MATÉRIA

Tratam da matéria, ora sob exame, o artigo 15 da lei especial e seus parágrafos.

O *caput* assim dispõe, *in verbis*:

*“Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”*

Disposições semelhantes, nós já as tínhamos no artigo 13 da Lei 1.533/51 e no artigo 4º da Lei 4.348/64.

Como decorre do próprio texto do artigo 15, *caput*, a providência se destina a evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

## INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO

Nos domínios da lei nova certamente vai ocorrer o mesmo que ocorria ao tempo em que esteve em vigor a lei velha: a discussão em torno da constitucionalidade do dispositivo legal ora sob exame.

Como diz Sérgio Ferraz, em comentário à lei velha, que vale, também, para a lei nova, a medida, “constitucionalmente esdrúxula, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional.... torna-se totalmente inconstitucional, se não observadas, como é de praxe, as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal”. Há, no caso, salienta o mesmo autor, uma verdadeira “ablação da função jurisdicional regular”.

A inconstitucionalidade, diz Cássio Scarpinella Bueno, está também no fato de que o dispositivo legal atrita com o princípio da isonomia - o da “paridade de armas” , “ao prover a pessoa jurídica de direito público e o Ministério Público de mecanismo processual não disponibilizado ao impetrante e que tem aptidão para interferir diretamente no que é mais caro ao mandado de segurança, a produção imediata dos efeitos das decisões jurisdicionais proferidas em prol do impetrante” (**A Nova Lei do Mandado de Segurança**, páginas 93 e 94)

No caso de pedido de suspensão dirigido ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, aos argumentos apresentados em prol da inconstitucionalidade soma-se a circunstância de que, diante do princípio da taxatividade da competência dos tribunais superiores, aqueles tribunais não podem julgar pedidos de suspensão porque a Constituição Federal não lhes atribuiu competência para julgá-los.

Na verdade, como pondera o mesmo Sérgio Ferraz, “se a liminar for deferida com desprezo a outros interesses supostamente mais relevantes, o remédio não é a cassação de cima para baixo imposta, mas seu ataque seja pela via recursal, seja por

outro mandado de segurança, seja, enfim, por outra ação eventualmente apta para o fim colimado”.

Partilham do entendimento de que são inconstitucionais as normas que regulam a matéria, dentre outros, Calmon de Passos e Cássio Scarpinella Bueno.

A despeito de tudo o que vem de ser articulado, parcela ponderável da doutrina não vê inconstitucionalidade nos dispositivos que regulam a matéria (assim: Hugo Machado, Tereza Arruda Alvim, Betina Rizzato Lira, Arruda Alvim) e o próprio Supremo Tribunal Federal, que já proclamou a constitucionalidade daquelas normas agora reeditadas, em acórdão de que foi relator o Ministro Sidney Sanches.

## NATUREZA JURÍDICA DA SUSPENSÃO

A suspensão é uma medida anômala, com finalidade específica: paralisar, suspender, neutralizar os efeitos de decisão favorável ao impetrante proferida, liminarmente, ou ao final, em mandado de segurança.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, processualista capixaba, a suspensão não é uma ação, nem um recurso. A sua natureza jurídica é a de um incidente processual. (***in Suspensão da segurança: sustação da eficácia da decisão judicial proferida contra o Poder Público***, páginas 95 a 104).

Trata-se, a bem dizer, de uma espécie de “pedido de efeito suspensivo”, que podia até encontrar justificção à época de sua criação, em que jurisprudência e doutrina entendiam incabível recurso de agravo de instrumento contra decisão concessiva da liminar, o que hoje já não ocorre, diante do que estabelece o artigo 7º, § 1º da lei nova.

Para os que, no caso figurado, admitiam a interposição do recurso de agravo, a justificção, para o cabimento do pedido de suspensão repousava no fato de que, tratando-se de recurso desprovido de efeito suspensivo, o agravo não tinha aptidão para evitar eventuais danos ou transtornos para a “ordem, saúde, segurança e economia publicas”.

Esse argumento também desapareceu a partir do advento do artigo 558, *caput* do Código de Processo Civil, que, na reda-

ção que lhe deu a Lei 9.139/95, autoriza o relator a “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, dentre outros casos, nos em que houver risco de lesão grave e de difícil reparação”.

### **LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A SUSPENSÃO**

Dispõem de legitimação para requerer a suspensão a “pessoa jurídica de direito público interessada” e o Ministério Público (artigo 15, *caput*).

Por “pessoa jurídica de direito público interessada” deve-se entender toda aquela que pode ser alvo do mandado de segurança, em função do exercício da função pública.

A inclusão do Ministério Público no elenco dos legitimados a requerer a suspensão é novidade da Lei 12.016/09 e está em conformidade com as funções institucionais do *parquet*, quando atua como *custos legis*.

### **AGRAVO INOMINADO CONTRA A DECISÃO QUE DEFERE O PEDIDO DE SUSPENSÃO**

Da decisão que defere a suspensão, o artigo 15, *caput* da Lei 12.016/09 admite a interposição de recurso de agravo (inominado), às vezes impropriamente designado por agravo interno, agravo legal ou agravo por petição.

Esse recurso não tem efeito suspensivo, e o prazo para que seja interposto é de cinco dias (parte final do mesmo artigo 15).

Observar-se-á, quanto ao procedimento, o do artigo 557: o presidente poderá se retratar; se não o fizer, apresentará o feito em mesa, para julgamento do recurso, pelo órgão competente (entre nós o Órgão Especial). Nesse julgamento, o presidente relata e vota (artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil).

O fato de o recurso não ter efeito suspensivo (artigo 15) não impede que, ao abrigo do artigo 558, *caput*, do Código de Processo Civil, o relator - no caso o próprio presidente - suspenda o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo do colegiado, se entender que a fundamentação do agravante é relevante e que da sua decisão pode resultar lesão grave e de difícil reparação.

Não deixa de ser curioso o fato de que o artigo 15 da Lei 12.016/09, ao admitir a interposição do recurso de agravo inominado somente contra a decisão que defere o pedido de suspensão, mas não contra a que o indefere, veio dispor em sentido idêntico ao de súmula do STF, já *revogada* pelo seu plenário, a de nº 506, que assim estabelecia, *in verbis*:

*“O agravo a que se refere o artigo 4º da Lei 4.348, de 26.06.64, cabe somente do despacho do Presidente do STF que defere a suspensão da liminar, não do que a denega”.*

Essa súmula foi revogada, pelo Plenário, no julgamento da SS (Suspensão de Segurança) nº 1945, mas a lei nova, como já foi salientado, veio a dispor exatamente como dispunha a súmula revogada.

Em sentido idêntico ao da revogada súmula 506 dispõe a súmula 217 do STJ:

*“Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar ou da sentença, em mandado de segurança”*

## **NOVO PEDIDO DE SUSPENSÃO**

Se o pedido de suspensão, tal como foi formulado pela “pessoa jurídica de direito público interessada” ou pelo Ministério Público, for indeferido pelo Presidente do Tribunal, ou se a decisão que o deferira for reformada, no julgamento do agravo inominado admitir-se-á novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário (§ 1º do artigo 15).

O dispositivo é de constitucionalidade pelo menos duvidosa, ao atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça para julgar matéria fora do quadro constitucional, ao arrepio, portanto, do princípio da taxatividade, de acordo com o qual a competência dos tribunais superiores é de

direito estrito, só lhes cabendo julgar aquilo que expressamente a Constituição Federal determinou que julgassem.

Note-se que o que se admite, no caso figurado, é um novo pedido de suspensão. Não é a interposição de recurso contra a decisão local que indeferiu o pedido ou que deu provimento ao recurso interposto contra a decisão que o deferira.

A lei não diz quando o novo pedido de suspensão será dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e quando o será ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Dependendo da fundamentação do pedido e do teor da própria decisão cujos efeitos se pretende ver suspensos, nós chegaremos à conclusão de que, à luz do texto constitucional, a competência para apreciar e julgar o incidente ou é do presidente de um dos tribunais, ou é do presidente do outro.

O novo pedido de suspensão é cabível, igualmente, no caso previsto no § 2º do artigo 15, ou seja, naquele em que se negou provimento a recurso de *agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu a liminar postulada* pelo autor da ação mandamental.

Assim: o impetrante pediu a liminar; o juiz a deferiu; a parte ré ataca a decisão que deferiu a liminar por meio de recurso de agravo de instrumento; o tribunal nega provimento ao recurso (mantém, portanto, a liminar concedida pelo juiz); a pessoa jurídica de direito público vai ao Supremo ou ao Superior pedir a suspensão da liminar.

**Quid juris**, se, negada, em primeira instância, a liminar vier a ser concedida, no segundo grau de jurisdição, mercê do provimento do recurso de agravo de instrumento interposto contra a denegatória? Caberá, neste caso, pedido de suspensão da liminar, dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça?

A Lei 12.016/09 não ampara pedido dessa natureza porque essa hipótese não foi prevista pela lei e, tratando-se de norma de exceção, essa da suspensão, impõe-se que seja interpretada restritivamente, sem possibilidade de que seja ampliada, por interpretação extensiva, ampliativa ou analógica.

Não obstante, é cabível a suspensão da liminar ou da decisão concessiva do mandado de segurança, ao abrigo do artigo 25 da Lei 8.038/90, que assim dispõe, *in verbis*:

*“Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal”.*

## **CONCOMITÂNCIA DO PEDIDO DE SUSPENSÃO E DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**

A teor do que dispõe o § 3º do artigo 15, ora sob exame, “a interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica, nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo”.

Compreende-se que seja assim porque os dois institutos são independentes, e visam preservar valores diversos do ordenamento jurídico.

Com efeito, enquanto a suspensão está voltada para o impacto que a decisão concessiva da medida liminar assume perante a ordem pública, no que relacionada com essa ordem em si, com a saúde, segurança e economia públicas, o agravo, como qualquer outro recurso, tem por finalidade a reforma ou a invalidação da decisão agravada, porque, na visão do agravante, o juiz errou ao deferir liminar que devia ter sido indeferida.

## **O CONTRADITÓRIO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO**

A lei é silente a respeito da necessidade de observância do princípio do contraditório no incidente da suspensão da liminar ou da sentença em mandado de segurança.

Não obstante, a resposta afirmativa se impõe, diante da exigência constitucional de observância do princípio do contraditório (artigo 5º, LV).

Além disso, à mesma conclusão se chega quando se examina o § 4º do artigo 15, de acordo com o qual “o presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo *liminar* se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida”.

O dispositivo dá a entender que se houver plausibilidade do direito e urgência na concessão da medida, o presidente do tribunal poderá deferir o pedido de suspensão liminarmente, isto é, sem ouvir a parte contrária, porque o tempo que se iria consumir para ouvi-la poderia comprometer a inteireza dos valores que o pedido de suspensão visa resguardar.

A *contrario sensu*, faltando qualquer um desses requisitos, a suspensão não será deferida liminarmente, mas poderá ser deferida ao final do incidente, mas, neste caso, depois de ser ouvida a parte contrária, providência que se impõe para a suspensão, em qualquer uma das suas modalidades, diante da indeclinável exigência constitucional de observância do princípio do contraditório constante do citado artigo 5º, LV.

No primeiro caso - de deferimento da liminar *inaudita altera parte* - a garantia constitucional do contraditório não deixará de existir, apenas será diferida para depois da concessão da medida liminar.

## **PEDIDO COLETIVO DE SUSPENSÃO**

Havendo uma pluralidade de liminares, em vários processos, com objeto idêntico, todas poderão ser suspensas através de uma única decisão, ou mediante extensão dos efeitos da suspensão a liminares supervenientes (§ 5º do artigo 15).

Assim é porque, em nome do princípio da isonomia, para hipóteses juridicamente idênticas deve-se aplicar a mesma regra jurídica.

Aqui, igualmente, antes da suspensão coletiva ou da extensão dos efeitos da suspensão a outros processos, insta observar o

princípio do contraditório, pelas mesmas razões já anteriormente aduzidas, e como forma de viabilizar o direito do impetrante de contrastar a identidade das hipóteses concretas, como o de permitir-lhe a discussão de outros temas que pareçam relevantes e capazes de apartar a espécie do “precedente” presidencial.

Indaga-se se a “coletivização” de que estamos tratando é aplicável, também, às sentenças e aos acórdãos.

Uma interpretação puramente literal do texto legal levaria à resposta negativa, pois a lei (§ 5º do artigo 15), quando trata da matéria alude a liminares, o que excluiria a sua aplicação às sentenças e aos acórdãos.

Mas do ponto de vista da economia e da eficiência processuais, a interpretação mais ampla do dispositivo é desejável, de modo a permitir a “coletivização” não só das liminares como, por identidade de razões, a das sentenças e acórdãos.

## **SUSPENSÃO DO ACÓRDÃO CONCESSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS**

O artigo 15 da Lei 12.016/09, como o fazia o artigo 13 da Lei 1.533/51, incide no erro de pressupor que a decisão a ser suspensa seja invariavelmente a que foi proferida em mandado de segurança impetrado no primeiro grau de jurisdição.

Mas é perfeitamente possível que a decisão que se tenha necessidade de suspender seja daquelas proferidas em sede de mandado de segurança da competência originária dos tribunais.

Para esses casos, dispõe, não a Lei 12.016/09, senão que a Lei 8.038/90, que “institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”, cujo artigo 25 estabelece o seguinte:

*“Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado,*

**a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.”**

Como o dispositivo alude a decisão concessiva de mandado de segurança, em única ou última instância, deve-se concluir que o dispositivo autoriza a suspensão de liminar ou de acórdão concessivo de mandado de segurança impetrado originariamente nos tribunais estaduais ou federais e, ainda, a suspensão da decisão do Tribunal que confirmou a sentença concessiva do mandado de segurança impetrado originariamente na primeira instância.

Os §§ do mesmo artigo 25 estabelecem o procedimento a ser observado nesses casos de suspensão. Formulado o pedido de suspensão, pelo Procurador-Geral da República ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, o Presidente do Tribunal: a) em cinco dias, ouvirá o impetrante; b) depois, em igual prazo, ouvirá o Procurador Geral, quando não for ele o requerente; c) em seguida, proferirá decisão, suspendendo, ou não, a liminar ou decisão concessiva da segurança.

De acordo com o que estabelece o § 2º do referido artigo 25, “do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental”, interponível no prazo de cinco dias (artigo 39 da mesma Lei 8.038/90).

Da duração da eficácia da suspensão cuida o § 3º do referido artigo 25 que assim dispõe, *in verbis*:

*“ A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado”.*

No mesmo sentido dispõe a Súmula 626 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

*“A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigo-*

*rá até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segu-rança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.* 

# A Hipocrisia Ambiental (em poucas palavras)

Reis Friede

*Desembargador Federal. Ex-Membro do Ministério Público. Bacharel em Economia, Engenharia, Arquitetura e Administração. Mestre e Doutor em Direito.*

Ouvimos todos os dias, e a toda hora, e, - porque não dizer -, com irritante insistência, que caminhamos, a passos largos (e para os mais pessimistas, de forma irreversível), para retirar o planeta da excepcional *estabilidade ambiental* em que se encontra há mais de 10 mil anos, com consequências simplesmente impensáveis.

Não obstante não se possa negar a relativa veracidade do autêntico “*alerta geral*” que vem sendo constantemente consignado, particularmente, pela mídia, - inclusive com a persistente notícia no que concerne ao rompimento do equilíbrio de três dos nove “*limiares planetários*” (a mudança climática, a perda da biodiversidade e a alteração no ciclo do nitrogênio) -, continua a existir uma autêntica e lamentável *conspiração*, por parte dos políticos e, em alguma medida, também por parte dos principais estudiosos sobre o tema, no sentido de que a solução definitiva do problema deve se apoiar sobre o sinérgico combate aos *efeitos* do epigrafiado *imbróglho ambiental* e não propriamente sobre as *causas primárias* que conduzem (e historicamente vem conduzindo) à origem dele, qual seja, o *contínuo e descontrolado crescimento populacional*, notadamente nos países subdesenvolvidos.

A própria ONU, através de *relatório* editado pelo seu Fundo de População (UNFPA), vem reconhecendo que “*frear a expansão demográfica teria o mesmo impacto, em termos de redução de emissões, que substituir todas as termoelétricas à base de car-*

vão por estações de energia eólica” (Globo, 19/11/2009, p. 38), defendendo, por fim, o maior acesso das mulheres a métodos contraceptivos, ao planejamento familiar e à educação, como formas efetivas de se combater o denominado *aquecimento global*.

Ainda assim, a mesma UNFPA, em aparente contradição, deixa claro ser contra a imposição de uma consistente política de *controle populacional*, concluindo que a decisão quanto ao número de filhos continua sendo um direito inalienável de cada mulher, ainda que reconheça que 35% das gestações nos países em desenvolvimento, simplesmente, não são desejadas.

Curioso observar, em necessária adição contextual, que há sempre um *demógrafo de plantão* preocupado muito mais em nos alertar dos supostos riscos inerentes a uma *política de planejamento familiar* (com a conseqüente alteração da pirâmide etária), - ignorando, de forma irresponsável, os conseqüentes efeitos do aumento da expectativa de vida em todo o mundo e do próprio prolongamento da vida útil humana, como bem assim dos extraordinários avanços da tecnologia aplicada ao trabalho e à produção econômica -, do que propriamente das terríveis conseqüências de uma total (e irresponsável) ausência de uma mínima *preocupação* (e conseqüente *ação*) a respeito do tema.

Neste sentido, não nos parece plausível (por imperiosa ausência de razoabilidade) cobrar um verdadeiro *sacrifício* de todos, - em efetivo desfavor da merecida *qualidade de vida* e do próprio *direito ao bem-estar* que cada um de nós legitimamente almeja como detentor da *cidadania* -, sem qualquer contrapartida com uma política global de planejamento familiar (e correspondente *controle de natalidade*) que permita, no longo prazo, verdadeiramente restabelecer o *equilíbrio ambiental* desejado (potencialidade de oferta de recursos planetários *versus* consumo quantitativo e qualitativo projetado) e debela, de modo pleno e definitivo, os *riscos ambientais* que supostamente ameaçam a própria sobrevivência da espécie humana a longo prazo.

Entender de forma diversa, - insistindo em apenas e tão somente restringir emissões de carbono na atmosfera, ou outras providências assemelhadas -, não nos parece uma solução adequada.

Até porque, a toda evidência, não ataca diretamente o problema (em suas *causas primárias*) e, sim, apenas o que alude aos seus *efeitos observáveis*, posto que não seria minimamente sensato restringir, por um lado, o direito inalienável de cada ser humano buscar melhorias no que concerne à sua existência no planeta (o que implica, ainda que indiretamente, em aumento pela demanda de recursos naturais), enquanto, por outro, manter a contínua (e sem qualquer controle) *procriação irresponsável*, ampliando, em última análise, a dimensão do próprio problema.

Oportuno consignar, neste contexto analítico, que Robert Engelman, vice-presidente do Instituto Worldwatch, não obstante afirmar ser “*quase impossível não relacionar crescimento da população e mudanças climáticas*”, - reconhecendo, inclusive, que muito provavelmente já sejamos insustentáveis com os atuais 6,8 bilhões de habitantes (as projeções para 2050 apontam um mínimo de 7,95 bilhões de habitantes com uma taxa anual de fecundidade de 1.54 e um máximo de 10,46 bilhões de habitantes com um taxa anual de fecundidade de 2.5) -, ainda assim descarta o *planejamento familiar* como uma ação efetiva (e de curto prazo) para conter emissões de carbono na atmosfera.

Também, há de se estabelecer, dentro do escopo do pensamento dominante das principais organizações ambientais, um mínimo de *coerência lógica* no que alude ao assunto em epígrafe; ou seja: se *procriar* deve ser uma *decisão livre* de cada casal, *mudar o estilo de vida* (outra causa incisivamente apontada como *fonte originária do aquecimento global*), igualmente, não pode ser apontada como uma *solução derradeira*, - a ser necessariamente imposta a todos -, para debelar, em definitivo, o complexo problema ambiental.

Devemos, portanto, o mais rápido possível, pensar seriamente sobre a raiz matricial do presente desafio, deixando de lado a autêntica *hipocrisia ambiental* que tanto nos tem desviado das verdadeiras (e difíceis) soluções que devem ser implantadas em nome da necessária (e almejada) continuação do pleno florescimento de nossa Civilização. 📄

# Representação Comercial x *Franchising* As Vantagens da Franquia Empresarial

Luiz Felizardo Barroso  
*Professor Universitário e Advogado.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz um paralelo entre os institutos do Representante Comercial e da Franquia Empresarial, destacando os condicionamentos e as vantagens de um e de outro instituto, com prevalência para o *franchising*, sobretudo quando se tratar da distribuição e comercialização de bens e serviços, destacando a excelência deste último.

Ao ensejo de um ano novo que se inicia - quando novas estratégias empresariais de gestão são cogitadas - gostaríamos de oferecer à consideração das empresas comerciais e industriais a possibilidade de adotarem a “franquia empresarial”, em vez da representação comercial, na expansão dos seus negócios.

Para que nossa proposta seja bem compreendida, porém, é necessário que nos assenhoremos, preliminarmente, de alguns conceitos.

Pelo texto do art. 2º da Lei Brasileira de *Franchising*, Lei nº 8.955/94:

*“Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao*

*direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”*

À luz do Art. 710 do NCC:

*“Pelo contrato de agência, ou representação comercial, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.”*

Já a distribuição em si, como canal, em uma visão exclusivamente mercadológica, constitui-se em uma sequência de atividades de valor agregado, que assistem o fluxo de bens desde sua concepção até sua colocação junto ao público, considerando-se os fatores: tempo, distância, sortimento e quantidades disponíveis ao consumidor.

## **1. FRANCHISING X DISTRIBUIÇÃO**

Fazendo-se agora um paralelo entre franquia e distribuição, chegamos à conclusão de que a franquia é um sistema que permite a um determinado empresário, o franqueador, valer-se da própria atividade e também beneficiar outros, oferecendo-lhes a oportunidade de tirarem proveito da boa reputação e da notoriedade de sua marca e, ainda, terem acesso a um conjunto de metodologias empresariais e técnicas de administração, que, de qualquer modo, não teriam podido alcançar sozinhos, senão após uma longa, difícil e extenuante série de tentativas, a poder de grandes erros e pequenos acertos.

Para que isso não ocorra, o instituto de franquia empresarial outorgou, aos licenciamentos da marca inerentes aos contratos de franquia formatada, direitos de controle e verificação contínua, *que só nos contratos de franquia têm a possibilidade de serem*

*exercidos*, mediante treinamento continuado; estratégica corporativa; pesquisa constante de mercado; propaganda e promoção permanentes; isto sem falar nas vendas diretas e agressivas, às quais os franqueados já estão se lançando com maior desenvoltura; na desconcentração empresarial (futuro, já hoje presente), que assegura um estilo flexível de administração; aptidão para mudanças rápidas, contínuas e necessárias; interdependência empresarial, em vez de imposições dogmáticas, com a liderança sendo exercida pelo franqueador.

Já o Contrato de Distribuição não implica nenhum serviço *post* venda e sua função se esgota na mera colocação do produto. Tampouco o distribuidor se sujeita a um esquema rígido de contratação, ou trabalha debaixo de um sistema de exclusividade.

## **2. DISTINÇÃO ENTRE AS DUAS FIGURAS: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E *FRANCHISING***

Tanto a representação comercial, quanto a comissão mercantil - que têm por objetivo a comercialização ou a distribuição de bens e serviços - assemelham-se, em verdade, à franquia empresarial, mas, em absoluto, não se confundem.

Enquanto o franqueado é um empresário independente, realizando negócios em seu próprio nome, fiel a uma determinada marca, o representante comercial opera em favor de um ou mais empresários, agenciando negócios.

Das modalidades de franquia existentes - *comercialização, de indústria e de serviços* - aquela que mais se prestaria para substituir a representação comercial seria, a nosso ver, sem dúvida, a franquia de comercialização ou distribuição.

## **3. FRANQUIA DE COMERCIALIZAÇÃO OU DISTRIBUIÇÃO**

Todavia, o Sistema de Franquia Empresarial permite que conjuguemos a franquia empresarial com a comercialização e a distribuição de bens e serviços - usufruindo-se das vantagens de um e de outro e condicionando-se a segunda e a terceira à primeira - com ganhos evidentes para a comercialização dos produtos do franqueador.

A franquia de comercialização é a modalidade mais comum de franquia empresarial e está presente tanto no Brasil, quanto em todo o mundo. Foi a primeira modalidade de franquia existente, a partir do momento em que a Singer Machine Company criou nos Estados Unidos da América do Norte uma rede de franqueados para comercializar suas máquinas de costura.

No Brasil, a franquia de comercialização teve sua primeira ocorrência em 1910, com a loja de Calçados Stella, que, na época, possuía uma marca relativamente conhecida e resolveu difundi-la pelo país.

Esta modalidade de franquia corresponde àquela em que o franqueador deixa ao encargo dos franqueados de sua rede a distribuição, mediante venda, de produtos que possuam a sua marca e que tenham reconhecida aceitação, podendo ser ele o próprio fabricante destes produtos. Só não se caracteriza Franquia de Comercialização ou Distribuição quando o fabricante é o franqueado, já que, neste caso, ela seria uma franquia de indústria.

Portanto, a modalidade de franquia em questão pauta-se pela atribuição dada ao franqueado para distribuir produtos com a marca do franqueador, vendendo-os, em determinada área, com exclusividade. Pelo fato de ser um sistema de franquia, na maioria das vezes, a rede franqueada comercializa o mesmo no “mix” de produtos indicados pelo franqueador.

Há doutrinadores que não consideram a modalidade de franquia de comercialização, considerando apenas duas modalidades: a de produção, na qual o franqueador fabrica todos os produtos que serão comercializados na rede franqueada, e a de Distribuição, na qual o franqueador seleciona alguns fornecedores de produtos, que também serão distribuídos pelos franqueados. Ainda com relação a esta última modalidade, há quem equipare a franquia de distribuição à de indústria. Assim, tanto a franquia de produção, quanto a de distribuição são, na verdade, franquias de comercialização dos produtos com a marca do franqueador, sejam eles fabricados pelo próprio detentor da marca ou por terceiros.

Apesar de considerarmos a franquia de Comercialização como também de Distribuição, a Corte Europeia classifica esta modali-

dade apenas como franquia de comercialização, porque considera que a mesma ocorre nos casos em que o franqueado se obriga a vender produtos com a marca do franqueador, não fazendo qualquer referência a quem deveria ter fabricado estes produtos.

#### 4. VANTAGENS DA FRANQUIA EMPRESARIAL

Uma das vantagens da franquia empresarial sobre a representação comercial é que o franqueado não tem direito à indenização legalmente determinada pela rescisão do contrato, ou no caso de não renovação pelo franqueador, enquanto que o representante comercial goza deste benefício, que redundava sempre em um ônus financeiro pesado para o representado.

O contrato de representação comercial tem o conteúdo determinado por lei, que, no direito brasileiro, regula amplamente a relação entre partes, assegurando-lhes direitos e impondo-lhes obrigações, sobretudo ao representado (Lei n° 4.886, de 09.12.1965, alterada pela Lei n° 8.420, de 08.05.1992).

Já o contrato de franquia é livremente pactuado entre as partes, podendo o franqueador ditar as regras que deverão ser obedecidas pelo franqueado, que a elas aderirá ou não. Se a elas não vier a aderir, não haverá contrato algum.

Na representação comercial, o representante apenas intermedia o negócio, encaminhando uma proposta do comprador para o vendedor que representa. Nisso se resume tipicamente sua intermediação, sendo esta, portanto, quase passiva.

Obtido o pedido, que é uma proposta de compra, o representante o leva ao conhecimento do representado, que, depois de confirmado o pedido, aperfeiçoará o contrato, efetivando a venda.

Já no contrato de franquia, que apresenta outras figuras contratuais em seu bojo, ou a *latere*, como o fornecimento de produtos e licença para o uso da marca do franqueador, o franqueado não representa o franqueador no sentido estrito da palavra, pois não age tecnicamente como seu intermediário, ou por ordem e conta deste.

Mas, ao contrário, com muito mais proveito para o franqueador, ele atua praticamente como seu parceiro comercial, “vestindo

a camisa do time” do franqueador, sendo responsável, inclusive, pelo sucesso do negócio, o que não acontece com o representante comercial que “lava as suas mãos” se as vendas não estiverem indo a contento.

## 5. O SISTEMA DE FRANQUIA EMPRESARIAL

Antes de continuarmos com nossa proposta, é preciso observar que existem diferentes estágios de desenvolvimento das franquias no Brasil, sendo estas classificadas como sendo de Primeira, Segunda ou, ainda, de Terceira Geração.

As franquias de Primeira Geração constituem operações mais rudimentares, nas quais é concedido ao franqueado, basicamente, o direito de uso da marca e o direito de fornecer os produtos e/ou serviços característicos da rede, normalmente oferecidos pelo próprio franqueador. A diferença existente entre a franquia de Primeira e de Segunda Geração é que, nesta última, os produtos são comercializados somente na própria rede franqueada, enquanto na franquia de Primeira Geração os produtos e/ou serviços podem também ser encontrados em lojas multimarcas. Essas duas gerações de franquias são também denominadas como Franquias de Marca e Produto.

Já na franquia de Terceira Geração, além da licença do direito de uso de marca e da possibilidade de comercializar os produtos e/ou prestar os serviços característicos da rede, é transferida ao franqueado toda a tecnologia que envolve o negócio, através de treinamentos, manuais e consultorias de campo, visando a manter uma padronização, tanto visual, quanto operacional, que garanta a eficiência em todas as lojas da rede. As franquias de Terceira Geração são as mais comuns nos Estados Unidos da América, onde são definidas como *Business Format Franchises*, ou Franquias de Negócio Formatado.

Por outro lado, por ser o *franchising* um fenômeno complexo e bastante utilizado, diversificou-se ao longo dos anos, ocupando diversos segmentos da economia de todo o mundo e, conseqüentemente, manifestando-se, praticamente, em todos os setores da atividade empresarial. A expansão e evolução deste sistema vêm

colocando em discussão as mais diversas formas de franquia, das quais apresentamos apenas suas principais modalidades.

## 6. O MASTER FRANQUEADO

No Sistema de Franquia Empresarial encontramos, ainda, as figuras do *desenvolvedor de áreas ou do master-franqueado*, a quem são cometidas responsabilidades, como a primeira das denominações mesmo indica, de desenvolver uma determinada área ou território, ficando a cargo do master-franqueado a captação de subfranquias em sua circunscrição, já que, é ele, igualmente, subfranqueador.

Esta figura, aliás, viria muito a calhar, quando sabemos que as empresas, de um modo geral, têm tido dificuldades de nomear um representante comercial que se responsabilize por motivar os demais representantes de uma determinada área, sem assumir responsabilidades trabalhistas, decorrentes de uma supervisão de fato, em caráter permanente, que é o quanto basta para comprometer o representado frente à legislação e à jurisprudência laboral.

Feita a opção pelo *franchising*, a um ou mais consultores especializados incumbiria elaborar todo o seu arcabouço jurídico e operacional necessário.

## 7. QUESTIONÁRIO

As unidades franqueadas podem ter diversos tamanhos, situarem-se dentro de outras lojas (*store in store*) ou cingirem-se, apenas dentro de outros estabelecimentos comerciais *corners*.

Seja como for, as seguintes indagações devem ser respondidas de modo a orientar os consultores.

Dito isto, indagamos:

### Investimentos

- É possível identificar a necessidade de investimentos para implantar o negócio de comercialização de seus produtos em uma unidade franqueada?
- Qual é o prazo de retorno do respectivo investimento a ser feito?
- Será viável estimá-lo em situações regulares de negócios?

### **Tamanho**

- As receitas geradas com cada operação estariam compatíveis com os investimentos exigidos para se instalar o negócio?
- Seriam suficientes para atrair investimentos de terceiros?

### **Longevidade**

- Existe maturidade e sucesso na operação de seu negócio no Brasil?
- Seria possível projetar uma continuidade deste sucesso obtido até o momento em qualquer outra parte do mundo?

### **Lucratividade**

- É possível ganhar dinheiro com a operação de venda de seus produtos?
- O nível de ganhos é consistente e algo previsível?

### **Duplicidade**

- É possível outra pessoa operar o negócio de venda de seus produtos de forma diferente da que é operada hoje?
- E obter o mesmo sucesso já alcançado?

### **Sistematização**

- É possível analisar e descrever completamente a operação diária do seu negócio?
- É possível “manualizar” de tal forma a orientar terceiros em diferentes lugares e chegar, no mínimo, ao mesmo resultado?

### **Comercialização**

- O negócio de venda de seus produtos tem um conceito claro?
- Pode ser percebido e operado por terceiros, mesmo à distância?

### **Transferibilidade**

- É possível manter intactos os padrões de operação na comercialização de seus produtos, assim como, e, sobretudo, aperfeiçoá-los?

- Isto também será possível mesmo quando operados em diferentes locais e mercados do país?

### **Originalidade**

- Estão bem claros os diferenciais competitivos de seu negócio, com respeito tanto ao produto em si mesmo, quanto à sua comercialização, especialmente aqueles que atraem um maior número de consumidores para a sua operação?
- É possível identificá-los claramente, quando comparados a negócios similares concorrentes?

## **8. FRANCHISING E MODERNIDADE**

A franquia, como a mais moderna, inteligente, ágil e justa forma de distribuição de bens e serviços, tem contaminado os mais diversos setores de nossa economia, das “franquias que cabem no bolso” até as das grandes corporações nacionais, multinacionais e estatais, tanto que até seguradoras e bancos já pensam em franquear suas atividades.

Tudo, portanto, em princípio, é franqueável. É óbvio que o diagnóstico de franqueabilidade das diversas empresas que se apresentam para serem franqueadoras se torna indispensável, no mínimo para apurar-se da conveniência e oportunidade do negócio.

Muitos conceitos já nascem franqueáveis, e, como nossa legislação não faz nenhuma exigência em respeito a pré-requisitos existenciais, pode-se, em princípio, montar determinado empreendimento para expandi-lo, desde o seu início, através da franquia empresarial, demandando, porém, por parte do empresário que queira franquear seu negócio um verdadeiro “exame de consciência empresarial”.

Este auto-exame é indispensável, pois ser franqueador, além de espírito de liderança, requer conscientização para novas responsabilidades assistenciais, em respeito à sua futura rede de franqueados.

Tudo isto levado na devida consideração, parte o franqueador para a conquista de novos mercados, ou para a consolidação

de seus atuais, contando agora com o concurso de homens de negócios independentes e motivados: os franqueados.

Modernamente, em matéria de estratégia empresarial, não se cogita mais de um planejamento rígido, pré-traçado, ainda que prevendo cenários diferentes. O que as mudanças, em ritmo vertiginoso, no ambiente empresarial, estão a demandar é um ajuste constante do “dispositivo de combate”, a cada movimento novo das forças adversas. Não que se abandone a estratégia em benefício da tática, mas, sem dúvida, esta tem estado cada vez mais em evidência.

Por isso a importância da figura do franqueado salta aos olhos, pois é ele que está nas trincheiras, enfrentando no dia a dia as peculiaridades do negócio e as mudanças nas preferências e nas condições financeiras do consumidor final.

Não é sem razão que empresas, para expandir seus negócios, não estão mais criando novas empresas, ou novos setores, com isso abrindo novos flancos de vulnerabilidade, mas concentrando-se no que sabem fazer de melhor, e terceirizando tudo o mais. E a franquia, que não deixa de ser uma forma de terceirização, possui a vantagem de a empresa não descuidar daquilo que sabe fazer bem, passando, então, até a fazê-lo melhor.

## 9. CONCLUSÃO

Todo negócio em princípio é franqueável. Como, todavia, negócios não admitem aventuras, este questionário respondido criteriosamente poderá dar uma resposta cabal, permitindo que ingressemos no *franchising* de forma consciente.

Sob o ponto de vista jurídico e legal, como o demonstramos acima, somos de opinião, s.m.j., ser mais vantajosa a franquia empresarial do que a representação comercial no desenvolvimento dos negócios que objetivarem a comercialização e/ou distribuição de bens e serviços.

Sob o ponto de vista motivacional, somos mais o *franchising* do que a representação; quando se sabe que a franquia empresarial é um fenômeno de rede, atuando, portanto, sinergicamente;

o mesmo não acontecendo com os representantes comerciais que nem ao menos se conhecem mutuamente.

É bem verdade que ser franqueador dá muito mais trabalho do que ser apenas representado, requerendo, outrossim, qualidades acentuadas de liderança por parte do franqueador.

Para distribuição de produtos, por exemplo, e, para o açambarcamento de mercados, nenhuma das outras alternativas existentes se compara à franquia empresarial, posto que ela pressupõe uma parceria permanente entre franqueador e franqueados.

Por outro lado, se compararmos a franquia empresarial à distribuição pura e simples, veremos, ainda, a prevalência da primeira em relação à segunda.

Resumindo as vantagens da franquia empresarial, por sobre a representação comercial e a mera distribuição, podemos concluir que:

#### **A - Por suas qualidades intrínsecas, só o *franchising***

- *multiplica novos negócios, com menores riscos;*
- *procura oferecer o melhor produto a um preço competitivo;*
- *fomenta o crescimento de outros setores, incluindo o industrial;*
- *gera novos empregos;*
- *dissemina novas tecnologias e aprimora serviços;*
- *prioriza o desenvolvimento de produtos com qualidade;*
- *constitui uma ferramenta para formação de novos empresários;*
- *qualifica mão de obra para o varejo;*
- *propicia economia de escala.*

#### **B - E, por suas características, ele**

- *é um sistema, pois baseia-se em parceria;*
- *é abrangente, pois atua em diversos segmentos;*
- *é ágil, pois responde prontamente aos anseios do mercado;*
- *é direto, pois evita as morosas hierarquias.*

- C - Por tudo isso, ele é um sistema vencedor, proporcionando**
- *expansão avançada através de capilaridade comercial;*
  - *descentralização organizada através de alto grau de motivação dos administradores (porque donos) de cada subsistema operacional;*
  - *coesão organizacional*
  - *integração do canal distributivo através de intensa, sinérgica e integrada difusão de suas atividades.* 📄

# Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica - Uma Inconsistência Dogmática e de Princípios

**José Danilo Tavares Lobato**

*Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito - Ciências Penais pela UCAM. Defensor Público/RJ. Professor de Direito Penal da EMERJ*

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A problemática a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica vem sendo objeto de inúmeras monografias, dissertações e teses, além de ter sido motivadora de incontáveis debates, orais e escritos, tanto de cunho científico, quanto de cunho político. Entre os fins deste artigo não se encontra o de descrever todos os entendimentos e os sistemas legais existentes nos mais diversos países, contudo, o objetivo proposto consiste em proceder a uma análise didática e crítica das principais dificuldades que a aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica importa em nosso sistema dogmático-normativo. Assim, encontrará o leitor um recorte da problemática, que buscará trazer-lhe parâmetros de análise mais adequados à dogmática jurídico-penal adotada no Direito brasileiro.

## **2. PESSOA JURÍDICA E SUA PERSONALIDADE JURÍDICA - NOÇÕES GERAIS**

De início, pode-se superar o debate sobre se a pessoa jurídica é uma realidade e uma ficção e aceitar, como faz Requião, “a

circunstância de possuírem” as pessoas jurídicas “uma realidade no e para o mundo jurídico”<sup>1</sup>. Perceba-se, contudo, que esta “realidade *no e para o mundo jurídico*” das pessoas jurídicas não é absoluta nem no próprio campo do Direito Privado. Esta existência somente é válida enquanto a pessoa jurídica servir a fins lícitos. A doutrina da *Disregard of Legal Entity*, também conhecida como doutrina da penetração ou da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, foi inicialmente construída, pela jurisprudência, no direito anglo-saxão, para coibir os abusos verificados através da personalização de sociedades anônimas<sup>2</sup>. Esta doutrina encontrou ampla ressonância no Brasil, de forma que sua aplicação atual não se limita apenas às sociedades anônimas e nem às relações contratuais essencialmente privadas. Por exemplo, o Direito do Trabalho, de forma construtiva, a partir do artigo 2, § 2º da CLT, também a acolhe, e de forma clara, inequívoca e expressa em Lei, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, o novo Código Civil, na redação do artigo 50, e a própria Lei de Crimes Ambientais em seu artigo 4º.

É precisa e acertada a lição de Requião ao expor que “a personalidade jurídica não se constitui em direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da *fraude contra credores* e pela *teoria do abuso de direito*”<sup>3</sup>. Não se pode contestar que, no mundo do ser, a pessoa jurídica não passa de uma reunião de indivíduos ou de um conjunto de bens. Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, “o espírito criador engendra então entidades coletivas, resultantes de um agregado de pessoas ou de um acervo de bens”<sup>4</sup>. No entanto, não será toda e qualquer reunião de pessoas e bens que dará origem a uma pessoa jurídica, mas e tão somente aquelas que atenderem a pressupostos mínimos. Caio Mário da Silva Pereira elenca três: vontade humana criadora, observância das condições

<sup>1</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. I. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 347.

<sup>2</sup> REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 351.

<sup>3</sup> REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 353.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 186.

legais e liceidade de fins<sup>5</sup>. De modo mais claro, não se pode fugir do fato de que a coletividade de pessoas só será convertida e valerá, produzindo efeitos jurídicos, na qualidade de pessoa coletiva (jurídica), se atender e enquanto atender aos termos da Lei. Ou seja, se a pessoa jurídica atua abusiva e antijuridicamente, poderá ter sua personalidade jurídica desconsiderada, para que a responsabilidade daqueles que agiram, por meio deste instrumento, possa ser questionada de forma individualizada.

Perceba-se que, no campo extrapenal, o abuso de direito no uso da pessoa jurídica leva à sua desconsideração e à responsabilidade das pessoas naturais que se valeram da pessoa moral para atuarem fora do amparo do Direito. Constituir ou empregar uma pessoa jurídica para a prática de crimes, isto é, fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, nada mais é do que cometer um abuso de direito. Como já se defendeu em trabalho anterior, o instituto do abuso de direito é perfeitamente aplicável no campo do Direito Penal, posto que o ordenamento jurídico é uno<sup>6</sup>. Se a conduta praticada representa um abuso de direito, está ela desamparada juridicamente. Em outros termos, o Direito não lhe ampara, de forma que esta conduta se localiza no campo do não-direito, isto é, no âmbito da ilicitude.

Se a conduta é ilícita, não há fundamento para que o Direito de qualquer forma a reconheça enquanto produtora de efeitos válidos e lícitos. Em termos mais claros, se, no campo extrapenal, o abuso de direito no uso da pessoa jurídica acarreta a desconsideração de sua personalidade jurídica e a responsabilidade pessoal dos indivíduos que dela se valeram ilicitamente, o mesmo há de valer no campo do Direito Penal. Cometer crimes, por meio da pessoa jurídica, é um abuso de direito tão ou mais grave que o abuso de direito cometido na seara extrapenal. Resta claro que não há a menor necessidade de serem criadas regras *ad hoc*<sup>7</sup> para

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p.186.

<sup>6</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria Geral da Participação Criminal*. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>7</sup> São interessantes as considerações de Feijoo Sánchez, ao expor que não deixa de ser curioso o fato de as doutrinas de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Tributário, dentre outras, pretenderem, por razões materiais, superar a radical diferenciação formal entre a responsabilidade da pessoa física e a responsabilidade das pessoas jurídicas, valendo-se

punir os responsáveis pela criminalidade econômico-empresarial, uma vez que se forem observadas as regras básicas da constituição e desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, inexistirão as alegadas lacunas de punibilidade. Por outro lado, não se olvide que eventuais ganhos criminosos destinados à sociedade serão, com a condenação das pessoas naturais responsáveis, perdidos em favor da União, desde que não atinjam direitos de lesados ou terceiros de boa-fé, na forma do artigo 91, II, “b”, do Código Penal, em razão de constituírem produtos do crime, tal como ocorre com a *res furtiva*.

### 3. CAPACIDADE DE AÇÃO E PESSOA JURÍDICA

A capacidade de ação da pessoa jurídica consiste em outro obstáculo insuperável pelos defensores da responsabilidade penal dos entes coletivos. Não obstante a falta de consenso da dogmática penal a respeito do que se deva entender como ação, pode-se perceber a existência de uma estrutura minimamente aceita. Neste mínimo conceitual, a humanidade da ação seria um elemento inderrogável. Cirino expõe que o conceito de ação apresenta “funções teóricas, metodológicas e práticas de unificação, de fundamentação e de delimitação das ações humanas” compatíveis com as categorias de constituição do conceito de crime<sup>8</sup>.

Sem deixar dúvidas, Cirino consigna que “a ação é fenômeno exclusivo de pessoas naturais”, já que a “capacidade de ação é atributo natural de seres humanos”, de modo que não constituem ações os “atos de pessoas jurídicas”, uma vez que apenas as pessoas naturais realizam ações, mesmo que estas sejam praticadas

---

de teorias como o levantamento do véu e o rompimento do hermetismo da pessoa jurídica, enquanto que uma parte dos penalistas busque uma trajetória contrária, que é alheia à realidade e desconsidera o substrato sobre o qual o Direito Penal tem que trabalhar. Esta obsessão e a possibilidade de resolver alguns conflitos sociais podem fazer com que se esqueça que a pessoa física é o principal responsável pelo cometimento da infração e o “centro de decisão”, por consequência, o centro de imputação penal. SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Sanciones para Empresas por Delitos contra el Medio Ambiente - Presupuestos Dogmáticos y Criterios de Imputación para la Intervención del Derecho Penal contra las Empresas*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. P. 88, 89 e 91.

<sup>8</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P. 23.

na qualidade de “órgãos representativos das pessoas jurídicas”<sup>9</sup>. Por outro lado, não se há de esquecer que o conceito de ação é a base da formação do injusto penal. Sem conduta não há tipicidade a ser investigada. Ainda que se adote uma postura crítica quanto à necessidade de um conceito de ação, e considere-se bastante a afirmativa, nos termos do uso cotidiano, de que “ação é ação”, não se supera a sua função de recordar ao jurista de que no crime há a existência de um substrato real<sup>10</sup>.

As compreensões sobre este substrato real são divergentes. Contudo, mesmo em suas inúmeras possibilidades, a humanidade da ação constitui um porto seguro. Já há época do modelo causal-naturalista, a exclusão de (f)atos não-humanos na constituição dos crimes representava um passo evolutivo na formação do Direito Penal. Beling expunha que a punibilidade vincula-se estritamente a uma ação certa praticada por determinado indivíduo, de maneira que somente o homem pode atuar e em caráter individual, o que, por consequência, resulta a inexistência de ações penais oriundas de animais, forças naturais e pessoas jurídicas<sup>11</sup>.

Mesmo a partir de uma perspectiva mais atual, esta premissa não se modifica. Juarez Tavares, por exemplo, ao expor seu conceito comunicativo de ação, ressalva que se for concedida importância à fundação do “estado de garantia da pessoa humana”, a conduta deverá ser entendida como a “realização concreta” do homem em cada tipo penal, isto porque o conceito de conduta tem origem na perspectiva da dogmática penal de impedir que o legislador possa configurar como crime todo e qualquer agir<sup>12</sup>. Assim, para Juarez Tavares, “ação é toda conduta conscientemente orientada em função de um objeto de referência materializada tipicamente como expressão da prática humano-social”<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p. 24 e 25.

<sup>10</sup> GRECO, Luís. *Tem Futuro o conceito de ação? Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs) Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>11</sup> BELING, Ernst von. *A Ação Punível e a Pena*. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2006. P. 11 e 12.

<sup>12</sup> TAVARES, Juarez. *Apontamentos sobre o Conceito de Ação. Direito Penal Contemporâneo - Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. Luiz Regis Prado (Org.) São Paulo: RT, 2007. P. 139.

<sup>13</sup> TAVARES, Juarez. *Op. cit.* p. 154.

Por outro lado, se se considerar o entendimento predominante no Brasil, cujas bases remontam ao conceito finalista, a ação é um agir estruturalmente humano. Como afirmava Fragoso, “ação é atividade humana consciente dirigida a um fim”<sup>14</sup>. Em momento anterior de seu pensamento, ao reconhecer a dificuldade ao buscar-se uma definição para o conceito de ação, uma vez que se poderia postulá-lo como conceito jurídico, psicológico ou naturalístico, Fragoso pontuava o erro e o excesso das defesas de que todo conceito jurídico teria um sentido próprio e característico, trazido pela norma jurídica, vez que, em verdade, a normatividade do Direito significa apenas que este tem seus conceitos estabelecidos por normas que se referem a valores, sem, contudo, denotar que esta condição leve a um abandono, nas disposições das normas jurídicas, dos conceitos oriundos do conhecimento naturalístico e do vulgar<sup>15</sup>.

A partir das premissas expostas, é possível compreender o equívoco de posições que abandonam o substrato ontológico-empírico na formulação de um conceito de ação puramente normativo. O abandono do substrato ontológico-empírico traz como consequência a concessão de uma carta branca para o legislador fazer o que bem entender, inclusive, para normativamente contrariar a realidade físico-natural na formulação de seus conceitos e dispositivos legais.

Pelo exposto, resta claro que não se mantêm firmes as defesas em prol deste entendimento. Não obstante, resistem defesas em favor de um conceito puramente normativo de ação. Assim, Galvão da Rocha que entende ser uma “evolução” a superação de um enfoque meramente ontológico do fato punível<sup>16</sup>. Se temporalmente a superação do enfoque puramente ontológico representou uma evolução na teoria do delito, pode-se, por outro lado, sem medo de errar, afirmar que a adoção de um enfoque puramente

<sup>14</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Geral*. 16ª ed. Atualizador: Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 182.

<sup>15</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1961. P. 163 e 164.

<sup>16</sup> ROCHA, Fernando A N Galvão da. “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”. *Revista de Direito Ambiental*. Nº. 27. São Paulo: RT, 2002. P. 81 e 82.

normativo consiste um retrocesso, já que a ordem natural da vida pode ser desconsiderada para conferir espaço a uma expansão do poder punitivo sem limites.

Por esta razão, não é minimamente aceitável a afirmativa de Galvão da Rocha de que seria juridicamente possível estabelecer responsabilidade penal a não-autores de crimes, bastando, para tanto, valer-se de uma nova teoria do delito no que se refere à pessoa jurídica<sup>17</sup>. Este posicionamento desconsidera a própria essência do Direito Penal de um Estado de Direito. Perceba-se que defesas desta ordem buscam trabalhar com um *jus puniendi* rotulado de Direito Penal, mas sem condicioná-lo a atender às categorias constitutivas e essenciais do Direito Penal.

O Direito de Contra-Ordenações ou o Direito Administrativo (em sentido amplo) permitem que o *jus puniendi* venha a ser trabalhado nas bases normativas propostas, enquanto que o Direito Penal, não. Superar esta fronteira significa descaracterizar o Direito Penal, tal como constituído pela Ciência do Direito, e transformá-lo em sinônimo de *jus puniendi* e de instrumento de mera legitimação normativa da expansão e do uso poder punitivo estatal. Neste tocante, é de bom tom recordar a clássica lição de Aníbal Bruno no sentido de que o Direito Penal tem como traços distintivos de outros ramos do saber jurídico, a gravidade de suas sanções e “a severidade da sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada”<sup>18</sup>.

É um dado real que as pessoas jurídicas têm a sua existência no e para o mundo jurídico e que naturalisticamente elas não agem e nem atuam. O seu agir configura-se apenas no plano de valoração da norma. Ontologicamente esta ação não passa de uma conduta humana das pessoas que legalmente estão autorizadas a atuarem em nome da pessoa jurídica.

Por outro lado, o Direito Penal exige a prática de uma ação individualizada para que alguém possa ser punido, posto que ninguém pode responder pelo ilícito alheio. A responsabilidade ob-

<sup>17</sup> ROCHA, Fernando A N Galvão da. *Op. cit.* p. 82.

<sup>18</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo I. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. P. 12.

jetiva é rechaçada do Direito Penal. Somente a responsabilidade subjetiva é aceita na severa estrutura dogmática do Direito Penal. Ou seja, no momento em que o Direito Penal incorpora a responsabilidade penal objetiva deixa ele de ser Direito Penal para ser mero exercício do poder punitivo do estatal, isto é, irracionalidade. Dessa forma, se é da estrutura e essência do Direito Penal a existência de uma conduta individualizada e praticada por sujeito penalmente responsável, a quebra desta premissa, na responsabilização penal das pessoas jurídicas, retira-lhe seu caráter de “Direito Penal” ou, então, destrói o próprio Direito Penal, o que é extremamente perigoso para o Estado de Direito, já que o sistema jurídico-penal passa a poder ser utilizado de forma ilimitada, confundido-se com o *jus puniendi*.

Não se olvide que, na História do *jus puniendi*, este foi capaz de punir penalmente animais, pessoas em razão de obras oriundas do acaso e grupamentos humanos em virtude da conduta de apenas um de seus membros. Ao que se percebe das defesas em prol da responsabilidade penal da pessoa jurídica, todas as considerações realizadas neste tópico são conscientemente desconsideradas e a imputação de um fato alheio como próprio adquire ares de legitimidade. Esquecem-se os partidários desta linha de pensamento dos riscos para o Estado de Direito, que se originam da abertura de uma tal e desnecessária fenda no Direito Penal. Igualmente, em virtude desta crença no Direito Penal, há uma completa desconsideração das possibilidades e alternativas que o Direito Administrativo (em sentido amplo) oferece para reprimir e punir as pessoas jurídicas.

#### 4. TIPO SUBJETIVO E PESSOA JURÍDICA

Ainda que se admitisse a capacidade prática de agir da pessoa jurídica, o que já desconsideraria o substrato natural mínimo fundante do Direito Penal, haveria, ainda, outro obstáculo insuperável, nos termos da dogmática jurídico-penal, na formulação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Este obstáculo reside na inexistência de tipicidade subjetiva.

O dolo é naturalmente impossível no atuar da pessoa jurídica. Deve-se pontuar que este mesmo legislador regulador da res-

ponsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei de Crimes Ambientais, no artigo 18, I, do Código Penal, normatizou o dolo como o querer ou o assumir o risco do resultado. Desta forma, se se partir da premissa utilizada pelos defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica de que o que basta é a determinação do legislador, perceber-se-á que jamais ocorrerá tipicidade subjetiva no agir da pessoa jurídica. Ao explicar este conceito volitivo de dolo, Luisi afirmava que como elemento estruturante da ação humana (finalista) está o “querer, a intenção e o propósito do agente, vale dizer, o dolo”<sup>19</sup>.

Este dolo nasce na “intimidade psíquica do agente” e materializa-se por meio de atos físicos, ainda que os realizados fossem praticados no lugar de outros normativamente devidos<sup>20</sup>. Este dolo desdobra-se em dois momentos, o primeiro de natureza cognitiva e o segundo de natureza volitiva<sup>21</sup>. Contudo, ainda que se refutasse esta concepção de dolo e se defendesse uma concepção diversa de dolo, seja este enquanto consciência na criação ou aumento de um risco qualificado<sup>22</sup>, a pessoa jurídica permaneceria sem capacidade para dar origem ao dolo. Qual é a consciência da pessoa jurídica em relação ao tipo penal objetivo? Nenhuma, pois esta é um atributo das pessoas naturais e que, inclusive, as distinguem dos animais irracionais. Acerta Regis Prado quando expõe que os empreendimentos destinados a perceber uma “suposta vontade coletiva” funcionam, apenas, para ocultar a vontade dos indivíduos que controlam e conduzem os rumos da pessoa jurídica<sup>23</sup>.

Percebe-se, então, que dentro das premissas dogmáticas do Direito Penal, a pessoa jurídica jamais poderá cometer uma ação dolo-

<sup>19</sup> LUISI, Luiz. *O Tipo Penal, A Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987. P. 62.

<sup>20</sup> LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 62.

<sup>21</sup> LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 63.

<sup>22</sup> SANTOS, Humberto Souza. “Problemas Estruturais do Conceito Volitivo de Dolo”. *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 289.

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: RT, 2005. P. 154.

sa. Poder-se-ia, por outro lado, pensar na estrutura do crime culposos. Como a culpa é uma construção normativa, este caminho pode até ser imaginado, contudo, sua adoção representaria mais um sério golpe na estrutura dogmática do Direito Penal Liberal. O crime culposos, que é a exceção e só é admitido quando o legislador expressamente consigna sua punição junto ao tipo doloso, passaria a ser a única espécie típica na responsabilização penal da pessoa jurídica.

O risco desta postura está na abertura de que todo e qualquer crime passe a ser trabalhado como desobediência ou violação a deveres de organização<sup>24</sup>. Não devendo o leitor esquecer-se de que tal postura franquearia passagem às concepções favoráveis ao Direito Penal do Inimigo. Sem chegar a este grau de intensidade, Planas procede à crítica do posicionamento favorável à “tipificação específica dos ilícitos das pessoas coletivas”, afirmando que o emprego de tipos penais antecipadores das “barreiras de protecção e da infracção de deveres específicos de organização da pessoa coletiva para evitar a prática de crimes” sofre de um grave problema de legitimação material do ilícito enquanto ilícito penal. Isto porque a formulação de crimes de perigo abstrato de “mera desorganização empresarial” permite que toda e qualquer infracção de deveres formais venha a ser criminalizada, de forma que se deve firmar posição contrária à legitimação de espécies delitivas que punam “a não adoção de medidas organizativas empresariais só pela mera possibilidade de um terceiro auto-responsável utilizar a pessoa coletiva como instrumento para delinquir”, uma vez que este modelo típico consagra a responsabilidade por fato de terceiros e, por consequência, não respeita o princípio da personalidade da responsabilidade penal<sup>25</sup>. Nestes termos, não é difícil perceber

<sup>24</sup> “La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”. (...) Sobre este papel social, explicita Jakobs “se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho”. JAKOBS, Günther. La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Moderna Dogmática Penal - Estudios Compilados*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2002. P. 241 e 242.

<sup>25</sup> PLANAS, Ricardo Robles. *Crimes de Pessoas Coletivas? A Propósito da Lei Austríaca sobre a Responsabilidade dos Agrupamentos pela Prática de Crimes*. *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 136 a 138.

as desvantagens, para o Estado Democrático e Substancial de Direito, a serem trazidas pela adoção de uma responsabilidade, em tese, penal da pessoa jurídica e pelo, inevitável, rompimento dos pilares do Direito Penal Liberal.

## 5. CAPACIDADE DE CULPABILIDADE E PESSOA JURÍDICA

A ausência de culpabilidade consiste em mais um fator a tornar impossível a responsabilização da pessoa jurídica nos termos da dogmática jurídico-penal. Mesmo que não se parta do entendimento predominante de que a culpabilidade materializa-se em um juízo de reprovação pessoal no uso, contrariamente ao mandamento legal, do livre-arbítrio<sup>26</sup>, pode-se, desde já, verificar que a responsabilização penal da pessoa jurídica não se compatibiliza com o juízo criminal de culpabilidade. Ainda que se admitisse, por ficção, a capacidade de ação da pessoa jurídica, o fato por ela praticado não passaria de fato típico e antijurídico, não configurando um crime por ausência de culpabilidade. Nenhum dos elementos da culpabilidade seria encontrado no injusto praticado pela pessoa jurídica. Em outras palavras, a pessoa jurídica não tem capacidade de culpabilidade. Esta incapacidade deve-se à inexistência de um sistema psicofísico na pessoa jurídica a ser aferido quanto à sua possibilidade, na qualidade de autor do fato, de se distanciar da prática do injusto<sup>27</sup>.

Um dos elementos da culpabilidade é a imputabilidade. Imputabilidade é a capacidade genérica de entender o caráter ilícito do fato e de se autodeterminar. Como ensinava Maurach, é imputável aquele que, em função de seu desenvolvimento espiritual e moral, for capaz de compreender o ilícito de seu fazer e de atuar conforme a este conhecimento<sup>28</sup>. A idéia de imputabilidade funda-

<sup>26</sup> WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal - Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Montevideu e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. P. 125.

<sup>27</sup> DONNA, Edgardo. *Breve Síntesis del Problema de la Culpabilidad Normativa*. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. James Goldschmidt. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 2ª.ed. Montevideu e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2002. P. 48.

<sup>28</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962. P. 94.

se em algumas concepções, tais como: existência de vontade humana, capacidade do indivíduo de ser senhor de suas decisões e de definir sua conduta a partir de uma liberdade de eleger suas ações<sup>29</sup>.

Zaffaroni, por exemplo, ao delinear o princípio da culpabilidade, trabalha seu fundamento antropológico e expõe que suas bases escoram-se na concepção do homem como pessoa, isto é, alguém que tem capacidade para decidir suas ações<sup>30</sup>. No entanto, não é preciso seguir adiante na doutrina, basta que se verifique, nos Códigos Penais brasileiros, que o conceito de imputabilidade é e sempre foi construído em bases biopsicológicas. Assim, é correto o pensamento de Bitencourt quando expõe que a pessoa jurídica é inimputável, uma vez que o Direito Penal condiciona a existência de imputabilidade a que o agente apresente “condições de normalidade e maturidade psíquica” e a pessoa jurídica “carece de maturidade e higidez mental”<sup>31</sup>. Neste sentido, a partir de uma análise das bases biopsíquicas fundantes da culpabilidade, apresenta-se com clareza meridiana a inviabilidade de se exigir da pessoa jurídica a realização de uma conduta diversa da que fora praticada. Ou seja, não há meio ou modo de se cogitar a exigibilidade de conduta diversa frente a ações imputadas às pessoas jurídicas.

Em acréscimo, percebe-se que o elemento da culpabilidade denominado potencial consciência da ilicitude também não é aplicável à pessoa jurídica. Como expõe Figueiredo Dias, no tipo subjetivo, a consciência é psicológica e o erro radica neste nível, enquanto que, na culpabilidade, o erro se origina de uma deficiência “da própria consciência ética do agente, que não lhe permite apreender correctamente os valores jurídico-penais”<sup>32</sup>. Este

<sup>29</sup> MAURACH, Reinhart. *Op. cit.* p. 94.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. V. IV. Buenos Aires: EDIAR, 2004. P. 33 e 34.

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *A (I)-responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica; Incompatibilidades Dogmáticas. Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (Orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 106.

<sup>32</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*. 1ª.ed. Br. e 2ª. ed. Pt. São Paulo: RT e Coimbra Editora, 2007. P. 545.

critério constitui a essência da culpabilidade e como se visualiza ele não é de forma alguma dirigido a pessoas jurídicas, mas a indivíduos. Esta apreensão de valores éticos só ocorre no processo de socialização do indivíduo.

A pessoa jurídica não se socializa, ela é a própria sociedade de indivíduos. A pessoa jurídica reflete apenas a conjugação das expressões éticas daquelas pessoas naturais que a constituem e a utilizam em suas práticas. Em outros termos, a pessoa jurídica não apreende valores e nem possui uma consciência ética. Cada indivíduo que age por meio deste ente legalmente criado, denominado pessoa jurídica, apreende valores e possui consciência ética.

Por outro lado, também não há que se falar em capacidade de entendimento da pessoa jurídica, uma vez que ela nada entende. A pessoa jurídica é entendida e compreendida, mas não detentora de compreensão, posto ser fruto da concepção intelectual humana. Desse modo, torna-se evidente a impossibilidade de se afirmar que uma conduta imputada à pessoa jurídica possa vir a ser qualificada como culpável. A culpabilidade restringe-se a ser um juízo do agir individual humano e não se destina a perquirir as condutas realizadas por intermédio de instituições jurídicas.

## **6. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA**

Ao contrário do que possa, a primeira vista, parecer, a Constituição de 1988 não exigiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica na seara ambiental. Como expõe Bitencourt, a previsão do artigo 225, § 3º, da CRFB é obscura e tem levado a que numerosos penalistas brasileiros defendam equivocadamente a introdução desta espécie de responsabilidade no sistema jurídico-penal brasileiro<sup>33</sup>. Não obstante, não se pode negar que, independentemente de qualquer controvérsia hermenêutica na leitura do texto constitucional do artigo 225, § 3º, o legislador brasileiro expressamente regulou a responsabilidade “penal” da pessoa jurídica no Direito brasileiro ao editar o artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais.

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.* p. 110.

Há uma questão prévia a de ser investigada. Ou seja, inicialmente, deve-se pesquisar o substrato essencial e constitutivo do Direito Penal. O ilícito criminal caracteriza-se por ter como referência irrenunciável à existência de um bem jurídico ameaçado ou lesionado, mesmo que esta referência não signifique exclusividade, uma vez que o bem jurídico pode ser protegido por outros ramos do saber jurídico. No entanto, este parâmetro funciona como um critério deslegitimador, isto é, se não houver bem jurídico lesionado ou ameaçado, não há conduta criminal a ser reprovada. Consigne-se que este pressuposto é um pilar de constituição do Direito Penal. Contudo, apesar de sua relevância no estruturamento da responsabilização penal, para a análise da viabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, deve-se ir além, posto há outros pressupostos a serem investigados.

O primeiro a ser percebido reside na diferença entre poder punitivo e pena de caráter criminal. O poder punitivo, que se fundamenta no *jus puniendi* estatal, é o gênero, enquanto a pena criminal é apenas uma de suas materializações. Como lecionam Zaffaroni e Batista, o Direito Penal só pode ser afirmado após serem respondidas algumas questões fundamentais, dentre as quais a de se saber “sob quais pressupostos pode ser requerida a habilitação da pena (teoria do delito)”<sup>34</sup>.

O leitor percebeu, ao longo da leitura do artigo, que os pilares da teoria do delito encontram-se ausentes na responsabilização “penal” da pessoa jurídica. Não há o substrato real fundante do Direito Penal, que exige a capacidade de ação, de obrar dolosamente e de culpabilidade para que se imponha uma pena criminal. Resta claro que toda e qualquer punição à pessoa jurídica, ainda que venha, pelo legislador, a ser denominada de “penal” e fundamentada na prática de um tipo penal, não será uma sanção de Direito Penal, uma vez que não haverá o preenchimento da estrutura delitiva mínima, mas, sim, um sancionamento de natureza diversa à do Direito Penal.

<sup>34</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; *et. al.* *Direito Penal Brasileiro* - I. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 39.

Este sancionamento manifesta e materializa o poder punitivo do Estado mesmo sem a presença das características do Direito Penal. O Direito de Contra-Ordenações e o Direito Administrativo Sancionador manifestam o poder punitivo estatal e comprovam que este não se resume à esfera criminal. O poder punitivo não se confunde e nem se limita à aplicação das penas criminais. Não será em razão de estar escrito na lei que as pessoas jurídicas serão penalmente responsabilizadas, que esta responsabilidade efetivamente decorrerá do Direito Penal. Apesar de o legislador expressar o termo “penal”, não se trata de algo diverso de uma mera sanção de caráter administrativo. Eventual tentativa de refutação desta constatação terá como consequência a indefinição da fronteira entre as esferas penais e administrativas das sanções aplicadas judicialmente, o que representaria um retrocesso perante o atual estágio adotado na evolução de nosso Direito.

O segundo pressuposto a ser considerado na estruturação da responsabilidade penal consiste na insuperável personalidade da sanção criminal. O termo personalidade faz referência ao indivíduo enquanto pessoa, trazendo, por consequência, a exclusão de terceiros, em especial, daqueles que cercam o punido. Este princípio humanizador da pena criminal é um pilar de fundação do Direito Penal. Ou seja, a individualidade da pena com a rejeição de sua coletivização é uma característica base do Direito Penal moderno. Carvalho Filho expõe que, a partir do século XVIII, o princípio da personalidade da pena consagra-se no Direito Penal<sup>35</sup>. Dessa forma, logrou-se alcançar um novo estágio na cultura jurídica, de maneira que a “justiça penal” abandonou as perpetuações da “maldição do crime até a descendência do criminoso”<sup>36</sup>.

A Constituição de 1988 assumiu este estágio civilizatório e dispôs expressamente, em seu artigo 5º, inciso XLV, que a pena não passará da pessoa do condenado. Os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica desconsideram que o punido na responsabilização da sociedade será o sócio, que sofrerá uma redução em seu

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. V. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P. 85.

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Op. cit.* p. 80.

patrimônio, quando advier a condenação da pessoa jurídica a pagar a multa. Verifique-se que todos os sócios serão penalizados patrimonialmente, independentemente de fazerem ou não parte da cadeia de comando da organização societária responsável por seu agir. Resta claro que, se for seguida a ótica da Lei de Crimes Ambientais, a conduta criminosa e antissocietária (contrária à Lei Penal e aos atos constitutivos da sociedade) de alguns membros da pessoa jurídica impingirá uma pena de caráter “penal” - conforme os termos da lei - a todos os sócios, não importando a posição e a atribuições de cada um. Esta responsabilidade “penal” de terceiros, que não agiram tipicamente, está mascarada por meio da alegada punição da personificação da coletividade de indivíduos. Sob este aspecto, é inconstitucional a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A responsabilização da pessoa jurídica só pode ser aceita se for reconhecido o caráter administrativo desta forma de sancionamento, uma vez que o alegado processo de imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica não se mostra capaz de configurar a tipicidade e nem a culpabilidade do fato praticado pelo ente coletivo.

Há outra questão capaz de suscitar dúvidas. Esta se origina da proibição constitucional da pena de morte prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”. A partir do momento em que se abandona o aspecto real e o fundamento antropológico do Direito Penal para equiparar a pessoa jurídica à natural para fins de responsabilização penal, inclusive afirmando sua capacidade de ação, há de se reconhecer que as vedações constitucionais ao exercício do *jus puniendi* de caráter criminal serão aplicadas em todas as hipóteses. Neste sentido, em obediência ao sistema legal, impende que se reconheça que o artigo 24 da Lei de Crimes Ambientais<sup>37</sup> é inconstitucional. A liquidação forçada da pessoa jurídica nada mais é do que a execução de uma pena de morte, de forma que seu conteúdo viola a proibição constitucional de que haja penas de morte, em tempos de paz, na República Federativa do Brasil.

<sup>37</sup> Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Se contrafaticamente se iguala a pessoa jurídica à pessoa natural, deve o intérprete aceitar todas as consequências de sua tomada de posição. Por óbvio, até um leigo reconheceria ser um erro alegar a impossibilidade de se liquidar uma sociedade constituída e/ou destinada para fins ilícitos em razão da norma prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da CRFB/1988. No entanto, este erro é de igual medida ao da defesa da capacidade de ação e de culpabilidade da pessoa jurídica, bem como, em termos gerais, de toda e qualquer forma responsabilização penal da pessoa jurídica. O erro de ambas as afirmativas reside justamente na descon sideração do fundamento antropológico do Direito Penal. Nunca é demais repetir que, por ser o Direito Penal um instrumento de extrema força, foi empregado como *ultima ratio*, constituído e estruturado em bases reais tendo o Homem como referência insuperável.

Por fim, falta tratar da questão referente ao princípio da igualdade no tocante à aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Esta questão refere-se à aceitação ou não da responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público. Prado expõe que, em França, excetua-se o Estado detentor do poder de punir e as coletividades territoriais em hipóteses não relacionadas à concessão de serviço público<sup>38</sup>. Já a lei austríaca exclui o Estado Federal, os Estados federados e os municípios enquanto atuem na execução da lei<sup>39</sup>. No Brasil, há defesas de que as pessoas jurídicas de Direito Público não são passíveis de responsabilização penal. Os irmãos Passos de Freitas argumentam em favor desta posição e expõem que as entidades de Direito Público não poderiam cometer um crime em seu interesse, uma vez que elas somente poderiam buscar fins que se coadunem com o interesse público, sendo que eventuais desvios finalísticos nada mais seriam do que desvios ou abusos de poder do administrador público, que seria aquele submetido à responsabilidade penal e em caráter individual<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p.165.

<sup>39</sup> PLANAS, Ricardo Robles. *Op. cit.* p.141.

<sup>40</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*. 8ª. ed. São Paulo: RT, 2006. P. 70.

Olvidam-se os autores que entidades de Direito Privado também só podem almejar fins lícitos. O Direito não confere qualquer juridicidade a entidades criminosas, tanto que qualquer agrupamento de indivíduos reunidos com o fim de cometer ilícitos penais dará ensejo à ocorrência do crime de quadrilha ou bando e não ao surgimento de uma pessoa jurídica de Direito Privado. Neste sentido, todo o crime ocorrido no âmbito das entidades de Direito Privado também não passaria de um desvio de finalidade do administrador, que deveria ser punido individualmente tal como ocorre com o seu correlato na esfera pública.

A falha deste pensamento localiza-se na suposição de que quando a pessoa jurídica de Direito Privado “comete” um ilícito penal todos os seus integrantes encontram-se de acordo com este escopo criminoso, ao contrário do que teoricamente ocorreria com as pessoas jurídicas de Direito Público. Não se precisa ir muito longe para encontrar, ao longo da história, Estados Nacionais governados em um estado permanente de criminalidade contra seus súditos. Por outro lado, percebe-se que negar a responsabilidade penal da pessoa jurídica de Direito Público e afirmar a das entidades de Direito Privado viola frontalmente o princípio constitucional da isonomia. Em contrapartida, há de se reconhecer que não deixa de causar estranheza a possibilidade de o detentor do poder punitivo aplicar uma autopunição de caráter criminal. Poderia o Estado decretar sua autoliquidação? Haveria efetiva punição na aplicação de uma pena de multa pelo próprio Estado, posto que o numerário desta pena permaneceria com o próprio sujeito ativo do delito? Ainda que se condenasse o Estado à pena de prestação de serviços à comunidade na modalidade contribuição a entidades ambientais, enfrentar-se-ia a violação do dogma da intranscendência da pena criminal, isto porque o contribuinte seria o punido com a transferência de verbas pertencentes ao erário público.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De um modo geral, por toda a exposição elaborada ao longo deste artigo, pode-se verificar que a incorporação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico-penal

brasileiro não passa de uma regra simbólica, que desconsidera a realidade fática e dogmático-jurídica, e dá origem ao tão combatido Direito Penal Simbólico. Para se insistir neste caminho, deve-se abandonar toda a estrutura do Direito Penal atualmente aceita e adotar conceitos flexíveis, imprecisos e incongruentes, que não necessitam da correção e da precisão exigidas e das garantias conquistadas pela dogmática jurídico-penal moderna, de forma a que toda e qualquer punição possa ser rotulada de “penal” pelo legislador. Ou seja, não há caminho intermediário.

O reconhecimento de que existe uma incompatibilidade insuperável entre o que se entende por Direito Penal em nossa cultura jurídica e a regulamentação de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil representa um avanço neste debate. Entretanto, a pergunta fundamental a ser respondida consiste em saber o grau de abalo sofrido pelo Estado - Substancial - de Direito, no momento em que se abandonam as premissas do Direito Penal Liberal, enfraquecendo as garantias dos cidadãos, em prol da construção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Somente a partir desta medida será possível constatar o equívoco do caminho que vem sendo trilhado no Brasil nestes últimos anos. ☐

# Competência Jurisdicional para Processamento e Julgamento de Ações Civis Públicas em Defesa do Meio Ambiente: Danos Ambientais Ocorridos em Terrenos de Propriedade da União

Vinicius Lameira Bernardo

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-aluno da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Ambiental pela UERJ.*

## 1. INTRODUÇÃO

A ideia de formular o presente artigo surgiu a partir da análise de caso ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, mais precisamente no município de Armação de Búzios.

O caso em comento refere-se ao conflito positivo de competência instaurado entre a 1ª Vara da Comarca de Armação de Búzios e o Juízo Federal de São Pedro D'Aldeia, originado a partir do ajuizamento de ações civis públicas com idênticas causa de pedir e objeto, propostas, respectivamente, pelo Ministério Público Estadual<sup>1</sup> e o Ministério Público Federal<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ação civil pública nº 2007.078.000541-0.

<sup>2</sup> Ação civil pública nº 2008.51.08.000712-8.

A situação fática que deu origem às duas ações civis públicas retromencionadas refere-se à implantação de um loteamento e a instalação de um empreendimento hoteleiro na Praia de Tucuns, Armação de Búzios, ambos licenciados pelo órgão ambiental estadual, qual seja, a extinta FEEMA - atualmente INEA.

Segundo restou apurado nos inquéritos civis públicos instaurados pelos Ministérios Públicos Estadual e Federal, as licenças concedidas incorreram em inequívoca ilegalidade ao permitir a instalação de empreendimentos com provocação de danos ao ecossistema praiano, em especial áreas de preservação permanente, como restingas fixadoras de dunas e campos de dunas, causando degradação ambiental.

Ambas as ações coletivas tinham por objeto, em síntese, a declaração de nulidade das licenças concedidas, demolição dos empreendimentos e a condenação dos empreendedores na obrigação de fazer consistente na recuperação da qualidade ambiental do ecossistema degradado, localizado no bioma da Zona Costeira.

No caso concreto, tanto o Juízo Estadual quanto o Juízo Federal declararam-se competentes para o processamento e julgamento da causa: o Juízo estadual firme no entendimento de que sua competência estaria justificada pelo fato do impacto ambiental decorrente da instalação dos empreendimentos ter dimensão local, restrita aos limites do Município de Armação de Búzios; já o Juízo Federal amparou-se no fato de porção dos empreendimentos estar localizada em Terreno de Marinha, bens públicos pertencentes à União.

O presente artigo tem por objetivo instigar o leitor a analisar imparcialmente os argumentos de ambas as partes e decidir-se, ao final, pelo juízo competente para processamento e julgamento de ambos os feitos.

Para tanto, analisaremos inicialmente as normas constitucionais relacionadas à repartição de competências entre os entes federativos em matéria ambiental. Posteriormente serão analisadas as regras infraconstitucionais e seus balizamentos constitucionais para fixação da competência licenciadora dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Proteção ao Meio

Ambiente - SISNAMA. Destacar-se-á a questão dos reflexos possíveis da dominialidade do bem lesado na competência licenciadora do órgão integrante do SISNAMA. Posteriormente, será feita breve análise sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e da Resolução CONAMA 237/97, bem como acerca das especificidades da Zona Costeira Brasileira e as regras de fixação do órgão ambiental competente para o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades realizadas neste importante Bioma Nacional, alçado à categoria de Patrimônio Nacional pela nossa Carta Cidadã<sup>3</sup>.

Finalmente serão analisadas questões referentes à competência da Justiça Federal e o preciso significado do termo “interesse” da União a justificar sua intervenção no feito, bem como a tendência jurisprudencial do nosso Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes<sup>4</sup>, para então apresentarmos nossa conclusão quanto ao tema proposto.

## **2. REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL**

A CRFB/88, em seu art. 23, VI<sup>5</sup>, estabeleceu ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover a defesa do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas.

A competência acima mencionada não é legislativa, conforme estabelecida no art. 24 da Carta Magna, mas sim administrativa ou de implementação, determinando a atuação conjunta dos Entes Federados na proteção dos valores ali mencionados, incluindo aí o exercício do Poder de Polícia Ambiental, do qual decorre a competência para licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais.

<sup>3</sup> CRFB/88, art. 225, parágrafo terceiro.

<sup>4</sup> Faremos menção à decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que analisou o caso que deu origem ao presente trabalho.

<sup>5</sup> CRFB/88, art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) VI- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

A competência comum é uma forma de instituir o chamado federalismo cooperativo<sup>6</sup>, que procura envolver todos os níveis de governo na proteção coordenada dos valores estabelecidos pelo Constituinte Originário.

Contudo, diante da existência de mais de uma pessoa jurídica de direito público com atribuição para a proteção dos mesmos valores, necessário socorrer-se de um sistema de repartição de competências para que não haja sobreposição de atuação entre os Entes Federados, o que violaria frontalmente o princípio da eficiência<sup>7</sup> e colocaria em cheque a convivência harmoniosa dos diferentes níveis de governo.

O critério constitucional de repartição de competências político-administrativa, em linhas gerais, é o da predominância do interesse<sup>8</sup>, cabendo à União o trato das matérias de interesse nacional, aos estados, as matérias de interesse regional e aos Municípios, as matérias de interesse local.

Contudo, na seara do direito ambiental, a delimitação do interesse predominante se vincula diretamente à área de influência direta do impacto ambiental<sup>9</sup>, cabendo à União e seus órgãos am-

<sup>6</sup> A participação coordenada dos diferentes entes em matéria ambiental insere-se no chamado federalismo cooperativo e justifica-se, sobretudo, pelas particularidades de que podem se revestir as questões ambientais em cada região ou localidade. Barroso, Luis Roberto. "Serviço e transporte ferroviário e federação: Instituição de Padrões Ambientais e de segurança". *Revista de Direito e Estado* nº 8. Rio de Janeiro, 2006. Editora Renovar, p. 287.

<sup>7</sup> "Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, *primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.*" (Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 16 edição, São Paulo, editora Atlas, p. 320).

<sup>8</sup> "A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa(...). *O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local(...)*" (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª edição, São Paulo, editora Malheiros, p. 454/455.)

<sup>9</sup> "Na esteira do já preconizado pela Lei 6.938/81, depreende-se da Resolução CONAMA 237/97 que o critério para identificação do órgão preponderantemente habilitado para o

bientais fiscalizarem atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza nacional<sup>10</sup>, regional ou transfronteiriça; aos Estados e seus órgãos ambientais fiscalizarem atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza microrregional (aquele que ultrapassa os limites de um único Município); e aos Municípios e seus órgãos ambientais fiscalizarem atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza local.

Outro apontamento que merece destaque é o fato de caber à União a atuação em questões que, por sua natureza, não possam ser adequadamente tratadas pelos entes federados individualmente, diante da necessidade de tratamento uniforme do tema em todo território nacional.

Como anota o professor Luis Roberto Barroso:

*(...) a autonomia dos entes federativos não os autoriza a adotar linha de ação incompatível com a manutenção do ente global, isto é, do próprio Estado Federal. Por isso mesmo,*

---

*licenciamento é determinado pela área de influência direta do impacto ambiental. Sim, apenas os impactos diretos, pois os indiretos podem alcançar proporções inimagináveis, de modo a despertar o interesse da própria aldeia global. “(Milaré, Edis. **Direito do Ambiente**, 5ª edição, São Paulo, editora RT, p. 415). Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, acerca de pedido de suspensão de medida liminar concedida nos autos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para determinar a imediata paralisação de obras para construção de pequenas centrais hidrelétricas no Estado de Mato Grosso, ao argumento de irregularidades no licenciamento ambiental promovido pelo órgão ambiental estadual, o Min. Relator Gilmar Mendes deixou assente em seu voto que “*É preciso enfatizar neste juízo mínimo acerca do mérito, que o próprio IBAMA já manifestou, nos autos da ação originária, não constituir órgão competente para atuação no caso concreto, por não se tratar de terras indígenas, e por ter constatado que o impacto da obra apresenta influência apenas no Estado do Mato Grosso. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar deferida...*” ( Suspensão Liminar 246, Rel. Min. Gilmar Mendes).*

<sup>10</sup> “Não é pelo simples fato de o impacto direto de um empreendimento ou atividade atingir mais de um Estado que, à luz dos interesses nacionais, seja isto suficiente para justificar a atuação do órgão da União. Acreditamos que somente quando tais impactos vierem, ainda que potencialmente, a ameaçar os planos nacionais ou regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social de que trata o artigo 21, IX, da Constituição Federal, ao estabelecer competência exclusiva da União para elaborar e executar tais planos, é que surgiria o interesse nacional justificativo da atuação do IBAMA.” (OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005, p. 321.)

*para evitar antinomia nas matérias que exigem uniformidade, é natural que a competência legislativa seja concentrada no ente central (mais adiante, em sua obra, o Professor Barroso aplica esse mesmo entendimento aos casos de competência político-administrativa, ora analisados).<sup>11</sup>*

Isso porque o modelo federativo adotado pela Carta Constitucional, sublinhando-se aqui a nota de cooperação ínsita a tal forma de Estado, não autoriza os entes federativos a atuarem como se soberanos fossem, desconhecendo limites de atuação e postando-se de forma contraditória à União em temas que, por sua natureza, devam se sujeitar a tratamento uniforme em toda extensão de nosso território.

### **3. PARÂMETROS INFRACONSTITUCIONAIS PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA LICENCIADORA DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS INTEGRANTES DO SISNAMA**

#### **3.1 Da irrelevância da dominialidade do bem lesado para fins de fixação da competência do órgão ambiental licenciador.**

A dominialidade da área onde se verificar o dano ambiental não se presta como critério fixador de competência do Ente Federativo habilitado a promover a defesa do meio ambiente, até mesmo porque, como já se disse alhures, a CRFB/88 atribuiu aos Entes Federados competência comum para promover a defesa do meio ambiente, e o único parâmetro de extração constitucional orientador da repartição dessa competência é o da predominância do interesse, que decorre da própria adoção do modelo federal e, especificamente no direito ambiental, vincula-se diretamente à proporção dos danos ambientais causados ou passíveis de serem causados pelas atividades ou empreendimento danosos.

Nesse passo, anota o professor Edis Milaré:

<sup>11</sup> Barroso, Luis Roberto. “Serviço e transporte ferroviário e federação: Instituição de Padrões Ambientais e de segurança”. *Revista de Direito e Estado* nº 8. Rio de Janeiro, 2006. Editora Renovar, p. 279.

*“assim, pouco importa a titularidade da área onde será implementada a obra ou atividade(...) Bem verdade, aduz o articulista que a resolução CONAMA 237/97 por vezes afasta-se deste critério, entrando em rota de colisão com a autonomia dos entes federativos, fixando, por exemplo, a competência licenciadora pelo critério da dominialidade do bem(...) Estes dispositivos, contudo, devem ser desconsiderados (ou declarados inconstitucionais), pois desrespeitam a Constituição Federal, dando competência licenciadora a quem não pode detê-la dentro do ordenamento legal, como é facilmente verificável”.*

A própria Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, através das tintas do Dr. Gustavo Trindade, manifestou-se nos seguintes termos, nos autos do PARECER Nº 312/CONJUR/MMA/2004, disponível no sítio eletrônico do IBAMA:

*Sra. Ministra:*

*Trata-se de conflito positivo de competência entre o IBAMA e a FATMA/SC para a realização do licenciamento ambiental do Estaleiro Aker Promar, no Município de Navegantes/SC.*

*De um lado se manifesta a Procuradoria Jurídica da referida Fundação Estadual, entendendo ser de competência do órgão estadual o licenciamento do empreendimento em questão, tendo em vista que seus impactos ambientais diretos não ultrapassam os limites do Estado de Santa Catarina.*

*A Gerência Executiva do IBAMA/SC posiciona-se no sentido de que o citado empreendimento deve ser licenciado pelo IBAMA, em suma, pelo fato dos impactos ambientais da atividade serem extensíveis ao mar territorial, bem da União, cabendo, portanto, ao órgão federal realizar tal licenciamento ambiental.*

*Já a Diretoria de Licenciamento e Qualidade - DILIQ/IBAMA, diverge do posicionamento da GEREX/SC, com fulcro no art. 4º, I da Resolução CONAMA nº 237/97, concluindo que caberia órgão ambiental estadual o licenciamento da ativi-*

*dade em questão, pois somente seria de responsabilidade do IBAMA os licenciamentos de empreendimentos “localizados ou desenvolvidos” no mar territorial ou na plataforma continental. Não bastando, para deslocar a competência para o IBAMA, o fato de os impactos ambientais serem extensíveis a bem da União.*

*(...) o instituto do licenciamento vincula-se ao interesse público e não à titularidade do bem, até mesmo porque, para fazer valer sua condição de proprietário, é necessário que o ente estatal desafete o bem da finalidade pública. (...) admitido o atrelamento do licenciamento ambiental à titularidade do bem afetado, teríamos uma gama de empreendimentos e atividades de diminuto impacto ambiental sujeitos ao licenciamento obrigatório pelo IBAMA. Caberia ao IBAMA, por exemplo, licenciar toda e qualquer atividade de mineração, qualquer construção situada na orla marinha (terreno de marinha), qualquer atividade que capte água ou lance efluentes em rios que banhem mais de um Estado, ou que se estendam a território estrangeiro (rios de domínio da União). O critério da titularidade do bem para aferição do membro do SISNAMA competente para realizar o licenciamento ambiental, além de contrariar frontalmente o disposto na Lei 6.938/81, traria, per se, inúmeros conflitos entre os Entes Federados. Utilizando-se tal critério, ter-se-á casos em que teremos União, Estado(s) e Município(s) com bens afetados diretamente por um empreendimento, consequentemente, com o dever de licenciar a atividade.*

*(...) Isto posto, além da manutenção do disposto no Parecer nº 1853/CONJUR/MMA/98, em especial, no que diz respeito a competência para realizar a licenciamento ambiental, conclui-se :*

- a) o meio ambiente é bem de uso comum do povo, não sendo de propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. A preservação do meio ambiente interessa a toda a coletividade, não apenas às entidades políticas;*
- b) o licenciamento ambiental é um procedimento de con-*

*trole prévio das atividades potencialmente causadoras de impacto sobre o meio ambiente. Desta feita, o licenciamento ambiental não concede o direito à exploração de bens de titularidade do Poder Público;*

*c) cabe ao Poder Público no ato da concessão do direito de explorar bens de titularidade zelar seu domínio. A concessão/permissão de tal uso de bem do Poder Público não autoriza o cessionário a violentar as leis que preservam a natureza.*

*d) a titularidade do bem afetado pela atividade ou empreendimento não define a competência do membro do SISNAMA para realização do licenciamento ambiental. Tal critério contraria o art. 10 da Lei nº 6.938/81 e as disposições do CONAMA sobre o tema;*

*e) o critério para definição do membro do SISNAMA competente para a realização do licenciamento ambiental deve ser fundado no alcance dos “impactos ambientais” da atividade ou empreendimento, conforme o regrado pela Resolução CONAMA nº 237/97.*

*f) na presente questão, somente caberá ao IBAMA realizar o licenciamento ambiental do Estaleiro Aker Promar, no Município de Navegantes/SC caso esteja configurada alguma das hipóteses previstas no art. 4º da Resolução CONAMA nº 237/97.*

Este entendimento já foi sufragado inclusive pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª região, *in verbis*:

*Licenciamento ambiental. A competência para licenciar projeto de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente não se fixa pela titularidade dos bens nele contemplados, mas pelo alcance dos seus possíveis impactos ambientais (Apelação Cível 327.022, rel. Des. Federal Rivalvo Costa.)*

Portanto, resta indubitável que a dominialidade do bem onde se desenvolve ou pretende-se desenvolver atividade efetiva

ou potencialmente poluidora se mostra absolutamente incapaz de determinar o órgão licenciador.

### 3.2 A Lei 6.938/81 e a resolução CONAMA 237/97.

Uma vez estabelecidos constitucionalmente os círculos de atribuição dos Entes Federados na proteção do meio ambiente, foi editada a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que em seu art. 10<sup>12</sup> atribuiu aos órgãos estaduais o papel preponderante no licenciamento de atividades poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, reservando aos órgãos federais atuação em caráter supletivo<sup>13</sup>. A atuação subsidiária da União justifica-se pela maior eficácia da fiscalização descentralizada, levada a cabo por agentes locais, mais entrosados às peculiaridades de suas regiões.

Aliás, insta salientar que a atuação primordial dos Estados na promoção da defesa do meio ambiente decorre notadamente do modelo federal adotado pelo Estado Brasileiro, em decorrência de sua dimensão continental e das acentuadas peculiaridades existentes nas diferentes regiões que a integram<sup>14</sup>, impondo-se uma maior descentralização na atuação ambiental por parte dos Entes federados.

<sup>12</sup> Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetivamente e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

<sup>13</sup> “A lei de política nacional do meio ambiente procurou inserir em todo território nacional o sistema de licenciamento ambiental (...) de outro lado, a Lei 6.938/81 previu uma suplementação administrativa em sentido inverso do que estamos acostumados: se os Estados não intervierem adequadamente, a União deverá intervir para fazer o que os Estados não fizeram no campo ambiental.” (Machado, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 16 edição, São Paulo, editora Malheiros, p. 116).

<sup>14</sup> “O federalismo, em verdade, estendeu-se pelo mundo contemporâneo, sendo contemplado por vários Estados, que o reconheceram expressamente, através de uma forma estatal que poderia harmonizar a diversidade regional com a unidade nacional. Mais do que isto, porém, a presença do princípio federativo no Estado hodierno encontra suas raízes profundas nas diversidades que caracterizam a existência dos grupos sociais, bem como em seus anseios de unidade” (Russomano, Rosah. *O princípio do federalismo na Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965, p. 12).

Apenas para ilustrar o ponto de vista, e ressaltando que o tema será retomado mais adiante, adiantamos que a Zona Costeira brasileira é extensa e variada, possuindo uma linha contínua de costa com mais de 8 mil quilômetros de extensão, uma das maiores do mundo. Ao longo dessa faixa litorânea é possível identificar uma grande diversidade de paisagens como dunas, ilhas, recifes, costões rochosos, baías, estuários, brejos e falésias. Dependendo da região, o aspecto é totalmente diferente do encontrado a poucos quilômetros de distância. Mesmo os ecossistemas que se repetem ao longo do litoral - como praias, restingas, lagunas e manguezais - apresentam diferentes espécies animais e vegetais. Isso se deve, basicamente, às diferenças climáticas e geológicas.

Eis, portanto, a necessidade de atuação descentralizada dos entes federativos, notadamente em função das acentuadas diversidades que assumem os diferentes ecossistemas e biomas nacionais, variando de acordo com os espaços geográficos em que situados.

O professor Nagib Slaibi Filho não descurou do aspecto geográfico fundamentador da adoção do modelo federal, *in verbis*:

*“os países dotados de grande território exigem a descentralização, não só administrativa, mas, e , principalmente, legislativa, pois não é possível que as decisões sejam praticadas longe do fato que as fundamenta(...) É do fundamento geográfico da federação que decorre a distribuição de poderes que a Constituição faz aos diversos entes da federação: é o princípio da amplitude dos interesses que preside a tal divisão de atribuições. Ao governo estadual incumbem os interesses que não chegam a ser gerais, mas que transcendem o interesse puramente local (art. 25), cabendo ao governo municipal a defesa do interesse local.” (Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Forense - 2004, p. 808.).*

Nessa mesma linha de entendimento, preconizando a atuação primordial dos agentes que mais próximos estão dos problemas ambientais, leciona o professor Paulo Afonso Leme Machado, *in verbis*:

*“na redução das situações de conflito no licenciamento ambiental merece ser utilizado o “princípio da subsidiariedade”. Nesse sentido, aborda o tema, de forma percuciente, Paulo José Leite Farias. Quem deve resolver o problema inicialmente é quem está perto dele. No quadro das pessoas jurídicas de direito público é o Município que deve ter competência administrativa prioritária para controlar e fiscalizar as questões ambientais(...) a implementação da política ambiental não pode desconhecer a dimensão dos ecossistemas (...)”.* (Direito Ambiental Brasileiro, 16 edição, São Paulo, editora Malheiros, p. 117).

Pois bem. Após a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, foi editada a resolução CONAMA 237/97, estabelecendo as seguintes hipóteses em que o licenciamento ambiental ficaria a cargo do IBAMA, *in verbis*:

*Art. 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:*

*I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.*

*II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;*

*III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;*

*IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;*

*V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica:*

*§ 1º O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.*

*§ 2º O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.*

Já em seu art. 5<sup>o</sup><sup>15</sup> a sobredita resolução garantiu à União participação nos processos de licenciamento levado a cabo pelos outros entes da federação, bem como permitiu sua atuação supletiva, diante de eventual inércia ou inépcia do órgão originariamente competente para licenciar determinada atividade ou empreendimento<sup>16</sup>.

Nesse ponto, a resolução deu concretude aos princípios da predominância do interesse, do federalismo cooperativo e da sub-

---

<sup>15</sup> Art. 5. Compete ao órgão ambiental estadual ou Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades: (...) parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento ambiental de que trata este artigo, *após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.*

<sup>16</sup> “A atuação supletiva do IBAMA, apesar de a lei não indicar os seus parâmetros, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se o órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omissor” (Machado, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo, Editora Malheiros, 2003, p. 262.) Em relação ao tema, veja-se decisão oriunda do TRF da 4ª Região: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. IBAMA. COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, TERRAS DE MARINHA OU PRAIAS. LEI 6.938/81 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 7.804/89. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo à atuação do órgão estadual, possui competência para proceder o licenciamento ambiental de área de preservação permanente, terras de marinha ou praias, devendo impedir a construção de obras nestes locais - Lei n° 6.938/81, na redação dada pela Lei n° 7.804/89. Agravo de instrumento improvido.” (TRF 4, AI n0200104010410057, Rel. Des. MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRERE, Decisão Unânime).

sidiariedade, garantindo: a) determinação da competência do Ente Federativo para o processo de licenciamento a partir da dimensão do dano proveniente da atividade ou empreendimento poluidor a ser licenciado; b) garantia de participação dos demais entes federativos interessados nos processos de licenciamento capitaneados pelo ente preponderante; c) atuação supletiva dos órgãos ambientais diante da inércia ou inépcia do Ente competente na promoção da defesa do meio ambiente.

Digna de aplausos a medida legislativa. A atribuição constitucional de competência comum aos entes federados para promoção e defesa do meio ambiente não prescinde da determinação do ente preponderante em determinada situação fática, a fim de evitar linhas de atuação contraditórias. Contudo, a necessidade de cooperação entre os entes federados como forma de dar maior efetividade possível às normas constitucionais de proteção ao meio ambiente impõe a esquematização de fontes de diálogo entre os diversos entre da Federação. O debate entre diferentes autoridades administrativas contribui significativamente para implementação de iniciativas mais eficazes, e a indicação do ente preponderante no caso concreto evita a perenização das eventuais discórdias que possam surgir durante esse processo, cabendo-lhe a palavra final e, obviamente, a assunção da devida responsabilidade pela escolha eleita.

Portanto, conclui-se com arrimo nas normas constitucionais e legais pertinentes à repartição de competências administrativas entre os Entes Federativos, que os órgãos ambientais federais somente deverão exercer o Poder de Polícia Ambiental frente a atividades ou empreendimentos que causem impactos ambientais de dimensão nacional, regional ou transfronteiriços; ou diante da omissão ou desídia do órgão ambiental competente (estadual, distrital ou municipal), caso em que sua atuação terá caráter supletivo<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> “A regra geral, expressa no *caput*, passou a determinar que o licenciamento ambiental fosse feito pelo órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente- SISNAMA-, agindo o IBAMA, em nome do Poder Executivo Federal, em caráter supletivo. Sabidamente, ação supletiva é a que supre, ocupa lugar da faltante. Assim, a ação do IBAMA, para atendimento do dispositivo legal, deverá ter lugar apenas na inexistência ou omissão do órgão licenciador estadual. Consoante a atual redação, a competência original

### 3.3 Do licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades desenvolvidos na zona costeira.

A Zona Costeira brasileira<sup>18</sup> é extensa e variada. O Brasil possui uma linha contínua de costa com mais de 8 mil quilômetros de extensão, uma das maiores do mundo. Ao longo dessa faixa litorânea é possível identificar uma grande diversidade de paisagens como dunas, ilhas, recifes, costões rochosos, baías, estuários, brejos e falésias. Dependendo da região, o aspecto é totalmente diferente do encontrado a poucos quilômetros de distância. Mesmo os ecossistemas que se repetem ao longo do litoral - como praias, restingas, lagunas e manguezais - apresentam diferentes espécies animais e vegetais. Isso se deve, basicamente, às diferenças climáticas e geológicas.<sup>19</sup>

Atento à importância desse bioma, foi editado o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), através da Lei 7.661/85, o qual, subordinando-se aos princípios e tendo em vista os objetivos genéricos da Política Nacional do Meio Ambiente, teve por intenção orientar a utilização racional dos recursos na zona costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade de vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural (art. 2º da Lei 7.661/85).

Em relação ao licenciamento ambiental das atividades desenvolvidas na Zona Costeira, o art. 6º do PNGC estabelece que: *“o licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da zona costeira de-*

---

passou a ser do Estado Membro, através de seu órgão ambiental competente, e, no caso de omissão deste, da União, através de seu órgão federal.” (OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *Introdução à legislação ambiental brasileira e Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005, p. 321.)

<sup>18</sup> A Resolução 01/90 do Grupo de Coordenação de Gerenciamento Costeiro definiu a Zona Costeira na abrangência de suas faixas marítimas e terrestres através de dois critérios, um para quando houver Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro e outro na ausência deste. Considerando que até hoje o Estado do Rio de Janeiro não elaborou seu Plano estadual de Gerenciamento Costeiro, entende-se como Zona Costeira a faixa marítima de 5 milhas (11,1Km) e a faixa terrestre de 20 Km sobre uma perpendicular, ambas contadas a partir da linha média de baixa-mar.

<sup>19</sup> Disponível em [www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/biomas/bioma\\_costeiro](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/biomas/bioma_costeiro). Acesso em 20.09.08.

*verá observar, além do disposto nesta lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro”.*

Já o parágrafo segundo do mencionado dispositivo legal assim dispõe: *“Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração de estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo relatório de impacto ambiental- RIMA, devidamente aprovado, na forma da Lei”.*

Vê-se, a toda evidência, que ao submeter o licenciamento ambiental na zona costeira aos ditames das leis federais, estaduais e municipais existentes, bem como ao mencionar “órgão competente” em vez de órgão federal no parágrafo segundo do artigo sexto, quis o legislador manter para o licenciamento ambiental neste importante bioma os mesmos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente<sup>20</sup>, deixando ao órgão estadual a função primordial de promover o licenciamento de atividades e obras potencialmente poluidoras desenvolvidas em seus limites territoriais, ainda que localizada na Zona Costeira. Tal entendimento é reforçado pelo art. 12, IX do Dec. 5.300/04 (regulamentador da PNGC) o qual definiu que ao IBAMA compete *“conceder o licenciamento ambiental dos empreendimentos ou atividades de impacto ambiental de âmbito regional ou nacional incidentes na Zona Costeira, em observância as normas vigentes”*, excluindo, pois, da competência do IBAMA, o licenciamento dos empreendimentos e atividades com impacto microrregional (mais de um Município) ou local.

E tal conclusão é de fácil percepção, até mesmo porque, tendo a Zona Costeira mais de 8.000 km de extensão, conjugado a notória escassez de recursos materiais e humanos dos órgãos ambientais, seria no mínimo irresponsabilidade subtrair dos órgãos municipais e estaduais o dever constitucionalmente assegurado de promover a defesa do meio ambiente, exercendo seu poder de

<sup>20</sup> “Inicialmente, há que se observar que a lei que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro é norma que, expressamente, se subordina à Política Nacional do Meio Ambiente e que, portanto, deve haver compatibilidade entre a sua aplicação e a Lei 6.938/81.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11ª edição, Rio de Janeiro, Editora lumen juris, 2008, p. 196).

polícia e repartindo com os órgãos federais o dever de realizar o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras, cada qual no seu âmbito de atribuição, de acordo com as diretrizes da PNMA.

Veja-se a respeito a lição abalizada do professor José Afonso da Silva em seu clássico **Direito Ambiental Constitucional**<sup>21</sup>:

*Em suma: os limites terrestres e marítimos da Zona Costeira devem ser estabelecidos nos Planos estaduais de Gerenciamento Costeiro em função de suas características naturais e aspectos socioeconômicos. Procura-se assim ajustar a definição da Zona Costeira à realidade em cada região ou estado(...)*

*(...) (O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro) visa, especialmente, lançar as bases para o estabelecimento de políticas, Planos e Programas estaduais e municipais de Gerenciamento Costeiro e, de modo preponderante, objetiva planejar e gerenciar, de forma integrada, descentralizada e participativa, as atividades sócio-econômicas na Zona Costeira(...)*

*(...) em verdade, aos Estados e Municípios litorâneos se reserva não só a competência para elaboração dos respectivos Planos de Gerenciamento Costeiro, em muitos deles em franca elaboração, mas praticamente todas as atividades relativas à execução do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro...*

Tal ilação não passou despercebida pelo professor Paulo Affonso Leme Machado, segundo se depreende da seguinte passagem de sua consagrada obra **Direito Ambiental Brasileiro**:

*“não há um meio mais eficaz de levar à prática o planejamento costeiro nacional pelos Estados e Municípios do que fornecer-lhes recursos financeiros quando cumprirem as nor-*

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7ª edição. São Paulo. Malheiros. 2009, p. 154 e 159.

*mas do PNGC. No sistema federativo não há outro meio de controle federal a não ser este - de natureza indutiva-, a menos que se instituísse um licenciamento federal para todas as atividades a serem desenvolvidas na Zona Costeira brasileira, o que seria impraticável. A instrumentação legal da proteção da Zona Costeira, portanto, haverá de ser completada com mecanismos financeiros que possibilitarão aos Estados e Municípios bem cumprirem suas obrigações ambientais e culturais no litoral” (Direito Ambiental Brasileiro, 16 edição, editora Malheiros, São Paulo, 2008, p. 919).*

Manifestam-se no mesmo sentido Miriam Fontenelle e Cynthia Marques Amendola, segundo as quais:

*“é urgente a necessidade de se elaborar o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro para o Rio de Janeiro, a fim de que o Zoneamento Ecológico-Econômico-ZEE seja feito, e que assim haja de fato a integração do Gerenciamento Costeiro com o licenciamento ambiental, que deverá seguir as restrições impostas por tal ordenamento” (Legislação Ambiental-Licenciamento e fiscalização no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003, p. 48/49).*

Também segue na mesma trilha de interpretação o professor Antonio Inagê de Assis Oliveira, segundo o qual:

*“É claro também que, como no restante do território nacional, na Zona Costeira, a competência para o licenciamento é estadual, na forma da regra estabelecida pelo art. 10 da Lei 6.938/81, devendo obedecer às diretrizes específicas dos Planos Estaduais de Gerenciamento Costeiro que o respectivo Estado Membro houver editado. Na falta deste Plano, devem ser seguidas as diretrizes do Plano nacional de gerenciamento Costeiro e atendidos os ditames da Lei 7.661/88.” (Introdução à Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris: 2005, p. 352).*

Importante mencionar julgado do TRF da 5ª Região admitindo o licenciamento de atividade desenvolvida na Zona Costeira e em terreno de Marinha pelo órgão ambiental estadual, a seguir:

*“Ataca-se no presente Agravo decisão singular que deferindo em parte liminar requerida em ação civil pública, dentre outras, determinou que fosse exigido Estudo de Impacto Ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA) como requisito para a concessão de licença para exploração da atividade de carnicultura, independentemente do tamanho do empreendimento, na Zona Costeira e em Terrenos de Marinha(...) a competência para a proteção do meio ambiente está expressamente prevista nos incisos VI e VII do art. 23 da CF, como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No caso presente, não obstante a Resolução tenha sido expedida **prima facie** pela autoridade competente, no caso o CONAMA, e admitindo-se que o licenciamento foi procedido por autoridade estadual, no caso o SEMACE, que de acordo com a legislação sobre a matéria também tem competência administrativa comum para proteção do meio ambiente, importa sempre verificar se o conteúdo de tal resolução atendeu aos objetivos primordiais das normas de proteção ambiental...”* (AG. 118162/RJ, 1ª TURMA, DJU 04/10/2004, PG 271, REL. JUIZ CARREIRA ALVIM).

Não podemos encerrar o presente capítulo sem antes mencionar que o fato de a CRFB/88 ter erigido a Zona Costeira ao patamar de Patrimônio Nacional (Art. 225, parágrafo terceiro) em nada altera o que foi dito aqui em relação à competência para o licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos a serem desenvolvidos em seus limites. Tal circunstância não é apta a ensejar o interesse da União ou de suas autarquias, conforme se depreende do recen-tíssimo Acórdão daquele r. sodalício, abaixo transcrito:

*A questão está em definir a competência para processar e julgar o crime de desmatamento da floresta amazônica em*

*terreno objeto de propriedade particular. A Seção conheceu do conflito e declarou competente o juízo de Direito, o suscitante, ao entendimento de que não há que confundir patrimônio nacional com bem da União. Aquela locução revela proclamação de defesa de interesses do Brasil diante de eventuais ingerências estrangeiras. Tendo o crime de desmatamento ocorrido em propriedade particular, área que já pertenceu, mas hoje não mais, a parque estadual, não há que se falar em lesão a bem da União (grifo nosso). Ademais, como o delito não foi praticado em detrimento do Ibama, que apenas fiscalizou a fazenda do réu, ausente prejuízo para a União. Precedentes citados do STF: RE 458.227-TO, DJ 15/2/2006; do STJ: HC 18.366-PA, DJ 1º/4/2002, e REsp 592.012-TO, DJ 20/6/2005. CC 99.294-RO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/8/2009. (Informativo STJ 402 - 10 a 14 de agosto de 2009 - 3ª Seção).*

#### **4. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAMENTO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE**

A competência da Justiça Federal vem expressamente normatizada pela nossa Carta Constitucional, dispondo o art. 109, I da CRFB/88:

*Aos juízes federais compete processar e julgar:*

*a) As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.*

Do supracitado artigo verifica-se que não é qualquer interesse da União ou de suas autarquias e empresas públicas que justifica a fixação da competência da Justiça Federal, mas sim um interesse juridicamente qualificado, apto a alçá-las à condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Nesse sentido nos lembra o professor Hugo Nigro Mazzili:

*“para que haja efetivo interesse federal na causa, não basta que a lei ou medida provisória afirmem pura e simplesmente a necessidade de citar a União ou Agência reguladora federal numa ação civil pública coletiva. É necessário que a União, a empresa pública federal, a entidade autárquica federal ou a fundação federal tenham legítimo interesse para a causa, o que ocorrerá quando: a) o pedido esteja sendo feito por qualquer delas, em nome próprio, para a defesa de direito próprio (como autoras); b) o pedido esteja sendo feito por qualquer delas, em nome próprio, para a defesa de direito alheios (como substitutos processuais); c) o pedido esteja sendo feito por terceiros em face de qualquer delas (como réus); d) qualquer delas intervenha no processo para defender direito próprio, juntamente com o direito do autor ou do réu (como assistentes litisconsorciais ou litisconsortes necessárias); e) embora na qualidade de terceiros na lide, qualquer delas intervenha na causa para excluir as pretensões do autor, do réu ou do assistente (como oponentes). Não estando elas ostentando nenhuma dessas qualidades, não adiantara que a lei mande citar a União ou o Ente Federal, para só com isso, deslocar a competência para o foro federal. Assim, se a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal ingressarem no feito como litisconsortes voluntárias, com acerto já se tem recusado o deslocamento de competência da Justiça Estadual para federal”<sup>22</sup> (A defesa dos interesses difusos em juízo, 21 edição, São Paulo, Editora Saraiva, p. 286).*

Por outro lado, a dominialidade da área afetada não pode ser utilizada como parâmetro para fixação da competência federal em casos de danos ambientais, pois o objeto de tutela, *in casu*, é o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e não a propriedade do bem em si.

<sup>22</sup> RESP n. 431.606 SP, 2 T. STJ, v.u, j. 15-08-02, rel. Min. Eliana Calmom. DJU, 30.09.02, p. 249.

Aliás, importante frisar que a própria caracterização do bem ambiental como público ou particular é alvo de questionamentos pela doutrina, dado seu caráter difuso e de uso comum do povo, valendo sintetizar aqui os ensinamentos do professor Fernando Reverendo Vidal Akaoui<sup>23</sup>:

*Nosso ordenamento jurídico foi construído com base na existência de duas espécies de bem, quais sejam, os de natureza privada e os de natureza pública (...)*

*(...) Esta dicotomia entre bens públicos e privados teve poderosa modificação com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que aceitou o avanço da doutrina internacional no sentido de verificar a existência de bens que se apartam deste dualismo, pois não são integrantes do patrimônio público ou privado (...)*

*(...) Destarte, como se pode verificar, é o bem ambiental bem jurídico de uso comum do povo e, portanto, não integrante do patrimônio público ou particular, e é essencial à sadia qualidade de vida, o que se coaduna com a transindividualidade dos bens difusos quanto à titularidade, que recai sobre pessoas indeterminadas ligadas por circunstância de fato, sendo indivisível.*

Segundo, há de se dar relevo ao fato de que o meio ambiente equilibrado não é resultado da soma aleatória de bens ambientais, mas sim da interação destes. Portanto, quando se tutela a sanidade de um bem ambiental isoladamente considerado (v.g vegetação fixadora de dunas), procura-se em verdade, preservar um ecossistema em sua integralidade (fauna e flora que coabitam naquele sistema), cuja preservação decorre da necessidade de manter intactos todos os bens ambientais que, ao interagirem, viabilizam um meio ambiente equilibrado e sadio.

<sup>23</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. P. 26/27.

Danificar um bem ambiental integrante de um ecossistema pode comprometer a este por inteiro, e portanto, as ações civis públicas ambientais não têm por objeto somente a tutela do bem ambiental individualmente afetado, mas todo o meio ambiente, como nos lembra o professor Edis Milaré, *in verbis*:

*“o interesse a que se refere a Constituição para firmar a competência da Justiça federal há de se revelar qualificado, não bastando de modo algum a mera alegação de um interesse vago ou indeterminado.(...) Assim, por exemplo, como bem lembra Hamilton Alonso Junior, a simples titularidade do imóvel onde se deu o dano ambiental não gera o interesse jurídico previsto no art. 109, I da Constituição Federal, pois o interesse a que se visa tutelar com a ação civil pública é o patrimônio comum de todos (art. 225 da CF) e não o patrimônio da Pessoa Jurídica de Direito Público”. (Direito do Ambiente, 5ª edição, São Paulo, editora RT, 2008, p. 1027/1028).*

A questão dominial não escapou à argúcia do professor Rodolfo Camargo de Mancuso, *in verbis*:

*“a questão, a nosso ver, envolve dois aspectos básicos: a) os interesses de que cuida a Lei 7.347/85 não são interesses públicos, **stricto sensu**, e sim interesses metaindividuais, valendo a distinção para por em evidência que o problema da competência não pode ser resolvido em termos de titularidade do interesse metaindividual, isto é, numa perspectiva de exclusividade em sua pertinência e fruição, já que esse interesse, no caso, vem esparso por um número indeterminado de pessoas. Assim, o interesse da União, suas empresas públicas e autarquias há que ser visto com os temperamentos impostos pela natureza mesma das ações coletivas; b) impende reconhecer que o interesse da União a que se refere o art. 109, I, da Carta magna não se reduz a um simples interesse de fato; nem, simplesmente, o ingresso da*

*União no feito é condição necessária e suficiente para o deslocamento para a justiça federal (...)*” (Ação Civil Pública, 10 edição, editora RT, 2008, p. 71).

O professor Álvaro Valery Mirra comunga de semelhante posicionamento, conforme se depreende da seguinte passagem de seu artigo Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional:

*Nessa linha de entendimento, tem-se sustentado, com razão, que o fato de a degradação ambiental atingir bens de domínio da União, como o mar territorial, as praias, os rios interestaduais, as cavernas e sítios arqueológicos e pré-históricos, os recursos minerais (...), os exemplares da fauna terrestre (...) e aquática (...) ou as áreas naturais abrangidas por unidades de conservação federais - Parques, Reservas, Estação ecológica etc. - não é suficiente para caracterizar o interesse jurídico apto a viabilizar a intervenção da União no processo movido para a obtenção da responsabilização civil do degradador. Isso porque o dano ambiental significa a lesão ao meio ambiente, como bem incorpóreo, qualificado juridicamente como bem de uso comum do povo (...) independentemente da titularidade do domínio reconhecida sobre o elemento material específico atingido...*

*a mesma orientação quando se tratar de degradações ambientais causadas em áreas consideradas pela Constituição Federal como patrimônio nacional - Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal mato-grossense e Zona Costeira (art. 225, parágrafo quarto). Ainda que, de inegável relevância para a nação, essas áreas e os ecossistemas por ela abrangidos não constituem, em si, bens de domínio da União, mesmo admitindo-se que as terras, os rios, as florestas, as praias e o mar, que conforme o caso, nelas se encontram possam sê-lo individualmente. De todo modo, na ação civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente, o prejuízo visado será sempre aque-*

le causado ao meio ambiente globalmente considerado e aos bens ambientais que o integram, como bens de uso comum, coletivos, pertencentes indivisivelmente a toda a coletividade, não se vislumbrando a priori interesse jurídico da União capaz de determinar a competência da Justiça federal (*apud* Milaré, Edis. *Direito do Ambiente*, 5ª edição, editora RT, p. 1028).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou nos seguintes termos:

*Competência - Ação Civil Pública - Tutela do Meio Ambiente - Degradação ambiental que alcança bens de domínio da União - Irrelevância - propositura no foro do local onde ocorreu o dano - Artigo 2º da Lei 7.347, de 1985 - Competência da Justiça Estadual - Recurso não provido. Irrelevante que a degradação ambiental alcance bens de domínio da União, mais precisamente um rio interestadual, os terrenos marginais e suas praias. O interesse a que se visa tutelar com a ação civil pública é o meio ambiente, patrimônio comum a toda a população, e não especificamente da União Federal. (TJSP, 5ª Câmara, Agravo de Instrumento 182.852-1/Taubaté, rel. Marcus Andrade, j. 18.01.93, DOJ 03.02.1993, *apud* Milaré, Edis. *Direito do Ambiente*, 5ª edição, editora RT, p. 1028).*

*COMPETÊNCIA - Ação Civil Pública - proteção da natureza - Patrimônio público - extração de quartzo - terreno de domínio da União - degradação ambiental - competência da justiça estadual para processar e julgar a ação civil pública visando à proteção do meio ambiente (...)*

*Não se pode confundir a preservação do meio ambiente, assegurada por lei, e o direito à lavra concedida por órgão do poder público federal.*

*A lavra, concedida, ainda que em terreno de domínio da união, não autoriza o cessionário a violentar as leis que preservam a natureza.*

*No caso prevalece o direito da sociedade, a tutela do meio ambiente a ser assegurado pela justiça estadual que desse modo é competente para conhecer, processar e julgar ação civil pública em questão, que não envolve questões ligadas ao vinculado da recorrente com a União na exploração da lavra. (Ag. Inst. 007.109-5/7, 3ª Câmara Dir. Público, Rel. Des. Ribeiro Machado).*

*COMPETÊNCIA - ação civil pública - reparação de danos causados ao meio ambiente - julgamento afeto à justiça Estadual, ainda que a área em litígio pertença à União.*

*A Justiça estadual é competente para processar e julgar ação civil pública de reparação de danos causados ao meio ambiente, ainda que a área em litígio pertença à União. (Ap. Cível 21.564-5/5, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Franco).*

Importante frisar que a dimensão regional, nacional ou transfronteiriça do impacto ambiental proveniente de atividade ou empreendimento não se presta a fixar o juízo federal como competente para conhecer de eventual demanda que tenha por causar de pedir o ato danoso.

A dimensão do dano tem o condão de fixar o Ente federativo responsável pelo licenciamento ambiental<sup>24</sup> e, conseqüentemente, caso o órgão ambiental federal tenha competência para licenciar a atividade ou empreendimento no caso concreto, e daí surja uma demanda judicial, fixada estará a competência da justiça federal, desde que a União ou sua autarquia integrem o feito na qualidade de autoras, réis, assistentes ou oponentes.

<sup>24</sup> *A competência para o licenciamento de atividades com impacto local é do órgão municipal, como determina a Lei 6.938/81, pois resoluções não criam direitos e/ou obrigações (...)* “A atuação de natureza supletiva do IBAMA pressupõe, nos termos do Recurso Especial n. 818.666-PR (Rel. Ministro Francisco Falcão): 1) a inépcia do órgão municipal (ou estadual) ou, 2) a omissão ou, 3) a inércia. No caso sub judice, não ocorreu omissão ou inércia, pois houve o licenciamento para a atividade de BAR/RESTAURANTE e BAR/EVENTOS pelo órgão municipal competente, tanto para o caso da ré Warung, como também para o caso do réu Kiwi, onde tanto o MPF, quanto a FATMA, reconheceram a legitimidade da FAMAI (órgão municipal) para o licenciamento, pois o impacto ambiental é local (...)” (TRF 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO Processo: 2008.04.00.010679-2 UF: SC. Data da Decisão: 31/03/2008. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ).

Daí a conclusão obtida pelo professor Hamilton Alonso Junior, ao afirmar que:

*O raio de influência ambiental é que indicará o interesse gerador da fixação de atribuição, traçando-se uma identificação da competência licenciadora com a competência jurisdicional (Da competência para o licenciamento ambiental. Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 41)*

Importante ressaltar que a mera atuação supletiva do órgão ambiental federal, conforme se verifica no caso vertente, não é hábil a determinar a competência da Justiça Federal.

Nesse ponto comungamos do entendimento esposado pelo Ilustre Procurador da República em atuação no Município de São Pedro da Aldeia, Dr. Renato Silva de Oliveira, subscritor da ação civil pública nº 2008.51.08.000712-8, segundo o qual *“deve-se ressaltar que a competência supletiva do IBAMA, prevista no art. 10 da Lei 6.938/81, ainda que efetivamente exercida, não atrai a competência da justiça federal nem a atribuição do MPF, conforme jurisprudência pacífica” (Parecer de Declínio de Atribuição exarado no procedimento prm/ são pedro da aldeia/cabo frio rj 1.30.009.000117/2007-01 - meio ambiente - extração mineral - relatório de vistoria - dnpm - cavas abandonadas - unamar - autorização - ausencia - degradação ambiental).*

Outra hipótese em que se poderia imaginar interesse jurídico a justificar a intervenção da União em litígios ocorridos em seu território seriam as situações em que estivesse em discussão a propriedade da área, como por exemplo uma ação petitoria entre particulares envolvendo áreas supostamente inseridas em terreno de marinha.

Contudo, as demandas ambientais não têm por escopo a discussão em torno da propriedade da área sobre a qual se encontram os elementos naturais, mas tão somente a recuperação destes, motivo pelo qual não há que se suscitar interesse da União ou de suas autarquias e empresas públicas nestes casos.

Esse entendimento vem sendo constantemente sufragado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em litígios envolvendo a posse de terrenos de marinha, sem colocar em risco a propriedade da União, *in verbis*:

*CC 775 / RJ CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1989/0011665-7  
Relator(a) Ministro ATHOS CARNEIRO (1083) - Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento 27/06/1990. Data da Publicação/Fonte DJ 20/08/1990 p. 7954*

*Ementa CONFLITO DE COMPETENCIA. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. TERRENO DEMARINHA. CONFLITO NEGATIVO ENTRE O TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO RIO DE JANEIRO E O ANTIGO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, ESTE COMO ORGÃO DE SEGUNDA INSTANCIA. CUIDANDO-SE DE AÇÃO POSSESSORIA, APENAS ENTRE PARTICULARES, SEM INTERFÊNCIA NO RECONHECIMENTO DO DOMINIO DA UNIÃO, E NÃO FIGURANDO UNIÃO, ENTIDADE AUTARQUICA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PUBLICA FEDERAL COMO AUTORA, RE, ASSISTENTE OU OPOENTE, COMPETENTE PARA JULGAR A CAUSA E A JUSTIÇA COMUM DO ESTADO E, POIS, EM GRAU RECURSAL, TRIBUNAL ESTADUAL. CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO, SENDO JULGADO COMPETENTE O TRIBUNAL ESTADUAL, O SUSCITADO.*

*CC 41902 / BA CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2004/0038474-0  
Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) - Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento 11/05/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 18/05/2005 p. 158. Ementa CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. TERRENO DE MARINHA. DESINTERESSE DA UNIÃO. PARTICULARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*1. Não havendo interesse da União na ação possessória em que litigam particulares, ausente em discussão sobre o domínio, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Estadual.*

*2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Marauá/BA, o suscitado.*

*CC 17510 / PA CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1996/0034503-1 Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) - Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento 26/08/1998. Data da Publicação/Fonte DJ 26/10/1998 p. 13 LEXSTJ vol. 115 p. 22 Ementa CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E FEDERAL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE DISPUTADA ENTRE PARTICULARES EM TERRENO DEMARINHADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. Afastada da relação processual, pelo juízo competente, sem qualquer recurso, a pessoa jurídica de direito público que ensejaria a incidência do art. 109, I, Constituição, a competência para processar e julgar a ação só pode ser do Juízo de Direito em virtude da decisão proferida, não sendo o caso de se suscitar o conflito, mas tão-somente de devolver os autos à justiça estadual. Conflito não conhecido.*

## **5. DA ORIENTAÇÃO DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

O Superior Tribunal de Justiça já foi instado a se pronunciar em algumas ocasiões sobre a questão do juízo competente para o processamento e julgamento de ações civis públicas propostas em defesa do meio ambiente envolvendo danos ambientais ocorridos em terrenos de propriedade da União, revelando-se na Egrégia Corte a prevalência dos argumentos favoráveis à competência da Justiça Federal, senão vejamos.

O primeiro julgado trazido a lume refere-se ao Recurso Especial no 1.100.698 - PR, relator Ministro Francisco Falcão. Cuida-se de recurso especial interposto pela Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, em face de decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª região, a qual reformou decisão proferida pelo juízo federal de primeira instância que havia declinado de sua competência para a justiça estadual para processamento e julgamento de ação civil pública, proposta pelo *parquet* federal, tendo por causa de pedir o derramamento de 57.000 litros de óleo diesel ocorrido na Serra do Mar. A decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal apresentou a seguinte ementa:

**PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE DOMÍNIO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA O PROCESSAMENTO DO FEITO.**

*Considerando que o dano ambiental ocorreu em área de mata atlântica, com repercussão em áreas de manguezais, terrenos de marinha e mar territorial, considerados bens públicos da União, conforme documentos e laudos que instruem o instrumento, evidenciada a competência da Justiça Federal para o processamento do feito.*

No mérito, o relator invocou as razões exaradas no Parecer do D. Sub-Procurador Geral da República, Dr. ANTONIO FONSECA, segundo o qual:

*“acerca da questionada competência para processar e julgar a ação civil pública, melhor sorte não assiste à recorrente. A ação em discussão foi proposta na Vara Federal da Subseção Judiciária de Paranaguá/PR. O juízo, pela decisão de fls.101/109, declinou de sua competência em favor da justiça estadual do local onde teria se verificado o dano. Fundamentou-se naquela ocasião, que a mata Atlântica não seria patrimônio da União, mas sim da nação e que a União Federal não teria demonstrado interesse para ingressar no feito como assistente da parte autora.*

*(...)*

*O dano ambiental repercutiu em bens da União - terrenos de marinha e mar territorial. Esta é a premissa que não pode ser afastada no julgamento do presente feito. Este fato é suficiente para configurar o interesse da União e confirmar a competência da justiça federal para processar e julgar a ação civil pública de que trata os presentes autos, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal”.*

O ilustre Subprocurador Geral da República invocou como argumento de reforço em sua decisão os precedentes oriundos do

juízo do RESP 530813/SC<sup>25</sup> e 440002/SE<sup>26</sup>, figurando como relatores, respectivamente, os Ministros FRANCISCO PEÇANHA MARTINS e TEORI ALBINO ZAVASCKI.

O segundo julgado trazido a lume refere-se ao conflito de competência no 104.329-RJ, envolvendo o julgamento do caso que deu origem ao presente artigo.

Relatado pelo Ministro Francisco Falcão, foi declarada a competência da justiça federal para o processamento e julgamento das ações civis públicas nº 2007.078.000541-0 e 2008.51.08.000712-8. Novamente o Eminentíssimo Ministro invocou como razão de decidir o parecer do Ministério Público Federal com assento naquela Corte, ressaltando que o simples fato de o dano ter ocorrido em áreas de propriedade da União justificaria a competência da justiça federal, *in verbis*:

*“de início, observa-se que uma parte do loteamento Nova Geribá e do complexo hoteleiro Superclubs Breezes Búzios encontram-se localizados em terreno de marinha, com área de preservação permanente, justificando o interesse da União na causa. Dessa forma, sendo indiscutível que parte da área em questão trata-se de bem público, de propriedade da União, tem-se atraída a competência da justiça federal para o julgamento do conflito”.*

<sup>25</sup> Processual civil. Ação civil pública - dano ao meio ambiente - ilha costeira - CF, art. 20, IV - Bem de propriedade da União - Competência da justiça federal para processar e julgar a ação. A afirmação contida no acórdão recorrido, à vista da prova produzida nos autos, de que a Ilha dos Remédios, situada no Município Balneário Barra do Sul, no litoral catarinense, é bem de propriedade da União, nos termos do art. 20, IV da CF/88 é suficiente, por si só, para estabelecer a competência da Justiça federal para processar e julgar Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a responsabilização pelos danos ambientais ali causados.

<sup>26</sup> Aqui a demanda visa a tutelar o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos (...)

Em suma, a competência para a causa é da justiça federal, porque se trata de demanda promovida pelo Ministério Público federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área que compõe o patrimônio da União e submetida ao Poder de Polícia de Autarquia Federal.

O ilustre Subprocurador Geral da República invocou como argumento de reforço em sua decisão o precedente oriundo do julgamento do CC 89.811/SC, relatado pela Ministra Laurita Vaz, assim ementado:

*CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE- ART. 38, CAPUT, DA LEI 9605/98. DESMATEAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ZONA DE AMORTECIMENTO, NOS TERMOS DA PORTARIA N. 508/02 DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. PRESERVAÇÃO DO PARQUE NACIONAL DAS ARAUCÁRIAS. EXISTÊNCIA DE DUAS AÇÕES PENAIIS EM FACE DOS MESMOS FATOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.*

*1. A pretensa conduta criminosa contra o meio ambiente teria ocorrido em uma zona de amortecimento do Parque Nacional das Araucárias, que foi criada pela União(...)*

*2. Evidencia-se, pois, a competência da justiça federal para processar e julgar a presente querela, ex vi do art. 109, inciso IV da Constituição Federal, na medida em que o pretenso delito atenta contra bens e interesses da União(...).*

Em amparo à tese atualmente dominante no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ressaltamos a opinião do Professor Paulo de Bessa Antunes, segundo o qual:

*Quando se tratar de ação civil pública que tenha por finalidade a tutela de bem jurídico cuja titularidade é da União federal ou de uma de suas autarquias ou empresas públicas, a competência, em nossa opinião, é, evidentemente, federal. Tais casos não demandam maiores indagações, se o dano ocorrer nas capitais ou em cidades que sejam sede de juízo federal.<sup>27</sup>*

<sup>27</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11 edição, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2008, p. 766.

Como se depreende do presente capítulo, o argumento utilizado para justificar a competência da justiça federal para processamento e julgamento de ações civis públicas em defesa do meio ambiente reside na dominialidade do bem afetado.

## 6. CONCLUSÃO

a) A CRFB/88 elegeu o critério da predominância do interesse para fins de fixação do Ente Federativo responsável pelo licenciamento ambiental de atividades e obras com significativo impacto ambiental, cabendo à União e seus órgãos ambientais fiscalizarem atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza nacional<sup>28</sup>, regional ou transfronteiriça; aos Estados e seus órgãos ambientais fiscalizarem atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza microrregional (aquele que ultrapassa os limites de um único Município); e aos Municípios e seus órgãos ambientais fiscalizarem atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza local;

b) A preponderância do interesse, parâmetro de extração constitucional definidor do ente federal com atuação preponderante para a promoção e defesa do meio ambiente, afasta a dominialidade do bem lesado como critério de fixação da competência do órgão ambiental licenciador;

c) A Política Nacional do Meio Ambiente e a Resolução 237/97 do CONAMA, detalhando e conferindo concreção à intenção descentralizadora da Carta Cidadã, conferiram aos órgãos estaduais o papel preponderante na atividade de licenciamento de empreendimentos e atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais, reservando aos órgãos federais atuação su-

<sup>28</sup> “Não é pelo simples fato do impacto direto de um empreendimento ou atividade atingir mais de um Estado que, à luz dos interesses nacionais, seja isto suficiente para justificar a atuação do órgão da União. Acreditamos que somente quando tais impactos vierem, ainda que potencialmente, a ameaçar os planos nacionais ou regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social de que trata o artigo 21, IX, da Constituição Federal, ao estabelecer competência exclusiva da União para elaborar e executar tais planos, é que surgiria o interesse nacional justificativo da atuação do IBAMA.” (OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *Introdução à legislação ambiental brasileira e Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005, p. 321.)

pletiva, a qual significa exercício da competência licenciadora em casos originariamente afetos à atribuição do órgãos estaduais que, por inércia ou desídia, deixaram de exercer seu *mister*.

d) A interpretação conjunta das normas constitucionais, da Política Nacional do Meio Ambiente e dos dispositivos legais do plano nacional de gerenciamento costeiro revela a intenção do legislador em garantir a primazia da atuação dos Estados no licenciamento ambiental de empreendimentos localizados na zona costeira;

e) O interesse da União e suas autarquias a que alude o art. 109, I, da CRFB/88, apto a atrair a competência da Justiça Federal não é qualquer interesse, mas sim aquele juridicamente qualificado, apto a alçá-las à condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes;

f) Como as demandas ambientais não têm por escopo a discussão em torno da propriedade da área sobre a qual se encontram os elementos naturais, mas tão somente a recuperação destes, não há de se cogitar de interesse da União ou de suas autarquias e empresas públicas para intervir nos feitos em que se discute a recuperação de áreas degradadas, ainda que localizadas em terreno de marinha;

g) Apesar do entendimento sufragado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sustentamos que empreendimento causador de impacto ambiental meramente local, ainda que localizado em terreno de marinha, se sujeita ao licenciamento ambiental estadual ou municipal, caso o Ente Municipal tenha estrutura para conduzir o processo licenciador, cabendo ao IBAMA, tão somente, emissão de parecer não vinculativo a ser considerado pelo órgão preponderante, como forma de concretizar a cooperação entre os Entes Federados visando a máxima efetividade das normas constitucionais de proteção ao meio ambiente.

h) O processamento e julgamento de demandas judiciais versando sobre atividades ou empreendimentos potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com área de influência direta de âmbito local ou microrregional compete à Justiça Estadual, independente da área onde se situam. ¶

# Considerações sobre a Prescrição das Pretensões Deduzidas por Meio de Ações Civas Públicas

Lucio Picanço Facci

*Procurador Federal lotado na Regional de Petrópolis/RJ. Pós-graduando em Direito Público pela UnB. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.*

*“Até o silêncio se interpreta; até ele traduz alguma coisa, constitui um índice do Direito, um modo de dar a entender o que constitui, ou não, o conteúdo da norma”*  
(Carlos Maximiliano<sup>1</sup>)

## I. INTROITO

Matéria que não tem sido enfrentada com frequência,<sup>2</sup> a indicação adequada do prazo prescricional para o ajuizamento de ações civis públicas constitui assunto de extrema importância, tendo-se em vista, no plano jurídico-dogmático, os relevantes fundamentos que justificam o instituto da prescrição e, no plano prático, os nocivos efeitos que a sua incompreensão pode ensejar.

<sup>1</sup> *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 253.

<sup>2</sup> Como reconheceu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial de nº 406545/SP.

A controvérsia decorre da ausência de previsão, na Lei nº 7.347/85, de prazo prescricional para a propositura da ação civil pública. É em razão dessa lacuna legal que se propõe o presente estudo, cujo objetivo é o de fixar algumas premissas e sugerir solução conclusiva à aparente obscuridade decorrente da referida lacuna legal.

## II. GÊNESE E OBJETO DA TUTELA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Direito, enquanto disciplina da convivência humana, é ciência em continuado estado de transformação, posto que seu escopo se vincula ao efetivo atendimento às necessidades do corpo social. Como a própria sociedade se modifica, através das conquistas decorrentes do avanço científico ou mesmo dos problemas que a sua incessante multiplicação enseja, despertando no plano social, em profusão, outras necessidades, também assim a ordem jurídica deve alterar-se, com vistas a adequadamente tutelar os novos interesses reclamados.<sup>3</sup> Como, à evidência, as transformações no plano jurídico não se operam imediatamente e em idêntica proporção às múltiplas modificações sociais, resulta ser o Direito uma ciência em permanente estado de aperfeiçoamento.

É neste contexto que se compreende a criação da ação civil pública: esse instrumento surgiu a partir das novas necessidades da sociedade moderna, globalizada, padronizada, consumista e de

---

<sup>3</sup> Na linha de tais considerações, já observou, com maestria, Luiz Guilherme Marinoni: “Se os procedimentos jurisdicionais nada mais são do que tecnologias que devem estar (espera-se!) a serviço da sociedade, seria sinal de inadmissível ingenuidade supor que tais procedimentos não precisam adequar-se aos direitos que vão surgindo na medida em que a vida social evolui. É preciso enxergar a verdadeira razão de ser dos procedimentos, dos provimentos e dos seus meios de execução, para que se deixe de lado o apego despropositado às classificações feitas a partir de conceitos baseados em realidades processuais que serviam a direitos de épocas passadas. Pensar que as classificações não devem ser alteradas é o mesmo que supor que os direitos de hoje são os mesmos do que os direitos de cem anos atrás e que, por esta razão, a realidade processual, e assim as classificações que nela se baseiam, podem ser congeladas no tempo. Ora, é evidente que instituições que têm íntima relação com o modo de ser da vida não podem ser eternizadas no tempo, a menos que pretenda-se um direito processual distanciada da sociedade”. *O custo e o tempo do processo civil brasileiro*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20 de junho de 2005.

massa, que alteraram o perfil dos direitos até então identificados e promoveram uma substancial ampliação do elenco dos interesses desde sempre conhecidos.

Em decorrência dessas modificações, percebeu-se que o processo civil clássico, tendente à solução dos litígios relacionados a direitos meramente individuais, era insuficiente para tutelar esses ‘novos direitos’, que estavam a necessitar, portanto, de uma técnica de tutela jurisdicional mais adequada.<sup>4</sup> Por essa razão, se concebeu em nosso ordenamento, com inspiração nas *class actions* oriundas do direito medieval inglês e desenvolvidas pelo direito norte-americano do século XIX,<sup>5</sup> as chamadas *ações coletivas*.<sup>6</sup>

O primeiro diploma desenvolvido no Direito pátrio com vistas a viabilizar a nova técnica processual das ações coletivas foi a Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, recepcionada pela vigente Constituição Federal (art. 5º, LXXIII), que instituiu em nosso sistema a ação popular, tendente à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, e cuja legitimação ativa é conferida a qualquer cidadão (art. 1º)<sup>7</sup>. Sem embargo das

<sup>4</sup> Consoante lição de Mauro Cappelletti, “não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos usar a ambiciosa palavra: civilização?) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa (em matéria de trabalho, de relações entre classes sociais, entre raças, entre religiões etc.). Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional - a ‘Justiça’ - será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de violações de massa”. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, janeiro-março/1977, p. 130.

<sup>5</sup> Excepcionando, portanto, a origem romano-germânica do Direito brasileiro.

<sup>6</sup> No Direito Comparado, há de se registrar que Portugal passou a regulamentar a matéria em 1995, através da Lei nº 83, de 23 de agosto daquele ano. Também naquele país, o sistema sofre influência das *class actions* dos Estados Unidos, principalmente no tocante à coisa julgada, ocupando-se a lei lusitana da tutela dos interesses ligados à saúde pública, ao ambiente, à qualidade de vida, à proteção do consumo de bens e serviços, ao patrimônio cultural e ao domínio público (artigos 1º e 2º).

<sup>7</sup> A doutrina diverge quanto à espécie da legitimidade conferida ao cidadão para o ajuizamento da ação popular, entendendo a maioria dos autores que se trata de hipótese de substituição processual. Os que neste sentido se posicionam, ora afirmam caber à coletividade a titularidade do direito material a que se pretende proteger (por todos, José Celso Mello

críticas que lhe desmerece respeitável doutrina processual contemporânea, que imputa o seu mau uso à ausência de condições técnicas do cidadão para, em juízo, promover a efetiva proteção do direito violado em face da Administração Pública ou de grandes sociedades empresárias<sup>8</sup>, a nosso juízo, a ação popular consubstancia instrumental de inegável importância para a realização plena do Estado Democrático de Direito, ao conferir efetividade à democracia participativa enquanto exercício da soberania popular (artigos 1º e 14 da Constituição da República).

Decorridos quase vinte anos após a edição da Lei da ação popular, veio a lume a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, disciplinadora da ação civil pública, constituindo tal diploma, hodiernamente, um dos principais mecanismos de proteção aos chamados direitos transindividuais e individuais homogêneos, viabilizando o seu art. 1º, V, a propositura da ação civil pública para a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo, em consonância com o art. 129, III, da Constituição Federal.<sup>9</sup>

A introdução em nosso ordenamento da ação civil pública foi promovida, portanto, em virtude da constatação de que os meca-

---

Filho. **Constituição federal anotada**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 48; José Frederico Marques. “As ações populares no direito brasileiro”. RT 266/11) e ora que o interesse do bem tutelado pertence à Administração Pública (é o que assinalam, por exemplo, Ada Grinover, Antônio Carlos Cintra e Cândido Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258). Há os que entendem, de um outro lado, que a legitimação ativa do cidadão para a propositura de ação popular se trata de legitimidade ordinária (nesse sentido, confira-se Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 369; José Afonso da Silva, **Ação Popular Constitucional**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968, p. 19; e Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas. 2002, p. 194). Pensamos que a razão está com essa última corrente, não havendo que se cogitar de substituição processual quando, inegavelmente, qualquer cidadão é titular do direito de participar na vida política do Estado e na fiscalização da gerência do patrimônio público. Agindo em nome próprio e em defesa de seu próprio direito, portanto, não merece acolhida a tese da legitimidade extraordinária.

<sup>8</sup> De que é exemplo a advertência feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 786.

<sup>9</sup> Este dispositivo erige a ação civil pública ao patamar constitucional, ao conferir legitimidade ao Ministério Público para “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”.

nismos até então existentes para tutelar o indivíduo considerado isoladamente não eram bastantes para ampará-lo enquanto inserido no contexto social e integrado à sociedade moderna. A importância da ação civil pública, dessa forma, tal como a ação popular, reside justamente na superação do individualismo, ao representar “um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo ‘limbo jurídico’”.<sup>10</sup> A Lei nº 7.347/85 viabilizou, assim, no plano infraconstitucional, o que o constituinte originário elegeu como garantia constitucional imodificável aos jurisdicionados: o amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV c/c art. 60, § 4º, IV, CR/88)<sup>11</sup>, expressão cujo significado encerra muito mais que a mera obtenção de uma resposta judicial, correspondendo, na verdade, ao direito subjetivo a um provimento jurisdicional efetivo, tempestivo e adequado para a tutela específica do direito violado.<sup>12</sup>

Os legitimados para a propositura da ação civil pública são os elencados no art. 5º da Lei 7.347/85.<sup>13</sup> Diversamente do que pensa-

<sup>10</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso. *Ação civil pública*. 9. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23. O autor registra que a expressão é de Anna de Vita, encontrada em sua obra *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão: Giuffrè, 1976, p. 383.

<sup>11</sup> Afirma Uadi Lammêgo Bulos ser o acesso à justiça “a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é a justiça social, onde todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças de lesões”. *Constituição federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 221.

<sup>12</sup> Essa é a interpretação conferida pela ciência processual civil moderna ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88). É o que registra Luiz Fux, ao aduzir que “o acesso ao Judiciário consagrado através do princípio da inafastabilidade tem sido interpretado como a necessidade de conferir-se ao cidadão uma acessibilidade a uma ordem jurídica ‘efetiva’, ‘justa’ e ‘tempestiva’”. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15. Registre-se que, em relação à tempestividade, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, inseriu no rol dos direitos e deveres coletivos constantes do artigo 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, que assegura, a todos, a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”. Sem embargo do legítimo escopo da norma, que procurou afirmar em sede constitucional a tempestividade do processo como garantia fundamental, o “novo” dispositivo consagra um princípio constitucional que antes encontrava-se implícito no sistema, a partir da leitura reiteradamente empreendida pela processualística contemporânea do inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal.

<sup>13</sup> A saber: o Ministério Público (a jurisprudência, pacificamente, tem admitido a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, desde que de relevante interesse social compatível com a finalidade

mos a respeito da natureza jurídica da legitimação para a propositura de ação popular que, a nosso, sentir, trata-se de legitimidade ordinária<sup>14</sup>, entendemos que nenhuma das classificações classicamente conhecidas (ordinária ou extraordinária) se adequa à natureza da legitimação para a propositura das demandas coletivas.<sup>15</sup> Trata-se, na expressão de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, de “legitimação autônoma para a condução do processo”.<sup>16</sup>

Com o escopo de estender efetiva proteção aos direitos transindividuais, a Lei nº 7.347/85 indica o meio ambiente; o con-

---

da instituição, consoante os seguintes precedentes, todos do C. Superior Tribunal de Justiça: STJ - AGREsp nº 280505/MG, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andriighi, DJ 18/02/2002; REsp nº 182556/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 20/05/2002; EREsp nº 114908/SP, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 20/05/2002), a União, os Estados e Municípios. Poderão ajuizá-la, também, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação. Quanto às associações, é necessário, todavia, que estejam constituídas há pelo menos um ano e incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O Superior Tribunal de Justiça, por maioria, entendeu que tais requisitos somente se aplicam às associações, não se exigindo em relação aos demais legitimados (STJ - 1ª Turma, REsp 236.499-PB, rel. p/ o acórdão o Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 13.04.00, DJU 05.06.00, p. 125).

<sup>14</sup> Vide nota 7.

<sup>15</sup> Obviamente que, para tutelar direitos individuais homogêneos, a legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública será extraordinária, tendo em conta que os titulares do direito material deduzido em juízo são determináveis, podendo, inclusive, tutelá-los diretamente, através da via cabível. Daí se afirmar que nessas hipóteses a legitimação ativa será extraordinária concorrente ou disjuntiva, não havendo litispendência entre a ação civil pública e as ações individuais (STJ - 1ª Turma, REsp 192.322-SP, relator Ministro Garcia Vieira, julgado em 04.02.1999, unânime, DJU 29.03.1999, p. 104; STJ - 5ª Turma, REsp 246.242-PE, relator Ministro Edson Vidigal, julgado em 28.03.2000, unânime, DJU 02.05.2000, p. 176). Acentue-se que o art. 104 da Lei nº 8.078/90 dispõe que “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81 [que tratam da defesa dos interesses dos consumidores a título coletivo em juízo], não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

<sup>16</sup> **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.885. Estamos, portanto, com Hugo Filardi, ao concluir, em estudo sobre a ação civil pública, que a legitimidade para a sua propositura “não pode ser considerada ordinária, pois os legitimados não são titulares da relação jurídica de direito material, e muito menos extraordinária, pelo simples fato de ser impossível a identificação dos titulares dos interesses tutelados”. *Ação civil pública e acesso à justiça*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 18, setembro/2004, p. 53.

sumidor; os bens e direitos de valor artístico estético, histórico, turístico e paisagístico; a ordem econômica e a economia popular; a ordem urbanística como os objetos da tutela da ação civil pública (art. 1º). Preceitua, ainda, para evidenciar que o rol dos bens protegidos é meramente exemplificativo, que a ação civil pública se destina a tutelar os demais interesses difusos ou coletivos (art. 1º, V, acrescentado pelo art. 110 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A definição do meio ambiente é delineada pela Lei 6.938/81, que, em seu artigo 3º, I, o define como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. A definição legal deve ser interpretada extensivamente, a viabilizar a ilimitada possibilidade de defesa do meio ambiente em todos os seus campos<sup>17</sup>: *natural ou físico*, formado pela flora, fauna, águas, solo, ar atmosférico; *cultural*, que compreende o patrimônio histórico, artístico, estético, paisagístico, arqueológico e turístico<sup>18</sup>; *artificial*, que engloba o espaço urbano construído; e o *laboral*, composto pelo meio ambiente do trabalho, contrário à periculosidade e à desarmonia da pessoa humana no desenvolvimento de sua atividade laborativa. A proteção ambiental é, hodiernamente, uma preocupação constitucional, havendo a Lei

<sup>17</sup> Como acentua Fábio Nusdeo, a expressão *meio ambiente*, de maneira mais específica, “está vinculada aos elementos que dizem respeito ao homem, uma vez que estes não apenas o rodeiam, mas exercem profunda influência no seu desenvolvimento e nas condições mesmas que definem a sua qualidade de vida. Com efeito, entre o homem e os vários elementos componentes do ambiente que o cerca, estabeleceram-se desde sempre relações de intercâmbio, cujo brusco rompimento ou alteração exercem as mais fundas influências, tanto em termos meramente físicos, como mentais. Acrescente-se, por outro lado, que, ao se falar em ambiente, tem-se dado quase sempre destaque ao meio natural. É preciso, porém, ter presentes, que a este meio natural ascendem outros elementos produzidos pela própria ação humana, tais como as construções, os parques, os monumentos, os próprios veículos. E todos eles agem sobre as condições psíquico-emocionais do ser humano, pois são - pelo menos em parte - responsáveis pela sua identidade ou identificação sócio-cultural”. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Verbete “Ambiente”. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 300.

<sup>18</sup> Pode-se concluir, portanto, que houve uma desnecessária referência a esses bens no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.347/85, posto que o inciso I, ao aludir à proteção do meio ambiente, já assegurou tutela ao seu campo cultural. Neste sentido, confira-se, por todos, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 43.

Maior dedicado um capítulo inteiro ao tema<sup>19</sup>. Em virtude de sua previsão constitucional (especialmente, o art. 225, CR/88), assim também como nas Leis 6.938/81 e 7.347/85, pode-se afirmar ser vastíssima a possibilidade de conferir proteção jurisdicional ao meio ambiente.<sup>20</sup>

A Lei nº 7.347/85 confere proteção também ao consumidor, definido no art. 2º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, a ele equiparando a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único).<sup>21</sup> O aludido diploma legal, em obediência à norma de conteúdo programático contida no art. 5º, XXXII da Constituição Federal, que impõe ao Estado a tarefa de promover a defesa do consumidor, veio suprir um vácuo existente no sistema legal pátrio, ao instituir novos e adequados meios de tutela à parte tecnicamente mais

---

<sup>19</sup> Capítulo VI do Título VIII, apontado pela doutrina publicista como um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial. Por todos, vide Uadi Lammêgo Bulos, *op. cit.*, p. 1351.

<sup>20</sup> Confira-se, por todos, os seguintes arestos: “Cabe ação civil pública para obrigar o Estado a promover obras com a finalidade de eliminar danos causados ao meio ambiente pela própria administração pública” (STJ - 2ª Turma - REsp 88.776-GO, Relator: Ministro Ari Pargendler, julgado em 19.05.1997, unânime, DJU 09.06.97, p. 25.501). “Ação Civil Pública - Responsabilidade Civil - Dano Ambiental - Ressarcimento dos Danos - Preservação do Meio Ambiente. Ação Civil Pública. Lei nº 7.347, de 24.07.85. Ação de Responsabilidade Civil por Danos Patrimoniais Causados ao Meio Ambiente. Derrubada de Mata Nativa e de Árvores Adultas. Condenação do Causador do Dano a Custear o Reflorestamento da Área Injuridicamente Desmatada. Deve custear o reflorestamento de área injuridicamente desmatada o proprietário de fazenda que, com agressão ao meio ambiente, promove, com o concurso de empregados, a derrubada de mata nativa e de árvores adultas utilizando, para perpetrar o atentado contra a ecologia, moto-serras, queimadas e agrotóxicos” (TJRJ - 4ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Wilson Marques - Apelação Cível nº 1996.001.05499, Rio Claro, julgado em 02.12.97, unânime).

<sup>21</sup> Como assevera Rogério Lauria Tucci, a definição de consumidor constante da Lei nº 8.078/90 é ampla, “abrangente de toda pessoa (física, jurídica, até mesmo ‘ente despersonalizado’), que tenha adquirido produto ou utilizado serviço em caráter final, abarca quaisquer membros da comunidade, sem nenhum vínculo jurídico entre si, de sorte a revelar que a proteção do consumidor em geral diz, por igual, com a de *interesses difusos*”. “Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário”. In: WALD, Arnoldo (coord.) *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 365.

fraca das relações jurídicas de consumo, cada vez mais preponderantes nos dias atuais. Assim, além de consagrar, nas hipóteses nele descritas, a responsabilidade objetiva do fabricante, produtor, construtor, importador (art. 12) e do fornecedor de serviços (art. 14) nas relações de consumo; de possibilitar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, em virtude de sua comprovada hipossuficiência técnica ou quando as alegações autorais se afigurarem verossímeis (art. 6º, VIII), dentre outras inovações, o Código de Defesa do Consumidor, por intermédio de seus artigos 90<sup>22</sup> e 117<sup>23</sup>, agregou-se à Lei nº 7.347/85, promovendo perfeita interação entre esses dois estatutos legais e formando um sistema integrado de tutela ao consumidor, em efetiva atenção à determinação constitucional.

Pela sua índole de instrumental destinado à preservação de interesses jurídicos metaindividuais, à evidência de que a ação civil pública não será idônea a tutelar todo e qualquer direito subjetivo individual dos consumidores, mas tão apenas os transindividuais ou, ainda, os individuais homogêneos<sup>24</sup>, referidos na regra

<sup>22</sup> Art. 90. “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

<sup>23</sup> Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

<sup>24</sup> O Supremo Tribunal Federal já assentou: “(...) 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público,

enunciativa do parágrafo único do art. 81 da Lei 8.078/90, sem embargo das digressões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do cabimento da ação civil pública para tutelar esses últimos.<sup>25-26</sup>

O artigo 1º da Lei nº 7.347/85 elege, ainda, a ordem econômica como objeto da tutela da ação civil pública (inciso VI, primeira parte), cujos fundamentos, finalidade e princípios constam encartados no art. 170 do texto constitucional. A Constituição traça, ainda, os contornos para a caracterização da infração à or-

---

pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.” (STF - Pleno, RE 163231/SP, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 26/02/1997, Fonte: DJ 29-06-2001 p. 55). O Superior Tribunal de Justiça também assinala: “1. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor”. (STJ - 1ª Turma, REsp 417804/PR, relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19/04/2005, Fonte: DJ 16/05/2005, p. 230).

<sup>25</sup> José dos Santos Carvalho Filho anota: “Muitas controvérsias têm sido suscitadas a respeito da possibilidade, ou não, de tutela dos interesses individuais homogêneos através da ação civil pública. Na verdade, a confusão reinante na doutrina e jurisprudência é justificável, já que o quadro normativo regulador não mereceu a precisão que seria necessária para evitar e dirimir tantas dúvidas”. O eminente administrativista registra se posicionar favoravelmente pelo cabimento da ação civil pública para amparar direitos individuais homogêneos: “Consideramos que, apesar da falta de exatidão desejável ao intérprete e observadas as condições que acima foram ressaltadas, a ação civil pública se direciona também à tutela de interesses individuais homogêneos”. **Ação civil pública. Comentários por artigo.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 29-33. Anote-se que a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dispõe, em seu artigo 25 que “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.”

<sup>26</sup> Assinale-se que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a circunstância de existir ação coletiva com a finalidade de amparar direito individual homogêneo não impede a propositura de ação individual (vide STJ - 5ª Turma - REsp 240.128-PE-AgRg, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 04.04.2000, unânime, DJU 02.05.2000, p. 169). Em hipóteses como essa, com vistas a evitar os males que pode ensejar a incongruência de decisões jurisdicionais proferidas sobre casos que reclamam a mesma solução da ordem jurídica, é de evidente conveniência determinar-se a reunião de tais processos (a ação civil pública e a demanda proposta individualmente), em observância às regras da conexão e continência previstas nos artigos 102 *usque* 107 do Código de Processo Civil.

dem econômica, dispondo em norma programática que a lei deve reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º). A Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), em obediência ao referido preceito constitucional, elenca as hipóteses em que restará configurada a infração à ordem econômica, praticamente reproduzindo, em seu artigo 20, a direção imposta pela Constituição<sup>27</sup>. Acentue-se, ainda, que o rol de condutas identificadas no art. 21 do referido diploma é meramente exemplificativo, posto que não exaure as hipóteses de práticas empresariais lesivas ao livre mercado.

O mesmo inciso VI da Lei nº 7.347/85, em sua segunda parte, alude, ainda, à proteção à economia popular pela via da ação civil pública. Este dispositivo busca tutelar diretamente o interesse do cidadão, procurando evitar ou reparar prejuízos que possam ser ocasionados a pessoas em razão de alguma situação de ordem econômica.<sup>28</sup> Por essa razão, pode-se afirmar que, enquanto o interes-

<sup>27</sup> A única distinção do comando contido no art. 21 da Lei nº 8.884/94 para as hipóteses previstas pela norma do art. 173, § 4º da Constituição Federal para a caracterização da infração da ordem econômica diz respeito ao exercício abusivo de posição dominante (art. 20, IV). No entanto, tal dispositivo, como aliás já registrou Fábio Ulhoa Coelho, enseja mera redundância, porquanto “não há como incorrer em conduta capaz de gerar os efeitos referidos no art. 173, § 4º, da Constituição, e, reproduzidos nos incisos I a III do art. 20 da Lei Antitruste, senão através do exercício abusivo de posição dominante”. *Curso de Direito Comercial*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218.

<sup>28</sup> Merece transcrição julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, que acaba por fornecer exemplos de hipóteses de cabimento da ação civil pública para a tutela da economia popular: “1. Este Tribunal, em diversos julgamentos, tem admitido a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, de relevante interesse social, como acontece com os contratos de administração de consórcios, de administração e locação de imóveis, contratos bancários de adesão, parcelamento do solo, financiamento bancário para aquisição de casa própria, contratos de promessa de compra e venda de imóveis etc. (...) 3. No caso dos autos, a ação civil pública e a medida cautelar foram propostas pelo Ministério Público com o objetivo de revisão de cláusulas de contratos celebrados para a aquisição de imóveis pelo sistema financeiro da habitação, com as conseqüências que daí decorrem, relativamente a habitações destinadas a pessoas de baixa renda, atingindo um grande número de interessados, pois o r. acórdão refere mais de dez conjuntos habitacionais, o que evidencia a presença do interesse público na preservação da economia popular contra eventuais abusos ou desvios de finalidade. Em tais circunstâncias, nos termos da legislação infraconstitucional, irrecusável o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a propositura das ações.” (STJ - AGREsp nº

sado direto na preservação da ordem econômica é o Estado, são os indivíduos prejudicados os interessados próximos no equilíbrio da economia popular.

Além dos bens especificamente indicados pela Lei nº 7.347/85 como objetos da tutela da ação civil pública, o inciso V do artigo 1º desse diploma legal, inserido pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 110 da Lei 8.078/90), mediante cláusula aberta, consagra, no plano infraconstitucional, na esteira do comando constitucional contido no art. 129, III, da Constituição Federal, a possibilidade de se amparar “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*” por intermédio da ação civil pública. Tal regra possui a significação sistemática de indicar que o elenco dos bens sujeitos ao alcance da tutela instrumentalizada pela ação civil pública é meramente exemplificativo.

Dessa forma, desde que o direito violado ou ameaçado de lesão caracterize-se pela sua transindividualidade (ou quando tratar-se de direito individual homogêneo), será, em tese, admitida a via da ação civil pública para ampará-lo.<sup>29</sup> Essa, aliás, a leitura da norma contida no art. 129, III, da Constituição, fonte primária da ação civil pública, que não apenas trata da legitimidade do Ministério Público para a sua propositura como, ainda, expressamente alude a “*outros interesses difusos e coletivos*” como seu objeto de amparo.

Ante essas breves considerações, podemos definir, em linhas gerais, ação civil pública como o instrumental idôneo para promo-

---

280505/MG, 3ª Turma, rel. a Min. Nancy Andrighi, DJ 18/02/2002; REsp nº 182556/RJ, 4ª Turma, rel. o Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 20/05/2002; EREsp nº 114908/SP, Corte Especial, rel. a Min. Eliana Calmon, DJ 20/05/2002).

<sup>29</sup> A respeito da distinção de tais espécies de direitos sujeitos à tutela da ação civil pública, já assentou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: “III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica. IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.” (STJ - ERESP 141491 / SC, CORTE ESPECIAL, rel. o Min. Waldemar Zveiter; data do julgamento: 17/11/1999; Fontes: DJ 01.08.2000, p. 182, RDR, v. 18, p. 174, RSTJ, v. 135, p. 22)

ver a tutela de direitos metaindividuais e individuais homogêneos, cuja legitimidade ativa é conferida às pessoas e aos entes taxativamente indicados no art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Para encerrar esse tópico, cumpre registrar que a ação civil pública é mecanismo processual integrante de um sistema de proteção aos interesses transindividuais que é completado por diversos outros diplomas esparsos, aplicáveis a hipóteses específicas, de que são exemplos a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>30</sup>, a Lei nº 8.884/94 (Lei de Abuso do Poder Econômico)<sup>31</sup> etc.

### III. PRESCRIÇÃO: FUNDAMENTOS E REGIME JURÍDICO

Derivada da locução latina *praescriptio*,<sup>32</sup> a prescrição é instituto de ordem pública<sup>33</sup> que corresponde à extinção de uma pretensão em virtude da inércia de seu titular durante determinado lapso de tempo, fixado pela norma. Tem por fundamento a segurança jurídica, erigida a princípio e valor constitucional pela vigente Constituição da República, que consagra a inviolabilidade à segurança no *caput* do seu art. 5º (compreendendo, como espécie, indubitavelmente, a segurança nas relações jurídicas), e assevera em seu preâmbulo que a instituição de um Estado Democrático se destina também a assegurá-la<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Cujo Capítulo VII versa exatamente sobre a “Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos”, obviamente que vinculados aos direitos assegurados, pelo aludido estatuto, à criança e ao adolescente.

<sup>31</sup> O artigo 29 deste diploma preceitua que “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 [CDC], poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

<sup>32</sup> Que encerra o significado de ‘escrever antes ou no começo’.

<sup>33</sup> É o que afirma, também, Orlando Gomes: “Uma vez que a prescrição se funda no interesse social da segurança do comércio jurídico, é incontestável sua natureza de instituto de ordem pública”. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 498.

<sup>34</sup> Não é destituída de importância a inclusão da segurança no preâmbulo da Constituição, posto que este revela os valores que inspiraram o constituinte originário na elaboração da Lei Maior. Nesta pauta, vale registrar lição de Paulino Jacques, ao lecionar que “o preâmbulo, como vimos, não contém normas, regras objetivas de direito, mas, tão somente, princípios, enunciados teóricos, de caráter político, filosófico ou religioso, que integram a Consti-

Tal como a preclusão, a coisa julgada, a decadência, o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito etc., a prescrição igualmente visa a atender a uma exigência comum de estabilidade das relações jurídicas, porquanto a ideia de sua perpetuidade contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra o próprio escopo do Direito, que é o de promovê-la.

Muito embora seja instituto de ordem pública, a prescrição, após consumada, pode ser afastada pelas partes, em respeito à autonomia da vontade que, todavia, não é ilimitada, sendo imodificável pelos particulares seu regime jurídico.<sup>35</sup> Por essa razão, à parte não se concede a faculdade de declarar a imprescritibilidade de qualquer pretensão, cabendo tão somente à lei ou à própria natureza do direito assim determinar. Da mesma forma, não se afigura possível renunciar à prescrição antes de sua consumação. Após decorrido o lapso prescricional, porém, a manifestação da vontade (que não deverá ser necessariamente expressa, admitindo-se a renúncia tácita<sup>36</sup>) pode afastar a incidência dos seus efeitos.<sup>37</sup> Por fim, saliente-se que é vedado às partes prorrogar os prazos prescricionais, vez que tal possibilidade vulneraria a própria natureza da prescrição, cujas raízes são fincadas no interesse público pela segurança jurídica.

O instituto tem previsão em leis variadas, sendo seu regime jurídico disciplinado atualmente pela Lei nº 10.406/2002 (Código

---

tuição. Se as normas contidas nos artigos do estatuto supremo constituem, por assim dizer, o corpo da Constituição, é bem de ver que os princípios que se enunciam no preâmbulo, são o seu espírito. 'Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela - sustentava João Barbalho - as simples palavras que o constituem, resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuítos dos que a arquitetaram (Comentário à Constituição Federal, p. 2)'''. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958, p. 97-98.

<sup>35</sup> Aqui, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar encontram óbice no princípio maior da segurança jurídica. J.M. Leoni Lopes de Oliveira assinala que “as normas sobre prescrição não podem ser afastadas pela autonomia privada, por se tratar de normas de ordem pública”. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 1.023.

<sup>36</sup> Vide art. 191, NCC. Tácita, como é de cedição conhecimento, é a renúncia inferida a partir de fatos praticados pelo interessado, incompatíveis com a prescrição.

<sup>37</sup> Como adverte Cristiano Chaves de Farias, “tratando-se de ato de disposição de direito, somente poderá renunciar à prescrição quem tiver capacidade para alienar seus bens”. **Direito Civil: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 549.

Civil), em seus artigos 189 e segs. O novel diploma, registre-se, teve a oportunidade de desfazer algumas impropriedades constantes do Código revogado, que identificava como de prescrição hipóteses que se afiguravam, na verdade, como de decadência. Aliás, atendendo-se à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, passou-se a usar o termo “pretensão” (art. 189), figura jurídica própria do campo do direito material<sup>38</sup>, indicando-se que a prescrição se inicia no momento em que há a violação ao direito, isto é, a partir do instante em que nasce a pretensão para o seu titular.<sup>39</sup> Outra alteração promovida pelo novo Código foi a redução do prazo ordinário da prescrição de 20 para 10 anos (art. 205), desfazendo, ainda, a distinção constante do Código revogado quanto aos ausentes e presentes, “consoante às facilidades de comunicação hoje existentes”.<sup>40</sup>

Importante registrar que, em decorrência de alteração promovida pela Lei 11.280/06, o Código de Processo Civil expressamente consagra a possibilidade de o magistrado pronunciar de ofício a prescrição (art. 219, § 5º, CPC), estando revogada a antiga regra constante do art. 194 do vigente Código Civil, que exigia a alegação da parte interessada e limitava a possibilidade de apreciação da prescrição de ofício apenas aos incapazes. Por expressa

<sup>38</sup> A respeito do tema, antes mesmo da vigência do novo diploma civil, o eminente Ministro José Carlos Moreira Alves, civilista responsável pela elaboração da parte geral do então projeto de novo Código Civil, já afirmava, no Supremo Tribunal Federal, que: “a prescrição se situa no âmbito do direito material e não no direito processual. O que prescreve não é o direito subjetivo público de ação, mas a pretensão que decorre da violação do direito subjetivo”. (AI 139.004-3 - 1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, unânime, DJ 02.02.1996, p. 853).

<sup>39</sup> Na lição sempre segura de Caio Mário da Silva Pereira; “Geralmente, confunde-se o termo inicial da prescrição com uma lesão ao direito. Mais corretamente dir-se-á que ela tem início quando se erige uma situação de fato contrária ao direito”. *Instituições de Direito Civil*, v. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 444. No mesmo sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho que a prescrição inicia-se “em relação aos atos, no momento em que se tornam eficazes, ou seja, no exato momento em que passam a ter idoneidade de proporcionar situação jurídica contrária àquela defendida pelo titular do direito”. “A prescrição judicial das ações contra o Estado no que concerne a condutas comissivas e omissivas”. *In: Revista do Ministério Público*, nº 6, jul./dez., 1997, p. 117.

<sup>40</sup> Gustavo Kloh Muller Neves. Prescrição e decadência no Código Civil. *In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 437

dicção legal (e como decorrência lógica da autorização de acolhimento da prescrição de ofício pelo magistrado), a prescrição pode ser suscitada em qualquer grau de jurisdição<sup>41</sup>.

Em virtude da relevância dos fundamentos que a justificam - todos relacionados ao *megaprincípio* da segurança jurídica<sup>42</sup> -, a prescrição constitui a regra em nosso ordenamento, sendo a imprescritibilidade a exceção. Assim, conforme já anotou Luís Roberto Barroso, “se o princípio é a prescritibilidade, é a imprescritibilidade que depende de norma expressa, e não o inverso”<sup>43</sup>. Nesse sentido, a Constituição Federal expressamente especifica quais pretensões são imprescritíveis<sup>44</sup>, preservando, como regra

<sup>41</sup> Dispõe o artigo 303 do Código de Processo Civil: “Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: (...) III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo”. Autoriza em seu art. 193 o vigente Código Civil: “A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita”. O revogado Código Civil (Lei 3.071/1916) também continha dispositivo no mesmo sentido: “art. 162. A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita”. A respeito, recentemente assentou o C. Superior Tribunal de Justiça, *litteris*: “1. A prescrição, quer da ação, quer da execução, pode ser argüida a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição. Não há impedimento à sua veiculação em sede de agravo de instrumento, mormente em hipóteses como a vertente, em que o objeto do inconformismo é ausência de regular intimação, porquanto sobressai como a primeira oportunidade em que coube à parte falar nos autos. 2. O Agravo de Instrumento, conquanto recurso incidental, constitui-se em desdobramento da mesma demanda da qual ele se origina, constituindo via adequada ao reconhecimento da prescrição. 3. Recurso Especial provido, determinando-se a remessa dos autos à instância *a quo* a fim de que delibere acerca da prescrição argüida.” (STJ - 1ª Turma, REsp 554132/MG, rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 18/03/2004, DJU 10.05.2004, p. 185).

<sup>42</sup> A expressão é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando aduz: “Trata-se, portanto, a *segurança jurídica*, de um *megaprincípio do Direito*, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o *princípio da confiança legítima*, o *princípio da boa-fé objetiva*, o instituto de *presunção de validade* dos atos do Poder Público e a *teoria da evidência*”. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

<sup>43</sup> “A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99”. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 501.

<sup>44</sup> O texto constitucional consagra a imprescritibilidade nas hipóteses de crime de racismo (art. 5º, XLII), de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLV), e as pretensões de ressarcimento ao Erário em razão de prática ilícita cometida por agente, servidor ou não (art. 37, § 5º). Em relação a esta última hipótese, é preciso registrar que imprescritível é somente a pretensão ressarcitória em razão da conduta ilícita. Por outro lado, permanece a regra geral da prescrição das pretensões anulatórias de atos que gerarem prejuízo ao Erário. Nesse sentido é a lição de Uadi Lammêgo Bulos, que anota: “Esse dispositivo [art. 37, § 5º, CF/88] prevê duas situações

geral, a sua extinção em razão do decurso do tempo e em prol da estabilidade das situações jurídicas. Dessa forma, nas hipóteses de ausência de fixação de prazo prescricional, competirá ao aplicador da lei integrar a lacuna existente através dos elementos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, aplicáveis na espécie - os princípios gerais de direito e a analogia.<sup>45</sup>

Registre-se, valendo-nos, ainda uma vez, de lição de Luís Roberto Barroso, que a analogia só é inaplicável nas hipóteses de disposições excepcionais.<sup>46</sup> Como a imprescritibilidade configura a exceção, não se admite a criação de novas pretensões imprescritíveis pelo caminho da analogia, mas “a prescritebilidade, ao contrário, sendo a regra, admite a integração”<sup>47</sup>.

Fixadas essas premissas, analisaremos, a seguir, as hipóteses de integração da Lei nº 7.347/85 no que pertine à ausência de previsão de prazo prescricional para a propositura da ação civil pública.

#### IV. PRESCRIÇÃO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em nosso sistema jurídico, é preciso atentar para a singularidade de que, no âmbito da Administração Pública, há normas específicas relativas à prescrição, restando, portanto, e a princípio, inoponíveis ao Estado os prazos prescricionais previstos no Código Civil, face à regra da especialidade<sup>48</sup>. Cumpre registrar, porém, que, no tocante às ações reais contra a Administração, o prazo prescricional tem sido considerado pelos Tribunais, inclusive pelo

---

distintas: uma relativa à sanção pelo ato ilícito, outra relacionada à reparação do prejuízo. No primeiro aspecto, fica a lei ordinária encarregada de fixar os prazos prescricionais; no segundo, garantiu-se a *imprescritibilidade das ações* - medida considerada imprópria, mas que veio consagrada na Constituição de 1988”, *op. cit.*, p. 665. Por essa razão, é falso afirmar a imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão de ressarcimento ao Erário sob o fundamento da previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Isto porque a pretensão que visa à recomposição do patrimônio público será imprescritível somente se e quando a ilicitude da conduta que ensejou o alegado prejuízo à Fazenda já tenha sido declarada pelo Poder Judiciário, antes de consumada a prescrição.

<sup>45</sup> Art. 4º, Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) e art. 126, CPC.

<sup>46</sup> O aludido autor se apoia na doutrina de Carlos Maximiliano, Francesco Ferrara e Amílcar Falcão, *op. cit.*, p. 501, nota 9.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 501.

<sup>48</sup> Art. 2º, § 2º, LICC.

Supremo Tribunal Federal, como sendo o comum de 10 anos, sob o fundamento de que não se pode estabelecer um prazo menor de usucapião em favor dos entes públicos, posto que tal medida importaria na criação de um novo meio de adquirir, não admitido por lei.<sup>49</sup>

A prescrição atinente aos interesses da Administração Pública é disciplinada pelo antigo Decreto nº 20.910, de 6.1.1932, recepcionado com força de lei pela Constituição Federal,<sup>50</sup> cujo art. 1º dispõe que *“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua*

<sup>49</sup> É o que atestam os seguintes julgados do Pretório Excelso: RF 91/401, 99/338; RT 116/792; AJ 52/155. Nessa direção também se posiciona o Superior Tribunal de Justiça, merecendo transcrição recente aresto, *verbis*: “Serra do Mar. Área de Proteção Ambiental. Desapropriação Indireta. Indenização. Ação de Natureza Real. Prescrição Vintenária. Súmula nº 119/STJ. 1. Os proprietários de imóveis com restrição ao direito de uso por imposição legal, têm direito à indenização pelo desfalque sofrido em seu patrimônio, ocupado pelo Poder Público. A ação de desapropriação indireta é de natureza real, não se expõe à prescrição quinquenal (RESP 94152, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 23/11/1998). 2. As restrições de uso de propriedade particular impostas pela Administração Pública, para fins de proteção ambiental, constituem desapropriação indireta, devendo a indenização ser pleiteada mediante ação de natureza real, cujo prazo prescricional é vintenário (Precedentes nos REsps: 443.852 e 94.152)” (...) ‘2. Não se aplica o teor do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, às ações desapropriatórias indiretas. O prazo, antes da vigência do Novo Código Civil, para efeitos prescricionais, é de 20 anos’. (STJ - RESP 591948 / SP - Relator: Ministro Luiz Fux - Órgão Julgador: Primeira Turma - data do julgamento: 07/10/2004 - DJ 29.11.2004, p. 237).

<sup>50</sup> A respeito das razões justificadoras da recepção do aludido Decreto ditatorial com força de lei pela vigente Constituição, confira-se aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Responsabilidade Civil do Estado. Reintegração de Posse. Danos Causados por Ato Judicial. Prescrição Quinquenal. Extinção do Processo. Recurso Prejudicado. (...) Tendo o fato que originou a lide acontecido em julho de 1993, quando o mandado reintegratório do Juízo Cível foi cumprido pelo Meirinho, e tendo sido a Inicial da demanda vertente protocolada em outubro de 1999, verificou-se deveras a prescrição quinquenal gizada no Decreto 20.910/32 e no Decreto-lei nº 4.597/42. Ausentes fatores de suspensão e interrupção. Plena recepção do normado à época pelo Governo Provisório após a Revolução de 1930 pela Constituição Federal vigente, como também pelas Cartas preteritas. Decreto que teve força de lei dado o exercício cumulativo da função legislativa pelo Executivo Nacional. Abrangência, como de cedição reputar, para toda e qualquer ação, de qualquer natureza, a ser tentada em desfavor da Fazenda Pública como um todo. Apelação que se conhece. Prescrição quinquenal que se reconhece, por suscitação ministerial. Extinção do Processo que se procede, com julgamento do mérito”. (TJRJ - Apelação Cível nº 2001.001.15874. Data de Registro: 23/05/2002; Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível; Relator: Desembargador Luiz Felipe Haddad. Julgado em 12/03/2002).

*natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem*". O aludido diploma foi complementado pelo Decreto-lei nº 4.597, de 19.8.1942, que estendeu a sua aplicação às dívidas passivas das autarquias e, ainda, às entidades de direito privado vinculadas ao Estado, componentes da Administração Indireta. Importante assinalar que, na verdade, o prazo de cinco anos previsto em tais regras não será necessariamente de prescrição, podendo também consubstanciar prazo decadencial.<sup>51</sup>

O art. 10 do citado Decreto 20.910/32 contém regra importantíssima ao asseverar que a regra da prescrição quinquenal referente às pretensões deduzidas em face da Administração Pública "não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras". Extraímos desse comando normativo a interpretação de que a prescrição das pretensões ajuizadas em face da Fazenda Pública será, em regra, quinquenal, ressalvados os casos em que a lei estabeleça prazos menores.<sup>52</sup> Exemplo recente pode-se extrair do contido no art. 206, § 3º, V, do vigente Código Civil, que estabelece a prescrição trienal no que se refere às pretensões de reparação civil. Nessas hipóteses, as pretensões indenizatórias formuladas em face da Administração Pública prescreverão em três anos, excepcionando-se a regra da prescrição quinquenal, em face do que expressamente dispõe o art. 10 do Decreto 20.910/32. Ademais, os prazos especiais relativos à prescrição em favor da Administração Pública buscam, logicamente, beneficiá-la e, não, o que seria absurdo, prejudicá-la.<sup>53</sup>

O referido Decreto nº 4.597/42 impôs, ainda, ao regime da prescrição das pretensões relativas à Administração Pública a regra segundo a qual os prazos prescricionais referentes às dívidas,

<sup>51</sup> Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. "Inovações sobre a Prescrição e suas Repercussões nos Processos que envolvem a Fazenda Pública". *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro/2005, p. 72/75.

<sup>52</sup> Igual conclusão alcança Leonardo José Carneiro da Cunha, *op. cit.*, p. 74.

<sup>53</sup> Em sentido contrário, o C. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que "[i]ncide em todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Inaplicável o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil" (AgRg no REsp 1006937/AC, Quinta Turma, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe 30/06/2008).

direitos, ações a que se refere o Decreto nº 20.910/32 só podem ser interrompidos uma única vez,<sup>54</sup> recomeçando a correr pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último processo que visava à interrupção (art. 3º). Este dispositivo foi corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ressaltou, contudo, não ficar reduzido o prazo prescricional em favor da Fazenda Pública aquém de cinco anos, ainda que o titular do direito tenha o interrompido durante a primeira metade do prazo (Súmula nº 383, STF).

Além desses importantíssimos comandos normativos, que consagram a prescrição referente às pretensões deduzidas contra a Administração Pública, outros diplomas legais, igualmente ligados ao interesse público, preveem prazos prescricionais de 5 (cinco) anos, seja em favor, seja contra a Administração Pública, de que são exemplos a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), em seu art. 23; a Lei 9.636/98, no inciso II do seu artigo 47; o art. 54 da Lei 9.784/99, reguladora do processo administrativo na esfera federal; a Lei 9.873/99, em seu art. 1º etc.<sup>55-56</sup>

A prescrição incide também sobre os atos administrativos inválidos, porquanto, conforme já anotou José dos Santos Carvalho

---

<sup>54</sup> Cumpre registrar que a Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil) passa a estabelecer, em seu art. 202, que a interrupção da fluência dos prazos prescricionais somente poderá ocorrer uma única vez, ao contrário do antigo estatuto civil, que não continha dispositivo semelhante e permitia, portanto, a interrupção sucessiva da prescrição.

<sup>55</sup> A respeito da homogeneidade concernente à fixação do prazo prescricional quinquenal quando estão em jogo interesses públicos, já observou Celso Antônio Bandeira Mello: “Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações”. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211.

<sup>56</sup> Nesse sentido, já assinalou Luís Roberto Barroso que “o direito administrativo adotou como regra, desde sempre, o prazo máximo de prescrição de 5 (cinco) anos, tanto em favor da Administração, como contra ela. É a constatação inevitável que se extrai do exame: (i) da legislação administrativa, (ii) da doutrina, (iii) da jurisprudência, (iv) do comportamento da própria Administração”. O eminente autor arrola diversos exemplos legislativos (como, v.g., artigos 168, 173 e 174 do Código Tributário Nacional; art. 28 da Lei nº 8.884/94 [Lei do CADE]; art. 1º da Lei nº 6.838/80, dentre outros), assim como posições da jurisprudência e da doutrina administrativista para comprovar seu argumento. *Op. cit.*, p. 506-510.

Filho, o interesse público que decorre do princípio da estabilidade das relações jurídicas é tão relevante quanto a necessidade de restabelecimento da legalidade dos atos administrativos, de forma que deve o ato permanecer, seja qual for o vício de que esteja inquinado.<sup>57</sup>

Dessa forma, na hipótese de ausência legal de prazo prescricional para a propositura de demanda contra ou em favor da Administração Pública, devem ser aplicados, como regra, o prazo quinquenal e o regime jurídico de prescrição previstos nos diversos diplomas administrativos (acima indicados), tendo em vista que a regra é a prescritibilidade.

Esse tem sido o entendimento esposado pela nossa melhor doutrina publicista, merecendo registro o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, em sua afamada obra, assevera:

<sup>57</sup> **Manual de Direito Administrativo**, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 134. A posição jurisprudencial, registre-se, é tranquila quanto ao ponto, como atesta acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação Cível 290351, relatada pelo Juiz Antônio Cruz Netto, *litteris*: “Administrativo. Ação Visando Anulação de Ato Administrativo. Prescrição Quinquenal. Decreto nº 20.910/32. Recurso Adesivo Prejudicado. Litigância de Má-Fé. Inocorrência. 1-) Segundo a jurisprudência do STF e STJ o ato administrativo, quer seja nulo, quer seja anulável, sujeita-se à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32” (STF-RE 107.503-MG, Rel. Min. Otávio Galloti, STJ-MS 7.226/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini) (Segunda Turma - Processo: 200202010251009 / RJ, DJU data: 17.02.2003 p. 131). E ainda: “Processual Civil e Administrativo. Ação Civil Pública Visando Anulação de Nomeação de Servidor. Legitimidade Ativa. Prescrição Quinquenal. Decreto nº 20.910/32. Ocorrência. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ações civis públicas com o fito de proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa, inclusive quando o provimento jurisdicional almejado consista na anulação de atos lesivos ao erário. Precedentes do STF. 2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é unânime do sentido de que o ato administrativo, quer seja nulo, quer seja anulável, sujeita-se à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32. Ressalvado o entendimento do Relator. 3. As Portarias atacadas foram formalizadas em 22.12.1988 e a ação civil pública só veio a ser ajuizada em 10.05.1996, quando já decorrido o lustro prescricional. 4. Apelações providas para promulgar a prescrição quinquenal da pretensão anulatória do Ministério Público Federal.” (TRF - Quinta Região - Apelação Cível nº 303863 Processo: 200205000238131/PB. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. Fonte. Data da decisão: 01/04/2004 Documento: TRF500083459. DJ - Data: 19/05/2004 p. 1083 nº 95. unânime. Data da publicação: 19/05/2004).

*Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles, entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto n. 20.910/32. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência.*<sup>58</sup>

Com efeito, em se tratando de interesses administrativos, são inaplicáveis os prazos previstos no Código Civil, sob pena de violação à regra da especialidade, posto que há normas próprias, de Direito Administrativo, que regem as relações travadas com a Administração Pública.<sup>59</sup> Aliás, como acentua Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo tão profundamente distintas as razões que informam o Direito Civil das que inspiram o Direito Público, “nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte”, mas, ao contrário, impõe-se indagar qual o tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 634. Assim também, dentre vários outros autores, se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello, que acentua: “Isto posto, estamos em que, *faltando regra específica que disponha de modo diverso*, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra os administrados é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de anuláveis”. *Op. cit.*, p. 211.

<sup>59</sup> Para nós, ressalvados os casos enquadrados na regra constante do art. 10 do citado Decreto 20.910/32, que expressamente indica que os prazos menores ao referido nesse diploma (5 anos) são oponíveis à Administração Pública. Já consignamos, contudo, que não é esse o posicionamento prevalente na jurisprudência.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 210. Luís Roberto Barroso acentua que “quando se afirma a autonomia do direito administrativo, isto significa que ele não é direito excepcional ou estrito relativamente a qualquer outro ramo do direito, mas apresenta institutos e instrumentos próprios, bem como princípios e regras que lhe são peculiares. Daí por que a interpretação de suas disposições será orientada por seus próprios princípios e a integração de suas lacunas deverá efetivar-se por normas que pertençam ao seu domínio, salvo se inexistentes.” *Op. cit.*, p. 505.

Podemos fixar uma primeira conclusão, portanto: quando os fatos e fundamentos jurídicos da ação civil pública forem referentes a uma relação de Direito Administrativo, independentemente do polo em que figurar a Administração Pública na relação processual, aplica-se a regra da prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e em diversos outros diplomas legais que regem relações jurídico-administrativas.

## V. PRESCRIÇÃO, AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A partir dessa primeira conclusão, resta examinar qual é a solução aplicável às hipóteses em que os fatos e fundamentos deduzidos na ação civil pública não encerrem relações jurídicas de Direito administrativo. Obviamente que, nestes casos, não será legítima a aplicação do prazo prescricional apontado no Decreto 20.910/32, oponível à Administração Pública, posto que ausente o ponto de semelhança essencial que autorizaria a integração. Há que se perquirir, portanto, se há no ordenamento outros preceitos que, contendo a mesma razão fundamental inspiradora da criação da ação civil pública, permitam a aplicação analógica, decorrendo daí a importância da análise - ainda que sintética - que realizamos a respeito do objeto da tutela da ação civil pública.

Como já examinamos, a Lei nº 7.347/85 arrola como objeto da tutela instrumentalizada pela ação civil pública o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica e a economia popular, a ordem urbanística. Evidenciando que esse rol não é taxativo, o aludido diploma, em seu art. 1º, V, indica que a ação civil pública se destina, ainda, a tutelar *“qualquer outro interesse difuso ou coletivo”*.

Indubitavelmente que a ação popular, prevista em nossa ordem jurídica antes mesmo do surgimento da ação civil pública, é instrumental que se destina a amparar, assim como a ação civil pública, direitos de índole transindividual. É, aliás, a própria Constituição Federal que afirma a natureza metaindividual dos interesses que a ação popular se destina a tutelar: patrimônio público, moralidade administrativa e meio ambiente (art. 5º, LXXIII). O

intuito do legislador foi conferir maior proteção a esses bens, ao permitir ao cidadão postular em juízo pela sua proteção, mesmo diante de eventual inação do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e até mesmo dos próprios entes e entidades componentes da Administração Pública.

Revela-se evidente, portanto, a similitude dos objetos da tutela da ação civil pública e da ação popular, havendo perfeita identidade de razões que ensejaram a criação de tais mecanismos, ambos indispensáveis para a efetivação do sistema de tutela coletiva previsto na ordem jurídica. Tal assertiva se infere, inclusive, a partir do exame das principais diferenças existentes entre a ação civil pública e a ação popular, quase todas de natureza processual e, dessa forma, inidôneas a afastar os pontos substanciais comuns entre os bens que ambas se destinam a amparar.<sup>61</sup>

A própria Lei nº 7.347/85 trata de acentuar a similitude existente entre os interesses tuteláveis por esses dois importantíssimos instrumentos de realização da tutela coletiva,<sup>62</sup> preceituando

<sup>61</sup> Podem ser apontadas como principais distinções entre a ação civil pública e a ação popular: (i) a legitimidade ativa - somente o cidadão pode figurar como autor da ação popular (atuando o Ministério Público como *custos legis*), enquanto que a legitimização ativa na ação civil pública é conferida ao Ministério Público e aos entes e entidades mencionados no art. 5º da Lei nº 7.347/85; (ii) a competência - na ação civil pública, a competência do foro do local do dano é absoluta (art. 2º da Lei nº 7.347/85), diversamente do que ocorre na ação popular, que segue a regra geral do Código de Processo Civil (art. 5º da Lei nº 4.717/65); (iii) o pedido - em caso de procedência da ação popular, os responsáveis e beneficiários serão condenados no pagamento de perdas e danos (art. 11 da Lei nº 7.347/85), enquanto que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei nº 7.347/85). Sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “Ação civil pública. Condenação cumulativa. Impossibilidade. A ação civil pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.” (STJ - Primeira Turma, REsp 94.298-RS, relator o Ministro Garcia Vieira, julgado em 06.05.1999, unânime, DJU 21.06.1999, p. 76). A respeito de tais distinções, vide Guilherme Magalhães Martins e Humberto Dalla Bernardina de Pinho em “Algumas considerações sobre a Lei de Ação Popular”. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6, jul./dez, 1997, p. 79.

<sup>62</sup> Como já registramos em obra de nossa autoria, “à institucionalização do Estado Moderno, no plano político, com o conseqüente fortalecimento dos direitos individuais, sociais e, mais hodiernamente, dos direitos difusos, corresponde, no plano jurídico-dogmático, ao surgimento e ulterior fortalecimento do Direito Público, em atenção à efetiva proteção destes direitos”. *Mandado de Segurança contra Atos Jurisdicionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 5.

esse diploma que as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao patrimônio público e a outros interesses coletivos ou difusos serão por ele regidas, “*sem prejuízo da ação popular*” (art. 1º, *caput*).

Dessa forma, não é possível destacar inteiramente a ação popular do amplo campo de incidência da tutela instrumentalizada pela ação civil pública, nem tampouco traçar uma escala hierárquica que confira graus de importância distintos a esses mecanismos, porquanto suas funções na ordem jurídica e assim também as razões que motivaram o legislador a construir tais instrumentais, ambos essenciais para a realização plena do Estado Democrático de Direito, identificam-se na pretensão de amparar os interesses difusos e coletivos, em seus diversos aspectos. Ambas possuem, à evidência, um núcleo comum. Não é por outra razão que em alguns casos será possível até mesmo a utilização da ação popular e da ação civil pública para postular a tutela da mesma espécie de bens jurídicos.

Ante tais considerações, pode-se concluir pela aplicabilidade, pela via da analogia *legis*<sup>63</sup>, do prazo prescricional quinquenal para a propositura de ação popular, previsto na norma contida no art. 21 da Lei 4.717/65, à ação civil pública.

Nesse sentido já se manifestou a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em recurso especial relatado pelo Ministro Luiz Fux, à unanimidade, assentou que, *litteris*:

*“a ação civil pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a ação popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e*

<sup>63</sup> Na conhecida lição de Carlos Maximiliano, a analogia *legis* escora-se em uma regra já existente, aplicável a hipótese semelhante em sua essência; a analogia *juris*, por outro lado, apoia-se no conjunto de normas disciplinadoras de um instituto que tenha pontos comuns com aquele que os textos jurídicos deixaram de contemplar. Como sintetiza o eminente autor, “a primeira encontra reservas de soluções nos próprios repositórios de preceitos legais; a segunda, nos princípios gerais de Direito”. *Op. cit.*, p. 255.

*facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio”.*<sup>64</sup>

E, mais recentemente, em sede de recurso especial da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça voltou a registrar, unanimemente, tal entendimento, *verbis*:

*“(...) o prazo prescricional, ante a omissão da Lei 7.347/85, deve ser, por analogia, o previsto no art. 21 da Lei 4.717/65, tendo em vista que a pretensão poderia perfeitamente ser exercida por meio de ação popular, igualmente adequada à defesa de interesses de natureza impessoal, pertencentes à coletividade, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça”.*<sup>65</sup>

## VI. CONCLUSÃO

Muito embora a Lei nº 7.347/85 silencie quanto ao prazo prescricional para a propositura de ação civil pública, as pretensões por sua via deduzidas submetem-se à regra da prescrição quinquenal.

Em primeiro lugar, porque a imprescritibilidade é excepcional, devendo, portanto, vir sempre expressa na lei, como assim o

<sup>64</sup> REsp 406545 / SP, data da decisão: 21.11.2002. DJ 09/12/2002 p. 292. No mesmo aresto, assentou-se que “A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas”.

<sup>65</sup> REsp 912612 / DF, data da decisão: 12.08.2008. DJe 15/09/2008. Vide, ainda, no mesmo sentido: REsp 764278 / SP, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 28/05/2008.

fez o constituinte originário ao apontar as hipóteses de pretensões imprescritíveis. Ademais, a imprescritibilidade atenta contra o princípio constitucional da segurança jurídica, na medida em que autoriza a nociva perpetuidade das relações jurídicas constituídas e já consolidadas pelos efeitos do tempo, frustrando, assim, uma das funções precípua do Direito, que é a de atribuir certeza às relações sociais e impedir, dessa forma, eventual atuação arbitrária por parte do Estado e dos particulares.

Como a prescrição é a regra na ordem jurídica, admite-se a analogia sempre que a lei for omissa no tocante à previsão de prazo prescricional.

Nas hipóteses em que a relação jurídica deduzida for de natureza jurídico-administrativa, aplica-se à ação civil pública a regra da prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910/32, recepcionado com força de lei pela Constituição Federal. Nos demais casos, incide, pela via analógica, o prazo prescricional, também de 05 (cinco) anos, previsto para a propositura de ação popular, ante a identidade dos bens que tais ações constitucionais se destinam a amparar.

Como se pode constatar, o assunto está a merecer a devida atenção do Judiciário, eis que a prescrição é instituto informado por princípios que se vinculam ao interesse público e à segurança jurídica. Em assim sendo, o seu afastamento ou a sua aplicação inadequada, por essas razões, gera temerária instabilidade social e vulnera princípios constitucionais. 

# As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética.

Marise Cunha de Souza  
Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da  
Ilha do Governador - RJ.

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante esclarecer que não há qualquer pretensão, neste artigo, de esgotar o assunto em pauta, que é vastíssimo, comportando posições doutrinárias divergentes com relação às situações que poderão surgir.

Assim é que o tema a ser desenvolvido, repleto de pontos polêmicos e questões controvertidas, vem despertando o interesse de juristas e doutrinadores, que tentam encontrar respostas para as mais variadas situações que podem surgir a partir da utilização das técnicas de reprodução assistida. Na ausência de legislação específica a respeito, a tarefa é árdua, não só porque qualquer estudo que se pretenda fazer deve ser realizado dentro de um contexto interdisciplinar, que envolve direito, medicina genética, psicologia e ética, como porque o Código Civil contém apenas uma acanhada menção a algumas técnicas de reprodução assistida, no artigo 1.597, artigo este em que a lei material estabelece a presunção *pater is est*. Tal conjuntura, sem dúvida, torna o assunto instigante e apaixonante, e essas são as principais razões que nos impelem a nele nos aprofundarmos e a trazê-lo à baila, para, quem sabe, despertar o mesmo entusiasmo em outros estudiosos e operadores do Direito, mormente quando se sabe que existem no Congresso Nacional dois Projetos de Lei, que de forma mais

completa regulam a matéria, o de nº 90/99 e seu substitutivo de 2001, e o de nº 1.184/03, ambos proibindo a prática da chamada “barriga de aluguel”.

Por outro lado, um dado estatístico, a saber, que realça a importância da descoberta destas técnicas de reprodução assistida e da necessidade de sua regulamentação legal é que, segundo a Organização Mundial da Saúde, entre 8% e 15% dos casais têm algum problema de infertilidade, que, com o emprego de algum dos procedimentos de procriação artificial, poderá ser sanado, possibilitando a desejada gravidez.

Outro fator importante é que a evolução da biotecnologia, juntamente com a modificação do conceito de família, a cujas transformações sociais estamos assistindo, permitirá que casais homoafetivos tenham filhos com a utilização do gameta de um deles, assim como pessoas sós poderão se valer das tais técnicas. São, pois, numerosas as possibilidades de procriação artificial com a utilização das técnicas, hoje conhecidas, de reprodução assistida.

Assim é que se afigura urgente e apropriado que a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida e suas consequências na formação das famílias se tornem objeto de análise pelos estudiosos e operadores do Direito. Isso, sem dúvida, ensejará acaloradas discussões, dada a dimensão interdisciplinar que o tema alcança, envolvendo noções morais, jurídicas, médicas, tecnológicas, religiosas e éticas, bem como o fato de que a utilização das referidas técnicas afeta diretamente os conceitos de paternidade e maternidade.

## **2. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

O que é, então, a reprodução assistida? É um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis. Quando se fala em reprodução assistida, logo nos vem ao pensamento a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, como se a reprodução assistida se limitasse à utilização dessas técnicas e suas variações, nas quais não há o intercursos sexual. Por essa razão, os que entendem dessa forma afirmam que tais técnicas dissociaram a reprodução do sexo. Contudo, o ter-

mo abrange, também, aqueles casos em que não há manuseio de gametas, como, por ex., a administração de medicamentos sob orientação médica para estimular a ovulação. Entende-se, assim, que haverá reprodução assistida sempre que houver qualquer tipo de interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação.

Cabe, aqui, chamar a atenção para a diferença entre as técnicas de reprodução medicamente assistida e a clonagem (que ficou muito conhecida com a *ovelha Dolly*). As TRAs são sexuadas, e a clonagem não (nas primeiras, utilizam-se gametas de um homem e de uma mulher e o ser que será concebido terá metade do material genético de cada um; na segunda, o ser gerado é uma cópia daquele que o gerou, com constituição genética idêntica - trata-se da reprodução, replicação de uma célula).

### **3. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

#### **3.1. Onde são reguladas as TRAs?**

No nosso país, ainda não há lei específica que regulamente as técnicas de reprodução humana assistida. Há dois projetos de lei, que serão brevemente referidos à frente. Porém, diante da ausência de norma legal a respeito, utiliza-se como parâmetro a Resolução nº 1.358/92 do CFM, que edita normas éticas, estabelece princípios gerais para a utilização das TRAs, define os usuários e as responsabilidades das clínicas, dispõe sobre a doação e criopreservação de gametas e pré-embriões, assim como sobre a utilização de pré-embriões para diagnóstico e tratamento e, por fim, estabelece normas a respeito da barriga de aluguel.

#### **3.2. Classificação**

As TRAs podem ser classificadas em:

a) intracorpóreas: a inseminação artificial, que é o método pelo qual se insere o gameta masculino no interior do aparelho genital feminino, possibilitando a fecundação dentro do corpo da mulher. Há a inoculação, a introdução do sêmen na mulher, não havendo qualquer tipo de manipulação externa do óvulo ou do embrião.

b) extracorpóreas: a fertilização *in vitro* (FIV), pela qual recolhem-se o óvulo e o espermatozoide, faz-se a fecundação fora

do corpo humano em um tubo de ensaio ou mídia de cultivo (daí a denominação bebê de proveta) sendo, posteriormente, o óvulo fecundado (embrião) transferido para o útero materno.

c) homólogas: utilizam-se os gametas do próprio casal;

d) heterólogas: utilizam-se gametas masculino ou feminino ou ambos de doadores.

Para o Código Civil, que insere as TRAs no artigo que estabelece a presunção da paternidade, serão homólogas quando realizadas com espermatozoides do próprio marido (ou companheiro, para aqueles que admitem a aplicação do art. 1.597 do CC àqueles que vivem ou viveram em união estável). Serão heterólogas quando realizadas em mulheres casadas (ou que vivam em união estável), com espermatozoides de uma terceira pessoa (doador).

### **3.3 A fertilização *in vitro* (FIV)**

A FIV é uma técnica revolucionária, por permitir a fecundação fora do corpo da mulher, bem como a implantação do embrião no útero de outra mulher que não aquela que forneceu o óvulo, razão pela qual vamos discorrer um pouco sobre ela. Com a utilização desta técnica é grande a possibilidade de sucesso, na medida em que serão formados vários embriões. O primeiro bebê a nascer com a utilização da FIV foi Louise Brown, em 1978, na Inglaterra. Há pouco tempo uma notícia veiculada na mídia informou que, na Tunísia, uma mulher estava grávida de doze gêmeos após a utilização desta técnica, e, se todos vingarem, será um recorde mundial. Quando a FIV começou a ser utilizada aqui no Brasil, considerando que o embrião implantado no útero tem apenas 28% de chance de produzir uma gestação, os médicos costumavam implantar de seis a oito embriões no útero materno e começaram a nascer gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos. Isso fez com que se diminuísse o número de embriões transferidos, vindo a Resolução nº 1.358/92 do CFM a limitar a transferência em quatro embriões para não aumentar o risco, já existente, de multiparidade.

A utilização da FIV acarreta, ainda, um problema: a sobra de embriões que fica armazenada nos laboratórios, porque serão produzidos vários embriões, sendo apenas alguns transferidos para

o útero materno e os demais serão congelados, para utilização posterior, se for necessário. Aqui no Brasil, não há lei sobre o destino dos embriões excedentários, mas tais embriões não podem ser destruídos. A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05) estabelece que células-tronco embrionárias podem ser extraídas de embriões inviáveis ou que estejam armazenados há mais de três anos, desde que para fins de pesquisa ou terapia (o art. 5º da referida Lei foi considerado constitucional pelo STF). Poderá, também, ser feita a doação para um banco, nos moldes da doação de sêmen e óvulo.

A solução a ser adotada quanto ao destino dos embriões excedentários, ou seja, se podem ou não ser destruídos, já que nem todos serão aproveitados para reprodução ou para pesquisa, passa, necessariamente, pelo entendimento de quando se dá o início da vida. Numa rápida pincelada sobre o assunto, pode-se dizer que existem duas correntes: a concepcionista, para a qual a vida tem início com a concepção, e a nidacionista, que defende que a vida tem início com a implantação do embrião no útero materno - este momento é conhecido como nidação. Para a primeira, os embriões excedentários não podem ser destruídos ou descartados, porque desde a fecundação há vida; para a segunda, podem, se não ocorrer a nidação. Em um encontro realizado na Inglaterra, em 1977, cientistas decidiram que, até o 14º dia de gestação, o embrião não é ser humano, pois não está dotado de cintura neural e sistema nervoso, podendo ser destruído até este momento.

Cabe aqui uma observação quanto aos bancos de células germinativas e embriões (ou pré-embriões): nos bancos de sêmen se mantém o anonimato dos doadores (relativamente aos receptores), mas as amostras identificam alguns fatores como tipo sanguíneo, cor dos olhos e cabelo etc., a fim de que o tipo físico do doador seja o mais parecido possível com o do parceiro da paciente (o recurso ao banco de sêmen é feito por casais em que o homem apresenta problema e, em geral, a técnica a ser utilizada será a da inseminação artificial). Igualmente com relação ao banco de óvulos, é preservado o anonimato da doadora e há identificação de algumas características nas amostras, com o fim de preservar o máximo possível a semelhança física com a receptora (neste caso, quem tem problema é a mulher, que ou não ovula, ou seu óvulo

não é apto a ser fecundado, e a técnica será, necessariamente, a da fertilização *in vitro*). Em geral, a doação de óvulo para um banco é feita por mulheres que precisaram usar a fertilização *in vitro*, porque a técnica tem início com a estimulação ovariana e a mulher, em vez de produzir apenas um óvulo, produzirá vários; os óvulos serão aspirados e separados: uns para a paciente, que serão fecundados pelos espermatozoides de seu marido, e os outros serão congelados e ficarão no banco de óvulos, podendo ser transplantados na mesma receptora, em caso de necessidade, ou ficarão à espera de nova receptora e serão fecundados pelos gametas do marido desta, ou, ainda, permanecerão congelados, dando origem ao já referido excesso de embriões, que ficará armazenado como os óvulos e o sêmen. Vale mencionar que é necessária autorização para que gametas e embriões sejam usados em outras pessoas, que não os doadores.

Já que estamos falando de banco de gametas e embriões, impõe-se pontuar que a ANVISA, através da Res. 29/2008 aprovou o regulamento técnico para o cadastramento nacional dos bancos de células e tecidos germinativos e, no dia 30 de outubro de 2009, noticiou em seu *site* que no Brasil encontram-se oficialmente cadastrados 47.570 embriões produzidos por meio de fertilização *in vitro*. Parte deles poderá ser destinada para pesquisa e terapia e os que não forem dessa forma aproveitados ou transplantados, permanecerão criopreservados (congelamento com nitrogênio), posto que a destruição e o descarte são proibidos, como anteriormente mencionado. Merece ainda menção a Portaria nº 2.526/05 da referida Agência, que dispõe sobre a informação de dados necessários à identificação dos embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, para fins de pesquisa com células-tronco embrionárias.

Pode-se dizer, arrematando, que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* clássica (FIV) são as técnicas mais utilizadas, com manipulação de gametas e/ou embriões e ausência de intercurso sexual, havendo algumas variações, que não cabe aqui examinar; e a gestação de substituição, que será objeto de análise mais adiante.

#### 4. A LEGISLAÇÃO CIVIL

O Código Civil tratou de algumas técnicas de reprodução assistida no art. 1.597. O artigo estabelece, na verdade, a presunção *pater is est*, e o legislador optou por atribuir tal presunção quando da utilização de algumas técnicas de reprodução medicamente assistida. Impõe-se frisar que a lei civil não regulou qualquer procedimento de reprodução humana artificial, apenas atribuiu a presunção *pater is* a alguns deles, de forma, inclusive, atécnica e confusa, utilizando nomenclaturas distintas para o mesmo fenômeno nos incisos III e IV, e referindo-se a uma técnica específica no inc. V. A bem da verdade, o Código Civil tentou dar uma solução ao problema da paternidade, omitindo-se, por completo, quanto à questão da maternidade.

Vale recordar que a presunção *pater is* vigora para os filhos havidos do casamento, porque, partindo do princípio de que a maternidade é certa, o filho nascido da mulher casada é presumidamente filho de seu marido, aquele que a teria fecundado mediante uma relação sexual (a grande maioria dos autores entende que a presunção se aplica aos conviventes, desde que comprovada a união estável na época da concepção). A presunção é relativa, admitindo prova em contrário, à exceção do inc. V, como se verá a seguir.

Reza o art. 1.597:

*“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I - ...;*

*II - ...;*

*III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

*V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”*

As técnicas, então, que estão sob o manto da presunção *pater is est* são as seguintes: no inciso III, a inseminação artificial

homóloga e fertilização *in vitro* homóloga, casos em que haverá coincidência entre a paternidade biológica e a legal; o inciso IV refere-se a embriões excedentários pela utilização da fertilização *in vitro* homóloga, hipótese em que também haverá coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade legal; e, finalmente, o inciso V prevê a inseminação artificial heteróloga com prévia autorização do marido, sendo a única hipótese em que as paternidades biológica e legal não coincidirão. A autorização prévia é considerada reconhecimento expresso da paternidade, na forma do art. 1.609, § único do CC, configurando caso de paternidade socioafetiva a ensejar presunção absoluta. Segundo Maria Berenice Dias, a situação corresponde a uma “*adoção antenatal*”, mas, por outro lado, se não houver a autorização do marido ou do companheiro, situação que a doutrina denomina de “*adulterio casto*”, poderá ele ajuizar ação negatória da paternidade que lhe tenha sido atribuída.

O que, de imediato, salta aos olhos é que o legislador civil não regulou qualquer hipótese de utilização de óvulos doados e, de resto, se pode notar que a regulamentação é tímida e lacunosa, pois deixou várias questões em aberto, como a utilização das técnicas que menciona por pessoas não casadas, o destino dos embriões excedentários, a solução em casos de separação e divórcio, porque o inciso III se refere à hipótese de morte etc. Deixou, ainda, a lei material de, em boa oportunidade, acompanhar a evolução da medicina genética e não regulamentou outras hipóteses de reprodução assistida, em especial com relação às mulheres, dentre as quais a fertilização *in vitro* por gestação de substituição (a chamada “*barriga de aluguel*”).

No entanto, em que pesem as críticas ao art. 1.597 do CC, é forçoso reconhecer que o seu conteúdo é de suma importância e, complementando o artigo 1.593 do mesmo diploma legal (que prevê o parentesco por “*outra origem*”), concretiza a passagem do modelo clássico de filiação que o CC/16 ostentava para o modelo contemporâneo, no qual, além do suporte biológico da filiação reconhece-se uma “*paternidade de intenção, calcada no afeto*”, como ensina Eduardo de Oliveira Leite, a que se convencionou chamar de parentesco socioafetivo, que compreende, dentre ou-

tras, a filiação oriunda das técnicas de reprodução medicamente assistida heterólogas.

## 5. A BARRIGA DE ALUGUEL

Primeiramente, impõe-se esclarecer que se tomará por base a definição do CFM, sempre partindo do pressuposto de que o recurso à técnica é feito por um casal, com a utilização de seus gametas.

É importante chamar a atenção para a diversidade de nomenclatura para identificar a técnica: é vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”, além das referências a maternidade de substituição, maternidade por sub-rogação, gestação por outrem, gestação de substituição (CFM), entre outras. Entendemos que a terminologia vulgar “*barriga de aluguel*”, apesar de ser a mais conhecida, é um termo pejorativo e, demais disso, a disposição onerosa de qualquer parte do corpo humano é crime. Maternidade de substituição e maternidade por sub-rogação também não nos parecem denominações ideais, pois não há a figura da substituição ou da sub-rogação daquela que desempenha a função materna, como se verá a seguir. A melhor terminologia, s. m. j., é a utilizada na Resolução 1.358/92 do CFM, já que a gestação é feita por terceira pessoa, podendo se usar, aí sim, a adjetivação “*de substituição*”. Gestação por outrem também é uma denominação bastante adequada.

A gestação de substituição acontece quando há a fertilização *in vitro* e a mulher doadora do material genético possui algum problema que faz com que seu útero não seja apto a gerar o embrião. Assim, o embrião se desenvolverá no útero de uma “mãe hospedeira”. O caso é daqueles que mais podem gerar conflito e, embora o CC não tenha regulamentado a hipótese, também não a proíbe. Tanto assim, que há algum tempo foi amplamente noticiado o caso de uma avó que gerou o seu neto porque a filha não tinha condições de fazer a gestação do embrião em seu ventre. É classificada como técnica extracorpórea, posto que o primeiro passo é a fertilização *in vitro*, com a posterior implantação do embrião no útero da hospedeira, podendo ser homóloga ou heteróloga. Neste estudo, será considerada sempre a homóloga, ou seja, com material fecundante do casal.

Como não há regramento legal a respeito, o que se usa como parâmetro moral e ético aos procedimentos deste tipo é Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata especificamente da gestação de substituição no inciso VII, estabelecendo: que a técnica pode ser usada quando exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética; que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética num parentesco de até 2º grau; e que tal doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Aliás, a comercialização do corpo ou parte dele é proibida constitucionalmente pelo § 4º do art. 199, regulamentado pela Lei 9.434/97, cujo art. 9º, referindo-se à pessoa viva, estabelece que a pessoa pode dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo.

Frise-se que a Resolução mencionada é uma norma a ser obedecida pelos médicos, não possuindo força de lei (daí que uma mulher que não seja parente da doadora genética poderá hospedar o embrião).

Na prática, pode-se resumir a situação ao fato de duas mulheres proporcionarem o nascimento de uma criança. Obviamente, alguns problemas quanto ao estabelecimento da filiação poderão surgir exatamente em razão da ausência de norma legal a respeito. Assim, ao fim da gestação, aquela mulher que por nove meses carregou em seu ventre filho que sabe ser de outrem, pode recusar-se a entregar o bebê, uma vez que o registro de nascimento será feito no nome da hospedeira e que o hospital fornece a declaração de nascido vivo com os dados da parturiente. Nesse caso, os pais biológicos terão que ajuizar uma ação para reverter essa situação. O que deverá decidir o juiz? Mãe é aquela que doou o óvulo para fecundação ou a que gerou o embrião? Seria possível, quanto à paternidade, aplicar-se o que dispõe o art. 1.597 do CC em seus incisos III e V?

Vejamus a possibilidade de aplicação, quanto à paternidade, dos incisos III e V do art. 1.597 do CC: 1. o inciso III trata da inseminação artificial homóloga e da fertilização *in vitro* homóloga, ou seja, com utilização de material fecundante da mulher e de seu marido. Descarta-se a inseminação artificial, porque a técnica utilizada na gestação de substituição é a fertilização *in vitro*. Nesta, óvulo e sêmen são retirados, e a fecundação é feita fora do corpo

da mulher, melhor dizendo, em um tubo de ensaio. Algum tempo depois, o embrião é transferido para o útero materno. A diferença para a fertilização *in vitro* por gestação de substituição é que, nesta, o embrião será transferido para o útero de uma terceira pessoa, em função de algum problema da mãe biológica que a impeça de fazer a gestação. Entendemos que seria possível aplicar a presunção na situação do inciso III do artigo 1.597 para o estabelecimento da paternidade, desde que haja concordância expressa do marido com a utilização de útero de terceira pessoa e que seja considerada mãe a que forneceu o material fecundante; 2. quanto ao inciso V, que trata da inseminação artificial heteróloga, cremos não ser possível aplicar a presunção quanto à paternidade, porque o inciso prevê, expressamente, a técnica da inseminação artificial, que não é a utilizada na gestação por outrem.

Contudo, a questão da relação paterno-filial facilmente se resolve com o exame de DNA (já que estamos tratando de técnica homóloga) e, como se pode constatar, problema maior será o da maternidade, que poderá suscitar dúvida, como antes referido, já que a adoção da prática acarreta necessariamente uma cisão das etapas do processo de procriar, redundando numa desestruturação do conceito de maternidade.

Vale lembrar que, em decorrência da estrutura da sociedade, em que havia uma hierarquização entre homens e mulheres, na qual imperava o patriarcalismo e a família legítima se constituía apenas pelo casamento, que tinha como uma das funções primordiais a procriação, mãe era sempre certa, posto que às esposas impunha-se um dever jurídico absoluto de fidelidade, além da ostensividade da maternidade. Hodiernamente, com a evolução da medicina genética, que possibilitou fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, não mais se pode conferir caráter absoluto ao dogma *mater semper certa est* (mãe pode ser a que está gerando o filho, a que forneceu o óvulo em banco de reprodução, a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa em banco de reprodução humana, ou a que forneceu o óvulo para fertilização *in vitro* com gestação de substituição).

Obviamente, pelo critério biológico, também é possível resolver a questão da maternidade com o exame de DNA, assim

como é ele utilizado para indicar o pai biológico, porque o exame apontará quem forneceu o material genético para a criança. Contudo, a solução do problema não é simples assim, porque envolve uma terceira pessoa, a mãe hospedeira, que gerou e pariu a criança, havendo divergência doutrinária quanto à atribuição da maternidade: à mãe biológica ou à mãe gestacional? Estão em jogo noções legais, morais e éticas, ao lado do necessário alargamento do conceito de maternidade, não sendo demais dizer que, diante das novas técnicas de reprodução, especialmente com a participação de terceira pessoa, e da nova concepção da família como união de afetos, mãe pode ser a doadora do material genético, a que hospeda o embrião (no caso da barriga de aluguel), a que amamenta (antigamente conhecida como “mãe de leite”) e a que dá amor, educa e conduz o crescimento da criança, que é a mãe socioafetiva.

No caso em análise, ou seja, quando apenas as duas primeiras etapas estão em jogo (fecundação e gestação), entendemos que a razão está com aqueles que solucionam a questão atribuindo a maternidade à mãe biológica, por refletir a verdadeira filiação, com a correta inserção da ascendência genética no registro de nascimento. A mãe gestacional apenas hospedou o embrião para que ele pudesse ser gerado e, num primeiro momento, inclusive, não espera nem pretende ter qualquer responsabilidade em relação à criança após o nascimento. Não se pode olvidar, em qualquer caso, que a solução deve se adequar ao melhor interesse do menor, princípio norteador de todas as querelas envolvendo menores.

Mas a tomada de decisão numa disputa deste gênero não é fácil e está longe de ser pacífica, se pensarmos que nos deparamos com uma situação delicadíssima, na qual, de um lado, há uma mãe biológica, que durante nove meses aguarda ansiosa a chegada do filho, e, do outro, a mãe substituta, que pelos mesmos nove meses, vê seu ventre aumentar e uma vida nele se desenvolver, podendo, inclusive, estabelecer uma ligação afetiva com o bebê. Fácil verificar que neste novo universo da maternidade, conforme destacado por Christine Keler de Lima Mendes, “*os conceitos e sentimentos se confundem*” e, por essa razão, há quem entenda que deve sempre prevalecer o melhor interesse da criança, ou seja,

num conflito positivo de maternidade, sempre se deverá decidir por aquela que melhor atenderá às necessidades da criança. Nosso entendimento, como salientado antes, é de que mãe é aquela que forneceu o material fecundante, ou seja, a mãe biológica (porque a hospedeira sempre soube que deveria entregar o bebê a ela), a não ser que se evidencie, de forma robusta, que tal decisão não atenderá ao melhor interesse da criança.

Um conflito negativo (quando a mãe biológica e a gestacional não têm interesse na maternidade - o que pode ocorrer, por ex., quando a criança nasce com algum problema, alguma má-formação) é ainda pior, porque, via de regra, a guarda da criança deverá ser conferida a uma terceira pessoa, até que a questão da maternidade seja resolvida.

Em suma, atualmente, como consequência das novas técnicas de reprodução humana e do reconhecimento do afeto como valor fundante da parentalidade, o princípio *mater semper certa est* não mais pode ser encarado como verdade absoluta, ou seja, o conceito de que mãe é a que gerou e deu à luz não mais satisfaz, pois, em determinadas situações, é mesmo inaplicável. A maternidade sempre foi ostensiva e a certeza exsurgia de provas diretas, como a gestação e o parto, que, hoje, não mais sustentam o princípio “a maternidade é sempre certa”, colocado em dúvida pelas novas técnicas de reprodução assistida, especialmente a que ora é tratada.

Entendemos que o ideal é que os pais biológicos façam com a hospedeira um contrato de cessão gratuita do útero, onde todos expressem o seu consentimento com o procedimento. Acompanhamento psicológico é sempre aconselhável e pode até evitar futura disputa judicial. Outra providência que também pode evitar futuras demandas é o parentesco entre a mãe biológica e a mãe gestacional, exigido na Resolução do CFM. A única certeza para o juiz é que sempre será um caso de difícil decisão, por envolver questões éticas, morais e jurídicas, estas últimas em razão mesmo da falta de legislação a respeito, além dos sentimentos e expectativas das partes e de seus problemas psicológicos. A mãe substituta, que passará por todas as transformações físicas e psíquicas de uma gravidez, tende a fazer a representação de um aborto psicológico e, se mantinha contato com os pais biológicos, com a entrega do

bebê e conseqüente separação, será tomada por um sentimento de abandono. A mãe biológica, por seu turno, poderá protagonizar uma gravidez psicológica, chegando mesmo a desenvolver sintomas de uma gravidez, como poderá, ainda, ser tomada pelo sentimento de que realizou a maternidade pela metade, além da sensação de impotência que poderá recair sobre o casal e abalar a relação, entre outros problemas. Tem-se, ainda, a inusitada situação do filho, que terá duas mães, a biológica e a geratriz.

Claudete Carvalho Canezin cita um caso concreto ocorrido no Paraná, em que a maternidade e a paternidade foram atribuídas aos pais biológicos, reconhecida a qualidade de hospedeira àquela que emprestou o seu útero para a gestação.

A par das dificuldades quanto ao estabelecimento da paternidade e da maternidade, a ausência de regulamentação específica acarreta um grave problema, que volta e meia é noticiado na mídia: a oferta de barriga de aluguel na Internet. Mesmo sendo ilegal a cobrança de qualquer valor pela cessão do útero (como de qualquer parte do corpo), os anúncios na Web fornecem até o preço. A respeito, há excelentes reportagens da **Revista Veja**, de 7 de maio de 2008 (“Gravidez a soldo - A barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido”), e do **Jornal Agora**, de 5 de julho de 2009 (Folha *on-line* - “Explode oferta de barriga de aluguel na Internet” - o jornal entrou em contato com diversas mães de aluguel, que, unanimemente, deram como motivo o interesse financeiro, e os valores cobrados variam de R\$ 30.000,00 a R\$ 450.000,00).

É importante salientar que há controvérsia quanto à tipificação da conduta como crime, sustentando os adeptos da posição de que o aluguel temporário do útero não é crime “que não há conduta típica a incriminar”, já que a ação “*alugar útero*” não é abrangida pela legislação específica, que é a Lei 9.434/97 (Lei dos Transplantes), nos seus arts. 14 e segs.

Há controvérsia, ainda, quanto à possibilidade ou não de se fazer um contrato para regular a situação. E se feito um contrato, seria ele válido juridicamente? Deveria o contrato ser gratuito ou poderia ser oneroso? Há os que entendem que não é possível, sob o argumento de que as pessoas não podem ser objeto de contrato.

Outros atribuem validade jurídica ao contrato gratuito com base nas normas da Resolução nº 1.358/92 do CFM. Em menor número, doutrinadores há que admitem o contrato oneroso, entendendo que não há conduta típica, como também não há falar em coisificação da hospedeira ou da criança, já que o objeto do contrato é a cessão temporária do útero, seja de forma onerosa ou gratuita. Na nossa opinião, por uma questão de coerência com o espírito (eticismo, solidariedade) da legislação em vigor (Código Civil e Lei 9.434/97), o contrato de cessão gratuita do útero deve ser tido como juridicamente válido, com todas as implicações daí decorrentes, até que venha a legislação a regulamentar o uso desta técnica de reprodução assistida.

## **6. OUTRAS POSSIBILIDADES**

Até agora nos referimos à gestação por outrem na forma em que vem apresentada na resolução do CFM, com utilização do material fecundante do casal. Mas existem outras possibilidades e que trazem maior dificuldade ainda na determinação da maternidade e até da paternidade.

Partindo-se de um casal e de uma mulher que vão gerar um filho, podemos ter: óvulo doado, sêmen do parceiro e gestação de substituição; óvulo da parceira, sêmen doado e gestação por outrem; ambos os gametas doados e gestação de substituição, hipótese problemática em razão da inexistência de vínculo genético entre o casal e o filho; e, por último, as hipóteses que, a nosso sentir, são as mais complicadas e, a rigor, não retratam a gestação de substituição tal como entendida atualmente, que acontecem quando o óvulo é da própria hospedeira e nela é feita inseminação artificial com sêmen do marido ou de doador (a hospedeira será também a mãe biológica). Cremos que, sendo a hospedeira também a mãe biológica, todos aqueles problemas, especialmente os de natureza psíquica, se agravam, e será extremamente penoso, de difícil solução, esse confronto entre a maternidade biológica e a socioafetiva. Talvez esse seja o único caso que deva ser proibido pela legislação vindoura.

A técnica em comento, como visto, amplifica o conceito de maternidade, que, necessariamente, em futuro não muito distan-

te, estenderá o seu manto sobre os casais homoafetivos masculinos que optarem por ter um filho com a utilização do gameta de um deles, como já aconteceu na Inglaterra. Ivan e Steven tiveram um filho gerado na barriga da irmã de Steven, sendo a criança filha biológica apenas de Ivan, que doou o seu sêmen. Existem vários casos nos EUA e na Inglaterra.

Há um caso ocorrido aqui no Brasil (em uma cidade de São Paulo) de um casal homoafetivo feminino, em que uma das conviventes doou o óvulo, para fecundação *in vitro*, com esperma de banco, e a outra recebeu o zigoto para a gestação. A reportagem da **Globo News**, de 19/05/09, informa que elas entraram na justiça com um pedido para registrar os gêmeos no nome das duas, como mães, sem registro de pai. O processo ainda estava em andamento na época da reportagem, tendo sido negada a antecipação da tutela.

Já no Rio Grande do Sul, um casal homoafetivo feminino conseguiu o reconhecimento de que viviam em união estável e a autorização para registrar o casal de gêmeos no nome das duas.

## 7. OS PROJETOS DE LEI

Com relação à legislação por vir, como consignado anteriormente, temos o Projeto de Lei nº 90/99 e seu substitutivo, de 2001, bem como o PL nº 1.184/2003 que dispõem sobre a reprodução assistida. A pedido do Senador Roberto Requião foi feita uma análise preliminar do projeto 90/99 por um grupo interdisciplinar coordenado pelo Professor Luiz Edson Fachin. Encontram-se facilmente na internet e quem tiver interesse no assunto constatará, por simples comparação, que o substitutivo acatou várias críticas e sugestões da análise encomendada. Contudo, com relação à gestação de substituição, houve um enorme retrocesso, vindo o substitutivo a proibir a prática. Em vez de enfrentar as dificuldades do tema, preferiu o Senador Lúcio Alcântara, autor do projeto e do substitutivo, proibir, no segundo, a prática desta técnica de reprodução assistida, o que ocasionará imensa lacuna entre os avanços científicos e sociais e a sua regulação legal. Infelizmente, no PL 1.184/ 2003, a

proibição foi mantida. A gestação de substituição e as demais técnicas de reprodução assistida estão aí, cada vez mais largamente utilizadas, inexistindo caminho de volta para os avanços tecnológicos que, ao contrário, seguem em velocidade avançada, e o Direito não pode se acanhar e se amedrontar, optando pelo caminho mais fácil da proibição, em vez de enfrentar e solucionar os problemas que poderão surgir.

## 8. BIOÉTICA

Partindo dos significados de bio = vida e ética = moral, pode-se definir bioética, a grosso modo, como o estudo das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado com a saúde.

Verifica-se facilmente que várias questões éticas se apresentam quando se trata de reprodução humana medicamente assistida. Algumas delas já foram colocadas, mas, considerando a importância, a atualidade do tema e as controvérsias existentes, impõe-se determo-nos um pouco mais sobre o assunto, referenciando, ao final e quando for o caso, as correspondências na Resolução nº 1.358/92 do CFM:

*8.1. os profissionais envolvidos com essa tecnologia devem respeitar a autonomia e o direito reprodutivo dos casais, assim como não desprezar o embrião, e preocupar-se com os interesses da criança (I, 1 e 2);*

*8.2. os usuários devem ser totalmente esclarecidos em relação à técnica a ser utilizada, bem como informados sobre alternativas de tratamento, se houver, as chances de sucesso e os riscos inerentes ao procedimento, para que possam expressar livre e conscientemente a sua vontade. É o que se denomina consentimento informado (I, 3);*

*8.3. quanto à doação de gametas, algumas questões afloram: Deve-se considerar que, através da doação de gametas, há a introdução de uma terceira pessoa na relação conjugal? Considerando que a identidade do doador é preservada, como fica o direito de conhecer a ascendência genética, hoje reconhecidamente um direito da personalidade? Pode*

a “doação” ser remunerada? O que fazer quanto ao risco de consanguinidade? (IV);

**8.4.** A grande questão da bioética é, exatamente, a definição de quando começa a vida, ou seja, o “status” do embrião. Já foi mencionado que existem três correntes: a concepcionista, a nidacionista e aquela dos que entendem que o embrião somente pode ser considerado ser humano a partir do 14<sup>o</sup> dia. O congelamento dos embriões pelo método da criopreservação é aceitável, sendo a única maneira pela qual eles poderão chegar à vida, já que os embriões produzidos pela FIV só vivem graças à técnica e à ciência (I, 5 e 6; V);

**8.5.** a seleção de embriões para implantação é aceitável, para alguns, desde que com a finalidade de evitar doenças geneticamente transmissíveis, garantindo, desta forma, a saúde humana. De outra mão, para outros, a seleção embrionária é inaceitável, pois, constatada eventual anomalia, haveria a eliminação do embrião, o que caracterizaria uma odiosa seleção genética. Outro argumento contrário à seleção é que a manipulação dos embriões pode acarretar-lhes lesão ou morte. Contudo, as técnicas de RA podem ser utilizadas para diagnóstico e tratamento de doença genética ou hereditária (VI);

**8.6.** para alguns, a seleção do sexo não se justifica e outros entendem que somente se justifica para evitar problemas genéticos ligados ao sexo (I, 4);

**8.7.** seja qual for a corrente a que se adira, a redução embrionária (eliminação de embriões já transferidos para o útero materno com o fim de evitar uma gestação múltipla) significará aborto. É procedimento eticamente condenável, de forma praticamente unânime na doutrina, e não permitido no Brasil (I, 7);

**8.8.** quanto à gestação de substituição é importante salientar que, havendo disputa, o juiz deve, sempre, considerar o melhor interesse da criança, bem como deve ser objeto de atenção na apreciação das provas o elemento anímico, ou seja, quem teve a intenção de procriar; quem se mobilizou na busca da gravidez e do filho. Isto significa a valorização

*do elemento volitivo no exame do conjunto probatório e será de suma importância no julgamento, especialmente se foi utilizado óvulo de terceira pessoa, quando não se terá o liame biológico, mas o socioafetivo (VII);*

**8.9.** *considera-se, majoritariamente, que, desde que haja autorização do morto, é possível eticamente a inseminação artificial e a transferência do embrião gerado na FIV post mortem. Os problemas sucessórios devem ser solucionados pela legislação vindoura;*

**8.10.** *argumenta-se contrariamente à inseminação de mulheres solteiras em razão da “ausência” do pai, eis que a criança necessitaria de uma família com pai e mãe para um desenvolvimento psicoafetivo adequado. E a adoção por uma mulher ou por um homem, que é possível? Outrossim, em termos psicanalíticos, existem funções a serem desempenhadas: a função de mãe e a de pai, que nada tem a ver com sexo. Ademais, por quanto tempo a família “normal” permanecerá unida? (II, 1);*

**8.11.** *com relação a casais homoafetivos femininos, a questão do desempenho da função de pai pode ser satisfatoriamente resolvida, sendo exercida por uma delas;*

**8.12.** *quanto aos casais homoafetivos masculinos, como salientado anteriormente, é necessário o alargamento do conceito de maternidade para que a técnica da FIV por gestação de substituição possibilite a casais homoafetivos masculinos terem filho dela se utilizando, a exemplo de Ivan e Steven (utiliza-se o gameta masculino de um deles, óvulo de banco e gestação por outrem). A função materna, ou seja, o que se chama de maternagem, será desempenhada por um deles;*

**8.13.** *a clonagem humana não é permitida. A clonagem, a bem da verdade, não é forma de reprodução humana (no sentido de preservação da espécie), mas, sim, de replicação, duplicação, com o risco de redução da diversidade dos indivíduos inerente à técnica. Há quem argumente que os gêmeos univitelinos sejam clones e, portanto, a clonagem poderia ser permitida. Mas há uma diferença marcante entre gêmeos idênticos e crianças clonadas: os gêmeos dividem uma*

*nova identidade genética determinada ao acaso, ao passo que a identidade genética do clone teria sido escolhida pela pessoa que vai doar o DNA (ou pela pessoa que vai escolher a célula usada) e será idêntica à do ser clonado. Perigo: possibilidade de buscar-se a eugenia (que é o aperfeiçoamento da raça pela seleção genética);*

**8.14.** *por fim, impõe-se responder à questão que legitima a utilização das técnicas de reprodução assistida: existe um direito à procriação? Aqui, também, a doutrina não é unânime. Nosso entendimento é o de que a resposta deve ser afirmativa, porque, em havendo um novo e ilimitado universo de arranjos familiares, há que se reconhecer que existem novas formas de procriar, e assim como a família constituída a partir destas formas deverá estar sob a proteção estatal, as diversas formas de procriar também estarão.*

## **9. CONCLUSÃO**

A matéria ora tratada é ampla e extremamente complexa e, certamente, ensejará um sem número de situações fáticas diversas e conflituosas, que devem ser contempladas pela legislação pátria, inclusive por suas tormentosas implicações no direito hereditário.

Finalizando, então, diante do vasto universo de possibilidades criado com a descoberta das técnicas de reprodução assistida, especialmente diante das incertezas que a utilização da técnica de fertilização *in vitro* por gestação de substituição gera, e das novas situações, hoje ainda invulgares, envolvendo casais homoafetivos, é urgente que se crie uma legislação específica, não só que regulamente a gestação de substituição, como também todas as técnicas de reprodução medicamente assistida, para conferir segurança às pessoas que delas se utilizarem para realizarem um sonho; o sonho de terem um filho. ☐