

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano II - Número 8 – Tomo I
Outubro - Dezembro de 2010**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Dr. José Campello de Oliveira Júnior

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva – BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira – RJ

Claudia Lima Marques – RS

Claudio Araujo Pinho – MG

Éster Kosovski – RJ

José Antônio Figueiredo de Almeida Silva – MA

Luis Dilermando de Castelo Cruz – RJ

Roberto Antônio Busato – PR

Sérgio Luiz Muylaert – DF

Vitor Sardas – RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2010.

Ano II – Número 8. Outubro a Dezembro de 2010.

Tomo I

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGráfICA

Índice

DOCTRINA

- 5** **BARBOSA, Pedro Marcos Nunes**
UM ESTUDO SOBRE O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR
- 26** **GRECHI, Frederico Price.**
O Impacto do Direito do Agronegócio na Integração e na Sustentabilidade do Campo-Cidade (Cidade-Média): Análise Sob a Perspectiva do Estatuto da Cidade
- 59** **MASCARENHAS JR, Walter Arnaud.**
A Hipocrisia do Discurso da Prisão Preventiva
- 75** **MEDEIROS, Benizete Ramos de.**
A Insalubridade Existente nos Ambiente de Trabalho de Determinados Setores Prestadores de Serviços Públicos
- 87** **MIRANDA, Thales Rezende de (RELATOR)**
Contratos de Partilha de Produção e Direito Comparado: uma breve perspectiva.

111 NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão.

**O Agravo Contra Inadmissão do Recurso Especial: A Lei
12.322/10**

114 TUCCI, José Rogério Cruz e

**Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto do
CPC: análise e proposta.**

Um Estudo sobre o Direito ao Planejamento Familiar

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Introdução; 1) Vicissitudes constitucionais; 2) Lei 9.263/96; 3) Limites ao Direito, 4) Modelo Chinês; 5) O Poder Judiciário brasileiro no planejamento familiar, 5.1 Nascimento de filho após intervenção cirúrgica, 5.2 Uso de pílulas, 5.3 Do acesso a fertilidade, 5.4 Acesso a esterilidade, 5.5 Como objeto de prova; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo uma sucinta análise crítica acerca do instituto formalmente introduzido pela nova ordem constitucional fundada em 1988.

Primeiramente, iremos analisar as vicissitudes peculiares à matéria na evolução constitucional para, então, tangenciarmos as minúcias da Lei 9.263/96 que acabou por regulamentar a previsão da Carta Magna.

Ato contínuo será abordado o limite ao direito constitucional de caráter personalíssimo e, posteriormente, realizarmos breve analogia com os dispositivos legais chineses acerca do controle demográfico, num exercício de legislação comparada.

Por último, será verificada a evolução e as vicissitudes dos precedentes judiciais atinentes ao tópico em voga, no intuito de estabelecer um padrão para futura jurisprudência.

1) VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS:

O poder legislativo nem sempre esteve preocupado em elaborar normas que bem tutelassem o Direito de Família. Conquanto saímos de um paradigma focado nos valores – majoritariamente

– patrimoniais¹, no que tange a tal seara do direito, ainda não realizamos, integralmente, o plano constitucional de especial proteção à família².

Por sinal, por um longo lapso temporal o legislador, constitucional e ordinário, apenas percebiam e resguardavam a família enquanto unidade, não tendo como foco cada um de seus integrantes³.

Nesse sentido, a apuração da evolução legislativa no Brasil é por demasia importante, posto que as perspectivas alteram-se *"continuamente, renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade e, assim, qualquer análise não pode prescindir de enfocar o momento histórico e o sistema normativo em vigor"*⁴.

No tocante a participação estatal no planejamento familiar *lato sensu*, é importante frisar que a Carta Magna de 1934 já trazia dispositivo de tutela à família, em seu artigo 138, "d", assegurando que cabe aos entes federativos *"socorrer as famílias de prole numerosa"*. Tal norma foi repetida na Constituição de 1945.

É interessante notar que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, previu um direito peculiar aos *"pais miseráveis"* em invocar uma tutela do Estado para permitir a *"subsistência"* e a *"educação"* de sua prole.

Notadamente, naquele período, a participação dos entes federativos no resguardo da família eram circunscrita à ocasiões extraordinárias, caracterizando uma conduta omissiva.

No entanto, até 1988, nenhum dispositivo pátrio tratava explicitamente do planejamento familiar, até que tal omissão veio a ser regulada no artigo art. 226 § 7º, que registrou: *"Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos*

¹ *"os códigos civis consideravam a propriedade e os interesses patrimoniais como pressupostos nucleares dos direitos privados, inclusive aqueles atinentes ao Direito de Família"* in, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. Princípios Constitucionais de Direito de Família. Noções Gerais sobre o Direito de Família. Editora Atlas, São Paulo, 2008, p.11.

² Artigo 226 da CRFB.

³ No entanto, a ordem constitucional vigente subverteu tal paradigma: *"De acordo com tal raciocínio, a presente concepção de família valoriza esta enquanto instrumento de atendimento dos legítimos interesses de seus componentes, e não como uma instituição detentora de interesses próprios e distintos daqueles de seus membros"* in, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. Princípios Constitucionais de Direito de Família. Noções Gerais sobre o Direito de Família. Editora Atlas, São Paulo, 2008, p.10. O mesmo autor registra: *"Desse modo, a família era merecedora de proteção como instituição autônoma, desvinculada das pessoas dos seus integrantes que, na sua grande maioria, continuavam marginalizados ou excluídos de qualquer proteção estatal"*, in, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da Parentabilidade-Filiação e os efeitos jurídicos da reprodução Assistida Heteróloga. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 223.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. Princípios Constitucionais de Direito de Família. Noções Gerais sobre o Direito de Família. Editora Atlas, São Paulo, 2008, p.6.

educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Da simples exegese do texto constitucional, tem-se que a grande pedra de toque é a liberdade atribuída ao casal. Em seguida, o texto vincula uma participação positiva para que o Estado forneça educação e tecnologia para que os particulares exerçam seu direito.

A doutrina elucida que os Estados que intervêm nesse direito dos cidadãos costumam ser dotados de um aspecto fascista¹.

O professor Guilherme Calmon, por sua vez, avança que o adequado exercício do direito ao planejamento familiar exige o devido aconselhamento informacional – por parte do poder público – para um controle de fecundidade.

Nosso texto constitucional apenas consolidou um movimento de cunho internacional de assegurar, informar, e em alguns casos coibir, a manifestação de transformação familiar.

Nesse sentido, a doutrina ressalta ser *“de interesse público a promoção de políticas públicas no sentido de estimular a formação de role mais ou menos numerosa, não havendo impedimento ao Estado de realizar um planejamento global em matéria de política populacional”*².

Em franco sinal de primazia³ para com a evolução internacional na matéria, alhures, apenas em 1994, foi realizada a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento que visou atribuir – aos particulares – ampla liberdade em sua escolha procriativa.

Portanto são nítidas as transformações normativas operadas no eixo constitucional que acabaram por influenciar as políticas públicas de saúde na matéria.

2) A LEI 9.263/96:

A Lei de 12 de Janeiro de 1996 veio dar cabo à missão constitucional de pleno acesso ao planejamento familiar. Não que o disposto no artigo 226, § 7º, fosse desprovido de eficácia

¹ SZMERECSÁNYI, Maria Irene de Q. F. *Educação e Fecundidade*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, p 219, in CALMON Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 444.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Noções Gerais sobre o Direito de Família*. Editora Atlas, São Paulo, 2008, p.55.

³ Da nossa ordem constitucional.

plena¹, mas o advento legislativo acabou por regulamentar, esmiuçar, o atendimento ao Direito em tela.

Saliente-se que o artigo primeiro da Lei 9.263/96 estabelece o planejamento familiar enquanto Direito oponível contra o Estado, indo além do mandamento constitucional que assegurava uma “liberdade”, autonomia, e determinava propiciar os recursos científicos e educacionais².

"Não há grandes divergências, porém, no sentido de que o right to procreate tem um conteúdo negativo, isto é, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha quanto à procriação ou não. Acresceu-se posteriormente um conteúdo positivo ao direito de procriar, consistente no direito de desenvolver em concreto a função de genitor³.

Por sua vez, a legislação ordinária (artigo 2º) conceitua o planejamento familiar como o conjunto de ações pertinentes à fecundidade, tratando do homem, mulher, ou casal, bem atentando às novas modalidades familiares.

Já o parágrafo único do artigo 2º, exatamente no sentido oposto do modelo chinês que será abordado no capítulo seguinte, impede que questões demográficas sejam utilizadas como critério de utilização das medidas. Assim, questões atinentes, *verba gratia*, a problemas previdenciários jamais seriam motivo de atuação intervencionista estatal.

Interessante notar que o legislador ordinário classificou tal instituto como pertinente ao direito de acesso à saúde, e abrange a assistência à concepção e contracepção, atendimento pré-natal, assistência ao parto, controle das DST's, e prevenção ao câncer na área genital.

O artigo 4º explicita o direito ao acesso – custeado pelo Estado – visando garantir os meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, desde que não apresentem riscos ao paciente (artigo 9º).

¹ Ainda que a norma em comento fosse programática, mesmo para a doutrina conservadora, “*vinculam os órgãos estatais*”, in SILVA, José Afonso da. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. Teresina: Revista da OAB-PI, ano II, v2, 1995, p. 28.

² Entre a previsão de um direito e a sua implementação há uma longa distância em especial para aqueles que são desprovidos de riqueza material: “*Ser sujeito de direito tem correspondido a ser eventualmente sujeito de direito. A susceptibilidade de tal titularidade não tem implicado concreção, efetividade. A proclamação conceitual inverte-se na realidade. Livres e iguais para serem livres e iguais*”, in FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 35.

³ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o código civil de 2002*, fls. 228.

Não obstante, o artigo 8º traz dispositivo de nítida vinculação constitucional no que tange a dignidade da pessoa humana, trazendo o controle estatal às experiências com humanos¹ na área de fecundidade.

Por sua vez, o artigo 10, I, da Lei 9.263/96 trouxe um requisito etário suprável apenas na hipótese do paciente já ser genitor de duas crianças, que aparenta divergir do disposto nos artigos 5º, caput, e 1517 (no que é pertinente ao casamento), ambos do Código Civil.

No entanto, parece ser a *ratio legis* no sentido de evitar que o paciente se arrependesse da cirurgia que extirpa as vias naturais de concepção. Não parece ter havido qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no dispositivo.

Ao contrário de uma intervenção reparadora, ou de cura, os procedimentos referidos afetam a capacidade reprodutiva o que, por si só, já exigiria uma maturidade que em regra exige experiência.

Em seguida, o artigo de número doze traz disposição que explicita o intuito da Lei em não pluralizar as práticas de esterilização cirúrgica.

3) LIMITES AO DIREITO

Esse direito não deve ser absoluto, pois, *"Ao se reconhecer o direito à procriação é indispensável que se considerem os direitos fundamentais do filho, também internacionalmente reconhecidos. Não se trata de um direito absoluto, estando sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, fundamentalmente por seu direito à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família com a dupla imagem de genitores, paterna e materna, "pois se este direito as vezes é contrariado pelas vicissitudes da existência, não deve ser desconhecido voluntariamente por uma escolha deliberada"*².

Em muitas hipóteses o exercício do direito ao planejamento familiar tangenciará questões atinentes ao biodireito, ao interesse de terceiros. Por sinal a doutrina hodierna assevera que: *"a desindividualização da pessoa humana na contemporaneidade, face à medicina e suas tecnologias, torna-se mais evidente quando consideramos o fato de que os direitos individuais não são absolutos, pois eles convivem com direitos, também, individuais, de outras pessoas, como os parentes, os doadores de sangue ou de espermatozoides e óvulos, as mães de aluguel, o feto e a criança, que vai nascer nos casos de inseminação. Por último, a intervenção das*

¹ *Mutatis mutandi*, a doutrina registra as barbáries cometidas quando o Estado se fez omissivo para com a comunidade científica. Para tanto, vide: BARBOZA, Heloísa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*, in *O direito e o Tempo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 416.

² Fls. 231.

*novas tecnologias genéticas implicam no questionamento de sentimentos e valores morais, que representaram durante séculos os alicerces da civilização judaico-cristã*¹.

Nesse sentido, Celso Bastos assevera: *“Não se trata de procriação ilimitada ou falta de consciência do que implica educar os filhos, mas a faculdade de os cônjuges terem de usar a sua liberdade inviolável de modo sábio e responsável, tendo em conta tanto as realidades sociais e demográficas, quanto a sua própria situação e desejos legítimos”*².

Por sua vez, José Afonso da Silva defende que é a paternidade (parentalidade) responsável, e não a animalesca, é que deve ser a medida do livre planejamento familiar³.

Não podemos olvidar que um dos axiomas fundacionais do estado, previsto no artigo 3º, IV, é a erradicação da pobreza e da marginalização, o que delimita o mau uso desse poder reprodutivo. Portanto, qualquer perspectiva no uso do planejamento familiar que contrarie tal disposição deve ser vedada.

Como quaisquer direitos, esse não detém caráter absoluto especialmente se for divergente da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e contra o futuro nascituro. Há de ser feita a ponderação entre os genitores⁴, sociedade, e futura criança, sendo que o melhor interesse do último é que, na maioria das vezes, prevalecerá.

A boa doutrina bem ressalta que a hermenêutica dos dispositivos deve ser realizada tendo em vista o caráter de solidariedade e humanista dentro do direito de família.

Dessa forma, o planejamento familiar não pode ser feito num viés voluntarista dos progenitores⁵, e a doutrina também cuida da impossibilidade do acesso a técnica de reprodução assistida com o intuito eugênico.

¹ BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETO, Vicente de Paula. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66.

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 790.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, 9ª Edição, 2ª Tiragem, p. 720.

⁴ “Assim, um destes limites conduz à noção do projeto parental decorrente do desejo comum dos dois – homem e mulher – de formarem sua descendência com o auxílio da Medicina, o que exige decisão conjunta e, portanto, o consenso conjugal direcionado à procriação assistida. O consentimento de ambos, além de ser um aspecto fundamental no projeto parental, também se mostra relevante para fins de confirmar o cumprimento dos deveres inerentes à conjugalidade, entre eles o de respeito e de consideração recíprocos e de resguardo aos direitos da personalidade do outro. O consentimento de ambos ratifica a comunhão de vida e, com base no modelo constitucional, representa a associação de ambos na vontade de procriar”, in GAMA, Guilherme Nogueira da. *Direito Civil, Família*. São Paulo; 2008, Editora Atlas, p. 352.

⁵ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª Edição, 2008, p. 415.

Outrossim, diversos limites existem para o uso probo de um direito constitucional efetivamente novo. Tais delimitações devem ser observadas para o fiel cumprimento do núcleo constitucional: a dignidade da pessoa humana.

4) DO MODELO CHINÊS DE PLANEJAMENTO FAMILIAR¹:

Muito além da homérica distância geográfica, dois mundos jurídicos distintos caracterizam as normas brasileiras e chinesas, respectivamente, no que tratam do exercício do planejamento familiar.

Factualmente as realidades sociais tão díspares entre esses Estados não impedem um breve estudo de legislação comparada, visando a percepção de dois modelos normativos incompatíveis.

Para tanto, mister se faz o elenco de algumas normas da legislação alienígena, vigente desde o dia 29.12.2001, para que se possa estipular as críticas pertinentes. O artigo de nº 1, bem elucida a urgência da medida tomada visando minorar a explosão demográfica chinesa que está interferindo na atuação Estatal para com seu povo, bem como influenciando na degradação social, ambiental e humanitária. Senão vejamos:

*"Artigo 1. Essa lei é promulgada, **em conformidade com a Constituição**, de modo a trazer população **em equilíbrio com o desenvolvimento econômico social, recursos e meio ambiente: para promover o planejamento familiar, de proteger os cidadãos dos legítimos direitos e interesses, para reforçar a família felicidade**, e contribuir para a prosperidade da nação e do progresso social.*

Em primeiro lugar, podemos destacar que o controle demográfico – aparentemente – não conflita com a Carta Magna chinesa, e tal estipulação visa a *eudaemonia*² coletiva.

¹ Mais detalhes - sobre o programa de controle demográfico chinês – estão disponíveis no sítio: <http://www.china.org.cn/english/2002/Oct/46138.htm>, acessado no dia 10.09.2009, às 16:41. Por sua vez, a tradução para o vernáculo inglês acessada está disponível no sítio: http://www.unescap.org/esid/psis/population/database/poplaws/law_china/ch_record052.htm, acessado no dia 10.09.2009, às 16:43.

² Sobre o tema é oportuno consultar: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo, 2007, p. 48.

No artigo subsequente, o grande crescimento populacional é encarado como um problema de saúde pública tendo em vista a estrutura Estatal insuficiente:

*" Artigo 2. **A China é um país populoso.** O Planejamento familiar é fundamental uma política estadual. O Estado deve adotar uma abordagem global para controlar tamanho da população e melhoria sócio-econômica e de saúde pública características da população"¹.*

Não obstante, a respectiva Lei chinesa assegura os direitos reprodutivos do casal, atribuindo-lhes igual responsabilidade acerca do planejamento familiar².

O Estado chinês consigna manter política estímulo ao casamento tardio, e a admissão – somente – de um filho por casal, com exceção de eventuais decisões judiciais.

Tal programa de limitação demográfica foi implementado mediante a divulgação de informação acerca do devido uso de contraceptivos (artigo 19), e com estímulos financeiros e outras medidas atrativas àqueles que obedecem a Lei, tal como um período maior de férias, lapso temporal mais duradouro na "lua de mel".

Como uma das propostas da inovação legal, o Estado chega a emitir um certificado de "Honra ao mérito" aos pais que só tiverem um filho (Art. 27), como se de fato tal certificado servisse de estímulo à observância legislativa.

Uma das controvérsias que surgem na exegese do artigo 21 é a obscuridade acerca do posicionamento estatal no que tange a prática do aborto e da esterilização. *In verbis*:

"Casais em idade reprodutiva que praticam o planejamento familiar devem ser habilitados ao acesso de serviços técnicos gratuitos conforme especificação estatal. O custo das intervenções técnicas será estipulado nas repartições públicas e feito de acordo com as regulações estatais ou garantidos por planos de seguro"³.

¹ Grifos nossos e tradução livre do idioma bretão.

² Tradução livre do idioma britânico: "Artigo 17. Cidadãos têm o direito de reproduzir bem como a responsabilidade pela prática do planejamento familiar de acordo com os preceitos legais. Maridos e esposas suportarão o mesmo onus pelo exercício do planejamento familiar".

³ Tradução livre de: "Article 21. Couples of reproductive age who practice family planning shall be able to obtain technical services free of charge under the basic items as specified by the State. The cost of the aforesaid services shall be itemized in public appropriations made in accordance with applicable State regulations or be guaranteed by social insurance plans".

O artigo 34 cuida que o Estado chinês encorajará aos casais que já tiverem filhos a utilização de métodos contraceptivos de “longa duração”, o que denota uma ode à esterilização (masculina ou feminina).

Interessante dispositivo é previsto no artigo 35 que, utilizando-se de um parâmetro peculiar à bioética, proíbe a escolha de gênero na hipótese do casal que faça uso de inseminações artificiais.

Na hipótese dos cidadãos chineses não observarem a regulamentação pertinente, o artigo 18 sanciona-os ao pagamento de uma multa em favor da autoridade administrativa de controle familiar.

E, na hipótese do cidadão autuado incidir em mora, este será sujeito à majoração além de execução fiscal incidente sobre o montante (artigo 41). Caso o apenado seja funcionário público, a referida multa é acrescida, tendo em vista ser este um expoente da política estatal.

As breves alusões ao regulamento chinês servem pelo dado cultural um tanto desconhecido pelo direito nacional. Indubitavelmente, o modelo chinês, em nossa realidade demográfica-social, representaria num retrocesso profundo dos preceitos fundamentais.

Contudo, é preciso conhecer para repudiar, compreender para criticar, ter ciência para permanecer distante. Com todas as mazelas existentes, o planejamento familiar no ordenamento brasileiro está a anos luz do regime chinês.

5) O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Seja pela recente criação do direito, ou pela própria escassez doutrinária, o exercício do planejamento familiar recebe seu delineamento mais preciso pelo Poder Judiciário.

Nesse capítulo, verificaremos a ausência de uma jurisprudência capaz de uniformizar entendimentos tão dispares, sobre matérias semelhantes, pelos Tribunais de Justiça em todo Brasil.

Como um parâmetro majoritário, pode ser percebida certa resistência – às vezes anedótica – dos magistrados na aplicação da cláusula constitucional, bem como uma aversão à obrigação estatal de fornecer os instrumentos e insumos ao exercício do planejamento familiar.

5.1 NASCIMENTO DE FILHO APÓS INTERVENÇÃO CIRÚRGICA

Grandes debates surgem acerca do cabimento da reparação civil se, após a realização de procedimentos de infertilidade, haja o nascimento de uma criança proveniente do operado.

Como exemplo desta controvérsia, registramos alguns julgados:

*"Com certeza ninguém ignora que o nascimento de uma criança trás consigo responsabilidades e gastos. Gastos indiscutivelmente são de responsabilidade dos pais, que, desde os primeiros dias de vida hão de querer dar o melhor para seu rebento. **Só que gasto não é dano, não é prejuízo. Ora se a própria embargante alega que o nascimento do filho não foi um dano, mas ao contrário, uma alegria, não vejo razão para insistir na indenização. (...) Não vejo dano; não vejo ilícito e muito menos obrigação de indenizar. A indenização prevê uma agressão a um bem juridicamente tutelado. O bem juridicamente tutelado é o direito de ter filho. Se a intenção de não ter filho era a da embargante, o PLANEJAMENTO desejado haveria de ser por outros métodos. Os naturais são absolutamente eficazes. Só espero que a embargante não venha a precisar mais tarde desse filho**".*

Voto vista do Dês. Mauro de Freitas: *Mas quero deixar aqui, de público, um alerta a todos, uma vez que percebe-se, pela discussão desse processo, que os homens pensam deter o poder de gerar filhos, e quando falo homens, estou falando a espécie humana. Não são. (...) **Mas vim ressaltar que o projeto é de Deus e não dos filhos de Deus. Com isso, me deixo muito mais tranqüilo quando julguei, porque sei também, como Juiz, que é muito fácil fazer da lei rigorosa, fazer da lei arbitrária, fazer da lei injusta, coisa mais fácil para um Juiz é isso. Mas o Juiz cristão, e aqui nós somos todos cristãos, deve fazer o contrário, deve fazer com que a aplicação da lei seja feita com amor e misericórdia e, no caso aqui, nós podemos perceber que a geração deste filho foi fruto do amor e da misericórdia do pai celestial**".*
(grifos nossos)

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 16ª Câmara Cível, Dês. Nicolau Masselli, EI 1.0024.02.810824-9/003(1), DJ 11.04.2008.

A despeito das referências teológicas dentro de um dos poderes constituintes de um estado laico, de fato o *decisum* supra focou mais numa ideologia moral do que na frustração tida pelo operado no insucesso da intervenção cirúrgica.

Por sinal, parece ter o Tribunal mineiro olvidado da responsabilidade do prestador de serviço na hipótese de vício essencial do mesmo, além do disposto no artigo 6º, VI, do CDC.

Em sentido contrário ao do julgado acima, vale o registro de um precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia:

“Nessa esteira, o princípio do melhor interesse da criança abrange e está diretamente vinculado à proteção contida no art. 227 § 7º da CF/88, que dispõe sobre a livre decisão do casal em sede de planejamento familiar, conjugado aos princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana. Ademais, evidenciam-se os interesses do nascituro, consoante o art. 2º do CC que lhe reconhece diversos direitos, dentre eles, os de alimentos e direitos patrimoniais materiais, bem como os de grande relevância, como os direitos da personalidade, direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem (COSTA MACHADO. Código Cível Interpretado. Ed. Manole. 2008). Assim, a despeito de noção cediça, imperioso lembrar que é vedada qualquer forma de interferência por parte de instituições públicas ou privadas nos projetos familiares, o que torna irrelevante, nesta fase, pensar em qualquer alegação de que o agravado ficará impossibilitado de reaver os valores adiantados em sede de antecipação da tutela. Por conseguinte, com fundamento no art. 527, III, e 273, ambos do CPC, defiro parcialmente a antecipação de tutela requerida para que o agravado, a partir deste momento, arque com as despesas de todos os exames pré-natais necessários, bem como o parto e demais despesas com a gravidez”.

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Dês. Miguel Neto, AI 100.001.2008.028422-0, DJ 27.02.2009¹.

Na maioria dos julgados que indeferem o pleito indenizatório, o empecilho se dá na seara probatória. Como não se desconhece, não há qualquer método contraceptivo de integral segurança, bem como nos casos de laqueadura o paciente deve fazer regular tratamento.

¹ Também nesse sentido há precedente do TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Dês. José Habice, AC 7856595000, DJ 01.06.2009.

Muitas vezes a negligência da paciente na manutenção do tratamento acaba por isentar o Estado do dever indenizatório.

Por outro lado, se houver a violação de um dever contratual (ainda que a prestação tenha sido gratuita), o ônus probatório ficará ao encargo do prestador do serviço.

O nascimento de uma criança nunca encontrará apoio normativo para gerar a responsabilização social, mas, um serviço mal prestado, ou defeituoso sim.

5.2 USO DE PÍLULAS

Outra fonte de conflitos judiciais é o uso de pílulas anticoncepcionais. Novamente o aspecto probatório será preponderante, uma vez que a mera detenção de notas fiscais não serve a comprovar o uso adequado do fármaco.

Sob o tema segue interessante julgado:

*“Embora tenha restado claro e seja de curial sabença que **a pílula anticoncepcional não é método contraceptivo com 100% de eficácia, havendo, segundo a doutrina médica, um percentual de aproximadamente 2% de falha, no caso em apreço não me parece consentâneo que a gravidez da autora estivesse inserida nesse percentual ou que pudesse ser atribuída a erro na forma como vinha tomando o medicamento. (...) De notar, também, que a própria Constituição Federal garante o PLANEJAMENTO FAMILIAR, não se afigurando justo que, por negligência de outrem, uma família se veja vilipendiada nesse direito fundamental. Ninguém tem o direito de impor isto a outrem**”.*

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1ª Turma Cível do Tribunal de Alçada, Dês. Nepumuceno Silva, 2.0000.00.3272750-0/000(1), DJ 24.05.2003.

O referido precedente exerceu a ponderação constitucional entre um direito existencial de caráter irrenunciável, e a adequada informação constante na bula do fármaco que consignava a hipótese de falha.

Factualmente, a legítima confiança¹ do consumidor nesse feixe de produto acaba por servir de estímulo ao seu próprio comércio.

Por outro lado, há julgados que entendem de forma diametralmente oposta, subvertendo – ou apenas ignorando – a importância do direito ao planejamento familiar. Senão vejamos:

*“Dano moral. Autora que utiliza contraceptivo, porém não evita a gestação. **Laboratório fabricante do medicamento fez constar na bula as falhas prováveis, inclusive indicando percentuais. Ausência de conduta inadequada do produtor do remédio.** Consumidora tinha pleno conhecimento das possíveis falhas do produto. Prova oral confirmou a probabilidade de gestação, pois não existe contraceptivo 100% eficiente. Mulher que tem vida sexual ativa deve estar informada do risco abrangendo a gravidez, independentemente da utilização de anticoncepcional. Suscetibilidade exacerbada da apelante é insuficiente para caracterizar dano moral. Apelo desprovido”.*

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado, Dês. Natan Arruda, AC 3357104300, DJ 11.12.2008.

Não obstante a decisão *supra* parecer absurda, muitos julgados auferem a questão informacional na bula do medicamento como óbice ao cabimento indenizatório.

5.3 ACESSO À FERTILIDADE

Conforme entende a doutrina, o direito de acesso à fertilidade envolve “questões relativas tanto à justiça distributiva, e, portanto, à igualdade de oportunidades, como à autonomia pessoal, visto que a liberdade de procriar está limitada” por questões financeiras¹.

¹ *Mutatis mutandi*, a doutrina bem estipula as bases da boa-fé nas relações de consumo, e a impossibilidade do consumidor ser tolhido em seu direito por técnicas apostas pela parte mais forte. Remeta-se a MARQUES, Claudia Lima. *A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?*. São Paulo: RT, 2007, p. 32.

Um dos equívocos comuns das decisões pretorianas é a limitação do direito à saúde com o acesso a medicamentos para a mera subsistência.

A corrente dominante no Poder Judiciário averba a intervenção mínima do Estado, defende a reserva do possível, fazendo uma ponderação às avessas do direito orçamentário face ao direito de ter qualidade de vida, de gozar da saúde, de realizar o projeto parental.

Um precioso – e raro – julgado do Estado de São Paulo cuida da epopéia jurídica percorrida por um cidadão masculino infértil em busca do amparo do Poder Público:

“Mandado de Segurança - Prestação de serviço público e obrigação de fazer - Fornecimento de medicamento para tratamento de hipogonadismo - Infertilidade masculina - Hipossuficiência para a aquisição Admissibilidade - A Constituição Brasileira e a Estadual garantem o amplo acesso e o atendimento integral à saúde da população, sem nenhuma restrição - Inexistência de dispositivo legal que limite o fornecimento de medicamentos apenas aos cidadãos que estejam em iminente perigo de morte - Interpretação de "saúde" em sentido amplo, - Consideração dos aspectos físico e mental do ser humano - Sentença concessiva da segurança mantida”. (grifos nossos)

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Público, Dês. Osvaldo José de Oliveira, AC 8068825900, DJ 24.06.2009.

No revés de tal entendimento, segue precedente que preconiza o uso do erário público para causas essencialmente emergenciais, ponderando a adequada gerencia das finanças no foco de atingir o maior número de pessoas, e não a realização individual de uma pessoa *per se*:

“FERTILIZAÇÃO IN VITRO. Pretensão de Custeio de Tratamento pelo Estado. Impossibilidade. A Constituição da República assegura o direito à saúde e prevê, em contrapartida, o dever de o Estado, mediante políticas sociais e econômicas, viabilizar o

¹ BRAZ, Marlene e SCHRAMM, Fermin Roland. *O ninho vazio: a desigualdade no acesso à procriação no Brasil e a bioética*. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de bioética, Revista Brasileira de Bioética, 2005, Vol 1, Número 2, p. 189.

acesso universal igualitário a serviços e ações para sua proteção e recuperação (art. 196). **Para tanto, os recursos públicos, já tão escassos, devem ser destinados a pessoas hipossuficientes economicamente, a fim de atender ao maior número de necessitados e de forma igualitária, como determina a Lei Maior. Na espécie, a pretensão da impetrante não se inclui no âmbito de proteção ao direito fundamental à saúde** (CR, 196, caput), pois se refere a tratamento de fertilização in vitro, por alegada hipossuficiência econômico-financeira e infertilidade da autora. **Trata-se de caro procedimento que não é assegurado em lei, nem regulamentado em programa governamental de planejamento familiar.** A autora não está acometida de doença alguma; apesar de conexo, o **planejamento familiar** (CR, 226, §7º) não se confunde com o direito à saúde. De outro lado, a suposta infertilidade da autora foi por ela mesma causada, porque se submeteu, há aproximadamente nove anos, ao procedimento de laqueadura de trompas, ciente dos riscos e da dificuldade de reversão. Denegação da ordem". (grifos nossos)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Dês. Sérgio Cavalieri Filho, AC 2008.004.01464, DJ 25.03.2009.

Tal perspectiva toma como base a necessidade de especificidades legislativas, o que diverge frontalmente da clausula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. Ademais, o precedente acima tem como premissa uma conceituação vetusta e estreita acerca do que compreenderia o direito à saúde.

Ressalte-se, no entanto, que uma das peculiaridades basilares ao deslinde do feito foi a pretérita operação de infertilidade exercida pela Autora. Porém, com as vicissitudes da vida, como o falecimento de um filho único, um novo matrimônio ou nova união, podem alterar o plano existencial do cidadão, e este, pode e deve socorrer-se de quem tem a obrigação constitucional de, por ele, velar.

"Embora o direito ao **planejamento familiar** esteja previsto na Constituição da República, ela não o alça como direito fundamental - de aplicabilidade imediata. **Trata-se de norma de conteúdo programático** (art. 226, §7.º, da CR); embora o Estado tenha o dever de implementar o programa enunciado, sob

*pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo avaliar, frente a outras normas de igual espécie, o momento mais adequado à implementação de política pública que garanta a sua efetividade, podendo postergá-lo desde que não fira o princípio da razoabilidade.*5. **O direito ao planejamento familiar não está inserto no mínimo existencial**, pelo que não se pode afastar do caso a aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição, segundo o qual os direitos assegurados pela Carta dependem de dotação orçamentária para serem implementados pelo Estado. 6. *Não é razoável o gasto com tratamento de fertilização, não disponível na rede pública estatal, que pode ou não ter sucesso, enquanto que, com esse valor, poderiam ser tratadas várias pessoas doentes*” (grifos nossos) .

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Dês. Fernando Lemos, AC 2008.001.07121, DJ 20.05.2008.

A decisão acima da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, um tanto quanto conservadora, revela um viés ultrapassado quanto o caráter programático dos direitos sociais.

Contudo, o “mínimo existencial”¹ de que trata o acórdão não pode ser equiparado como omissão estatal, ou a mera garantia de subsistência social. Em que pesem tantas decisões que negam acesso ao projeto parental auxiliado, pode ser observada a judicialização das políticas públicas também acaba sendo o foco do uso positivo pelo cidadão, nas técnicas de fertilização.

5.4 ACESSO À ESTERILIDADE

Apesar de ser imbuída de alguma burocracia, na maioria das vezes, atendidos os requisitos legais, o SUS oferece acesso às práticas de controle de natalidade por via cirúrgica.

¹ Sobre o tema remeta-se a brilhante obra de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar; 2006.

Entretanto, maior polemica existe quando o destinatário do procedimento é incapaz.

PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA DE ESTERILIZAÇÃO (LAQUEADURA TUBÁRIA). DESCABIMENTO. 1.

Considerando-se que a realização da cirurgia de laqueadura tubária constitui procedimento cirúrgico dotado de irreversibilidade, não constitui meio adequado para a proteção da mulher incapaz, não contribuindo em nada para a sua preservação moral ou para a sua saúde. 2. A laqueadura constitui providência contraceptiva agressiva e degradante, ensejando sua esterilização, o que viola não apenas a integridade física, como também a intimidade da pessoa, causando-lhe danos permanentes. Recurso desprovido. (grifos nossos)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível, Dês. Sérgio Chaves, AC 70022682439, DJ 26.05.2008.

Decerto que entre métodos de cunho perene, e aqueles eficientes ao controle sem mutilação corporal, o Judiciário parece estar correto na escolha daqueles que não tragam efeitos irreversíveis.

Nessa perspectiva, a professora Rose Melo consigna: “*deve-se questionar se pode o representante legal autorizar a participação do incapaz em experimentação científica que não lhe traga qualquer benefício direto, se pode autorizar o uso indiscriminado da imagem do incapaz em troca de contraprestação ou se pode autorizar a esterilização do incapaz*”¹.

Por outro lado, a doutrina de Heloísa Helena Barboza bem ressalta a autonomia negocial imanente mesmo aos incapazes².

5.5 COMO OBJETO DE PROVA

¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 134

² BARBOZA, Heloísa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*, in, TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422.

Um tanto fora do puro contexto que tange o direito ao acesso à fertilidade, ou ao controle de natalidade, o planejamento familiar também pode ser utilizado como indício probatório para a constituição de união estável.

Nesse sentido, ressaltamos importante julgado do Rio Grande do Sul acerca do tema:

"APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO AMOROSO SEM AS CARACTERÍSTICAS EXIGIDAS EM LEI PARA CONFIGURAÇÃO DAQUELA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. O **relacionamento amoroso, sem os requisitos objetivos exigíveis para constituição de família** (art. 1723 do CC), não constitui união estável para os efeitos que a lei confere. Prova testemunhal insuficiente para configuração da entidade familiar no incontestado relacionamento afetivo entretido pelas partes. **Ausência de outras provas demonstrando a existência do animus maritatis, como inexistência de qualquer planejamento familiar, ou documentos comprovando dependência em órgãos previdenciários ou de plano de saúde.** Improcedência da ação que se impunha forte no contexto probatório dos autos. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA. APELAÇÃO DA AUTORA JULGADA PREJUDICADA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (grifos nossos)

Apelação Cível Nº 70023174758, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/05/2008.

Um dos problemas dessa interpretação pretoriana é que parte da premissa de que a ausência de filhos, ou preparativos, indica a ausência do planejamento familiar.

Como não se desconhece, o planejamento pode ser no sentido próprio de não ter filhos, ou não tê-los durante um período qualquer.

Portanto, numa breve análise dos julgados pertinentes ao planejamento familiar, pode ser averiguada a carência de uma jurisprudência uniformizadora, além de um certo desprezo ao direito constitucional aqui debatido.

CONCLUSÃO

O planejamento familiar foi instituído – primeiramente – como um direito típico de um regime democrático, permitindo autonomia aos particulares.

Na sua implementação, observados os aspectos de igualdade material, muitos limites surgem para que não haja abuso do direito. Dentre as delimitações, constata-se que o melhor interesse da criança (e da futura prole), a parentalidade responsável, e a informação ostensiva por parte do Estado são obrigações inalienáveis.

Certamente não há um direito ao aborto, e todos os métodos contraceptivos aprovados pelas agências reguladoras são de livre escolha ao público, cabendo ao Estado propiciar o essencial nesse sentido.

No viés da fertilidade, parece que o papel estatal é de permitir acesso sem, contudo, ter de ser sempre onerado nessa matéria. Programas de financiamento à longo prazo para àqueles que desejam inserir-se num programa de fertilização parece ser um caminho viável no atendimento do mandamento constitucional.

Portanto, o judiciário deve não deve abster-se de imiscuir – quando necessário for – nas políticas públicas de planejamento familiar, pela exclusiva preocupação sobre um possível “esvaziamento” do orçamento em prol de poucos cidadãos.

REFERENCIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo, 2007.

BARBOZA, Heloísa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*, in, TEPEDINO, Gustavo José Mendes. e FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARBOZA, Heloisa Helena e **BARRETO,** Vicente de Paula. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

____ Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

____ Lei 9.263/96.

____ Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

____ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

____ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

____ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

____ Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

____ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

BRAZ, Marlene e SCHRAMM, Fermin Roland. *O ninho vazio: a desigualdade no acesso à procriação no Brasil e a bioética*. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de bioética, Revista Brasileira de Bioética, 2005, Vol 1, Número 2.

CHINA ORG, <http://www.china.org.cn/english/2002/Oct/46138.htm>, acessado no dia 10.09.2009, às 16:41. Por sua vez, a tradução para o vernáculo inglês acessada está disponível no http://www.unescap.org/esid/psis/population/database/poplaws/law_china/ch_record052.htm, acessado no dia 10.09.2009, às 16:43.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar; 2006.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o código civil de 2002*.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. Noções Gerais sobre o Direito de Família. Editora Atlas, São Paulo, 2008.

_____. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito Civil, Família*. São Paulo; 2008, Editora Atlas.

MARQUES, Claudia Lima. *A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?*. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, 9ª Edição, 2ª Tiragem

_____. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. Teresina: Revista da OAB-PI, ano II, v2, 1995.

SZMERECSENYI, Maria Irene de Q. F. *Educação e Fecundidade*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, p 219, in CALMON Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 4ª Edição, 2008.

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Propriedade Intelectual pela PUC/RJ, Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Propriedade Intelectual da PUC/RJ, advogado associado do escritório Denis Borges Barbosa.

O Impacto do Direito do Agronegócio na integração e na sustentabilidade do campo-cidade (cidade-média): Análise sob a perspectiva do Estatuto da Cidade.

Por Frederico Price Grechi

1. Direito Urbanístico: Estatuto da Cidade e os seus postulados. 2. Integração e sustentabilidade do Campo-Cidade no Estatuto da Cidade. Utopia? 3. O impacto do Direito do Agronegócio na integração e na sustentabilidade do Campo-Cidade (Cidade-Média): Análise sob a perspectiva do Estatuto da Cidade. 4. Referências.

1.1. Direito Urbanístico: Estatuto da Cidade e os seus postulados.

O Direito Urbanístico é uma recente disciplina autônoma ¹, em acentuada evolução, tanto no direito brasileiro² como no direito comparado³. O seu conceito está intimamente relacionado à

¹ LIRA, Ricardo Pereira. Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária. In *Direito da Cidade. Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 5: “a autonomia do Direito Urbanístico deita suas raízes no próprio Direito Constitucional”.

² No âmbito do direito brasileiro, pode-se dizer que foi concebido por MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 433: “Para nós, Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entendam-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação, recreação. Assim sendo, o Urbanismo é incumbência de todos os níveis de governo e se entende a todas as áreas da cidade e do campo, onde as realizações humanas ou a preservação da Natureza possam contribuir para o bem-estar individual e coletivo. Mas, como nas cidades se concentram populações, suas áreas exigem mais e maiores empreendimentos urbanísticos, visando a oferecer o maior bem para o maior número – objetivo supremo do moderno Urbanismo.”

³ Consulte-se, por todos, ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *Direito Urbanístico. Um outro paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 70.

cidade e às necessidades conexas com o estabelecimento humano nela. Daí porque, o urbanismo evolui com a cidade. No Brasil, por força de influxos políticos e sócio-econômicos na segunda metade do século XX, esse centro populacional urbano cresceu em proporção superior à população rural, gerando graves e sérios problemas cuja solução demanda a ordenação e a correção dos espaços urbanos habitáveis por meio de um planejamento adequado com vistas a assegurar a preservação do meio ambiente natural e cultural e o desenvolvimento sustentável econômico-social da *urbs* em favor do bem estar da coletividade¹, presente e futura ².

Dada à localização da cidade, a sua extensão, a sua configuração e a sua magnitude não são e nem podem se tratar de realizações privadas, mas, sim, de realizações públicas, na medida em que interessam à coletividade, condicionando a vida comunitária e pessoa de todos os membros da comunidade no espaço urbano ³. Razão pela qual, no Direito Urbanístico são tutelados, de forma precípua, os interesses e direitos transindividuais ⁴.

¹ Expressão tomada numa acepção ampla para albergar direitos difusos e coletivos, espécies do gênero transindividual. A garantia do direito a cidades sustentáveis para as gerações presentes e futuras está assegurada no artigo 2º, I, da Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19-27: "Enfim, do ponto de vista urbanístico, um centro populacional assume característica de cidade quando possui dois elementos essenciais: (a) as unidades edilícias – ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais; 9b) os equipamentos públicos – ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta (estrada, ruas, praças, parques, jardins, canalização subterrânea, escolas, igrejas, hospitais, mercados, praças de esportes, etc.). (...) A urbanização gera enormes problemas. Deteriora o ambiente urbano. Provoca a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico. Modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana".

³ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 371.

⁴ A propósito da definição de interesses ou direitos transindividuais, remetemos ao artigo 81 da Lei n. 8.078/90: "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma por uma relação jurídica base".

A dignidade da pessoa humana figura como o núcleo central de um sistema composto por feixe de interesses e direitos¹ (moradia, educação, trabalho, saúde, serviços e transporte públicos, patrimônio cultural, meio-ambiente natural, etc.), que, em última análise, promovem o direito às cidades sustentáveis².

Nesse contexto, insta salientar que a Constituição de 1988, norma fundamental³ que confere unidade e coerência ao sistema jurídico⁴, houve por bem consagrar a dignidade da pessoa humana como o primeiro dos direitos fundamentais⁵, privilegiando, assim, as situações

¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156: “Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”

² CAVALAZZI, Rosangela Lunardelli. *O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade*. In: *Direito da Cidade. Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 57: (...) como direito humano na categoria dos interesses difusos”.

³ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994, p. 95: “La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central em la construcción y em la validez del ordenamiento em su conjunto, obligan a intepretar este em cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operados privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos – em el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la matéria de que se trate”.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999, p. 58-59: “Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas, essa norma é a norma fundamental. (...). Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. (...) Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc.”.

⁵ A dignidade da pessoa humana foi consagrada como o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 1º, inciso III). A sua posição topológica no texto da Carta Constitucional revela, a um só tempo, o seu superior *status* principiológico, como alicerce central dos objetivos a serem implementados pelo Estado, e a sua função como vetor axiológico. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. In: *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14: “... a Constituição democrática de 1988 explicitou, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos ‘fundamentos da República’. A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”.

jurídicas existenciais¹. Este novel cenário metodológico da constitucionalização dos diversos ramos do direito – entre os quais, o Direito Urbanístico –, tem como mola propulsora o vetor jurídico-axiológico da dignidade da pessoa humana, que foi alçado ao vértice do ordenamento jurídico, desencadeando a crise da dicotomia rígida entre o público e privado. A dignidade da pessoa revela-se, pois, num ponto de confluência de interesses públicos e privados, transindividuais e individuais, impondo-se, assim, a releitura da *summa divisio* público-privado², e, por via de consequência, dos inúmeros institutos jurídicos, como a propriedade urbana³.

O legislador constituinte de 1988 dispensou tratamento específico ao Direito Urbanístico. Foram traçadas normas de competência em favor da União, dos Estados e dos Municípios de modo a lhes facultar o estabelecimento do regramento sobre o urbanismo (arts. 21, incisos IX, XX e XXI; 24, inciso I; 30, incisos I, II, VIII e IX, da CF)⁴.

Na Carta Constitucional foram também consagradas normas sobre a política do desenvolvimento urbano⁵ e ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar dos seus habitantes, propriedade urbana e a sua função social, desapropriação dos imóveis urbanos, mecanismos para o adequado aproveitamento do solo

¹ O legislador constituinte privilegiou os valores não-patrimoniais para os quais devem se voltar as situações jurídicas patrimoniais. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

² GIORGIANNI, Michelli. *Direito Privado e as suas atuais fronteiras*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 747, jan. 1998, p. 55. NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 340 e 372.

³ Acerca da releitura da propriedade urbana imóvel, consulte-se, por todos, TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade Urbana Imóvel*. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. TEPEDINO, Gustavo. Coord. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 467-473.

⁴ Sobre as competências urbanísticas, confira-se DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª ed. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61-70.

⁵ Confira-se VICHI, Bruno de Souza, *Política Urbana. Sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

urbano, etc. (arts. 30, inciso VIII; 182 e 183 da CF), bem como foi dada proteção paisagística, artística e histórica (arts. 30, inciso IX; 215 e 216, da CF)¹.

Em atendimento ao comando do constituinte, ao Estatuto da Cidade, instituído através da Lei n. 10.257/2001, coube estabelecer as diretrizes gerais². Seu objetivo precípua foi de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes (art. 182 da CF). Daí porque, diz-se, acertadamente, que o Estatuto da Cidade é um dos pilares do Direito Urbanístico que contém relevantes instrumentos para implantação das funções sociais da cidade e da propriedade urbana³.

Entre os postulados estabelecidos no Estatuto da Cidade com objetivos de nortear os legisladores e os administradores⁴, destacamos, para o escopo deste projeto, (i) a garantia do direito às cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações, (ii) a integração e complementariedade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento econômico no Município e do território sob a sua área de influência e (iii) a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social e (art. 2º, incisos I, III e VII).

2. Integração e sustentabilidade do Campo-Cidade no Estatuto da Cidade. Utopia?

¹ Veja-se, entre outros, MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 929-945.

² Sobre o conceito de normas gerais, confira-se BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188: "(...) deve a União limitar-se a estabelecer normas gerais, conceito sujeito a elevado grau de indeterminação. É certo, todavia, que tem sido considerada norma geral aquela que tem por objeto princípios e questões fundamentais, tratados em termos esquemáticos, não sendo próprio a norma dessa natureza cuidar de pormenores ou esgotar o tema que está sendo versado".

³ LIRA, RICARDO PEREIRA. *Op. Cit.*, p. 6-7.

⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 20-21: "Diretrizes gerais da política pública são o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito a serem alvejadas a ordem urbanística, de modo a assegurar o bem-estar das comunidades em geral".

Autorizada doutrina reconhece na integração do campo-cidade um indeclinável ponto relevante na política urbana, que impede raciocinar-se e agir em termos de separação rígida entre o espaço urbano e o espaço rural. As fronteiras se flexibilizaram, as atividades se integram e se complementam, pois o urbano e o rural fazem parte do território do Município¹.

Cumpre, então, ao urbano estar atento ao rural, e dele não se olvidar. A política pública urbana deve direcionar-se no sentido de promover a integração entre a cidade e o campo, levando em conta o setor rural e as peculiaridades que lhe são próprias.

O setor rural produz artigos agrícolas, alimentícios, laticínios direcionados ao setor urbano, no qual, por sua vez, estão localizados os setores industrial, comercial e de prestação de serviços mais desenvolvidos. Não se pode, pois, conceber a idéia de considerá-los – urbano (cidade) e rural (campo) -, em separados, mas, sim, é necessário promover a integração entre as atividades urbanas e rurais, harmonizando e compatibilizando-as.

Tal exigência impõe ao Poder Público o dever de promover ações com vistas a estreitar as relações sociais e econômicas entre o campo e a cidade, notadamente nas áreas de influência desta ², através das técnicas e dos instrumentos da ciência urbanística no planejamento da cidade, disciplinando o seu crescimento e suprimindo as necessidades básicas do homem³. Somente, assim, se poderá, concretamente, implementar a integração urbano-rural necessária à função social da cidade com vistas ao bem-estar da coletividade.

Nessa linha de raciocínio, o grupo formado por membros do Ministério do Meio Ambiente / Ibama / Consórcio 21 IBAM / Iser / Redeh, baseando-se nos princípios da Agenda 21 e Agenda Habitat, dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional, concebeu 04 (quatro) estratégias para a sustentabilidade urbana como sendo prioritárias para o desenvolvimento sustentável das

¹ MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade. Comentários*. 2ª ed. São Paulo: R.T., 2004, p. 34.

² FILHO, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO. *Op. Cit.*, p. 29-30.

³ SÉGUIN, Élida. *Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12.

cidades brasileiras¹. Entre elas, pontuou-se a promoção do desenvolvimento institucional e o fortalecimento da capacidade de planejamento e gestão democrática da cidade, incorporando no processo a dimensão ambiental urbana e assegurando a efetiva participação da sociedade, por meio da *“integração entre as políticas urbanas e rurais, visando a complementariedade das atividades e a redução dos impactos ambientais provocados nessas duas esferas, seja pelos perfis de produção e consumo, pela poluição e contaminação geradas ou pelos fluxos de população”*.

Além da colaboração entre governos, uma eficiente integração entre as dimensões urbana e rural pressupõe, também, a participação da iniciativa privada e dos demais setores da sociedade no processo de transformação da cidade, em atendimento ao interesse social, consoante o disposto na diretriz prevista no artigo 2º, inciso VII, do Estatuto da Cidade. Nesse contexto, vale salientar, ainda, o relevante papel da iniciativa privada e das entidades da sociedade também na gestão democrática da cidade, através dos mecanismos criados pelo Estatuto da Cidade ².

Deveras, a propriedade urbana não pode ficar ociosa, sem destinação específica ou ainda sem qualquer utilização, e o interesse do particular (proprietário) ³ cede lugar para o interesse público transindividual urbanístico⁴, que, por sua vez, deve promover uma interseção público / privado⁵, com vistas ao atendimento das necessidades, coletivas e particulares, dos cidadãos

¹ VIEIRA, Juliana de Souza Reis. *Cidades Sustentáveis*. In: Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. Coord. MOTA, Mauricio. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 337.

² Entre eles, podemos citar os órgãos colegiados de política urbana nos âmbitos nacional, estadual, municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

³ Há quem entenda que deva ser protegido o núcleo mínimo (poder de disposição) do direito de propriedade, como é o caso da garantia da justa indenização a ser fixada pelo juiz na hipótese prevista do §4º do artigo 1.228 do Código Civil. Sobre o assunto, confira-se CARDOSO, Fernanda Lousada. *Propriedade Privada Urbana Obriga? Análise do Discurso Doutrinário e da Aplicação Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴ CARRERA, Francisco. *Cidade Sustentável. Utopia ou Realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 100.

⁵ GARCIA, Maria. Coord. *A Cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 40: “Para que serve uma Cidade? Acontece na interseção público/privado: habitar em comum, mantendo as distinções, as individualidades.”

quanto à implementação da justiça¹ social² à qualidade de vida e ao desenvolvimento sustentável das atividades econômicas, observados os postulados (diretrizes) do Estatuto da idade.

Embora a expressão “qualidade de vida” seja um conceito jurídico indeterminado e, portanto, mutável e dinâmico em vista do desenvolvimento da sociedade e da alteração dos padrões de consumo³, é preciso estabelecer um conjunto de fatores (ações e instrumentos) que servirá de balizamento para um padrão mínimo de qualidade de vida⁴.

¹ SANCHÍS, Luis Pietro. *Apuntes de teoria del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 99: “el Derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia”. CUNHA, Paulo Ferreira. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 189-192: “a Justiça, que segundo refere uma glosa, é mãe do Direito, tem dificuldades idênticas não por vicissitudes civilizacionais, mas por razões temporais. Cada tempo se concentra em alguns dos seus aspectos, dela projectando uma diversa imagem. Elenquemos rapidamente o que pode ser a Justiça, ou seja, em que categoriais se manifesta ela: como uma virtude, como um valor, como um princípio – sobretudo. (...) A Justiça passa de algum modo a encontrar-se num Direito Natural de princípios. E as grandes Declarações de Direitos e Constituições modernas serão os arautos de tal Direito Natural. O qual, de tão positivado, se arriscou a tornar-se supérfluo. Menos ambiciosos, os tempos seguintes de vez em quando invocam o princípio da Justiça. Hoje se invoca em alguns ramos mais que noutros. O valor Justiça corresponde, por seu turno, a uma fase moderna axiologizada e laicizada. Mas todas as teorias são de todos os tempos. E nos nossos dias, neste nosso tempo de confluências e encruzilhadas, a Justiça pode e talvez deva ser virtude, valor e princípio. E pode ser outras coisas. Por exemplo, à falta de Bem Comum, conceito cheio de significado, mas por vezes contado negativamente, fala-se cada vez mais em Justiça Social. As Justiças adjectivadas abundam. Temos de perseguir nas palavras os sentidos para além das circunstâncias dos tempos”.

² A noção de justiça social derivada da igualdade, infere-se, segundo parece-me, da seguinte passagem de RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004, p. 46: “Inicialmente, podemos supor que o resultado de elaborar o Direito dos Povos apenas para sociedades democráticas liberais será a adoção de certos princípios da igualdade entre os povos. Esses princípios, suponho, também abrirão espaço para várias formas de associação e federações cooperativas entre os povos, mas não afirmarão um Estado mundial”. Para um aprofundamento sobre a Teoria da Justiça formulada por John Rawls, consulte-se CIOTALA, Marcello Raposo. *Relativismo, Universalismo e Justiça Distributiva: Um Estudo sobre a Teoria da Igualdade Complexa e a Teoria da Justiça como Imparcialidade*. Tese. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, 2005.

³ MUKAI, Toshio. *Direito Urbano e Ambiental*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 31: “Como o urbanismo, hoje, tem seus objetivos ampliados para alcançar não só as quatro funções do homem (habitação, trabalho, recreação e circulação) mas também a sua melhor qualidade de vida no contexto urbano, embora seu conceito técnico não esteja ainda consolidado definitivamente, é certo que trata ele da disciplina físico-social dos espaços habitáveis, podendo ser concebido, num sentido amplo, como arte e técnica social destinadas a promover a adequação dos espaços físicos às necessidades de habitação e exercício das outras funções humanas”.

⁴ VIEIRA, Juliana de Souza Reis. *Op. Cit.*, p. 326-327.

Tais fatores não de ser suficientes e necessários à garantia de um *standard* digno de vida ao homem e ao atendimento dos anseios das futuras gerações, que se relaciona com uma mínima implementação dos direitos sociais ¹ (arts. 6º e 225 da CF) cujo fundamento está assentado no princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, da CF)^{2 3 4}.

Na efetivação mínima dos direitos sociais é imperioso, pois, assegurar um padrão mínimo de qualidade de vida do homem nas cidades, tanto no que diz respeito às gerações presentes como também às gerações futuras, em consonância com a noção de sustentabilidade. Esta, por sua vez, gravita em torno de alguns indicadores, dentre os quais destacamos: (i) crescer

¹ *Idem*.

² Cf. BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares*. In: Legitimação dos Direitos Humanos. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 527: “Existe, modernamente, uma outra linha de investigação e argumentação que sustenta haver uma dependência necessária e lógica entre os direitos humanos e os direitos sociais. O argumento de que os direitos sociais inserem-se na categoria dos direitos humanos tem sido desenvolvido em torno da idéia de que a responsabilidade social do Estado, é uma das dimensões definidoras do estado democrático de direito, idéia essa que se encontra consagrada em diferentes textos constitucionais sob a forma do princípio da solidariedade (Constituição brasileira de 1988, art. 3º, I). Para que essa idéia seja plenamente analisada é necessário situá-la no quadro de uma teoria normativa completa do Estado. Höffe propõe dois tipos de argumentos para legitimar a responsabilidade social do Estado e, em consequência, incluir os direitos sociais como direitos humanos. Os dois argumentos de Höffe fundamentam-se ambos nas raízes morais dos direitos humanos e, em função desse natureza ética, permite que se analise o problema de ângulo diferente daquele utilizado pelo economicismo’. Sobre a preservação do bem-estar social mínimo pelo Estado, as áreas e a extensão (medida) da sua intervenção, confira-se GARCIA, Eusebio Fernandez. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 127-128.

³ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 01.09.2005, DJ 03.02.2006: “Meio Ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de Terceira Geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais. Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, Art. 225, §1º, III) (...)”.

⁴ STF, Tribunal Pleno, MS 22164/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 30.10.1995, DJ 17.11.1995, pp. 39206: “(...) Direito de terceira geração. Princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente. Típico direito de terceira geração. Constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. (...) Acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

sem destruir; (ii) indissociabilidade da problemática ambiental e social; (iii) especificidade da Agenda Marrom¹; (iv) incentivar a inovação e a disseminação de boas práticas; (v) fortalecimento da democracia; gestão integrada e participativa; (vi) foco na ação local; (vii) mudança do enfoque das políticas de desenvolvimento e preservação; (viii) informação para tomada de decisão; e, por fim, (ix) diálogo entre as estratégias da Agenda 21 brasileira e as atuais opções de desenvolvimento².

A implantação da sustentabilidade nas áreas urbanas exige uma busca de padrões, ações e instrumentos práticos e de acordo com a realidade brasileira, que venham conjugar razoavelmente os diversos feixes de interesses transindividuais, públicos (ex.: políticas de governo) e particulares (ex.: empresários), pois, caso contrário, se revelará algo utópico, desprovido de consistência³. Ademais, em razão dos vários indicadores e opções traduzidas nos possíveis valores dos recursos naturais em confronto com os diversos interesses em jogo que se apresentam em nossa realidade atualmente, frise-se que a orientação do desenvolvimento sustentável pode ser tratada como um problema de escolha, uma opção política ligada à estratégia de desenvolvimento a ser adotada, a qual deve pautar-se numa coerente estrutura social (arts. 3º, inciso I, e 6º da CF) e econômica eficiente (art. 170 da CF), capaz de promover um adequado equilíbrio entre reprodução dos sistemas naturais e a reprodução e distribuição ⁴ da produção social ¹, este relacionado ao conceito material de direito como um produto ².

¹ Cf. Banco Mundial (BIRD) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Agenda Marrom tem como pauta notadamente a melhoria da qualidade sanitário-ambiental das populações urbanas, indicativa, no Brasil, do princípio da universalização de saneamento ambiental nas cidades brasileiras (art. 2º da Lei n. 11.445/2007). Cf. MUKAI, Toshio. Coord. *Saneamento Básico: Diretrizes Gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

² VIEIRA, Juliana de Souza Reis. *Op. Cit.*, p. 332-335.

³ CARRERA, Francisco. *Op. Cit.*, p. 105-106.

⁴ Segundo RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Justiça*. In: Dicionário de Filosofia do Direito. BARRETO, Vicente. Coord. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 493: "O termo justiça apresenta uma grande diversidade de significados. (...). As suas dimensões da justiça suscitam grandes discussões filosóficas. A dimensão procedimental, (...). A dimensão substancial, por sua vez, enfrenta a difícil tarefa de escolher, entre os princípios de distribuição tão antitéticos, aquele

3. O impacto do Direito do Agronegócio na integração e na sustentabilidade do Campo-Cidade (Cidade-Média): Análise sob a perspectiva do Estatuto da Cidade.

De acordo com Banco Nacional de Desenvolvimento e Econômico Social-BNDES ³, a participação do agronegócio nas atividades agrícolas de produção é um dos principais indicadores da sua importância no cenário econômico do país já que, por exemplo, o setor agropecuário apresentou um resultado de 8% do PIB brasileiro, representando a cifra de R\$520 bilhões no ano de 2005.

O agronegócio, além de ser um dinamizador da expansão produtiva, desempenha outro papel de extrema relevância para a economia brasileira: o de principal gerador de saldos comerciais para o País. Segundo os dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC/SECEX e do Banco Central do Brasil - BACEN, no ano de 2005, o saldo

que deve ser considerado o mais adequado como também o desafio de justificar as desigualdades dele decorrentes (Perelman)". Acerca da noção (dimensão substancial) de justiça distributiva encerrando a idéia de igualdade e de proporção geométrica, confira-se lição de ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, Livro V, p. 109: "Temos então que a justiça distributiva é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo neste sentido é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional". A respeito da idéia de Justiça Comutativa, confira-se LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 137-138: "A justiça comutativa preside as relações entre os particulares, sejam elas originadas de fatos lícitos, com os contratos, sejam relações originadas de fatos ilícitos, como os delitos. Essa forma de justiça estabelece uma relação entre duas coisas, e importa uma equivalência aritmética entre a prestação e a contraprestação nas obrigações originadas por contrato, e entre o ressarcimento e o dano nas obrigações originadas por ilícito". A respeito das modernas idéias de justiça, consulte-se KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000.

¹ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120-122.

² MOTA, Mauricio. *O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas*. In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. Coord. São Paulo: Elsevier, 2008, p.22: "O direito como um resultado de um processo de distribuição, em que cada qual tenha do todo social (dos bens que existem para distribuir) aquilo que lhe corresponda, irá postular a noção de desenvolvimento sustentável. Este implica, então, o ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustados numa correlação de valores em que o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico".

³ Confira-se <http://www.bndes.gov.br/agropecuaria/default.asp>. Acesso em 14.07.08.

comercial do agronegócio atingiu o patamar de U\$38,4 bilhões e no âmbito da economia brasileira vem contribuindo para a redução expressiva da sua vulnerabilidade externa.

Em determinadas regiões do Brasil, registre-se que certas cadeias de produção do agronegócio já alcançaram estágios avançados de desenvolvimento tecnológico e empresarial, como é o caso dos grandes pólos agroindustriais que se formaram em São Paulo (álcool, açúcar, laranja), no Rio Grande do Sul (fumo e calçado), em Santa Catarina e no Paraná (aves e suínos) e no sudoeste de Goiás (carnes) ¹.

No Estado do Rio de Janeiro, atenta a importância e a expansão desse segmento mercadológico, a Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro – FIRJAN², criou um grupo executivo de agroindústria que tem por finalidade apoiar a criação e implantação de projetos setoriais de caráter estruturante que promovam o desenvolvimento do interior do estado (regiões Norte e Nordeste), com geração de empregos e aumento de renda. A atuação desse grupo executivo está voltada para ações a fim de atrair novos investimentos, disseminar informações tecnológicas e de mercado e promover a articulação entre os diversos agentes que atuam nesse mercado, tendo, entre outras iniciativas, a parceria entre os setores público e privado. Atualmente, estão em andamento os projetos de Fruticultura Irrigada³, Floricultura⁴ e Indústria de Base Florestal¹.

¹ Cf. SOUZA, Adriano Boni de. *Direito Agrário Brasileiro e o Agronegócio Internacional*. São Paulo: Observador Legal Editora, 2007, p. 38.

² Cf. <http://www.firjan.org.br/notas/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>. Acesso em 26.06.2008.

³ “A fruticultura irrigada é uma opção para os produtores por sua alta rentabilidade e pela possibilidade de diversificação das fontes de renda. A atividade, devido às suas características técnicas, pode ser praticada com sucesso pelos pequenos e médios produtores e tem elevado potencial para geração de empregos. O Sistema FIRJAN iniciou o desenvolvimento de seu projeto para a fruticultura fomentando o Pólo de Fruticultura Irrigada das Regiões Norte e Noroeste Fluminense, que têm hoje um plantio representativo de frutas tropicais, notadamente, abacaxi, maracujá, goiaba e coco, e aptidão para várias outras culturas. Nessas regiões, estão instaladas diversas pequenas agroindústrias, e algumas de médio porte, que processam as frutas produzidas. Além do Rio de Janeiro, o Pólo conta com um vasto mercado no Brasil e também no exterior”.

⁴ “A floricultura tem ganhado destaque no cenário nacional do agronegócio, movimentando cerca de US\$ 750 a US\$ 800 milhões anualmente. A cadeia produtiva no Brasil vem tendo contínuas e expressivas melhorias de sua performance, com destaque para as exportações, demonstrando um processo de profissionalização do setor. No entanto, no estado do Rio de Janeiro, que já foi o principal produtor de flores e ícone do paisagismo nacional, o segmento vinha perdendo sua expressão econômica ao longo das últimas décadas. Devido à tradição e às condições

O agronegócio promove a sustentação de um novo recorte territorial, as chamadas cidades-médias, que vêm se tornando os elos mais densos entre a rede rural e a rede urbana, representando um importante instrumento de organização do território (interno) na atual ordem econômica internacional, com o fortalecimento dos governos municipais². Assim, contribui-se para a implantação de um novo modo de estruturação da dinâmica da atividade econômica, permitindo a articulação entre as grandes cidades (globais) e as demais cidades (médias e pequenas), aumentando a importância destas como agentes do processo de descentralização das políticas públicas. No processo de organização e ordenação espaço urbano-rural é preciso pensar em um todo articulado entre as cidades, sendo, pois, relevante o papel das cidades-médias.

As cidades-médias encontram no agronegócio uma atividade econômica sustentável, geradora de alimentos, de insumos (energia), de serviços de saúde, de saneamento, de lazer, de educação, etc. que contribuem para um padrão mínimo de qualidade de vida digna da coletividade, presente e futura³.

favoráveis do estado para a produção de flores e plantas ornamentais, aliado a expressiva capacidade de geração de emprego (média de 4 empregos diretos/ha) e renda (R\$ 50 a R\$ 100 mil/ha/ano) dessa cadeia produtiva, o Sistema FIRJAN passou a atuar, a partir de 2002, como agente articulador, com objetivo de fomentar a estruturação e crescimento do volume de produção e organização da comercialização e exportação. A expansão do segmento aumentará o consumo de bens e serviços e possibilitará o desenvolvimento das indústrias de insumos, substratos, embalagens e equipamentos de irrigação, para citar alguns exemplos”.

1 “O desenvolvimento da Indústria de Base Florestal contribui de forma significativa para o crescimento da renda e para a geração de empregos no interior do Estado. Além disso, uma de suas componentes prevê a recomposição de florestas nativas, com impactos positivos para o meio ambiente. O mercado de madeira está em crescimento e oferece uma grande oportunidade para diversificação das fontes de renda dos produtores rurais. A atividade pode ser praticada por pequenos, médios e grandes produtores. O projeto tem por objetivo a implantação e expansão das indústrias moveleira, de papel e celulose, siderúrgicas a carvão vegetal, serrarias e outras que dependem da matéria prima florestal. O passo inicial deste projeto é a criação do ambiente institucional propício à produção de matéria prima, com o apoio de empresas âncora. O projeto teve início nas regiões noroeste, norte e sul fluminense e deverá se estender a outras áreas do Estado do Rio de Janeiro”.

2 A propósito da emergência de novos recortes territoriais, consulte-se, SANTOS, Ângela Moulin S. Penalva. Município, Descentralização e Território. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 161-180.

3 O solo, em especial o rural, tem incomensurável valor, tanto para os particulares, como para o povo em seu conjunto. Confira-se, LIRA, Ricardo Pereira, Op. Cit., 312: “Nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais, e todo o sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as

Ademais, o agronegócio favorece e inspira a criação de produtos para o consumo verde, que desponta de forma estratégica no país, contando com a participação de diversos atores sociais (empresas, mídias, Ong's, governos, consumidores), contribuindo, assim, para transformar de maneira sustentável a natureza em "bem de consumo"¹.

Sob a perspectiva jurídica², o Direito Agrário no Brasil³, denominado no passado de Direito Rural por influência francesa, também vem sofrendo importantíssima releitura, mormente após o advento da Constituição de 1988 que trouxe à baila uma nova realidade da dogmática constitucional, o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo^{4 5}.

A disciplina do Direito Agrário tinha o seu contorno clássico definido como:

possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer, e, sobretudo, nele se exerce basicamente a liberdade essencial do homem de ir e vir. O solo é toda hipótese e possibilidade de vida".

1 TAVARES, Fred, IRVING, Marta de Azevedo, MOTTA, Luiz Eduardo. A questão ambiental como inspiração para o consumo verde no Brasil. In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. MOTA, Mauricio. Coord. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 183-206.

2 No Direito Comparado, em especial na Itália, confira-se, por todos, GERMANÒ, Alberto. *Manuale di Diritto Agrario*. Sesta edizione. Torino: G. Giappichelli, 2006, CARROZZA, Antonio Lezioni di Diritto Agrario. 1ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988. Para uma digressão histórica evolutiva do direito civil ao direito agrário, confira-se IRTI, Natalino. *Dal diritto civile ao diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 106: "L'attività agricola se iscrive nell'orizzonte di um nuovo diritto, che è, appunto, diritto dell'attività, e non diritto della proprietà. Dal seno del diritto civile nasce il diritto agrário: il diritto della terra come unità di organizzazione e di utilizzazione, produttiva".

³ Sobre o Direito Agrário e a sua autonomia científica, consulte-se, entre outros, LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do direito agrário*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1981; ALMEIDA, Paulo Guilherme de. *Direito Agrário. A propriedade imobiliária rural*. São Paulo: LTr, 1980; SODERO, Fernando Pereira. *Esboço histórico da formação do direito agrário*. In Coleção "Seminários", n. 13, Ajup-Fase, 1990; LUZ, Valdemar P. da. *Curso de Direito Agrário*. 2ª ed. São Paulo: Sagra-DC Luzzato, 1996; MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007; OPITZ, Silvia C.B., e OPITZ, Oswaldo, *Curso Completo de Direito Agrário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007; BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Agrário*. Vol. 1. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. In Revista de Direito do Estado, nº 5, janeiro/março, 2007, p. 244-245: "Estas transformações impuseram à nossa dogmática constitucional a necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo, situando assim o pensamento jurídico contemporâneo para além da estiolada querela jusnaturalismo versus positivismo jurídico. (...) Eis que esta nova realidade jurídico-constitucional que ensejou o surgimento da categoria da categoria pós-positivista em nosso âmbito cultural vem sendo denominada nas doutrinas espanhola e italiana neoconstitucionalismo".

⁵ BARROSO, Lucas Abreu. MIRANDA, Alcir Gursen de, SOARES, Mário Lúcio Quintão. *O Direito Agrário na Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. BARROSO, Lucas Abreu, PASSOS, Cristiane Lisita. Coord. *Direito Agrário Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

"conjunto de princípios e normas, de direito público e de direito privado, que visa disciplinar as relações emergentes da atividade rural com base na função social da terra. E a expressão 'atividade rural' compreende, além da posse e uso da terra, a sua exploração em qualquer das várias modalidades, quer agrícola, quer pecuária, agroindustrial ou extrativa" ¹.

Ocorre que, a partir desse novel marco teórico inaugurado pela Constituição Federal de 1988, recentes investigações jurídicas foram realizadas no âmbito do Direito Agrário, sobretudo a partir da Filosofia do Direito², do Direito Empresarial³, do Direito Civil (propriedade e contrato)⁴, do Direito Ambiental⁵, do Direito Securitário¹, e, mais recentemente do Direito do

¹ SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*. São Paulo: Livraria Legislação Brasileira, 1968, p. 32.

² ZIBETTI, Darcy Walmor. *Teoria Tridimensional da Função da Terra no Espaço Rural*. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006; LISITA, Cristiane. *Fundamentos da Propriedade Rural. Conflitos Agrários e Justiça Social*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 176: "A política de desenvolvimento deve ter como objetivo a efetivação da propriedade privada como mecanismo de justiça, em que o homem, trabalhando a terra, possa afirmar os seus direitos sociais, valendo-se de processos produtivos que não interfiram de forma maléfica nos recursos naturais disponíveis. A valorização de recursos biológicos ou orgânicos faz parte das mudanças que devem ser operadas na utilização dos avanços científicos e tecnológicos".

³ SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997, _____. *Teoria do Estabelecimento Agrário*. São Paulo: R.T., 2001.

⁴ Para uma digressão histórica sobre a propriedade e posse da função social da terra rural, consulte-se, por todos, TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, especialmente, p. 51-71. COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2006; REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel Agrário. Agrariedade, Ruralidade e Rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

⁵ HIRONAKA, Gizelda Maria F. Novaes. *Direito Agrário e os seus mecanismos de conservação e preservação do meio ambiente*, In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: R.T, n. 55, p. 155. _____. *Atividade Agrária e proteção ambiental: simbiose possível*. São Paulo: Cultural Paulista, 1997, p. 125. VAZ, Paulo Afonso Brum, *O Direito Ambiental e os Agrotóxicos. Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A Propriedade no Direito Ambiental*. 3ª ed. São Paulo: R.T., 2008, p. 243-255: "Os bens ambientais existentes em propriedade rurais tornam-se bens sociais pela sua manutenção ou transformação através do trabalho. (...) a definição das responsabilidades ambientais decorrentes do cumprimento da função social da propriedade privada rural. O desempenho integral da função social da propriedade da terra passará a estar condicionado ao atendimento simultâneo de quatro exigências legais: a) favorecimento do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nelas labutam, assim como de suas famílias, b) manutenção de níveis satisfatórios de produtividade do imóvel; c) conservação dos recursos naturais; d) observância das disposições legais que regular as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam".

Agronegócio², que considera 4 (quatro) grandes componentes (campos de investigação): I. Núcleo do Complexo Agroindustrial - CAI: Agropecuária; II. Segmentos antes da porteira: engloba os (ii.a) insumos para agropecuária³; (ii.b) as inter-relações de produtores e insumos com agropecuaristas⁴, e (ii.c) os serviços agropecuários⁵; III. Segmentos dentro da porteira - segmentos produtivos que se realizam dentro da porteira constituem a produção agropecuária propriamente dita, os quais são divididos em subsegmentos distintos: agricultura (ou produção agrícola) e pecuária (ou criação de animais), albergando desde as atividades iniciais dentro das fazendas de preparação para começar a produção até a obtenção dos produtos agropecuários *in natura* prontos para a comercialização; IV. Segmentos depois da porteira – constituídos basicamente pelas etapas de processamento e distribuição de produtos agropecuários até atingir os consumidores, envolvendo diferentes tipos de agentes econômicos, como comércio, agroindústrias, prestadores de serviços, governo e outros.

1 ZIBETTI, Darcy Walmor. Seguro Agrícola e Desenvolvimento Sustentável. Curitiba: Juruá, 2006, p. 180: "A agricultura desempenha fundamental papel na sustentabilidade do planeta, e a capacidade de uso da terra deve ser mantida e otimizada, com o auxílio da alta tecnologia disponível. O seguro da produção agrícola é uma reivindicação histórica dos pequenos produtores familiares, justamente aquele que não dispõe de recursos para realimentar ou dinamizar sua atividade".

² A partir da obra do professor ARAÚJO, Massilson J., *Fundamentos de Agronegócio*, atribui-se os contornos do Direito do Agronegócio à QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Direito do Agronegócio: é Possível a sua Existência Autônoma?* In *Direito do Agronegócio*. Coord. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. e QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 28-29.

³ "Entre os insumos, poderemos arrolar as máquinas, implementos, equipamentos e complementos, água, energia, corretivos de solos, fertilizantes, agroquímicos, compostos orgânicos, materiais genéticos, hormônios, inoculantes, rações, sais minerais e produtos veterinários".

⁴ "As inter-relações de produtores de insumos com agropecuaristas se traduzem na comercialização de máquinas e suprimentos agrícolas. Araújo explica que 'os agentes econômicos atuantes no agronegócio 'antes da porteira' são as indústrias (de máquinas, adubos, etc.), as empresas de materiais genéticos e os distribuidores de insumo (atacadistas, varejistas e seus representantes)".

⁵ "Quando aos serviços agropecuários, os principais são: as pesquisas agropecuárias; os estímulos de positivos (aqui incluídos créditos, financiamentos e incentivos fiscais), extensão rural e assistência técnica, elaboração de projetos, análises laboratoriais, vigilância e defesa agropecuária, planejamento ambiental, comunicações, infra-estrutura, treinamento de mão-de-obra e assentamentos dirigidos".

Além dos estudos desenvolvidos nas searas do Direito Civil, Econômico, Direito Processual Civil, Direito Comunitário, Direito Penal, Direito Tributário ^{1 2 3 4}, abre-se, a partir dessa nova e relevante perspectiva, espaço para mais um novo diálogo entre o Direito Urbanístico e o Direito Agrário, em especial o Direito do Agronegócio, na busca de novas ações, instrumentos e mecanismos fundamentais e práticos para promover o bem-estar social da coletividade e sustentabilidade das cidades – notadamente as cidades-médias -, cujo estatuto legal também permite a utilização de outros instrumentos além daqueles previstos nele (artigos 2º e 4º do Estatuto da Cidade)⁵.

Em vista da realidade sócio-econômica brasileira e da relevante problemática que, atualmente, se apresenta na busca de padrões mínimos de qualidade de vida e na escolha de opções de ações e de instrumentos práticos na concretização da sustentabilidade das cidades, proponho a tese de que agronegócio – a ser analisado sob o prisma legal do Direito do Agronegócio, novel

¹ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 48-49. SÉGUIN, Élide. *Op. Cit.*, p. 36-47.

² Nessa linha, fala-se em um Direito Civil Urbanístico, estabelecendo um elo entre o direito civil, notadamente após o advento do Código Civil de 2002, e o direito urbanístico. Cf. BONIZZATO, Luigi, *Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 115: "Originariamente, sempre se estabeleceram como ele entre o direito civil e o direito urbanístico as normas relativas aos direitos de vizinhança e, posteriormente, ao próprio direito de propriedade. Entretanto, a nova codificação civil de 2002 trouxe à tona outros institutos, os quais com o direito urbanístico detêm íntima relação, tais como o direito da superfície, para o qual também se dedica uma seção específica do Estatuto da Cidade. (...), dedicar-se-á atenção direcionada para os preceitos civil relacionados à fraude à lei e ao abuso de direito".

³ Veja-se, também, sob o aspecto ambiental, MOREIRA, Bruno, MARANGONI, Marina, CASTILHO, Rafael. *As áreas de Proteção Ambiental e os Impostos sobre a Propriedade*. In: *Direito Tributário Ambiental*. Coord. ORLANDO, Breno Ladeira Kingma, GUDIÑO, Daniel Mariz, TROUW, Ernesto Johannes, GONÇALVES, Fábio Fraga, MUNIZ, Igor, MURAYAMA, Janssen Hiroshi. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 161-177.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 224-225: "a Política Agrícola há de conjugar-se, cada vez mais, com a Política Fundiária; e, em consequência, o Direito Agrário com o Direito Ambiental".

⁵ "Art. 4º. Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...)" Trata-se de rol exemplificativo, cf., entre outros, FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. 3ª ed. São Paulo: R.T., 2008, p. 81: "Para fins previstos no Estatuto da Cidade, a saber, na execução da política urbana vinculada ao objetivo de ordenar a cidade em proveito da dignidade da pessoa humana, a Lei 10.257/2001 estabeleceu alguns instrumentos, dentre outros, exatamente com a finalidade de fazer com que o diploma se efetive no sentido de organizar as necessidades de brasileiros e estrangeiros aqui residentes dentro da ordem econômica capitalista".

ramo do Direito Agrário em acentuado desenvolvimento – revela-se um importantíssimo elo de integração dos espaços urbano e o rural através do desenvolvimento das cidades-médias, tanto nas relações verticais (estado e particular) e como horizontais (entre particulares), sendo apto a estabelecer as necessárias conexões entre o urbano-cidade (Direito Urbanístico) e o rural-campo (Direito Agrário), e melhor promover, de forma equilibrada¹, a reprodução dos sistemas naturais e reprodução e a distribuição da produção social, com reflexos positivos na qualidade de vida e no bem-estar da coletividade, presente e futura.

Esse traço comum entre o urbano (cidade) e o rural (campo) propiciado pelo Direito do Agronegócio, não pode dispensar a regulação de um sem considerar-se o outro, pois, caso contrário, estará incompleto².

O tratamento do espaço agrícola (rural) deve conjugar-se com o espaço urbano, notadamente no desenvolvimento sustentável das cidades-médias. Nessa confluência da regulação entre o urbano e o rural insere-se o relevante papel a ser desempenhado pelo Direito do Agronegócio na harmonização das respectivas políticas públicas e das ações e iniciativas públicas e privadas

¹ Vários princípios de justiça (social, distributiva, comutativa, econômica) podem ser introduzidos no discurso jurídico. Cf. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seone, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez.. Granada: Editorial Comares, 2005: "En principio, ninguna tradición y ninguna autocomprensión están excluidas del discurso. Con ello, todos los principios de justicia pueden, en principio, ser introducidos en el discurso". A idéia de justiça econômica está ligada à racionalidade do mercado, alocação e distribuição de bens escassos, e aos custos da transação, obtendo o máximo de eficiência e bem-estar social, bem como se relaciona com o papel intervencionista do Estado na economia. Confirma-se POSNER, Richard A., PARISI, Francesco. *Economic Foundations of Private Law*. Cheltenham: Elgar Critical Writings Reader, 2002. Ressalve-se, contudo, os limites da contribuição para a ciência jurídica da análise do custo-benefício dos institutos jurídicos, conforme a arguta lição de PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 64: "A 'economic analysis', como teoria global do direito conforme a racionalidade do mercado, postula que todas as avaliações, que no sistema se apresentam como fundamento dos negócios, podem esgotar-se no aspecto econômico e que todas as escolhas dos sujeitos econômicos são apresentáveis em função de uma utilidade global. (...) O jurista sabe que nem todas as avaliações do direito são traduzidas em avaliações econômicas: as soluções jurídicas são assumidas sobretudo com base no consentimento formulado em termos políticos. Com isso não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para 'escrutinar o direito' e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica".

²SUNDFELD, Carlos Ari. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001)*. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. 2ª ed. São Paulo: Malheiro, 2006, p. 50: "Mas nenhuma política pública específica pode existir isoladamente, devendo coordenar-se com a política geral do Estado e com as inúmeras políticas setoriais. A política urbana, enquanto política espacial, precisa necessariamente coordenar-se com a política econômica do país e com as políticas de transporte, saneamento, energia e agrária etc."

(empresário e trabalhador urbano; empresário e trabalhador rural ¹) e, por fim, dos seus correspondentes mecanismos e instrumentos jurídicos a fim permitir o desenvolvimento econômico sustentável em conformidade com as necessidades do presente e à reserva de direito das gerações futuras, garantindo-se um padrão mínimo de qualidade de vida e de bem-estar da coletividade².

Na harmonização acima proposta³, será preciso considerar, entre os mecanismos previstos no Estatuto da Cidade, o plano diretor (art. 4º, inciso III, "a"), porquanto este se trata de

¹ O BNDES identificou algumas externalidades da empresa agrária em face do espaço urbano, incentivando um "conjunto de projetos que integram o planejamento e as ações dos agentes municipais em diversos setores com vistas a contribuir para a solução dos problemas estruturais dos centros urbanos. Os projetos a serem financiados pelo BNDES também podem ser focados a um setor específico, como saneamento ou transporte, por exemplo, na medida em que compõem planos de governos municipais mais abrangentes. O Projeto Multissetorial Integrado é um modelo alternativo de tratamento dos problemas sociais que abrange soluções para os variados tipos de carências, articulando, no âmbito municipal, investimentos em diversos setores sociais, como, por exemplo, saneamento básico e transportes. Dentre as características especiais do Projeto Multissetorial Integrado destacam-se as seguintes: a formulação de soluções integradas, considerando-se as especificidades locais; o desenvolvimento de processos de participação das comunidades: o gerenciamento; o acompanhamento e avaliação dos resultados e metas estabelecidas; e manutenção e sustentabilidade das transformações promovidas".

² STF, Tribunal Pleno, ACO-MC-AgR 876/BA, Relator Ministro Menezes Direito, julgamento 19.12.2007, DJ 01.08.2008, pp. 00044: "(...) 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem e de todos os homens".

³ A título de lustração sobre a possibilidade de harmonização entre o desenvolvimento econômico nacional sustentável e a preservação do meio-ambiente objetivando um justo equilíbrio entre as exigências econômicas e as ecológicas, confira-se o julgado do STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 01.09.2005, DJ 03.02.2006: (...) "Questão do desenvolvimento nacional (CF, Art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, Art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória n. 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. A Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias

instrumento básico e fundamental da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, §1º da CF), nos seus aspectos (i) físico, (ii) social, (iii) econômico, (iv) ambiental e (v) administrativo-institucional¹.

Por fim, será preciso, ainda, estabelecer as conexões adequadas entre o espaço urbano (arts. 182 e 183 da CF)² e o espaço rural (arts. 184 e 191 da CF)^{3 4} para um desenvolvimento

e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III)".

¹ Sobre o conteúdo do plano diretor, SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 140-143. FILHO, José dos Santos Carvalho, *Op. Cit.*, p. 264-266.

² Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001.

³ Estatuto da Terra – Lei n. 4.504/1964. Cf. LIRA, Ricardo Pereira, *Op. Cit.*, p. 327-328 e 332: "Pelo princípio da continuidade das leis, ocorreu a recepção do Estatuto da Terra pelos textos constitucionais supervenientes, em razão da evidente compatibilidade daquela lei ordinária com a nova sistemática" (...) Como se vê é um rosário de expressões destinadas a impedir a implementação imediata de uma reforma agrária e de uma política agrícola. (...) Temos, então, que, basilarmente, as formas de utilização da terra rural no ordenamento jurídico brasileiro são aquelas previstas no Código Civil brasileiro, e na legislação extravagante, com os obstáculos, já apontados, trazidos pela Constituição Federal de 1988, representando um retrocesso nos caminhos conducentes a uma nova estrutura da propriedade fundiária no campo, ensejadora da reforma agrária".

⁴ A propósito da função social da propriedade rural e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, confira-se o julgado do STJ, 1ª Turma, REsp 821083/MG, Ministro Luiz Fux, julgamento 25.03.2008, DJ 09.04.2008: "Administrativo. Ambiental. Arts. 16 e 44 da Lei n. 4.771/65. Matrícula do imóvel. Averbação de área de reserva florestal. Necessidade. 1. A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente" 2. A obrigação de os proprietários rurais instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, atende ao interesse coletivo. 3. A averbação da reserva legal configura-se, portanto, como dever do proprietário ou adquirente do imóvel rural, independentemente da existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa na gleba. 4. Essa legislação, ao determinar a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal, resultou de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuada sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente, levam à

econômico sustentável e garantindo, a um só tempo, um padrão mínimo de qualidade de vida digna do homem e o atendimento às necessidades da coletividade, presente e futura (arts. 1º, inciso III, 3º, incisos I, II, III, IV, 6º, 170 e 225 da CF).

conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras (RMS n. 18.301/MG, DJ de 03/10/2005). 5. A averbação da reserva legal, à margem da inscrição da matrícula da propriedade, é consequência imediata do preceito normativo e está colocada entre as medidas necessárias à proteção do meio ambiente, previstas tanto no Código Florestal como na Legislação extravagante. (REsp 927979/MG, DJ 31.05.2007) 6. Recurso Especial provido”.

REFERÊNCIAS.

ALEX, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seone, Eduardo Roberto Soder y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

ALMEIDA, Paulo Guilherme de. *Direito Agrário. A propriedade imobiliária rural*. São Paulo: LTr, 1980.

ALVARENGA, Octavio Junqueira de Mello. *Direito agrário e ecologia*. In Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, v. 8 , n.44,p. 179-190, fev. 1974.

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *Direito Urbanístico. Um outro paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*. Coimbra: Almedina, 2002.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ÁVILA, HUMBERTO. *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Conceito de propriedade e sua extensão no direito agrário. In Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 59, n.413, p. 27-40, mar.,1970.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos*. In; BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. e BARROSO, Luís Roberto. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares*. In Legitimação dos Direitos Humanos. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Coord. *In* Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Agrário*. Vol. 1. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Sergio Resende de. *Autonomia do direito brasileiro. Direito Agrário*. *In* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n.29, p. 259-276, jun., 1988.

BARROSO, Lucas Abreu. MIRANDA, Alcir Gursen de, SOARES, Mário Lúcio Quintão. *O Direito Agrário na Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. e REZEK, Gustavo Elias Kallas. *Accessio Possessionis e usucapião constitucional agrário: inaplicabilidade do artigo 1.243, primeira parte, do Código Civil*. *In* Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 7, n.28, p. 113-124, out./dez. 2006.

_____. Cristiane Lisita. Coord. *Direito Agrário Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. *In* A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENJAMIN, Antonio H., SICOLI, José Carlos M. Org. *Agricultura e Meio Ambiente. Agriculture and the Environment*. *In* Congresso Internacional de Direito Ambiental, 4. São Paulo, 2000, São Paulo, IMESP, 2000.

BNDES, Banco Nacional de Desenvolvimento e Econômico Social
<http://www.bndes.gov.br/agropecuaria/default.asp>. Acesso em 14.07.08.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *La funzione promozionale dei diritto*. In *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni de Comunita, 1977.

BONIZZATO, Luigi, *Propriedade Urbana Privada & Direitos Sociais*. Curitiba: Juruá, 2007.

BRAGA, Jose dos Santos Pereira. *O trabalho agrícola e o Estatuto da Terra*. In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 6 , n.3,p. 213-220, jan./jun. 1992.

CARDOSO, Fernanda Lousada. *Propriedade Privada Urbana Obriga? Análise do Discurso Doutrinário e da Aplicação Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARROZZA, Antonio *Lezioni di Diritto Agrario*. 1ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988.

CARRERA, Francisco. *Cidade Sustentável. Utopia ou Realidade?* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CAVALAZZI, Rosangela Lunardelli. *O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do direito à cidade*. In Direito da Cidade. Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CHACON, Enrique Ulate. *Influencia delCodigo Procesal Civil 'Modelo' en el proceso agrario latinoamericano (caracteristicas tendenciales y unificacion procesal)*. In Roma e America. Diritto Romano Comune, Roma, n.17, p. 179-212, jan./jun. 2004.

CIOTALA, Marcello Raposo. *Relativismo, Universalismo e Justiça Distributiva: Um Estudo sobre a Teoria da Igualdade Complexa e a Teoria da Justiça como Imparcialidade*. Tese. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO, 2005.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista*. Curitiba: Juruá, 2006.

COSTATO, Luigi. *Imprenditore agricolo, novita codicistiche e polemiche 'retro'*. In Rivista di Diritto Civile. CEDAM, Padova, v. 52, n.1, p. 89-100, jan./fev.,2006.

COUTO, Jose Pedro do. Estruturação do juízo agrário estadual, segundo exegese do art. 126 da Carta Política. *In* Julgados da Justiça de Rondônia, Porto Velho, v. 7, n. 8, p. 73-111, dez. 1992.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito Urbanismo*. volume 1. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2ª ed. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. São Paulo: Malheiros, 2006.

DUQUE CORREDOR, Roman Jose. *Justicia agraria en Latinoamerica y veinte anos de justicia agraria en el Peru*. *In* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 15, n.58, p. 116-120, out./dez., 1991.

FACHIN, Luis Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Justiça e injustiça agrária*. *In* Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente, Curitiba, v.1, n.1, p.80-84, ago., 1986.

FERNANDES, Edésio e ALFONSIN, Betânia. Coord. *Direito Urbanístico – Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão e Dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A Propriedade no Direito Ambiental*. 3ª ed. São Paulo: R.T., 2008.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado*. 3ª ed. São Paulo: R.T., 2008.

FIRJAN, Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. <http://www.firjan.org.br/notas/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm>. Acesso em 26.06.2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2006.

GARCIA, Eusebio Fernandez. *Filosofia Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

GARCIA, Maria. Coord. *A Cidade e seu Estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GELSI BIDART, Adolfo. *Reforma agraria y medio ambiente*. In Revista de Direito Agrário e Meio Ambiente, Curitiba, v. 2, n.2, p. 1-7, ago., 1987.

GERMANÒ, Alberto. *Manuale di Diritto Agrario*. Sesta edizione. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GIORGIANI, Michelli. *Direito Privado e as suas atuais fronteiras*. In Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 747, jan. 1998.

GODOY, Luciano de Souza. *O ITR como instrumento de política agrária*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 16, n.59, p.109-116, jan./mar., 1992.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HIRONAKA, Gizelda Maria F. Novaes. *Direito Agrário e os seus mecanismos de conservação e preservação do meio ambiente*, In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: v. 15, n.56, p. 153-161, abr./jun., 1991.

_____. *Atividade Agrária e proteção ambiental: simbiose possível*. São Paulo: Cultural Paulista, 1997.

IRTI, Natalino. *Dal diritto civile ao diritto agrario (momenti di storia giuridica francese)*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000.

LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do direito agrário*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1981.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Etica Juridica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Fundamentos do direito agrário*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 13, n.47, p. 77-99, jan./mar.,1989.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito Urbanístico, Estatuto da Cidade e Regularização Fundiária*. In Direito da Cidade. Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LISITA, Cristiane. *Fundamentos da Propriedade Rural. Conflitos Agrários e Justiça Social*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional*. Cadernos 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUZ, Valdemar P. da. *Curso de Direito Agrário*. 2ª ed. São Paulo: Sagra-DC Luzzato, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *O Direito agrário e a geopolítica da alimentação*. In Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, v. 4, n.19, p. 2202-2204, jan./fev. 2005.

_____. *As normas constitucionais de direito agrário no Brasil e os desafios da reforma agrária após a constituição de 1988*. In Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, v. 4, n.23, p. 2764-2768, set./out. 2005.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. In Revista de Direito do Estado, nº 5, janeiro/março, 2007.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário*. 7ª ed. São Paulo: Altas, 2007.

MASSART, Alfredo. *Spunti di riflessione sull evoluzione e la metamorfosi degli Istituti del Diritto Agrario (nella manualistica italiana)*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 16 , n.59, p. 94-99, jan./mar. 1992.

MATTIA, Fabio Maria de. *A interpretação no direito agrário*. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, n.129,p. 267-273, jan./mar. 1996.

_____. *Noções introdutórias ao direito agrário*. In Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 90, n.328, p. 53-59, out./dez., 1994.

MATTOS NETO, Antonio José de. *Institutos básicos do direito agrário à luz da Constituição Federal de 1988*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 14, n.54, p.128-135, out./dez., 1990.

_____. *Os interesses difusos agrários da Amazônia*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 13, n.48,p.81-85,abr./jun.,1989.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade. Comentários*. 2ª ed. São Paulo: R.T., 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, Octavio. *Direito agrário - novas dimensões*. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 17, n.66,p. 293-302, abr./jun. 1980.

_____. *O direito agrário e o desenvolvimento da Amazônia*. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 18 , n.72,p. 305-324, out./dez. 1981.

_____. *O direito agrário na Constituição de 1988*. In Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Belém, v. 33 , n.48,p. 17-29, abr./jun. 1989.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Aspectos dos contratos agrários no Mercosul*. In Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 98, n.361, p. 325-337, maio/jun. 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em foco*. 5ª ed. São Paulo: R.T., 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. In Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Constituição e Direito Civil. Tendências*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 779, set. 2000.

MOREIRA, Bruno, MARANGONI, Marina, CASTILHO, Rafael. *As áreas de Proteção Ambiental e os Impostos sobre a Propriedade*. In Direito Tributário Ambiental. Coord. ORLANDO, Breno Ladeira Kingma, GUDIÑO, Daniel Mariz, TROUW, Ernesto Johannes, GONÇALVES, Fábio Fraga, MUNIZ, Igor, MURAYAMA, Janssen Hiroshi. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MOTA, Mauricio. *O conceito de natureza e a reparação das externalidades ambientais negativas*. In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. Coord. São Paulo: Elsevier, 2008.

MUKAI, Toshio. Coord. *Saneamento Básico: Diretrizes Gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. *Direito Urbano e Ambiental*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*. In Teoria dos Direitos Fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Ética Y Derecho Humanos (En un Estado de Guerra)*. In *Derecho, moral y política II: fundamentos del liberalismo político: derechos humanos y democracia deliberativa*. 1ª ed. Buenos Aires: Gedisa, 2007.

OPITZ, Silvia C.B., e OPITZ, Oswaldo. *Curso Completo de Direito Agrário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Netherlands: Kluwer, 1989.

PEREZ, Jesús Gonzáles. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POSNER, Richard A., e PARISI, Francesco. *Economic Foundations of Private Law*. Cheltenham: Elgar Critical Writings Reader, 2002.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Direito do Agronegócio: é Possível a sua Existência Autônoma?* In *Direito do Agronegócio*. Coord. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. e QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In *A Parte Geral do novo Código Civil*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004.

_____. *Justiça com Equidade. Uma reformulação*. São Paulo: Martins, 2003.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Justiça*. In *Dicionário de Filosofia do Direito*. BARRETO, Vicente. Coord. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REIS, Glaucia Maria Teodoro. *Direito Agrário. Da Colônia à República*. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil /Continua como/ RIDP, Porto Alegre, v. 03, n.17, p. 122-130, maio/jun. 2002.

REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel Agrário. Agrariedade, Ruralidade e Rusticidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Apuntes de teoria del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SANTORO-PASSERELLI, Francesco. *Saggi di Diritto Civile*. Napoli: Jovene, 1961.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCAFF, Fernando Campos. *Aspectos fundamentais da empresa agrária*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Teoria do Estabelecimento Agrário*. São Paulo: R.T., 2001.

SCALINI, PAOLO. *L'Impresa agrária e i contratti agrari*. Torino: Unione Tip. Ed. Torinese, 1968.

SÉGUIN, Élide. *Estatuto da Cidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O Direito Ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*. São Paulo: Livraria Legislação Brasileira, 1968.

_____. *Esboço histórico da formação do direito agrário*. In Coleção "Seminários", n. 13, Ajup-Fase, 1990.

SOUZA, Adriano Boni de. *Direito Agrário Brasileiro e o Agronegócio Internacional*. São Paulo: Observador Legal Editora, 2007.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. *Direito agrário hereditário*. In Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 2, n.5, p. 9-23, jan./mar. 2001.

SOUZA, Luciano Godoy de. *Direito agrário constitucional*. In Justiça e Poder, São Paulo, v. 1, n.7,p. 76-81, maio 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001)*. Coordenadores DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. 2ª ed. São Paulo: Malheiro, 2006.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A Propriedade e a Posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. *Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade Urbana Imóvel*. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. TEPEDINO, Gustavo. Coord. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *Empresa agrária e contratos agrários*. In Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 87, n.757,p. 29-51, nov. 1998.

VAZ, Paulo Afonso Brum, *O Direito Ambiental e os Agrotóxicos. Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

VICHI, Bruno de Souza, *Política Urbana. Sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VIEIRA, Juliana de Souza Reis. *Cidades Sustentáveis*. In Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. Coord. MOTA, Mauricio. São Paulo: Elsevier, 2008.

ZELEDON, Ricardo. *Dos institutos a ciência do direito agrário*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 16, n.59,p.100-

108,jan./mar.1992.

ZIBETTI, Darcy Walmor. *Teoria Tridimensional da Função da Terra no Espaço Rural*. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Seguro Agrícola e Desenvolvimento Sustentável*. Curitiba: Juruá, 2006.

Advogado e Professor. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e Presidente da Comissão de Direito Agrário - CDA. Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. cursou o Mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

A Hipocrisia do Discurso da Prisão Preventiva

Walter Arnaud Mascarenhas jr

Sumário: Introdução – **1.** A questão do ‘mérito’ ou ‘exame de provas’ e a via estreita do *habeas corpus* – **2.** A questão da gravidade do delito *versus* a legislação penal – **3.** A questão do foragido *versus* a garantia de aplicação da lei penal – **4.** A questão da *(in)trancendência* e da *(in)ofensividade* – **5.** Balanço final: Estado *versus* Direito de Defesa.

Resumo: O instituto da prisão preventiva há muito é palco de calorosas discussões e boa parte dos operadores do Direito com alguma vivência no Processo Penal compartilham das principais idéias para a sua correta aplicação. Assim, não são novos os discursos contra a *falta* ou a *deficiência* da fundamentação no ato de sua decretação. Seus pressupostos e requisitos são bem conhecidos de todos: alunos, professores, juristas, advogados, defensores, delegados, promotores e magistrados, ninguém duvida de seus exatos contornos. Entretanto, estranhamente, na *práxis* processual da Justiça criminal de 1º e 2º graus de todo o país, o que se revela é uma completa *desarmonia*. Este trabalho visa investigar porque isso acontece; quais são os mistérios que governam esses desacertos se, aparentemente, todos concordam com suas idéias reitoras.

Palavras-chaves: Prisão preventiva – Liberdade provisória – Gravidade do delito – Habeas corpus – Garantismo penal.

Abstract: The institute of preventive custody has been for a long time a stage of heated discussions, and a good number of Attorneys, with some experience in Penal Proceeding, share the main ideas for its correct enforcement. Therefore, the speeches against the lack or insufficiency of grounds in the act of their decreeing are not new. Their assumptions and requirements are well known by all: students, professors, jurists, attorneys, defense attorneys, delegates, public prosecutors and magistrates, no one question their exact contours. However, in the procedural praxis of criminal justice of 1st. and 2nd. degrees all over Brazil, what we find is a complete lack of harmony. This work aims at investigating why this happens, and which are the mysteries governing such errors, when apparently everyone agrees with its major ideas.

Key Words: Preventive Custody; Release on Own Recognizance; Offense Seriousness; Habeas Corpus; Penal Guarantism.

Área do Direito: Penal – Processo Penal

Introdução: A Constituição Federal da República do Brasil proclama em seu artigo 5º (LXVI) que: 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.' Daí, decorre a certeza de que a prisão preventiva é exceção, cuja a regra é a liberdade provisória.

Atualmente, embora ninguém mais duvide dos efeitos colaterais da prisão preventiva dentro do ordenamento jurídico, ainda se percebe certa reminiscência de ordem política em contestá-la, notadamente nos anais da imprensa e de certos seguimentos da sociedade civil. Muitos *formadores de opinião* apregoam o fortalecimento da prisão preventiva como mecanismo de Defesa Social. Para este grupo, o recrudescimento da lei e do poder de polícia são decorrências lógicas e naturais.

Neste compasso, a tensão entre os que incentivam a extensão do uso da prisão cautelar contra aqueles que a limitam é notável nos discursos políticos, nos artigos especializados, nas entrevistas com autoridades, artistas e também no âmbito acadêmico, próprio das Ciências Sociais ou Humanas.

Quem nunca se deparou após um crime bárbaro, de grande repercussão na *mídia* com discursos do gênero: isso aconteceu porque a lei é fraca! No Brasil, a pessoa comete um crime agora e daqui a pouco já está na rua de novo!

Da mesma forma, também é corriqueiro se ver gente falando, exatamente o contrário, tipo: o problema criminal não é um problema de lei, mas de cultura ou educação! É um absurdo ter de manter alguém preso, enquanto dura o processo em um país onde os processos se arrastam indefinidamente!

Pois bem, envoltos neste *cabo de guerra* os dois grupos, mesmo, possuindo relevantes aspectos positivos e negativos por estarem fundados sobre bases bem definidas e fáceis de serem identificadas, não constituem ainda o tema-foco deste trabalho.

Minha preocupação reside em uma questão bem mais nebulosa e porque não dizer, dissimulada. Refiro-me aos adeptos do segundo grupo, dos que ostentam a mesma bandeira, qual seja: a do *uso comedido da prisão preventiva*. Defendem a liberdade provisória como regra e proclamam o respeito ao Estado Democrático de Direito e ao Garantismo Penal, cujo grupo, muitas vezes, é o mesmo que se vê lecionando nas melhores universidades do país e se encontra no exercício do poder judicante pautando as decisões mais importantes do Brasil.

Aliás, nos cursos preparatórios para as grandes carreiras jurídicas é corriqueiro o discurso de que a prisão preventiva deve ser manejada com toda moderação possível, devendo se subordinar ao binômio *necessidade/utilidade* e sempre guardar correspondência aos ditames do art. 312 do Código de Processo Penal.

Entretanto, não raro se percebe uma espécie de *força motriz* atuar nas 'mãos' que redigem as manifestações do MP e as decisões judiciais de 1º e 2º graus fazendo com que muitos pleitos de revogação de prisão preventiva, embora bem formulados e calcados sobre decretos desprovidos de suporte idôneo, sejam rechaçados liminarmente. Ora, se por trás dessas decisões estão às mesmas autoridades das *salas de aula*; mestres e doutores em Ciências Penais que professam a liberdade provisória como uma das manifestações mais importantes do Devido Processo Legal porque será que não é reproduzido no Judiciário o mesmo discurso das salas de aula?

Há tempos percebo que para além do conhecimento técnico jurídico existe uma ideologia camuflada, não admitida pelas autoridades constituídas. Algo presente no

*subconsciente coletivo*¹ das autoridades que detêm o poder de decisão. Algo que, certamente não decorre de má-fé, mas de um sentimento que não pode ser traduzido por palavras e, muito menos, pode ser escrito porque contrastaria com os grandes tratados e com as decisões pretorianas de vulto histórico e filosófico.

É a respeito desta **vexata quaestio** que pretendo discorrer, procurando vislumbrar um *ponto de fuga* para certos julgadores onde, em vez de, admitirem a presença dos requisitos para a revogação de uma prisão cautelar e conceder a liberdade, acabam ou distorcendo completamente os pedidos que lhes são feitos ou aplicando uma fundamentação mais apropriada ao ponto de vista contrário ao que se dizem defensores. Resultado: A decisão é, quase sempre, injusta ou incoerente.

E nos arredores dos tribunais? Vive-se um *mundo de faz de conta*, onde teoria e prática não se harmonizam, assim como lei e fato não se integram. Os advogados *fazem de conta* que seus clientes são 'bonzinhos' ou 'inocentes', não praticaram o crime nas circunstâncias da denúncia, enquanto os julgadores *fazem de conta* que essas questões 'não têm a menor importância' para a concessão da liberdade, pois estão relacionadas ao *meritum causae*. Da mesma forma, a jurisprudência *faz de conta* que não contempla a gravidade do crime como empecilho para a concessão de liberdade provisória porque a lei já a considera quando da fixação dos parâmetros da reprimenda penal.

Enquanto isso, os advogados *fazem de conta* que acreditam (...) e por aí vão tantas e tantas outras ilusões do gênero. Tentarei enfrentar só algumas delas.

1. A questão do 'mérito' ou 'exame de provas' e a 'via estreita' do *habeas corpus*.

Qual militante da área criminal nunca viu uma Ementa que contivesse o seguinte: "A estreita via do HC não comporta *exame do mérito* da imputação", ou então; "Não cabe *exame de provas* nos limites do HC".

Certamente, todo mundo já viu e nem precisa impetrar HC ou chegar ao 2º grau de jurisdição para ver decisões salientando não se confundirem o mérito, atrelado ao direito *substancial* com questões *instrumentais* como são as relativas à prisão cautelar. Tal assertiva tem a sua razão de ser na própria natureza dos institutos, o Direito Penal como Ciência que aborda os crimes em espécie e o Direito Processual Penal como instrumento ou meio para dar exequibilidade a quem realizou a conduta típica.

Assim, também não resta dúvida que sendo o HC uma via de *cognição sumária*, seu âmbito não pode abarcar uma investigação de conteúdo aprofundado, pois para isto existe o próprio Processo Penal, devidamente estruturado para acolher todas as discussões atinentes ao crime e as suas circunstâncias. O problema é que o desrespeito a noção de que o *habeas corpus* não deve servir para adentrar ao mérito ou analisar provas, não constitui um erro

¹ Uma certa escola moderna de psicologia define o 'subconsciente coletivo' como uma entidade que a investigação científica não poderia atingir diretamente, - já que o inconsciente não pode, como tal, tornar-se consciente, - mas cujas disposições latentes, abusivamente chamadas de 'arquétipos', podem ser inferidas de certas 'erupções' irracionais da alma (...) BURCKHARDT, Titus. *Le Paysage dans l'Art extreme-oriental in Principes ET Méthodes de l'Art. Sacré*, p. 187, Dervy-Livres, Paris, 1976 (Trad. Luiz Pontual)

exclusivo dos impetrantes é mais comum do que se pensa, também entre os próprios julgadores.

É dizer: a Defesa quando deduz um pedido de revogação de prisão preventiva e o faz com base no mérito ou nas provas produzidas no processo é, sempre, *chamada à atenção*, merecendo o indeferimento do pleito acompanhado de certa *lição* acadêmica.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS - CRIMINAL – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. – EXAME APROFUNDADO DO MÉRITO E DA PROVA NO WRIT. IMPOSSIBILIDADE – RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA – PRECEDENTES ORDEM DENEGADA.

1- O *habeas corpus* não comporta exame aprofundado da prova e do mérito da imputação.

2- A palavra da vítima é de alta relevância nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, cometidos na clandestinidade. (Precedentes).

3- Ordem denegada. (HC nº 66.651/SP - 2006/0204474-0)

“A ação de *habeas corpus* constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento.” (HC nº 69.780 – STF)

Todavia, o mesmo equívoco não é difícil de ocorrer por parte do Estado, isto é, quando o Juiz denega o pedido em sede de HC ou no âmbito do processamento da causa. Chegando a ser até *frequente* ver decisões indeferindo pedido de revogação de prisão preventiva, onde o fundamento utilizado se mistura com questões *meritórias* ou de *prova*. O curioso é que, muitas vezes, mesmo cômico do equívoco, o julgador não perde o hábito *professoral* de opor conceituações corretas do ponto de vista técnico, mas nem por ele mesmo observadas na hipótese *sub examen*. É o exemplo abaixo:

“A prisão preventiva se revela como medida de natureza cautelar de caráter excepcional, só podendo ser decretada nos casos em que, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, estiverem presentes os requisitos autorizadores, previstos no art. 312 do CPP.

(...)

No presente caso, narra a peça acusatória a existência de uma poderosa organização criminosa, especializada no comércio ilícito de substância entorpecente entre países da América do Sul e da Europa, assim como na ocultação dos lucros auferidos com esta atividade criminosa mediante a aquisição de postos de gasolina e investimentos na indústria petroquímica, de molde a caracterizar o crime de lavagem de dinheiro de que trata o artigo 1º, I, da lei nº 9.613/98.

Relata a inicial que a droga comercializada pela organização era produzida na Colômbia, saindo de lá para o Uruguai, de onde era enviada para a Espanha – ponto de partida para a distribuição aos demais países da Europa - e para os Estados Unidos da América. O dinheiro então arrecadado retornava ao Uruguai, em vãos comerciais, onde os

integrantes da quadrilha transportavam milhões de euros e dólares, ingressando, posteriormente no território nacional, mediante transferências supostamente legais, já que os denunciados tomavam o cuidado de obter autorização do BACEN para investimentos em indústrias petroquímicas, postos de gasolina e empresas cujo proprietário de fato era o denunciado XXXXXXXX, apontado pelas investigações como o chefe da organização criminosa.

(...)

Com efeito, a denúncia revela fortes indícios de que a *acusada* XXXXXXXX praticava atos de administração dos postos de gasolina adquiridos pela quadrilha, figurando no estatuto social de diversas empresas de propriedade da organização criminosa, denotando efetiva atuação nas práticas de lavagem de dinheiro, tendo sido constatado vínculo de seu nome com os dados registraes de várias contas bancárias de titularidades dos postos pertencentes à organização (...)

Isto é o que se constata do monitoramento dos terminais telefônicos por ela utilizados, que permite inferir sua participação nos “negócios” da quadrilha, conforme se extrai dos seguintes diálogos:

(...)

Como se infere dos diálogos acima transcritos, não se trata de pré-julgamento ou antecipação de cumprimento da pena, mas sim de retirar do convívio social elemento completamente inserido dentro de organização criminosa com tentáculos em vários países, altamente organizada e que necessita ser urgentemente desmantelada, preservando-se a ordem pública, já que não se tem dúvidas de que o tráfico internacional de entorpecentes é delito que dispensa maiores dissertações a respeito da grave ameaça que representa para a segurança pública e a paz social.

Igualmente, não se está aqui a fundamentar decisão de 1º grau, mas sim de reconhecer que embora sucinta, a decisão monocrática não padece de qualquer vício e encontra seu respaldo nos elementos constantes dos autos, os quais evidenciam a presença dos requisitos do art. 312 do CPP, autorizadores da prisão preventiva decretada. Pelo exposto, DENEGO A ORDEM.” (HC nº 2007.02.01.005068-3 TRF/RJ)

A decisão acima incide justamente naquilo que ela mesma faz questão de negar, isto é, de que não está fazendo um ‘pré-julgamento ou antecipação de cumprimento da pena’ ou ainda, ‘fundamentando a decisão de 1º grau’.

Ora, é claro que está fazendo tudo isso ‘sim’. Este é um caso clássico de *supressão de instância* ou *usurpação do poder judicante* de 1º grau. O Tribunal não podia se imiscuir a fazer considerações de prova, transcrevendo diálogos de interceptação telefônica e precipitando considerações acerca do *modus operandi* da suposta organização criminosa. Se não deve o impetrante adentrar no exame de mérito e na análise de provas quando impetra uma ordem de *habeas corpus*, também não deve o Estado-Juiz fundamentar suas decisões com base nestes mesmos elementos para rechaçar o pedido.

Como se não bastasse, existe, ainda, o problema do desrespeito a *via de cognição sumária* por onde todo HC deve ter curso. Já vi Juiz apontar a deficiência do decreto de prisão provisória e, em vez de deferir o pedido de medida liminar dar nova *chance* para a autoridade coatora fundamentar a necessidade da prisão preventiva. Uma providência incompatível com a natureza do HC:

“(...) é de se ver que o decreto judicial que acolheu o pedido ministerial e decretou a prisão preventiva do paciente carece da necessária fundamentação, uma vez que a mera justificação de que “presentes seus pressupostos” não preenche os requisitos legais de fundamentação específica ao caso concreto. Não bastasse isso, a decisão

que a esta sucedeu, pela qual a denúncia foi recebida, também não traz nenhuma explicação dos motivos pelos quais a prisão preventiva deve ser mantida (...))

De qualquer forma, considerando-se que descabe a este juízo de segunda instância proceder originalmente a adequada análise da necessidade desta prisão preventiva, apresentando os fundamentos que a sustentam, até porque se assim o fosse, suprimindo estaria um grau de jurisdição para o paciente, e ainda considerando-se que a primeira decisão adotada (a que decretou a preventiva) se deu em sede de plantão no dia 28.03.2007, o que inviabiliza muitas vezes uma escorreita e adequada análise do caso, *determino que se oficie o ilustre juízo impetrado para que este, no prazo de 48h (quarenta e oito horas), não apenas preste as informações cabíveis como fundamente adequadamente a necessidade da prisão preventiva decretada*" (HC nº 5051.2007.02.01.003968-7 TRF/RJ)

Eis aí uma decisão inquinada por um estrondoso *error in procedendo*, à medida que, subverteu a dinâmica procedimental do HC. Permitiu ao Estado *errar duas vezes* à custa do sacrifício do paciente, pois em lugar de desonerá-lo com o deferimento da liminar e conseqüente concessão de sua liberdade permitiu a autoridade coatora fundamentar, outra vez, a decisão de mantê-lo preso. Fato que, ao menos, não passou despercebido pela corte suprema quando tomou conhecimento do assunto:

"(...) Percebe-se claramente que a situação do paciente daquele *habeas corpus* foi agravada pelo despacho do juiz convocado do TRF da 2ª Região. Este, apesar de reconhecer a fragilidade do decreto prisional, diga-se de passagem, comum a todos os envolvidos determinou ao juízo de origem que fundamentasse adequadamente a decisão, quando o certo seria conceder a liminar. Em outras palavras, viabilizou-se, em *habeas corpus*, de forma *esdrúxula*, a oportunidade de *reformatio in pejus* (...)" (HC nº 93.803-5/RJ - STF. DJE 11.09.2008, Rel. Min. Eros Grau)

A expressão 'esdrúxula' acima utilizada bem retrata o quão terrível foi à decisão porque nela, expressamente, se permitiu unir duas coisas entre si distintas e inconfundíveis, a *fundamentação* com as *informações*, pois é lógico que a fundamentação é imprescindível, há de ser sempre *anterior* a efetivação da prisão. Deve constar do decreto de prisão como sendo o elemento que justifica a restrição da liberdade alheia. Enquanto, as informações hão de vir sempre *posteriores* ao decreto, visam, só, esclarecer eventuais dúvidas à autoridade judiciária superior a quem é endereçada. Sendo, por isso, dispensáveis. Tendo o STF há muito tempo ensinado que:

"As informações não substituem a fundamentação exigida em lei. Não há despacho, decisão ou sentença que adote fundamentação *a posteriori*, depois de produzir efeitos" (HC nº. 44.499, 2ª Turma, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, DJ de 23/2/68) "O despacho que decreta a prisão preventiva, quando falho, não se considera sanado por fundamentação suplementar, depois de haver produzido efeitos" (HC nº. 56.900, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ de 27/4/79).

Pena que passados, quase, meio século, da *advertência* que subjaz deste entendimento jurisprudencial, poucos sejam os Juízes que a observam.

2 – A questão da gravidade do delito *versus* a legislação penal

Também é cediço nos tribunais superiores que a *gravidade do crime*, por si só, não é o bastante para fundamentar uma prisão cautelar.

“A prisão preventiva para a garantia da ordem pública, fundada na gravidade do delito e na necessidade de acautelar o meio social, não encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal” (Gilmar Mendes. Min. do STF)

Embora, hoje, pacífico na doutrina e na mais alta corte de Justiça do país, muitos juízes continuam teimando em decretar prisões, movidos, unicamente pela revolta que a violência do crime induz.

“O inquérito policial demonstra que os acusados se concentraram para a prática do crime patrimonial narrado na denúncia, empregando para tal arma de fogo, situação que, *por si só*, autoriza a concluir pelo risco que os mesmos apresentam à sociedade se mantidos soltos”. (Proc. nº. 2009.204.001001-0/1ª Vara Criminal de Bangu – RJ)

A decisão em destaque representa exemplo típico de *como não se deve fundamentar uma prisão cautelar*. A fragilidade da argumentação assusta porque não agrega nenhum elemento válido. A gravidade do crime que, em tese, deve servir como aspecto para qualificar a pena ou sopesar o juízo de culpabilidade é, aqui, antecipada para o âmbito processual dando à prisão provisória uma conotação de *prisão pena*. Assim, o *emprego de arma de fogo* acabou assumindo uma feição irremediável ou implacável. A gravidade do crime operou o comprometimento, em definitivo, da conduta do indivíduo, impedindo-o corrigir-se depois com uma postura conforme o *devido processo legal*, o que seria o mais desejável já que todo o juízo de cautelaridade deve ser estritamente instrumental e não um fim em si mesmo.

Vale para a gravidade do crime a mesma crítica feita com relação às questões meritórias ou de provas. Ou seja; se não deve a Defesa fazer alusão a aspectos relacionados à *inocência* do imputado ou a fragilidade dos elementos de convicção que sugerem a sua participação no crime, também não deve o Estado se referir a gravidade do crime no momento de avaliar possível decretação ou manutenção de prisão cautelar.

A esmagadora maioria dos magistrados, mesmo ciente de que a gravidade do delito não deve ser invocada em sede de HC, paradoxalmente, utiliza a maior parte de suas decisões de *indeferimento liminar*, com trechos das denúncias onde constam os aspectos mais graves da imputação. Por conseguinte, raríssimas são às vezes em que se vê um Juiz deixar de levar alguém a prisão quando as circunstâncias apontam para um crime bárbaro

É necessário se levar em conta que à exceção da lei dos crimes hediondos, hoje de aplicação bastante mitigada pelo Supremo Tribunal Federal, a gravidade do crime não deve consistir em dispositivo automático para ensejar a prisão de ninguém¹.

Aliás, é de se duvidar da legitimidade de toda e qualquer lei que, genericamente imponha a prisão cautelar ou proíba a liberdade provisória, baseando-se na abstrata gravidade do delito². Daí, não podendo o hermenêuta a ela se apoiar como se tratasse de elemento irrefutável para justificar a restrição da liberdade das pessoas. Por isso, dissinto da jurisprudência que, vez por outra, desrespeita a *prerrogativa jurídica da liberdade*, de assento constitucional, superprotegendo a todo custo à ordem pública e menosprezando o interesse privado. Nesse ponto, é valiosa a lição de Aury Lopes Jr ao ensinar:

“a sociedade deve ser compreendida dentro da *fenomenologia da coexistência*, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário. Em suma, no processo penal, há que se compreender o conteúdo de sua instrumentalidade, recusar tais construções.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual e sua Conformidade Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 566/597).

Nessa linha, compartilho com o entendimento do Ministro Marco Aurélio de, considerar quanto mais *grave* o crime, maior a necessidade de se atentar para as garantias protetivas do imputado:

“pouco importa a gravidade da imputação, ou imputações. Até aqui, o paciente é simples acusado, muito embora com sentença contra si prolatada, mas que apenas implicou a submissão ao juiz natural, ao Tribunal do Júri. Aliás, quanto mais grave a imputação, maior deve ser o zelo na observância das franquias constitucionais” (HC/STF nº. 92.292, 1ª Turma. 12/05/09).

¹ Assim: “A gravidade do crime imputado, um dos malsinados ‘crimes hediondos’ (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (CF, art. 5º, LVII).” (RTJ 137/287, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

² Bem a propósito Maria Lúcia Karam dissera: “(...) a lei não pode estabelecer prisões provisórias obrigatórias, nem pode proibir genericamente a liberdade provisória para todos os casos de acusações fundadas na alegada prática de determinado tipo de crime.” KARAM, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Lumen Juris, vol. 6. 2009, p. 42.

Tal posição acentua uma postura de *vanguarda*, não sujeita a um formalismo exagerado como se fosse o magistrado um positivista *ortodoxo*. Um legalista inveterado¹, de modo a ter que dar cumprimento a leis, sabidamente casuísticas ou oportunistas como a dos crimes hediondos que, de tão podada pela corte maior do país já não atende mais aos anseios de ninguém.

A toda evidência o Juiz não deve ser concebido como um *Semideus*, mas por julgar seus semelhantes possui uma característica singular, a de não poder errar somente pelo *senso comum*. Seu convencimento deve se esmerar em uma gama maior de conhecimentos, fruto de uma *prudência aquilatada* que a natureza do seu ofício o impõe. Deve pautar suas decisões na *equidade*, a partir da vivência que constrói das *ciências* que estuda e da *sociedade* que observa e faz parte.

3 – A questão do foragido versus a garantia de aplicação da lei penal

Outro problema é o da situação de *foragido* como motivo para a decretação da prisão preventiva ou sua manutenção ao fundamento da 'garantia da lei penal'. Muitas vezes por preguiça de raciocínio, o julgador diante da notícia pura e simples de que o imputado se evadiu do distrito da culpa, decreta ou mantém a prisão preventiva, sem se dar ao trabalho de investigar a fundo, quais foram os motivos do indivíduo para se esconder da ação estatal.

A primeira crítica que se apresenta é a relacionada à própria consideração de foragido. É dizer; pode alguém que nunca foi preso ser considerado foragido? Segundo entendimento capitaneado pelo Ministro Cezar Peluso do STF, não. Para ele, só quem já foi preso e se evade do distrito da culpa para se furtar a aplicação da lei penal pode ser considerado foragido. No mais, o que há é a condição de *revel* ou de *legítima defesa* daquele que se esconde para demonstrar ser sua prisão *injusta*.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado em necessidade de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Fundamentos ligados ao mero fato da *revelia* dos réus, tida como fuga. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. HC concedido. Inteligência dos arts. 5º, LVII, da CF, e 312 do CPP. Voto vencido. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de necessidade de garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal, se baseia no só fato de o réu ser *revel*, tomando-o por *fuga*. (HC 94.759 – STF DJE 24.10.2008)

¹ "a sujeição do juiz à lei já não é de *facto*, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à lei somente quando válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos". (FERRAJOLI, Luigi, O direito como sistema de garantias, *apud* SILVA FRANCO, Alberto, O juiz e o modelo garantista, publicado no do Boletim IBCCRIM nº 56 - Julho /1997

Assim, é de se ver não bastar à mera constatação *objetiva* da ausência do imputado no *distrito da culpa*, o que pode acontecer por inúmeros motivos, alguns, até escusáveis, embora, nem sempre perceptíveis à primeira vista. Daí, a prudência recomende não se *denegar a ordem*, sem antes fazer uma atenta investigação sobre qual a razão de ser, do endereço do imputado encontrar-se incorreto onde tramita seu processo, sob pena de, qualquer, fundamentação baseada em *desaparecimento* servir para justificar a sua prisão a pretexto de garantir a aplicação da lei penal:

"*PREVENTIVA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RÉU FORAGIDO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.*

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se o juiz, para assegurar a aplicação da lei penal, decreta a prisão preventiva do paciente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. No caso, o paciente encontra-se foragido há 1 ano, sem que tenha sido encontrado para ser intimado da sentença de pronúncia, inviabilizando o prosseguimento da ação penal.

3. Ordem denegada." (HC 94.671/SC - STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima)

Para não se incorrer no risco da *generalidade* acima, onde não é permitido identificar *como* se chegou à situação de foragido. Convém, na dúvida, ou mesmo, quando não resta demonstrado pelo Estado que a fuga ocorreu para impedir a punição do crime, pois pode ter se dado só para impugnar o decreto prisional, - tido por injusto - a ordem deve ser concedida.

'*HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INIDONEIDADE. FUGA: AVALIAÇÃO, CASO A CASO.*

1. Residência fora do distrito da culpa. Circunstância que não autoriza a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, especialmente porque o endereço do paciente é conhecido, o que viabiliza a expedição de carta precatória.

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. (...)

6. Fuga como justificativa da prisão cautelar para garantia da aplicação da lei penal. Necessidade de avaliá-la, *caso a caso*, para concluir-se se a intenção do paciente é frustrar o cumprimento da pena ou impugnar prisão que considera injusta.

7. Ausente, no caso, demonstração de que o paciente pretende subtrair-se à aplicação da lei penal.

Ordem concedida.' (HC 91.971/RJ - STF, Rel. Min. Eros Grau)

Vale reforçar; quando o imputado foge do distrito da culpa, depois de ter tomado conhecimento do decreto de prisão preventiva e o faz para refutar a prisão porque a crê

injusta é razoável que não se espere dele, abrir mão de sua liberdade para, só depois, discutir a pertinência da medida constritiva. Não há que se falar em dever de colaborar com a justiça, sobretudo quando o próprio *conceito de justiça* constitui a base da controvérsia.

“o direito à fuga, sem violência, por aquele que, de forma procedente ou não, sinta-se alcançado por ato ilícito, à margem, portanto da ordem jurídica, surge como inerente ao homem, como um *direito natural*” (HC 84.934)

“agride a garantia da tutela jurisdicional exigir-se que, para poder questionar a validade da ordem de sua prisão, houvesse o cidadão de submeter-se previamente à efetivação dela” (HC 84.997-1/SP - STF, rel. Min. Cezar Peluso)

E, é bom não se perder de vista que a fuga apta a legitimar um decreto de prisão preventiva é aquela evidenciada por condutas reais, concretas e, sobretudo proativas do imputado (compra de bilhete de avião, encerramento de contas bancárias, dispensa de empregados, fechamento de empresa, venda de bens, preparação de bagagens, contratação de empresa de mudanças, etc)¹ e não aquela fundada em meras presunções ou suposições do julgador. Cabendo ainda lembrar que a *fuga sem violência* a pessoa, por si mesma, não é crime. Não é uma conduta típica à luz do código penal, só o *auxílio à fuga* o é².

4 – A questão da (in)transcendência e da (in)ofensividade

O *princípio da transcendência* possui dupla acepção. A primeira à necessidade do indivíduo ter de se expressar através ações externas, quais sejam; aquelas que ultrapassem a esfera de seu pensamento e ganhe efetividade no mundo real e a segunda, diz respeito ao que lhe é contraposto, a necessidade do Estado só poder impor restrições, punições ou penas a quem realmente praticou o fato, não podendo alcançar terceiros. Nesta última acepção, conhecida como ‘princípio da intranscendencia das medidas restritivas de direito’, tem-se a proibição da pena ultrapassar a pessoa do culpado.

De outra monta, fala-se muito no *princípio da ofensividade*, de larga aplicação no Direito Penal e que é imprescindível para caracterizar a criminalização primária.

Pois bem, embora ambos sejam amplamente aplicados no Direito material, vejo-os irradiando efeitos também no âmbito processual. A lógica consiste em que, de acordo com o

¹ GOMES, Luiz Flávio. Fuga do agente e prisão preventiva. *Jus navigandi*, Teresina, ano 10, nº. 942, 31 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7877>. Acesso em 18 jun. 2010.

² A promoção ou a facilitação a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança é crime (art. 351 do CP). Já, a fuga sem violência não constitui crime, pois típica é só a conduta consistente em: evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra pessoa (art. 352 do CP). No entanto, constitui falta grave (art. 50, II, da LEP), mesmo porque, o preso deve manter conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina (art. 39, IV, da LEP).

princípio (*in*)transcendência, o Juiz só pode decretar a prisão preventiva do imputado com base na: 1) conveniência da instrução criminal; na 2) garantia de aplicação da lei penal ou na 3) ordem pública (econômica) se a pessoa a ser presa houver dado causa a uma *experiência sensível*, algo observável e por isso mesmo, considerado ameaçador ao bem jurídico dessas instituições, sem o quê haverá mera *conjectura* ou *adivinhação*, destituída de valor jurídico.

É dizer, decisões do gênero: 'decreto a prisão preventiva porque a personalidade do sujeito indica que ele pode ameaçar testemunhas' (conveniência da instrução criminal) ou 'pode evadir-se do distrito da culpa' (garantia de aplicação da lei penal) ou ainda 'pode retomar a prática criminosa' (acautelar o meio social ou proteger a ordem pública) são fundamentações que afrontam o princípio da (*in*)transcendência, conquanto não possuam base empírica idônea. A liberdade do sujeito não pode ser suprimida com base na suposição do que se imagina ter o sujeito pensado ou desejado fazer se não chegou, ao menos, tentá-lo no mundo dos fatos.

Também não pode o Juiz aplicar uma *medida restritiva de direito* como a 'privação da liberdade' só porque ao indivíduo é atribuído um crime praticado no bojo de uma suposta *organização criminosa*, onde alguém - sem ser ele - fez algo que perturbou a conveniência da instrução criminal ou atentou contra a aplicação da lei penal, ou mesmo, causou insegurança à ordem pública.

Nesse ponto, a lição de Juarez Tavares:

"Embora óbvio, não parece demasia consignar que o que se prende cautelarmente são indivíduos e *não organizações*, sendo certo que o fato de ser ele integrante da mencionada organização não autoriza, por si só, a conclusão que sustenta o decreto prisional." (HC 145382/RJ, Proc. nº. 2009/0163826-9 Parecer Subprocurador Geral da República – MPF)

Afinal, a organização criminosa é tão somente uma ficção jurídica insuscetível de misturar as *personalidades*¹ e as *finalidades* dos sujeitos que a integram, os quais, por mais ajustados se encontrem sobre um mesmo jeito de ser ou propósito de agir, sempre haverá a possibilidade de um deles ter agido por *desígnio autônomo*. Daí, não dever a prisão ser aferida de modo conjunto senão individual.

Por outro ângulo, tem-se o 'princípio da ofensividade ou lesividade' que, de acordo com Nilo Batista e Zaffaroni significa que: "nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo (...) "². Daí porque, na extensão deste raciocínio, como emanção dos direitos e garantias individuais contidos na Constituição

¹ As personalidades podem ser semelhantes, mas nunca serão iguais. Pessoas de dada série, tipo, ordem ou arquétipo podem se parecer umas com as outras, mas nunca serão idênticas. A personalidade é aquele aspecto que conhecemos, e que nos capacita a identificar esse ser, em qualquer tempo futuro, a despeito da natureza e da extensão das mudanças na sua forma, na sua mente, ou no seu *status* espiritual. A reencarnação à ótica do livro de Urantia. ([HTTP://www.elub.com.br/artigos/reencarnacao_2.htm](http://www.elub.com.br/artigos/reencarnacao_2.htm)).

² BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Direito Penal – I. Editora Revan. 2003, p. 226.

Federal, entendo que tudo que acarrete punição/prisão, ainda que não se trate de 'pena' propriamente dita, exige um *direito ferido* ou *exposto a perigo*. Sem isso, haverá violação ao Estado de Direito Democrático com incorporação de regra moral ou ética em seu lugar.

Destaquei 'na extensão do raciocínio de Nilo Batista e Zaffaroni' porque esses autores se referiram ao princípio da lesividade no âmbito, estritamente penal (material), sendo minhas as ilações seguintes. E as fiz por um motivo simples, não tolero mais como possa o Estado-Juiz presumir *do nada* as *reações psíquicas* do preso que se encontra sob sua custódia, como se possuísse ele (o julgador) alguma propriedade extraordinária para afirmar a propensão do indivíduo em atentar contra um dos fundamentos do art. 312 do CPP.

Embora, tanto ao fundamento da conveniência da instrução criminal como ao da garantia de aplicação da lei penal se observe um conteúdo mais restrito que o da ordem pública¹ que, de tão vasto, quase, tudo a incomoda. É necessário, sempre se procurar concretar a ofensa ao *bem jurídico*.

É dizer, enquanto na conveniência da instrução criminal e na garantia de aplicação da lei penal não pareça difícil perceber que o bem jurídico protegido gira entorno da regular 'administração da Justiça' (*latu sensu*). No que tange a ordem pública, a tarefa se complica mais um pouco, haja vista a difusão de seu conteúdo porque nesta, o bem jurídico parece corresponder à estabilidade da convivência social, algo difícil de ser identificado com segurança.

De todo modo, em respeito ao princípio da ofensividade, deve a autoridade judiciária ao deferir uma prisão cautelar, não se furtar ao trabalho de apontar *aonde no mundo dos fatos*, existe a efetiva ofensa ou ameaça a tais instituições (conveniência da instrução criminal; garantia de aplicação da lei penal e/ou à ordem pública). Essa providência, tanto fortalece a decisão judicial, como fortalece o Direito de Defesa do imputado, pois traz segurança jurídica para os interesses contrapostos.

5 - Balanço final: Estado *versus* Direito de Defesa

Face ao exposto, enfatizo a *hipocrisia do discurso da prisão preventiva*, título desta dissertação, porque não vejo no Brasil congruência nos métodos de sua aplicação. Acredito haver até, certo, desequilíbrio no embate forense da matéria. Lembro que quando o Ministério Público defende a segregação cautelar de alguém e o Juiz a acolhe, dificilmente a Defesa do imputado consegue discutir sua (*im*)pertinência sem se deparar com intensa exposição de aspectos já subsumidos no tipo penal ou atrelados à própria conduta descrita na denúncia, embora, esses aspectos nem devessem guardar importância para a solução da controvérsia.

O fato de se dizer que a prisão preventiva se justifica para garantir a eficácia do provimento final condenatório (*fumus boni iuris*) só é correto quando ela (a prisão) for, de fato, o *único meio* de garanti-la.

¹ Entende-se por ordem pública a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Ordem pública é a paz, a tranquilidade no meio social. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. Saraiva. 1992, p. 489.

Nada de errado há em se ver alguém *condenado* que passou toda a instrução processual *solto* e nem, o inverso, ver alguém *absolvido* que passou toda a instrução processual *preso*, mas o pior de tudo é ver Juízes agindo como se ignorassem que uma possível ou mesmo provável condenação não deve guardar, em princípio, relação com a restrição da liberdade do imputado, antes da sentença.

O estado de normalidade processual deve sugerir a liberdade do réu e não o contrário. A prisão nunca pode ser considerada um fato natural, senão um *mal* necessário.

Entretanto, a impressão que se tem é a de que, uma vez processado, a liberdade ou não do imputado dependerá da habilidade do acusador descrever o fato criminoso. Quanto mais adjetivos, aspectos ou circunstâncias *negativas* forem desferidos contra o acusado, mais difícil será manter a sua liberdade e, se preso, ele já tiver sido, mais demorado será retomar a sua liberdade. É como se houvesse com o oferecimento da denúncia, também a proposição de uma condenação virtual à Defesa do réu, no sentido de obrigá-la a ter de, sempre que reivindicar a liberdade de seu cliente, rever no bojo das decisões denegatórias, os mesmos fragmentos da denúncia que enfatizam as circunstâncias mais graves desferidas contra o acusado. Uma covardia!

O sistema processual é tão falho quanto sedutor ao leigo e a imprensa sensacionalista, pois por mais técnico que seja o discurso de Defesa, ela nunca consegue se afastar muito da conduta incriminada. E, mesmo não precisando e até não devendo ser a *ação* do imputado lembrada com eloquência no trato de uma pretensa revogação de prisão cautelar, quando o é pelo órgão ministerial ou mesmo pelo Magistrado Relator de um HC, por exemplo, costuma sensibilizar negativamente a *mídia* e, por conseguinte, a opinião pública. Consequência: a reconquista da liberdade nessas circunstâncias é, quase um sortilégio.

O processualista brasileiro, infelizmente não é nada fiel a alguns princípios constitucionais fundamentais como os da *não-culpabilidade* ou *estado de inocência*. A mão frouxa de alguns magistrados na garantia de aplicação desses princípios tem contribuído para a desarmonia do tema 'prisão preventiva'.

Os Juízes de *teto* não podem se deixar enganar pelas fundamentações multi-utilitaristas dos Juízes de *piso*. Fundamentos que servem para qualquer decisão onde se pretenda mandar alguém para cadeia ou lá deixá-lo precisam ser combatidos com veemência. Toda decisão tem de estar voltada para o *caso concreto* e nela, não deve haver menção as inferências tiradas pelo titular da ação penal, sob pena de afrontar o estado de inocência, antecipando um juízo meritório, impertinente na discussão processual.

Do ponto de vista técnico, aliás, é muito mais apropriado se decretar uma prisão preventiva baseando-se somente em circunstâncias processuais, - de preferência verificadas após a prática delituosa - que fazê-lo com base na própria conduta imputada já objeto de persecução penal.

Não basta escrever uma centena de livros, ser um conferencista famoso e não se fazer nada do que em suas obras defende quando, diante de si, tem um caso concreto. O ditado popular: 'faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço', não pode ter abrigo aqui. A bola da vez está com a Magistratura, só ao Juiz cabe intervir para colocar as coisas nos eixos, sequer ao legislador se deve esperar uma solução, mesmo porque a solução legislativa, nestes casos, só costuma engessar a operatividade do sistema.

Acredito no responsável poder discricionário do Juiz para combater a hipocrisia do discurso da prisão cautelar no Brasil. Não é possível mais fechar os olhos para a banalização da prisão preventiva, vendo-a ser aplicada sob o título de exceção, mas com contumácia regular. É preciso que cada Juiz faça uma *autocrítica* de sua atividade jurisdicional. Confrontar as vezes que decidiu conforme a essência de suas convicções, com outras onde decidiu para não frustrar posicionamentos em voga no âmbito de certos *poderes*¹, pode ser um bom começo para mudar este panorama.

A prisão preventiva ou a sua antítese, a *liberdade provisória*, não pode continuar sendo tratada nas 'salas de aula', de forma muito diferente do que se depreende das 'salas de audiência'. Chega de discursos de retórica, ou melhor, chega de hipocrisia mesmo!

Bibliografia

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Direito Penal – I. Editora Revan. 2003.

BURCKHARDT, Titus. *Le Paysage dans l'Art extreme-oriental in Principes ET Méthodes de l' Art. Sacré*, p. 187, Dervy-Livres, Paris, 1976 (Trad. Luiz Pontual).

FERRAJOLI, Luigi, O direito como sistema de garantias, *apud* SILVA FRANCO, Alberto, O juiz e o modelo garantista, publicado no do Boletim IBCCRIM nº 56 - Julho /1997.

GOMES, Luiz Flávio. Fuga do agente e prisão preventiva. *Jus navigandi*, Teresina, ano 10, nº. 942, 31 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7877>. Acesso em 18 jun. 2010.

KARAM, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. *Lumen Juris*, vol. 6. 2009.

¹ *Poderes* porque, de certo modo e em certa medida: toda introdução de *ordem* acarreta algum tipo de poder e dominação. PUGLIESI, Márcio. Primeiras reflexões sobre método e um novo conceito de sujeito. *Revista Brasileira de Filosofia*. Editora Revista dos Tribunais, volume 232. 2009, p. 288.

LOPES JR., Aury. Direito Processual e sua Conformidade Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

PUGLIESI, Márcio. Primeiras reflexões sobre método e um novo conceito de sujeito. Revista Brasileira de Filosofia. Editora Revista dos Tribunais, volume 232. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. Saraiva. 1992.

Mestre em Ciências Penais /Criminologia pela UCAM/RJ e Advogado criminalista

A insalubridade existente nos ambientes de trabalho de determinados setores prestadores de serviços públicos

Benizete Ramos de Medeiros

"Objetivamente, uma sociedade é justa quando garante uma igualdade fundamental de vida para todos" (Fabio Konder Comparato)

INTRODUÇÃO

A motivação de pesquisar mais a fundo e escrever acerca desse tema, nasce das observações do cotidiano, da militância no mundo do trabalho — na medida em que me imiscuo nesses ambientes, ainda que de forma esporádica— desafiando o desejo de estudo e pesquisa do tema, com o intuito sincero de provocar as mudanças e melhorias necessárias, aliás, mola que sempre impulsiona meus textos.

Da indignação nas infindas esperas, idas e vindas, em algumas oportunidades, em razão das exigências para os recebimentos dos alvarás ou solução de pendências de clientes, resolveu-se transformar esse sentimento em observação produtiva com olhar crítico acerca do mundo do Trabalho nesses ambientes, que se destacam pela prestação de serviços públicos, alguns obrigatórios.

Tratou-se inicialmente de pousar o olhar em determinada instituição financeira pública, onde são concentrados, os serviços obrigatórios prestados ao trabalhador, como os saques do FGTS, recebimento do Seguro Desemprego, PIS além de outros serviços para população em geral, e recebimento de alvarás judiciais oriundos de ações trabalhista, que, em algumas regiões ou cidades, também se concentram nessas Instituições, fatos que motivaram essa pesquisa.

Pondera-se, entretanto, que não se pode, com efeito, estender essa crítica à todas as agências, em razão mesmo do desconhecimento, mas, não é difícil constatar a identidade de situações quanto às filas imensas, informações desconstruídas, burocracias desnecessárias e falta de simplificação para situações simples, afinal o desemprego no Brasil é rotativo, levando o trabalhador às constantes buscas de direitos decorrentes das cessações dos contratos, além

de outros, como correções de dados cadastrais, nomes e números de CPF, PIS, erros, fortalecendo, com isso, as idas e vindas dos que vivem do trabalho, a esses locais.

Forçoso perceber ante essa realidade que, perde-se tempo útil, perde-se tempo demais, perde-se tempo que não tem, como se o trabalhador ou o desempregado, como se o cidadão, aliás, que precisa, obrigatoriamente ou não desses serviços que ali se concentram, pudessem esperar. Essas são as indagações que circundam os momentos de espera, tornando o olhar perscrutador da caótica realidade que se apresenta, com a aglomeração de pessoas..

A tendência dos que aguardam, é transportar todo inconformismo e indignação para os funcionários e empregados, notadamente aqueles que ficam na linha de frente, nos atendimentos iniciais, principalmente quando, ao final da longa espera, são colocados mais obstáculos ao intento, ao recebimento de direitos, à solução das questões, já no adiantar da longa e inútil espera.

Nessa esteira, a observação acerca das condições ambientais nesses setores, é feita para se confirmar que são impróprias para quem ali permanece por várias horas e dias, sem desprezar a certeza de que em hospitais públicos, prontos socorros ou quaisquer outros serviços públicos cujo atendimento, principalmente à população carente, é precário, demorado, com idas e vindas, o ambiente é semelhante. Não, não se ignorar. Destarte, por ora, a análise tem como foco esses tipos de ambientes de instituições financeiras e similares, com a submissão dos empregados às mazelas daí decorrentes.

Abstraindo tais impressões de ordem peculiar e comum, passou-se a analisar a situação dos próprios funcionários de tais Instituições que são submetidos, diariamente, por, no mínimo seis horas a um ambiente insalubre socialmente e fisicamente, gerando a necessária revisitação a alguns instrumentos legais para se aferir as reais condições de trabalho, no contexto atual e contribuir com as possíveis melhorias.

Não é por outro motivo que escrevi ¹ que numa economia de globalização, o trabalho recebe instantaneamente o influxo das modificações sociais, da flexibilidade, gerando instabilidade e pondo em xeque a teoria de que o trabalho é responsável pela estabilidade familiar e aumento de riqueza, de integridade física, emocional e moral. O afastamento do papel do estado promove e estimula a violação ao princípio da dignidade, quer pela falta de políticas públicas; quer pela ausência de fiscalização e intervenção efetiva.

E a dignidade do trabalhador se dá em várias vertentes, inclusive condições de trabalho adequadas, que se aporta no ordenamento jurídico como direito fundamental, gerando

¹ MEDEIROS, Benizete Ramos de. Trabalho com dignidade. Educação e Qualificação é um caminho?. 1ª. ed. 2008. São Paulo, LTr, p. 40

espanto, com isso, que essa violação venha exatamente dos poderes e setores públicos, que deveriam ser guardiões de tais direitos.

1 - Insalubridade social

O meio ambiente de trabalho saudável, refere-se ao local onde se permanece exercendo atividades laborativas, que envolve condições mínimas de ventilação, iluminação, ruídos, odores contatos, pessoas e as manifestações humanas de toda ordem; ambiente de trabalho adequado e seguro, necessário à digna e sadia qualidade de vida.

O tempo de permanência de cada pessoa, de cada destinatário do atendimento, é, em alguns dias, de até três horas dentro da agência à espera de sua vez. O espaço físico, reduzido e sem qualquer ventilação, com portas giratórias, circundado por pessoas em todos os cantos, a maioria de pé, faz o cenário caótico, hostil e insalubre socialmente.

O perfil e o tipo dos "clientes" são de todas as matizes, todas as cores, todas as idades, e, nitidamente, muitos, de classe social desprivilegiada da sorte. Pessoas doentes, pessoas idosas, mulheres grávidas, pessoas desnutridas, pessoas que ainda não comeram naquele dia, pessoas que esperam o recebimento de valores para necessidades imediatas, enfim, portadores de vírus, alergias, estados gripais, desânimo, pessimismo, etc... Pessoas indignadas com o sistema, que não as ouve.

O sistema marcado por burocráticas exigências, faz com que algumas tenham até indisposições físicas momentâneas, na espera para o atendimento. Mas de quem é a culpa de tantas alterações? Quem vai ouvir essas vozes? Há um responsável?

Nesse caldeirão fervilhante de emoções e energias de diversas ordens, estão imersos os funcionários, empregados que não podem deixar seus postos de trabalho; não podem se esquivar de atender, de cumprir seus horários, com isso, a submissão demorada e constante – dias, meses, anos a fio – a esses espaços físicos torna o trabalho, além de insalubre, penoso, também, uma vez que as reações manifestadas pelos atendidos insatisfeitos são as mais variadas, desde atirar impropérios diretos, altos, reclamações constantes, queixas, gestos inamistosos, agressivos, com emissão de pensamentos tenazes e animosos. Tudo isso torna o ambiente socialmente nocivo e, em alguns dias, intolerável.

A aglomeração de pessoas em função de concentração de muitos serviços públicos num só órgão, com redução do quadro funcional, poucas agências s/ao, com efeito agentes causadores dessas reações, que nem se pode dizer sejam impróprias ou inconvenientes. São respostas ao sistema que a todos prejudica. As conseqüências dessa forma de trabalho aos empregadores são as mais variadas, cujo exame não cabe nesse singelo trabalho.

No sistema capitalista globalizado, o verbo é produzir, e produzir barato para que possa haver consumo rápido, lucrativo, por isso que sobre o tema, escrevi ¹que " *as mudanças agressivas e sem rosto, sem digital, traduz a princípio uma outra imposição precoce e ousada, consubstanciada na reformatação institucional e normativa, impondo uma desregulamentação e flexibilização de normas trabalhistas com o intuito de traduzir maior e melhor dinamismo às empresas*" . E essa tendência de menor custo com maior lucro, de menos valia do trabalhador não é diferente nos setores públicos, onde em nome de corte de despesas, de contenção da economia pública, de controle de contas, inviabiliza condições decentes de trabalho, como se constata, repita-se, em vários setores de prestação de serviços públicos à população.

Por isso em boa hora adverte Sidnei Machado ²

As novas tecnologias dão a aparente sensação de que o trabalho está mais humanizado, liberando o homem do trabalho penoso que lhe exigia grande esforço físico. Na verdade, esse novo ambiente de trabalho não passa de um símbolo, pois os riscos à saúde decorrentes das condições adversas, prosseguem e, em alguns casos, tornam-se mais ameaçadoras. Ou seja, o sofrimento do trabalho ainda está presente [...].

E dentre os riscos apontados pelo autor, está a pressão para trabalhar ainda que em condições precárias e adversas, em ambiente impróprio sujeitando-se a sistemas inadequados. A NR 15 da portaria n. 3.214/78, classifica os agentes insalubres, dentre outros, como os agentes biológicos, assim entendidos os microorganismos, vírus e bactérias e agentes químicos, considerados como poeira, gases, vapores, névoas, fumos.

A composição de um ambiente de trabalho com esses elementos, associada à massa da movimentação humana guarnecida de energias inamistosas e acumuladas é o cenário de um ambiente socialmente insalubre.

2-Insalubridade ambiental

Destaque-se que o meio ambiente do trabalho tanto pertence ao ramo do direito do trabalho quanto ao direito ambiental, como direito fundamental de terceira geração e este envolve conceitos amplos, cujas fontes poluidoras podem advir de bens materiais e imateriais, de seres vivos, de energias acumuladas e transformadas, de gases, enfim.

¹ Op cit. P. 44

² MACHADO, Sidnei. O Direito à proteção ao Meio ambiente de Trabalho no Brasil. Ed.Ltr.São Paulo. P.57

A insalubridade ambiental, consiste no ambiente de trabalho doente, com poluição de origens variadas, aquele em que o trabalhador se imiscui às precárias condições ambientais, com agentes de agressão imperceptíveis, deletérios, invisíveis, voláteis e, muita vez, de grande potência danosa à sua saúde, pela forma lenta e constante de atuação. Pode, assim, dizer que assemelha-se ao trabalho penoso, que é definido como inadequado às condições físicas e psicológicas, provocando incômodo, sofrimento e até desgaste, que acaba por minar as forças.

Oliveira Silva¹ citando Celso Antonio Pacheco Fiorillo, para quem o meio ambiente de trabalho pode ser definido como:

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio ambiente e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc..)

Ao longo da história, condições impróprias de trabalho vêm limitando e incapacitando muitos empregados, em algumas situações, através de produtos químicos, gases e vários outros. Embora as inúmeras tentativas de se implantar uma política preventiva, certo é que muito pouco se tem avançado, desde o estopim da revolução industrial, na efetivação de reduzir as condições precárias de trabalho, que, modernamente se apresentam diversas. Não por outra razão que Sidnei Machado citando o psiquiatra, psicanalista e médico do trabalho, Dejours,², para quem os novos fatores de sofrimento, se traduzem de diversas formas, como o medo da incompetência; pressão para trabalhar mesmo em condições precárias e impróprias e ausência de reconhecimento do esforço empreendido.

É compressível tal assertiva, pois, segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS – saúde não é ausência de doença, mas, estado completo de bem estar físico, mental e social, por isso que Lúcia Guevara³ elenca como condições ambientais impróprias a se atingir esse pleno estado de saúde os seguintes fatores:

A exposição a fatores biológicos; Síndrome do Edifício Doente; exposição a fungos no ambiente pode levar à asma, doenças respiratórias, dor de cabeça, sintomas

¹ SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. P. 128 aput FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Curso de Direito ambiental brasileiro. SP. Saraiva. 200.p.21

² Machado, Sidnei, op. cit. Apud DJOUR. Cristophe;. A banalização da injustiça social. P. 17

³ GUEVARA, Lúcia. In Palestra sobre Acidente de Trabalho proferida no XXXII CONAT – Congresso Nacional de Advogados Trabalhistas, ocorrido em Florianópolis, SC em 02 a 04\09\010.

de gripe, infecções, doenças alérgicas e irritação do nariz, garganta, olhos e pele. Há mais de 100 000 tipos de fungos no ar.

Esses agentes, com efeito, estão presentes o tempo todo nesses ambientes de trabalho.

Nesse sentido de se relembrar que a Convenção 155 da OIT sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores,¹ traz comandos que obriga os Estados desenvolverem e implementarem uma política nacional de segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores, inclusive no meio ambiente de trabalho. Mas, é insuficiente e pouco se tem avançado, ou o que se perseguiu tem demonstrado ineficaz.

Segundo José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva ² para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, quanto ao direito à saúde, deve-se conjugar alguns elementos como: disponibilidade; acessibilidade; aceitabilidade e qualidade e quanto a essa, aponta que “*os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser também apropriados segundo critérios científicos e médicos, o que equivalem à serem de boa qualidade*”. E completa o mesmo autor³

[...] de tal modo que saúde é o mais completo bem-estar físico e funcional (inclusive mental ou psíquico) que o Estado deve oferecer à pessoa, na prevenção (proteção do meio ambiente, acesso à moradia e alimentação) e na recuperação das doenças.

Não desconhecendo que a origem das transformações profundas do meio ambiente de trabalho deu-se através da Revolução Industrial, trazendo no roldão a degradação do meio ambiente de trabalho, em razão dos meios produtivos com uma concentração desordenada dos espaços e por isso as lutas por melhores condições de trabalho teve seu foco nos adoecimentos, pelas condições dos locais de trabalho, tendo o ambiente de produção tornado fator de risco à saúde física e mental dos trabalhadores. Todavia, nem as modernas tecnologias, avanços técnicos, inserção das máquinas, políticas de conscientização, tem conseguido afastar totalmente o que se constatou ao longo da história, ou seja, que a ausência de condições de trabalho saudável tem sido causa de morte, doenças, incapacidades e sofrimento dos que vivem do trabalho. Por isso que no dizer de Sidnei Machado ⁴ “*toda cultura de proteção e promoção da saúde do trabalhador durante as últimas décadas encontra agora*

¹ OIT- Convenção 155 sobre Segurança e a saúde dos Trabalhadores e o meio ambiente de Trabalho , aprovada no Brasil em 18.05.1992, e em vigor a 18.05.1993.

² SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. A saúde do Trabalhador como um Direito Humano. Ed.Ltr. São Paulo. P. 88

³ Op. Cit. P. 89

⁴ P. cit. P.47

novos referenciais teóricos de diálogo. O desafio da promoção da saúde no trabalho pode estar vivenciado nos novos princípios e juridicidades”. E ainda “Há sem dúvida, uma estreita relação entre saúde dos trabalhadores e meio ambiente, o que revela um novo paradigma”.

Com efeito, o adoecimento do trabalhador nas diversas formas, importa em ônus para toda a sociedade, para o capital e para o Estado, todos pagam a conta da ausência de cuidados e de implementação de meios que visam reduzir a doença e afastamento do trabalhador, isso sem contar aqueles, que, por vergonha, princípios, ideologia, medo de perderem o emprego, não permitem afastarem-se para tratamento, pois vêm na doença uma exposição da própria vergonha.

Importa realçar que nos setores onde a prestação de serviços públicos se concentra, onde a população em geral vai buscar atendimento e respostas para suas necessidades, a observância das normas para implementação de um meio ambiente sadio e equilibrado, não pode ser relegado a segundo plano, ignorado, como já o são os próprios serviços prestados, merecendo atenta intervenção no gerenciamento, organização e direção patronal na proteção e óbice aos riscos, não se devendo curvar à onda atual economia globalizada com nefastas exigências produtivas com equacionamento do quadro funcional, de equipamentos e redução de espaços físicos nos próprios locais de trabalho, enfim dos meios produtivos satisfatórios, já que não se deve esperar que o empregado adoeca, mas, antes, que se busque mecanismos de prevenção.

Nesse particular, é inegável que o Brasil possui um manancial de legislações, carecedoras, contudo de plena eficácia e de fiscalização, além de investimentos necessários, pois, inegável que o novo ambiente de trabalho continua oferecendo muitos riscos e, em algumas situações bastante ameaçadoras, por ser invisível, quase imperceptível e deletério seus agentes.

3. As formas de proteção a saúde e ao ambiente do trabalho no ordenamento nacional.

3.1- No catálogo constitucional

O legislador constituinte, seguindo a moderna tendência do mundo do trabalho, na preocupação constante com o bem estar e a proteção à saúde do trabalhador cuidou do tema em diversos dispositivos, notadamente nos art. 6º; 7º. XXII e art. 196, que assim preceituam:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer [...] na forma desta Constituição.

*Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)*

XXII- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

No art. 196. do mesmo diploma, encontra-se o seguinte:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto ao meio ambiente é no artigo art. 200, que se estende olhar preocupado do legislador constituinte, que assim, se apresente:

Art. 200. Ao Sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII- colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Ora, o meio ambiente do trabalho, foi inserido num contexto maior, demonstrando a preocupação da sociedade atual com o próprio meio em ambiente em que se vive.

Além desses, os artigos 170, inc. VI e 225¹ do mesmo diploma, tratam da proteção ao meio ambiente e do direito a todos a esse meio ambiente ecológicamente equilibrado. Como se vê, a saúde do trabalhador é um direito fundamental, garantido e, resta, portanto efetividade plena.

3.2 No plano infra-constitucional

Não é diferente na legislação obreira, já que o capítulo próprio de Segurança e Medicina do Trabalho regula várias formas de precaução e segurança no desenvolvimento das atividades dos empregados. É pois, no art. 166² de tal diploma, que se vai confirmar a obrigatoriedade de tais medidas, no sentido de implementar a completa proteção aos riscos no ambiente de trabalho.

Há em abono, a Lei 8.080/90 - Lei Orgânica da Saúde, que traz a saúde como um direito fundamental do ser humano, cujo art. 6º., parágrafo 3º³, traça um conjunto de atividades inerentes ao conceito de saúde.

¹ Art. 170.[...] inc. VI- Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado, bem de uso comum, do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

²

Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

³ Lei 8.080/90. Art. 6º. § 3º. Entende-se por saúde do trabalhador, para efeitos dessa lei, um conjunto de atividades que se destina, através das condições de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

Tais dispositivos são robustecidos com as trinta e três (33) Normas Regulamentares, aprovadas pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do trabalho, acerca da segurança, higiene e saúde do trabalho, inclusive programa de controle médico de saúde ocupacional, avaliação periódica da saúde do trabalhador. Importa, pois, aduzir que tais normas têm eficácia jurídica equiparadas às Leis ordinárias, a teor do art. 200 da CLT, que delega tal *status*.

3.3- Documentos internacionais

Os documentos internacionais, por sua vez, respondem de forma positiva à necessidade do meio ambiente saudável. O protocolo de *San Salvador* de 1988, cuida do direito à saúde do trabalhador e meio ambiente sadio. A convenção 148, de 1º. de Junho de 1977 trata das contaminações do ar, ruído e vibrações no meio ambiente de trabalho, esclarecendo no que no art. 3 na alínea "a", que a contaminação do ar *"compreende o ar contaminado por substâncias que, qualquer que seja seu estado físico, sejam nocivas à saúde ou contenham qualquer outro tipo de perigo:"*.

A já mencionada Convenção 155 da OIT, aprovada no Brasil em 18.05.1992, e em vigor a 18.05.1993 que trata, dentre outros da questão da saúde, segurança e meio ambiente de trabalho, alargou a concepção de segurança e saúde do trabalhador, inclusive para todas as áreas de atividade econômica, já que segundo os arts. 1º e 3º.. é para todos os trabalhadores, sem qualquer distinção da área de atividade econômica, inclusive da administração pública.

O artigo 3, alínea "e", define que *"o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange não somente a ausência de afecções ou doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho."*

Na convenção 161 de 7 de junho de 1985, acerca de serviços e prevenção para saúde no trabalho, encontrar-se-á no artigo "1,a,i", a veemente expressão de saúde física e mental, com realce a expressão "ótima". *"os requisitos necessários para estabelecer e conservar um meio ambiente de trabalho seguro e salubre, que favoreça uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho"*

A Convenção 187 de 31 de maio de 2006 sobre o quadro promocional para a segurança e saúde no trabalho, estabelece políticas preventivas.

A BS 8800, lançada pela *British Standards Institution* cujo objetivo semelhante ao ISO 1.400, de selo de qualidade social, trata de políticas e objetivos de organização planejamento de meios preventivos de saúde e qualidade do meio ambiente de trabalho.

Como se vê as normas de proteção à saúde do trabalhador e ao meio ambiente de trabalho envolve princípios, regras e a certeza que trata-se de direito fundamental e que devem ser implementadas condições de eficácia, que assegurem um ambiente ecologicamente equilibrado, seguro, salubre, com qualidade de vida, vinculando, para isso, o legislador, o Executivo, o judiciário e a iniciativa privada.

Ainda que o sistema seja guarnecido por normas em vários níveis e princípios, não é suficiente à plena eficácia. Nesse esteira, acentua Sidnei Machado,¹ que "o direito à redução dos riscos do trabalho não pode tolerar a exposição do trabalho a agente comprovadamente nocivo à sua saúde. A pretexto de estar dentro dos limites de tolerância". Isso seria a negação do direito fundamental constitucionalmente garantido.

O descumprimento de normas mínimas de bem estar do trabalhador tem consequência na culpa. Nesse compasso, e com muita propriedade, Sebastião Salgado de Oliveira² para quem a culpa pode decorrer de violação de uma norma, denominada de culpa contra a legalidade, já que o dever inobservado, transgredido, resulta de norma expressa e, se gera algum tipo de dano, cria presunção de culpa para o causador, por se consubstanciar confirmação da negligência, então patronal.

Recorrendo, ainda a esse autor, em outro aspecto, leciona³ que há que se observar também o dever geral de cautela que deve guarnecer a atividade patronal, já que as normas de segurança e saúde, embora minuciosas não alcançam todas as possibilidades de conduta do empregado, uma vez que é impossível estabelecer regras de comportamento em todas as formas e variantes do trabalho e de sua execução, portanto, impões-se o dever geral de observância à regras de diligências, postura e cuidados permanentes acessórios.

CONCLUSÃO

O tema relacionado ao meio ambiente, em termos gerais, ganhou nos últimos anos espaço em todos os seguimentos, inclusive no mundo do trabalho, com propostas de melhoria do ambiente social e físico, na busca da plena saúde e bem estar dos trabalhadores.

Não se nega que o fenômeno da globalização, com a remodelação dos meios de produção, com objetivos de maior lucro, face as tendências do mercado, têm contribuído para inserção de novos riscos ao ambiente de trabalho, agregando-se aos riscos clássicos, já vencidos após a luta da revolução industrial, outros de moderna matiz, como os emocionais, químicos e biológicos. A aglomeração de pessoas em função de concentração de serviços públicos, com redução de espaços físicos, do quadro funcional, de instrumentos adequados de trabalho, é, com efeito, uma delas.

E essa tendência de precarização, de menos valia do trabalhador não é diferente nos setores públicos, onde, em nome de corte de despesas, de contenção da economia pública, inviabiliza

¹ O p cit. P. 100

² OLIVEIRA, Sebastião Salgado de. Indenizações Por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional, 3ª. ed. 2007. São Paulo, Ltr. P.160

³ Op. cit. P. 178

condições decentes de trabalho, como se constata em vários setores de prestação de serviços à população, marcado pela grande concentração dos serviços, também em Instituições financeiras;

Inegável que o Brasil, possui avançada legislação quanto à prevenção da saúde do trabalhador, tanto em níveis constitucional, quanto infra-constitucionais, além dos documentos internacionais de aplicação interna, mas carecedores de observância acurada.

A boa, senão a ótima, qualidade de trabalho e, conseqüentemente, de vida, é o que se almeja, está inserido dentro dos direitos de terceira geração. E, a implementação de condições propícias para esse mister é dever de todos, inclusive do Estado, que tem ainda a obrigação legal de fiscalização, a fim de que efetivamente se vejam implementadas todas as legislações sobre o tema. Mas ele é o primeiro a violar tais regras.

Mas, não é só, há de se reconhecer, ainda, a necessidade do dever geral de cautela, como também de observância de tais normas, pois se incorre em culpa contra a legalidade, a sua violação.

De toda sorte, forçoso reconhecer que é muito mais importante a estratégia de prevenção que a política de reparação e disciplinar, devendo-se adotar uma abordagem holística, transversal e multidisciplinar.

Deve ser construída ou reconstruída uma cultura de prevenção, com objetivos mensuráveis através de diálogo aberto com todos parceiros sociais, com a reflexão em torno do conceito "Responsabilidade Social", aqui entendido como os esforços para integrar a Segurança e a Saúde no Trabalho nos Sistemas de Gestão da Empresa.

Nos setores de prestação de serviços públicos, obrigatórios ou não, essa observância deve ganhar relevo, pois é o próprio poder público o agente transgressor, quando deveria ser o primeiro guardião do direito fundamental ao bem estar social do trabalhador.

REFERÊNCIAS:

BRASIL – Constituição Federa de 1988

GUEVARA, Lída. *In* Palestra sobre Acidente de Trabalho proferida no XXXII CONAT – Congresso Nacional de Advogados Trabalhistas, ocorrido em Florianópolis, em 02 a 04\09\010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO -OIT- Convenções Internacionais

MACHADO, Sidnei. O Direito à proteção ao Meio ambiente de Trabalho no Brasil. São Paulo. Ed.Ltr. 2001

MEDEIROS, Benizete Ramos de. Trabalho com dignidade. Educação e Qualificação é um caminho?. 1ª.. São Paulo, ed. Ltr. 2008

SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. A saúde do Trabalhador como um Direito Humano. São Paulo ,ed. Ltr. 2008

OLIVEIRA, Sebastião Salgado de. Indenizações Por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional, 3ªed. São Paulo, ed. Ltr. 2007.

Advogada Trabalhista; Mestre em direito, professora em graduação e pós graduação de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; membro da ABRAT; IAB, ACAT E JUTRA.

Contratos de Partilha de Produção e Direito Comparado: uma breve perspectiva

Thales Rezende Rodrigues de Miranda

EMENTA: 1. Dentre as alterações no marco regulatório do setor de petróleo e gás constantes do chamado “Pacote do pré-Sal”, em tramitação no Congresso nacional, está a efetiva introdução no ordenamento jurídico pátrio dos Contratos de Partilha de produção. 2. O referido modelo contratual possui características próprias e é utilizado nos mais diversos ordenamentos jurídicos da África e da Ásia, aqui analisados. 3. Existem vantagens e desvantagens na adoção do referido modelo. 4. O modelo de partilha de produção convive com o modelo de concessão em diversos países 5. Conclusões

SUMÁRIO: A INDICAÇÃO. INTRODUÇÃO. DOS DIVERSOS MODELOS DE EXPLORAÇÃO CONJUNTA ENTRE EMPRESA INTERNACIONAL E ESTADO SOBERANO. DO MODELO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO. CONCLUSÕES

I. A INDICAÇÃO

1. Trata-se de indicação formulada pela Ilustre consocia Dra. Cristina de Andrade Cavalcanti, no sentido de que se faça a análise comparativa dos regimes de partilha de produção de petróleo e gás adotados em diferentes países produtores no exterior, e suas eventuais vantagens e desvantagens em comparação ao regime de concessão, hoje vigente no País.

2. A origem da indicação em epígrafe está nas descobertas de recursos petrolíferos em reservatórios do **pré-sal**¹ no final de 2006, que deram início a um profundo debate a respeito

1 o termo pré-sal refere-se a um conjunto de rochas localizadas nas porções marinhas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial para a geração e acúmulo de petróleo. Convencionou-se chamar de pré-sal porque forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma extensa camada de sal, que em certas áreas da costa atinge espessuras de até 2.000m. O termo pré é utilizado porque, ao longo do tempo, essas rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal. A profundidade total dessas rochas, que é a distância entre a superfície do mar e os reservatórios de petróleo abaixo da camada de sal, pode chegar a mais de 7 mil metros”

do regime regulatório relativo à atividade de exploração e produção no Brasil. O governo federal decidiu em novembro de 2007, em reunião do **Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)**, emitir a **Resolução nº 6**, que determinou a exclusão da 9ª Rodada de Licitações da **ANP** de 41 blocos situados nas bacias do Espírito Santo, de Campos e de Santos, relacionados com possíveis acúmulos em reservatórios do **pré-sal**; e a avaliação, pelo **Ministério de Minas e Energia**, *"de possíveis mudanças no marco legal que contemplem um novo paradigma de exploração e produção de petróleo e gás natural, aberto pela descoberta da nova província petrolífera, respeitando os contratos em vigor"*, o que acabou resultando nos Projetos de Lei encaminhados ao **Congresso Nacional** em 31 de agosto de 2009, de autoria do Poder Executivo¹.

3. No entanto, o presente parecer irá tratar prioritariamente do **regime de partilha de produção no Direito Comparado**, conforme solicitado na indicação ora sob análise. Para adequar o tamanho do trabalho às necessidades de concisão, decidiu-se limitar o escopo do mesmo a discutir alguns dos aspectos mais importantes dos referidos contratos utilizados em alguns dos países mais ativos em Exploração e Produção de hidrocarbonetos.

II – INTRODUÇÃO

5. Este trabalho engloba uma breve introdução e um pequeno histórico acerca dos **Contratos de Partilha de Produção** e, após discutir suas principais características, procurará explicar como certos sistemas jurídicos enfrentaram as disposições mais controvertidas do modelo.

6. Apesar normalmente contenham provisões de natureza regulatória, os **Contratos de Partilha de Produção** são contratos de direito privado entre duas ou mais partes. Como é típico na maioria dos contratos privados, estes instrumentos normalmente contém cláusulas de confidencialidade. Em razão disso, é necessário um alerta preliminar: Qualquer declaração contida neste parecer acerca de como um determinado sistema jurídico trata um **Contrato de Partilha de Produção** é apenas genérico. Alguns leitores mais atentos podem até suscitar exemplos que contrariem as afirmações aqui contidas. As opiniões expressas neste trabalho são exclusivamente baseadas em informações disponíveis ao público em geral, tais como os contratos-modelo publicados oficialmente na legislação petrolífera de alguns países. Contratos-

¹ Marco regulatório do pré-sal (Câmara 5.938/09 – Senado 7/10); Criação da PPSA (Câmara 5.939/09 – Senado 309/09 – Lei 12,304/10); Criação do Fundo Social (Câmara 5.940/09 – Senado – 7/10) e Capitalização da PETROBRAS e autorização de cessão do direito de exploração do pré-sal (Câmara 5.941/09 – Senado 8/10 – Lei 12.276/10)

modelo representam apenas o ponto de partida para as negociações que geram os **Contratos de Partilha de Produção** em vigor . Não podemos afirmar neste estudo que nenhum dos países analisados tenha se desviado de seus modelos-padrão, nem que uma determinada empresa petrolífera não tenha conseguido negociar termos mais favoráveis para certos **Contratos de Partilha de Produção** do que aqueles publicados no contrato-modelo.

III - DOS DIVERSOS MODELOS DE EXPLORAÇÃO CONJUNTA ENTRE EMPRESA INTERNACIONAL E ESTADO SOBERANO

7. O petróleo e o gás são *commodities*¹ exatamente como qualquer outra. No entanto, em muito maior grau que outras *commodities*, os hidrocarbonetos são objeto de propriedade, participação, regulação e taxaço por parte dos Estados onde se encontram, com o acesso a esses recursos sendo garantido a investidores privados por meio de algum tipo de relação comercial. A legislação interna dos países produtores de petróleo normalmente determina que essa relação seja regida por contrato com fórmulas prescritas em lei. As razões para tal fato são evidentes: o interesse nacional em manter um suprimento de energia constante, seguro e eficiente para consumo próprio e o interesse econômico em extrair o maior benefício econômico possível de seus recursos naturais.

8. Existem pelo menos cinco modelos por meio dos quais um país pode explorar suas reservas naturais de petróleo e gás. Cada um deles investe direitos de exploração exclusivos a determinados agentes e suas características são bem conhecidas pelos advogados especialistas na matéria.

¹ **Commodity** é um termo de língua inglesa que, como o seu plural **commodities**, significa mercadoria, é utilizado nas transações comerciais de produtos de origem primária nas bolsas de mercadorias. Usada como referência aos **produtos de base** em estado bruto (matérias-primas) ou com pequeno grau de industrialização, de qualidade quase uniforme, produzido em grandes quantidades e por diferentes produtores. Estes produtos "in natura", cultivados (soft commodity) ou de extração mineral (hard commodity), podem ser estocados por determinado período sem perda significativa de qualidade. O que torna os produtos de base muito importantes na economia é o fato de que, embora sejam mercadorias primárias, possuem cotação e "negociabilidade" globais; portanto, as oscilações nas cotações destes produtos de base têm impacto significativo nos fluxos financeiros mundiais, podendo causar perdas a agentes econômicos e até mesmo a países. O mercado de derivativos surgiu como uma proteção aos agentes econômicos contra perdas provocadas pela volatilidade nas cotações dos produtos de base.

a) Exploração exclusivamente por uma Empresa Estatal de Petróleo (EEP);

9. Este modelo é conhecido como **Monopólio Estatal** ou **Modelo Exploratório Nacionalizado**, esteve em vigor no Brasil por meio da **Lei 2004/53**, que estabeleceu o monopólio da União na exploração, produção, refino e transporte do petróleo no Brasil e criou a PETROBRAS para exercê-lo, até a flexibilização do monopólio estatal sobre a exploração e produção de petróleo e gás introduzida pela Emenda Constitucional 09/1995. Suas principais características são: (I) Mercado fechado monopolizado pelo Estado que detém todas as reservas, (II) Não há contratantes e a participação estrangeira é mínima (em serviços de apoio) ou inexistente.

b) Uma EEP celebrando contrato de serviços com uma Companhia Internacional de Petróleo (CIP), com algum tipo de risco para a CIP, que não possui qualquer título sobre o petróleo extraído, com base no começo ou aumento produção;

10. O modelo descrito no item acima é típico da América Latina e especialmente em países em que predomina uma grande resistência a investimentos estrangeiros no setor de petróleo e gás natural. São os modelos utilizados, por exemplo, no Irã, no México, na Argélia e em Camarões, já tendo, inclusive, sido utilizado no Brasil no início dos anos 70, durante o governo Geisel. Conhecido como **Contrato de Risco** ou **de Serviços**, prevendo a prestação de serviços com a remuneração baseada na produção (ou aumento da mesma), sem que a Companhia Internacional de Petróleo se torne proprietária de parte dos hidrocarbonetos produzidos (muitas vezes por vedação constitucional), recebendo sua parte em dinheiro. As principais características dos **Contratos de Serviços** são: (I) a propriedade de todo o petróleo e gás produzido permanece com o Estado, (II) o contratante é normalmente remunerado com base na produção ou aumento de produção, conforme o caso, normalmente em dinheiro, às vezes com parte do petróleo e gás produzidos. Normalmente determinam que a Empresa Estatal de Petróleo é a operadora e o contratante um "subcontratado" (prestador de serviços). Neste modelo, normalmente, as reservas não podem ser contabilizadas pelas companhias, mas há exceções.

c) Uma ou mais CIPs em consórcio;

11. Quando o o Governo ou a EEP não participam diretamente da atividade de extração dos hidrocarbonetos, limitando-se a conceder áreas a CIPs, que adquirem o direito a explorar uma área mediante o pagamento, como contrapartida, de *royalties* e taxas, limitando-se o Governo

a fiscalizar as atividades e cobrar impostos e participações governamentais, estamos diante do regime de **Concessão Moderna**. As principais características dos **Contratos de Concessão**, que são adotados atualmente no Brasil pela **Lei do Petróleo** (9478/97)¹, são: (I) transferem ao concessionário da propriedade de todo o petróleo e gás produzido, (II) outorgam ao governo direitos de cobrança de *royalties* e impostos ao concessionário, (III) normalmente não permitem a participação direta do governo na concessão, (IV) são estruturas contratuais relativamente simples e (V) permitem aos concessionários contabilizar as reservas existentes, normalmente regido por um **Contrato de Operações Conjuntas** (*Joint Operating Agreement* – JOA).

d) Uma combinação de uma EEP com CIPs, dividindo a produção;

12. Quando uma Companhia Internacional de Petróleo recebe uma parte da produção de hidrocarbonetos como remuneração por seus serviços estaremos diante de um **Contrato de Partilha de Produção**, como descrito no título acima. As principais características dos **Contratos de Partilha de Produção** são: (I) modelo híbrido entre a **Concessão** e o **Contrato de risco ou Serviços**, (II) determinam a partilha da propriedade do petróleo e gás produzidos entre o Estado ou empresa estatal de petróleo e o Grupo Empreiteiro contratado, (III) permitem ao Grupo Empreiteiro recuperar seus custos de investimento com parte da produção, (IV) permitem ao governo a cobrança de royalties e impostos, (V) normalmente permitem a participação da Empresa Estatal de Petróleo no Grupo Empreiteiro, com privilégios de ser “*carregada*”² pelos sócios, (VI) são normalmente estruturas contratuais muito complexas e (VII) permitem aos contratados contabilizar reservas, mas os preços são aqueles do momento da extração.

e) O proprietário do solo e sub-solo

13. Esta última possibilidade, descrita no item acima, é típica da indústria doméstica terrestre (*on shore*) dos EUA e só é possível pois naquele ordenamento jurídico, com raríssimas exceções, não prevalece o **regime dominial de propriedade do subsolo** pela União ou por

¹ onde a transferência das concessões aos concessionários é feita por meio de leilões de blocos exploratórios, realizados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) -

² A expressão “carrego” é proveniente do idioma espanhol e é comumente utilizada no jargão indústria do petróleo brasileira em substituição à expressão inglesa “carry over” que os economistas normalmente traduzem como “transporte”

governos estaduais. Ou seja, o dono do solo é também proprietário do subsolo, podendo, inclusive, alienar este último e permanecer na propriedade do primeiro.

14. **Contratos de Concessão e de Partilha de Produção** podem, muitas vezes, por razões históricas ou econômicas, co-existir na legislação petrolífera de um determinado país. Como exemplo podemos citar a Rússia, Trinidad & Tobago e Angola, além da Nigéria, que, embora utilize **Contratos de Partilha de Produção** desde 1993, a maioria de sua produção ainda vem de blocos regidos por JOAs.. É também o que irá acontecer no Brasil, caso adotemos o regime de partilha de produção apenas para as áreas do pré-sal e aquelas consideradas estratégicas, permanecendo o regime da concessão para as demais áreas.

IV - DO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO

15. O presente Parecer concentrar-se-á nos **Contratos de Partilha de Produção**, tipo contratual que está firmemente estabelecido em vários países produtores como principal método de desenvolvimento de reservas de petróleo e gás envolvendo participação estrangeira, modelo o qual é agora acolhido pela legislação brasileira.

16. Os **Contratos de Partilha de Produção** são vantajosos pois proporcionam alto grau de controle e participação ao Governo do país detentor das reservas e sua Empresa Estatal de Petróleo. Comparado, por exemplo ao limitado controle dado aos não-operadores dentro de um *Joint Operating Agreement (Contrato de Operações Conjuntas)*. Tal controle proporciona ao Governo gerenciar suas reservas de petróleo e gás e planejar seu próprio desenvolvimento econômico.

17. Outra vantagem é o fato de o Governo receber parte da produção em petróleo, a participação governamental cresce ou diminui conforme a variação do preço internacional da *commodity* (e os contratados ficam protegidos contra baixas no preço internacional do petróleo ou gás), tal logística permite ainda a comercialização direta no mercado interno do óleo, conforme decisão estratégica do Governo, ou, ainda, a promoção de projetos internos. Além dessas vantagens, com maior participação da Empresa Estatal de Petróleo nas atividades de Exploração & Produção, ocorre um aumento do “*know-how*” da EEP em relação ao negócio.

18. Além disso, existem as condições especiais de “*Carrego*” da Empresa Estatal de Petróleo participante do projeto pelos sócios privados. Tal artifício permite que o país aumente sua produção petrolífera sem precisar desviar recursos públicos de outros setores de sua economia. Mesmo quando a Empresa Estatal de Petróleo é chamada a financiar sua parte do projeto, depois do começo da produção, tal pagamento é feito em petróleo bruto e não em dinheiro. Comparando-se tal estratégia com os pagamentos adiantados em dinheiro (*cash calls*) feitos no *Joint Operating Agreement*, o **Contrato de Partilha de Produção** representa uma vantagem a mais para o país detentor das reservas.

19. O “*Carrego*” funciona da seguinte maneira: A Companhia Internacional de Petróleo é responsável por financiar a fase exploratória do contrato, normalmente de capital intensivo. Isto ocorre devido à existência da cláusula de “*carrego*” dos custos que normalmente seriam suportados pela Companhia Estatal de Petróleo nesta fase. Assim, a Companhia Internacional de Petróleo arca com todos os custos exploratórios e, caso haja uma descoberta, os custos exploratórios que seriam da Empresa Estatal de Petróleo são compensados em favor da Companhia Internacional de Petróleo com parte da produção. A porcentagem da produção que será usada para esta compensação, o prazo e as condições do “*carrego*” variam muito de contrato a contrato. O risco da exploração recai sobre a Companhia Internacional de Petróleo. Se nenhum petróleo ou gás for descoberto, então a referida Companhia arcará com todo o prejuízo, sem poder repassá-lo à Empresa Estatal de Petróleo.

20. Podemos afirmar então que durante a fase exploratória não há risco financeiro, tanto para o Governo quanto para a EEP. O **Código de Minas do Gabão** e o **Código de Hidrocarbonetos da Tunísia** garantem em lei a ausência de risco para o governo. Já algumas jurisdições como as da Líbia e a da Tanzânia são mais amigáveis com o investidor estrangeiro no que concerne o carregamento.

21. Principalmente em condições exploratórias difíceis ou onde a produção requeira uma capacidade técnica muito apurada, os **Contratos de Partilha de Produção** permitem ao País detentor das reservas utilizar-se da tecnologia da Companhia Internacional de Petróleo (CIP) a curto prazo e, ainda, estabelecer contratualmente que tal tecnologia será repassada aos operadores locais a médio ou longo prazo.

22. Por outro lado, existem desvantagens do **sistema de partilha de produção** em relação ao **regime de concessão**. O mesmo resultado tributário oriundo da complicada matemática dos CPPs, por exemplo, pode ser alcançado por um simples aumento da taxa da produção petrolífera. Outro aspecto desfavorável é a comercialização da produção. A Empresa Estatal de

Petróleo ou Agência Nacional pertinente podem não obter o melhor preço na venda da produção por interferências políticas ou falta de habilidade comercial, levando-as à perda de divisas ou arrecadação. Além disso, o aumento do envolvimento governamental nas atividades de E&P pode levar a atrasos e tornar a operação ineficiente, uma vez que todo o processo de contratação pode ter que ser submetido a regimes de compras governamentais, que envolvem demorados processos licitatórios. A dificuldade de administração do contrato em razão da complexidade dos cálculos do petróleo de custo ("cost oil") e alocação da parte do governo na produção é outra dificuldade. A complexidade contratual aumenta a oportunidade para fraudes e abusos.

a) Breve Histórico

23. Assim como os contratos de *Farm In/Farm Out* (outro tipo de contrato tipicamente utilizado pela indústria do petróleo), o **Contrato de Partilha de Produção** é originário do mercado agrícola. Este se baseia em contratos de parceria rural, pelos quais o dono da terra contrata permite que um agricultor plante em sua propriedade em troca da partilha da colheita entre proprietário e agricultor em partes previamente acordadas.

24. Os primeiros **Contratos de Partilha de Produção** foram criados na Indonésia na década de 60 do Século 20 e foram logo copiados pelos demais países produtores: Egito em 1969, Lybia em 1974, Angola em 1975, Gabão em 1982, Nigéria em 1993 (quando abriu uma zona econômica exclusiva incluindo sua plataforma continental) e Costa do marfim, Ghana e Tanzania na segunda metade dos anos 90.

b) Convivência de diversos Modelos Contratuais em um ordenamento jurídico

25. A maioria dos países produtores de petróleo opera com mais de um dos cinco modelos mencionados anteriormente. No continente africano, por exemplo, os países, em sua maioria, fundaram sua indústria nacional de petróleo utilizando os **Contratos de Partilha de Produção**, ou, como no caso da Nigéria, evoluíram para o mesmo. Normalmente, a introdução do Contrato de Partilha de Produção em um determinado país é precedida por um novo marco legal, petrolífero que permite tal modificação. No entanto, em países onde já se encontra

anteriormente estabelecido um **regime de concessões petrolíferas**, como é o caso do Brasil, os governos têm conseguido harmonizar os dois sistemas, autorizando a Empresa Estatal de Petróleo a celebrar **Contratos de Partilha de Produção** com empresas estrangeiras, em áreas específicas, preservando outros modelos em áreas menos atrativas.

26. Como salientado anteriormente, a Nigéria é um exemplo de país onde convivem **Contratos de Partilha de Produção** com **Contratos de Concessão, de Licenciamento e de Serviços**. A Argélia é outro exemplo de país onde convivem vários modelos de contrato, por razões históricas. No entanto, atualmente, o único modelo aceito pela **SONATRACH**¹ para futuros investimentos é o **Contrato de Partilha de Produção**. Exemplos de países onde também coexistem vários modelos contratuais, mas que só aceitam atualmente o **Contrato de Partilha de Produção** para novos investidores são a Líbia e a Tanzânia.

c) Definição de Contrato de Partilha de Produção

27. Antes de aprofundarmos a discussão propriamente dita acerca das cláusulas de um **Contrato de Partilha de Produção** é preciso definir o que vem a ser este tipo de acordo entre o Estado e investidores privados. A definição mais comumente aceita é a de que trata-se de um contrato privado firmado entre uma Empresa Estatal de Petróleo (EEP) ou Governo – no caso do Brasil representado pelo Ministério das Minas e Energia² (e posteriormente administrados pela **Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA** que também se torna parte do contrato)³

¹ Empresa Estatal de Petróleo da Argélia

² Lei 12.304/10 art. 2º

³ cuja criação foi autorizada pela LEI n.º 12.304/2010 (DOU: 03.08.2010) O Poder Executivo foi autorizado a criar empresa pública, sob a forma de sociedade anônima, denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado. A PPSA terá sede e foro em Brasília e escritório central no Rio de Janeiro. A PPSA terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União e não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. A PPSA sujeitar-se-á ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

e uma ou mais Companhias Internacionais de Petróleo (CIPs) com base em uma legislação que outorga à Companhia Nacional de Petróleo uma licença exclusiva ou uma autorização para explorar e produzir hidrocarbonetos em determinada área e dividir a produção entre as partes consorciadas de acordo com as proporções fixadas no contrato. Em alguns países, como, por exemplo, o Congo, o Egito, a Guiné Equatorial e a Tunísia, o Governo, além da própria Empresa Nacional de Petróleo, é signatário do contrato. O Gabão é um raro exemplo onde somente o Estado Nacional e não uma Empresa Nacional de Petróleo é parte do **Contrato de Partilha de Produção (CPP)**.

28. Os **Contratos de Partilha de Produção** podem ser divididos em diferentes tipos, dependendo do estágio de desenvolvimento da província petrolífera onde se localiza a área do contrato na época em que o mesmo é assinado.

29. Os **Contratos de Partilha de Produção** chamados "**Exploratórios**" são aqueles firmados quando reservas comerciais ainda não foram descobertas na área do contrato. Os **Contratos de Partilha de Produção "Exploratórios"** são normalmente divididos em sub períodos de dois ou três anos e podem ser convertidos em **Contratos de Partilha de Produção** de "**Desenvolvimento**" quando da descoberta de um reservatório. Os **Contratos de partilha de Produção "Exploratórios"** são assim chamados pois normalmente referem-se à fase inicial de um bloco petrolífero e tendem a concentrar um prazo maior do que os demais **Contratos de Partilha de Produção**. Devido à sua natureza exploratória, os **Contratos de Partilha de Produção "Exploratórios"** tendem a cobrir uma área contratual maior.

30. Os **Contratos de Partilha de Produção** de "**Desenvolvimento**" normalmente referem-se a áreas onde existem reservas provadas mas ainda não produzidas.

31. Os **Contratos de Partilha de Produção Aumentada** têm como objetivo aumentar a recuperação de reservas cuja produção vem caindo e assim aumentar a vida útil de um reservatório já desenvolvido, normalmente são assinados com CIPs detentoras de tecnologia de ponta, não detida pela EEP.

32. Para cada tipo de **Contrato de Partilha da Produção** o projeto de desenvolvimento da área do contrato estará em um estágio diferente e envolverá diferentes graus de risco e prêmio para os investidores, o que gera uma diversidade de cláusulas contratuais. No caso dos **Contratos de Partilha de Produção Exploratórios**, como ainda não há reservas descobertas, estes tornam-se mais arriscados para as Companhias Internacionais de Petróleo e

demandam um maior investimento. Cláusulas tais como as que estabelecem o prazo contratual e a tributação do contrato devem ser redigidas de modo a permitir que os investidores estrangeiros possam ter um retorno razoável depois de um alto e arriscado investimento na fase de exploração. Como os **Contratos de Partilha de Produção de Desenvolvimento** e os **Contratos de Partilha de Produção Aumentada** não possuem riscos exploratórios ou custos elevados para as Companhias Internacionais de Petróleo, estes tendem a possuir um prazo contratual menor e os Governos podem também demandar uma tributação maior.

V - PROVISÕES TÍPICAS DOS CONTRATOS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO

33. Não existem dois **Contratos de Partilha de Produção** iguais. Mesmo aqueles derivados do mesmo contrato-modelo e assinado entre as mesmas partes podem variar muito comparativamente. No entanto, existem cláusulas típicas que são sempre encontradas neste tipo de contrato.

ESTRUTURA

34. **CPPs** Podem ser assinados diretamente com o Governo, como no modelo utilizado na Indonésia, ou com a Empresa Estatal de petróleo, a qual, por sua vez, é a concessionária do Governo, como é o caso de Angola. Neste caso, é preciso conhecer os termos do contrato de concessão assinado, pois tanto a EEP quanto o investidor estrangeiro estarão sujeitos aos mesmos.

PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS

35. As Participações Governamentais, ou seja, as formas de o Governo ganhar dinheiro em um **CPP**, podem conter: (I) Royalties, (II) Recuperação de custos, (III) Divisão do óleo de lucro, (IV) Imposto de Renda, (V) Participação no Grupo Empreiteiro e Outras (Bônus, Aluguéis, Contribuições Específicas).

36. Em alguns casos os **Contratos de Partilha de Produção** não estão sujeitos ao pagamento de *royalties*, como em Angola (modelo de 2008) e na Indonésia (modelo de 2008).

No caso de incidência de *royalties*, as alíquotas variam muito de país para país. Na Argélia variam de 12.5% a 20%, dependendo da área, já no Iêmen, segundo o modelo de 2008, variam de 6.5% a 15%, dependendo dos níveis de produção.

37. A recuperação de custos é um elemento comum a todos os **Contratos de Partilha de Produção**, embora a Líbia seja uma exceção por ser mais liberal quanto ao “*Carrego*”. A Companhia Internacional de Petróleo recupera seus custos, e, em algumas jurisdições, até o que pagou de imposto, antes da divisão do lucro, ou seja, da partilha do petróleo produzido. O primeiro petróleo produzido é aquele destinado a compensar a CIP por seus gastos durante a fase de exploração. Essa primeira parte da produção é conhecida no jargão internacional como Petróleo de Custo, ou *Cost Oil* em inglês. Que custos podem e quais não podem ser compensados com o Petróleo de Custo é um tema importante a ser abordado em cada discussão entre as partes e normalmente são objeto de um longo anexo do **Contrato de Partilha de Produção**. Uma excelente maneira de incentivo à utilização de recursos locais em detrimento de importados é permitir-se que apenas os primeiros e não os últimos, possam ser objeto de recuperação de custos.

38. Normalmente, alguns custos estão excluídos: (I) Bônus, (II) Impostos (em alguns países), (III) Custos relacionados ao projeto no país de origem da CIP acima dos níveis permitidos em contrato, (IV) Juros pagos em empréstimos e dívidas, (V) Outros custos não previstos no “*Accounting Procedure*” Em muitos casos, apenas um percentual fixo da produção pode ser utilizado para recuperação de custos (na Indonésia, modelo de 2008 = 65%; no Iêmen, modelo de 2008 = 35%) A parte do óleo de custo que não for utilizada para efetiva recuperação de custos transforma-se automaticamente em óleo de lucro. Os *Royalties* são deduzidos do óleo produzido antes da recuperação de custos

39. A taxa de recuperação para os custos de capital (depreciação/amortização) está normalmente especificada no contrato. Em alguns casos, o contrato requer que categorias de custos mais elevados, como, por exemplo, os custos de desenvolvimento, sejam recuperados em períodos determinados, por exemplo, entre 3 e 5 anos. Custos não recuperados são “carregados” para o próximo período fiscal. Em alguns casos, os custos não recuperados são acrescidos de juros para preservar o grupo empreiteiro.

40. Depois de abatidos os custos de exploração do Petróleo de Custo, o restante da produção, ou o chamado Petróleo de Lucro ou *Profit Oil*, que é o petróleo que sobra depois da retirada do limite máximo da produção para o óleo de custo é dividido entre o Governo e a CIP nas proporções previamente acertadas em contrato. Podem ser adicionadas também ao Petróleo

de Lucro as sobras do petróleo de custo após a recuperação de todos os custos contratualmente permitidos. A divisão simples, por porcentagem, como, por exemplo, no modelo utilizado nos campos de gás natural marginais na Indonésia, não é a regra. Normalmente esta proporção não é fixa, com a participação governamental aumentando junto com o aumento da produção ou proporcionalmente ao lucro da CIP. Essa escala móvel de participação pode, em alguns casos, ser recalculada a cada dia, baseada na produção diária do campo, como é o caso do Gabão, ou com base retroativa, como é o caso da Nigéria. Existem ainda divisões com base na Taxa de Retorno (TIR), cujos cálculos são altamente complexos, como no caso de Angola e modelos híbridos com o da Argélia. Em alguns casos existe a criação de uma nova categoria antes do óleo de custo, como os 10% de primeiro óleo no modelo indonésio

41. O petróleo e o gás natural produzidos são normalmente divididos proporcionalmente para cada propósito (royalties, recuperação de custos, divisão da produção, etc.). Quando são produzidos petróleos de diferentes graus API (pesado e leve), estes também são normalmente divididos proporcionalmente.

MODELO TRIBUTÁRIO

42. Quanto ao modelo tributário, normalmente incide o o Imposto de Renda. Em países onde a economia é altamente dependente da produção petrolífera, pode incidir o Imposto sobre Petróleo em separado. Em alguns casos, os impostos são pagos pela EEP em nome do grupo empreiteiro, como nos casos de Argélia, Nigéria, Iêmen, em nome da estabilidade fiscal do contrato. Se o contrato for bem estruturado, o contratante poderá obter créditos fiscais em seu país de origem. Em outros casos, o contratante paga diretamente o imposto de renda, como no caso da Indonésia, além dos demais encargos. O modo de pagamento dos impostos é geralmente considerado na hora da partilha da produção.

43.O **Contrato de Partilha de Produção** tenta criar uma estabilidade fiscal para a CIP, ou realocando os impostos devidos para a parte da Empresa Estatal de Petróleo ou contendo uma Cláusula de Estabilidade Fiscal. O interesse da CIP é o de que todos os impostos que incidirão sobre seus ganhos estejam exaustivamente e definitivamente descritos no contrato. Para que tal cláusula seja válida, é preciso que ou a Empresa Estatal de Petróleo tenha poderes para garantir a estabilidade em nome do Governo Hospedeiro ou que a própria agência estatal encarregada do recolhimento dos impostos seja interveniente no contrato. Por outro lado, em casos como o do Brasil, onde tal arranjo seria inconstitucional, a melhor opção seria a de uma Cláusula de Estabilidade Fiscal que determine que, em caso de mudanças legais que resultem

em substancial diminuição da participação de qualquer das partes, estas negociarão um aditivo ao **Contrato de Partilha de Produção** para que sejam reestabelecidas as mesmas condições acordadas na data em que o **Contrato de Partilha de Produção** foi assinado. Tal modelo existe nos modelos de **Contrato de Partilha de Produção** do Egito (modelo de 2000) e em um **Contrato de Partilha de Produção** assinado entre a **SONATRACH** (Argélia) e a **ORYX PETROLEUM** em 1998.

44. As Empresas Estatais de petróleo (EEP) normalmente têm o direito contratual de se associarem ao Grupo Empreiteiro e serem co-proprietárias do investimento após a fase de exploração, em caso de declaração de comercialidade¹. A EEP não é responsável pelos custos incorridos pelo grupo empreiteiro antes de receber sua parte (custos de exploração), mas em alguns casos são obrigadas a reembolsá-los de sua parcela da produção durante um período de tempo, como, por exemplo, no modelo da Indonésia de 2008. A partir do momento que recebe sua participação, a EEP passa a arcar com todos os custos proporcionais à sua percentagem.

45. Outras participações governamentais podem incluir um Bônus de assinatura no momento da outorga do contrato. Em alguns casos, pode ocorrer também o bônus de produção - Média diária de produção, como no modelo do Iêmen de 2008 ou Produção acumulada, como no modelo da Indonésia de 2008. Podem incluir também aluguéis da parte remanescente da área contratual retida pelo Grupo Empreiteiro após as devoluções contratuais obrigatórias, que ocorrem ao final de cada fase exploratória. Uma vez determinada a inexistência de hidrocarbonetos em certas áreas, podem ser devolvidas áreas além daquelas previstas contratualmente para diminuir o custo do aluguel.

46. Outro tipo de pagamento devido pelas CIPs são as contribuições específicas. Normalmente para treinamento da mão de obra local ou para programas sociais ou escolares do governo. São contribuições pequenas devidas diretamente às agências governamentais responsáveis. Podem ser destinadas, por exemplo, para a construção de uma estrada ou uma escola, ou a um fundo governamental específico.

¹ Ocorre quando um poço petrolífero é declarado viável para exploração comercial, ou seja o custo de completação de poço e extração do óleo serão menores que o valor comercial da reserva recuperável.

PRAZO CONTRATUAL

47. O prazo de um **Contrato de Partilha de Produção** geralmente varia entre 20 e 35 anos, compreendendo as fases exploratória e de produção, com opções de extensão. A opção de extensão pode ser tanto do Grupo Empreiteiro como do Governo, que pode ter a discreção de prorrogar ou não, de acordo com sua conveniência, o prazo contratual. Quando a extensão do prazo é um direito do Grupo Empreiteiro, normalmente exige-se que este tenha completado todo o programa de desenvolvimento antes de solicita-la.

48. O prazo contratual deve ser longo o suficiente para convencer uma Companhia Internacional de Petróleo de que terá tempo para recuperar os custos de um investimento prévio de capital intensivo. Como vimos acima, o tempo necessário dependerá do estágio de desenvolvimento da área contratual. Se nenhuma exploração tiver ainda sido feita, como no caso de um **Contrato de Partilha de Produção Exploratória**, então um maior prazo contratual será necessário. No caso de um **Contrato de Partilha de Produção de Produção**, o prazo requerido é menor, sendo menor ainda o prazo demandado por um **Contrato de Partilha de Produção Aumentada**.

49. No caso dos **CPP de Exploração**, são normalmente determinados prazos separados para os períodos de exploração e os de produção. O Período de Exploração é normalmente dividido em várias fases, como, por exemplo, Argélia (3 + 2 + 2 anos), Angola (4 + 3 anos), Indonésia (6 + 4 anos), Iêmen (3 + 3 anos). Após o cumprimento de todas as obrigações contidas na fase exploratória inicial, a entrada em cada uma das fases subsequentes é opcional para o grupo empreiteiro, pois não há interesse da CIP em dispendar tempo e recursos em um prospecto que já se sabe não conter hidrocarbonetos.

50. O Programa de Trabalho Mínimo de cada fase deve ser completado antes da entrada na fase seguinte. Extensões de 1 a 2 anos normalmente são previstas em caso de descobertas ocorridas mas não avaliadas. Devido ao tempo necessário para a construção e instalação de gasodutos, a exploração comercial de reservas de gás normalmente leva mais tempo para começar do que daquelas de petróleo. Sendo assim, o prazo previsto para um **Contrato de Partilha de Produção** onde se anteveja a produção de gás deve refletir tal situação. Pelas mesmas razões, o prazo de um **Contrato de Partilha de Produção** deve ser maior se as reservas estão localizadas em local inóspito ou em águas ultra-profundas.

51. A Fase de Desenvolvimento pressupõe uma descoberta comercial e geralmente compreende um prazo de 20 a 30 anos a partir da data de declaração de comercialidade.

52. Durante o prazo contratual, ao final de cada fase do período exploratório, partes da área explorada devem ser devolvidas ao Governo, na Argélia são 30%; na Indonésia 30% e posteriormente mais 50%. O modelo 2008 do Iêmen não prevê abandonos parciais de áreas. O modelo de 1997 utilizado pelo Gabão para águas profundas, assim como o modelo de 2004 utilizado pela Nigéria e São Tomé e Príncipe em sua área de desenvolvimento conjunto, o modelo da Argélia de 1998, o modelo egípcio de 2000 e o **Código de Hidrocarbonetos da Tunísia** de 1999 são exemplos de **Contrato de Partilha de Produção** onde é requerida a devolução de 50% da área inicial do contrato. O modelo de 2004 da Guiné Equatorial requer a devolução de 40% da área contratual após a fase inicial de exploração e de 25% da área restante a cada extensão de prazo.

DEVOLUÇÃO DE ÁREAS

53. Ao final do período exploratório, normalmente toda a área que não esteja sendo efetivamente aproveitada em uma descoberta comercial deve ser devolvida. Existem algumas exceções, como no caso da Indonésia, que permite a retenção de 20% da área não explorada se provado que um esforço de exploração está sendo empreendido. Áreas onde ocorram descobertas ou descobertas comerciais não precisam ser devolvidas.

54. A principal preocupação de um Governo que possui recursos mineirais não renováveis é a de que a CIP desenvolva tais recursos de seu território e produza o petróleo contido em sua área de exploração e produção. Não é de seu interesse que a CIP simplesmente retenha indeterminadamente a área a ela outorgada, sem desenvolvê-la, na esperança de que esta se valorize no futuro, com descobertas em áreas próximas ou contíguas. Em outras palavras, o Governo espera que a CIP desenvolva a área que lhe foi alocada. Para que seja atingido este objetivo, o **Contrato de Partilha de Produção** normalmente contém cláusulas Programa Mínimo de Trabalho e de Programa Mínimo de Gastos. O Programa Mínimo de Trabalho está relacionado com qualquer atividade que obrigatoriamente tenha que ser executada pela CIP: produção de linhas sísmicas, perfuração de um número mínimo de poços exploratórios, estudos técnicos, dentre outros. O Governo deve redigir a cláusula de Programa Mínimo de Trabalho com o maior detalhamento possível. As CIPs, por outro lado, preferem que as obrigações mínimas contenham o máximo de discricionabilidade possível.

PROGRAMA MÍNIMO DE GASTOS

55. Um Programa Mínimo de Gastos é um requisito contratual que obriga que a CIP despenda uma quantia mínima de capital durante a fase exploratória do Contrato de Partilha de Produção. A título de exemplo, citamos um **Contrato de Partilha de Produção** assinado na Nigéria em 1994 que determinava que no terceiro ano do contrato a CIP já deveria ter gasto U\$ 24 milhões, no sexto ano do contrato já deveria ter gasto U\$ 30 milhões e no décimo ano do contrato já deveria ter gasto U\$ 60 milhões. Como o Programa Mínimo de Gastos não tem foco nos resultados, mas apenas na quantia empregada, é normalmente considerado menos efetivo que o Programa Mínimo de Trabalho. Assim, uma CIP poderia gerenciar mal suas atividades de perfuração e, pelo aumento de gastos gerado pela baixa performance, atingir facilmente o seu Programa Mínimo de Gastos, mas nunca atingiria um Programa Mínimo de Trabalho

56. A cláusula de Programa Mínimo de Gastos pode também levar a CIP a “inflacionar” os preços de operação para atingir suas metas de gasto. A falha no cumprimento do Programa Mínimo de Gastos pode ser compensada com o pagamento pela CIP do capital remanescente ao Governo, sempre com uma garantia da casa matriz ou outro tipo de garantia bancária. Se este tipo de cláusula pode ser cumprida judicialmente ou não vai depender do sistema jurídico em que estiver inserida.

PROGRAMA MÍNIMO DE TRABALHO

57. Os Programas Mínimos de Trabalho e os Programas Mínimos de Gastos apresentam ainda outros benefícios para os Governos. Uma vez que a CIP tenha gasto seus recursos financeiros nas atividades exploratórias requeridas pelo **Contrato de Partilha de Produção**, estará desesperadamente interessada em alcançar produção comercial, pois através dela poderá recuperar seus custos por meio do Petróleo de Custo. Quanto mais cedo a CIP recuperar os custos empatados no projeto, melhor será sua taxa de retorno. Assim, podemos afirmar que Os Programas Mínimos de Trabalho e os Programas Mínimos de Gastos, ao encorajarem o Contratante a produzir, defendem ao mesmo tempo os interesses do Governo e da CIP.

58. Os Programas Mínimos de Trabalho e os Programas Mínimos de Gastos proporcionam ainda um referencial por meio do qual é possível medir a performance do Contratante. Se um Governo acredita que o Grupo Empreiteiro está simplesmente retendo a área contratual sem

desenvolvê-la, ele pode simplesmente usar a falha do Grupo Empreiteiro em atingir os parâmetros acima para recusar-se a renovar o CPP ou recusar-se a rescindí-lo sem receber os custos relativos aos programas pendentes. Tais parâmetros também podem ser utilizados para obrigar o Grupo Empreiteiro a devolver a área não desenvolvida. Entre 1999 e 2000, a Nigéria rescindiu 31 CPPs baseando-se no fato de que o Grupo Empreiteiro não havia explorado a área do contrato, ou a havia explorado de maneira deficitária, aquém de suas obrigações nos programas mínimos contratados.

59. O Programa Mínimo de Trabalho normalmente requer a aquisição de uma certa quantidade de dados sísmicos e a perfuração de uma quantidade específica de poços exploratórios. Muitas vezes a perfuração de um poço adicional para medição do tamanho de uma descoberta não conta como um dos poços exploratórios obrigatórios e o fato pode terminar em arbitragem se a cláusula não estiver bem redigida. Outra questão é o abandono de poços por dificuldades técnicas antes de atingir a profundidade planejada. Tal poço contaria para o Programa Mínimo de Trabalho? Talvez, se o gasto mínimo programado para o mesmo foi despendido no esforço de perfuração.

60. Se o Programa Mínimo de Trabalho for completado por um valor menor que o gasto mínimo programado para a fase, as obrigações normalmente são dadas por cumpridas. Se o Programa Mínimo de Trabalho não for completado, a diferença da quantia efetivamente gasta para o gasto mínimo programado para a fase deverá ser pago em dinheiro ao governo. Além disso, a falha em cumprir o Programa de Trabalho Mínimo em uma fase pode impedir o Grupo Empreiteiro de seguir para a próxima fase, embora alguns CPP permitam o “carrego” das obrigações não cumpridas para a próxima fase mediante aprovação do governo. Se não houver mais prospectos na área contratual, o governo pode permitir a transferência da obrigação para outro **Contrato de Partilha de Produção**. Se o Grupo Empreiteiro tiver realizado mais trabalho do que o exigido para determinada fase, normalmente esse trabalho é abatido do Programa Mínimo de Trabalho da próxima fase.

GARANTIAS

61. O Governo normalmente requer uma garantia bancária ou carta de crédito no valor do Programa de Trabalho Mínimo para cada fase. Quantias parciais são deduzidas da garantia bancária conforme o trabalho for sendo realizado. Uma nova garantia é solicitada à medida que se entra em uma nova fase contratual.

62. O orçamento anual tem de ser aprovado pelo Governo ou pela EEP, normalmente por meio de um comitê conjunto. O orçamento anual é inicialmente preparado pelo Grupo Empreiteiro. A minuta do orçamento anual deve ser apresentada três meses antes do ano ao qual se refere, em alguns casos, muito antes.

63. O Grupo Empreiteiro poderá conduzir operações de exploração com as quais o governo não concorde caso suporte todos os riscos, sem direito de recuperação dos mesmos. O Grupo Empreiteiro deve ter o direito de fazer pequenas alterações no programa anual de trabalho sem a necessidade de prévia aprovação do governo. Os gastos acima do orçamento anual, com a exceção de uma pequena margem em torno de 10%, normalmente não são recuperáveis.

64. Ocorrendo uma descoberta, o contratado deverá reportar a mesma ao governo ou à EEP. Se o contratado considerar a descoberta comercial, deverá apresentar um programa de avaliação da descoberta para aprovação do governo, da EEP ou do comitê conjunto. Normalmente existe um prazo fixo para a avaliação da descoberta, por exemplo, 6 ou 9 meses. Períodos muito maiores são necessários para descobertas de gás ou "off shore". Se o contratado não considerar a descoberta comercial, normalmente deverá abandoná-la para que o governo, caso queira, proceda operações "sole risk". O contratado poderá ter uma cláusula de retorno mediante o pagamento de prêmio ao governo.

DECLARAÇÃO DE COMERCIALIDADE

65. O Grupo Empreiteiro decide se declara a comercialidade da descoberta ou não. A declaração de comercialidade normalmente não precisa esperar a avaliação. Se o Grupo Empreiteiro declarar a comercialidade da descoberta, está obrigado a apresentar um plano de desenvolvimento, normalmente já contendo um orçamento, para aprovação governamental. O direito de obter a aprovação governamental é de fundamental importância para o Grupo Empreiteiro – Alguns CPPs prevêm a aprovação tácita após um período de silêncio ou se forem cumpridos certos padrões. O Grupo Empreiteiro pode precisar solicitar uma licença de produção ou alguma licença similar.

CLÁUSULA DE GÁS

66. Normalmente existe uma cláusula em separado dedicada ao Gás. O uso do gás associado¹ nas operações, incluindo a recuperação secundária² é normalmente permitido. O Grupo Empreiteiro normalmente tem prioridade para comercializar o gás associado que não for usado nas operações, embora alguns **CPPs** aloquem essa prioridade para a EEP. Se o Grupo Empreiteiro não conseguir ou não tiver interesse em comercializar o gás, o governo ou a EEP normalmente podem dispor do mesmo a título gratuito. O governo paga os custos de entrega além do Ponto de Entrega³. Se nenhuma das partes manifestar interesse pelo gás, deverá ser re-injetado no reservatório, embora a queima ainda seja permitida em diversos países.

67. O gás não associado⁴ é normalmente tratado como as demais descobertas, no entanto, demanda um período maior para a declaração de comercialidade – geralmente são necessários estudos de mercado e a construção de infra-estrutura. Normalmente a parte do Grupo Empreiteiro na produção é maior e as partes são obrigadas a vender o gás em conjunto.

68. A operação é normalmente levada a cabo pelo Grupo Empreiteiro, baixo supervisão da Empresa Pública de Petróleo, nos parâmetros de um Programa Mínimo de Trabalho, um Orçamento Anual e por decisões tomadas no Comitê Operacional. Conforme anteriormente mencionado, uma das vantagens da adoção dos CPPs é a possibilidade de gerenciar a produção de petróleo com vistas à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos demais objetivos da política energética do País.

69. O Contrato de Partilha de Produção é um instrumento jurídico de caráter dualista. Por um lado é o instrumento através do qual o Governo concede a licença ao Grupo Empreiteiro para iniciar operações petrolíferas em seu território. Por outro lado, este mesmo instrumento é um contrato entre as CIPs participantes do consórcio e a Empresa Pública de Petróleo. As partes do **Contrato de Partilha de Produção** comungam do mesmo objetivo de maximizar a produção de petróleo e gás. No entanto, dependendo de sua natureza jurídica, terão diferentes direitos, responsabilidades e obrigações financeiras no âmbito do contrato. O Comitê

¹ Encontrado junto com o petróleo

² Obtida através da injeção de gás no reservatório

³ Ponto contratual onde o petróleo e o gás passam à propriedade do Grupo Empreiteiro

⁴ Descoberto sem petróleo associado

Operacional é o fórum onde estas questões serão tratadas e onde se tentará resolver os potenciais conflitos resultantes desses diferentes direitos e obrigações das partes envolvidas. Diferentemente do grau de autonomia dado ao Operador dentro de um JOA, o **Contrato de Partilha de Produção** irá sempre remeter as decisões importantes de operação para serem tomadas no Comitê Operacional.

COMITÊ OPERACIONAL

70.O Comitê Operacional é normalmente composto por um igual número de membros representando a Empresa Pública de Petróleo e o Grupo Empreiteiro. Alguns sistemas jurídicos dão ao Presidente do Comitê Operacional o voto de minerva, como é o caso dos Contratos de Partilha de Produção angolanos de 1999. No caso da Líbia, a Empresa Pública de Petróleo possui a maioria dos membros do Comitê Operacional. Normalmente o **Contrato de Partilha de Produção** requer a unanimidade em todos os assuntos. A capacidade da Empresa Pública de Petróleo de controlar ou ao menos bloquear as iniciativas do Grupo Empreiteiro no Comitê Operacional dependem muito das boas relações obtidas com as CIPs. A capacidade de se chegar a um acordo é fundamental para o bom andamento das operações. Se comparamos o **Contrato de Partilha de Produção** com o JOA, veremos que neste último tipo de contrato a porcentagem de votos dos consorciados requerida para aprovação de projetos é mantida propositadamente baixa para evitar-se uma paralização nas operações. No entanto, alguns comitês são puramente consultivos, como no caso do Iêmen

71.Uma das principais funções do Comitê Operacional é traçar o Programa Anual de Trabalho, o plano de desenvolvimento e o orçamento. A falta de acordo nestes temas importantes pode atrasar o projeto por anos. A maioria dos **Contratos de Partilha de Produção** não possui complicadas cláusulas de resolução de potenciais conflitos como ocorre nos JOAs, tais como provisões de compra forçada da parte do sócio discordante, submissão a peritos e etc. Por isso, o sucesso de um **Contrato de Partilha de Produção** irá depender muito mais da confiança mútua e do bom relacionamento entre as partes do que de complicadas cláusulas contratuais de solução de controvérsias.

CESSÃO DO CONTRATO

72. A cessão do contrato exige a aprovação do Governo ou da EEP. À exceção da cessão para uma subsidiária. Pode haver um prazo para a resposta governamental. O cessionário deve apresentar suas credenciais técnicas e financeiras ao Governo, além de renovar as garantias

anteriormente apresentadas, etc. Normalmente existe uma taxa de transferência ou um direito de preferência em favor da EEP ou do governo.

73. O Governo pode rescindir o contrato quando o contratante: Deixa de efetuar qualquer pagamento devido, viola as cláusulas do **Contrato de Partilha de produção**, vai à falência, não completa o Programa Mínimo de Trabalho de qualquer das fases, torna pública qualquer informação confidencial relativa ao contrato (Angola), cede seus direitos contratuais em desrespeito às normas do CPP (Angola, Nigéria), extrai minerais não previstos no **CPP** (Angola).

LEI APLICÁVEL E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

74. Em todos as legislações estudadas, foi constatado, sem qualquer surpresa, que a lei aplicável ao **Contrato de Partilha de Produção** é a lei do País Hospedeiro. As controvérsias são normalmente resolvidas por arbitragem, normalmente, mas nem sempre, tramitando no País Hospedeiro. São usadas uma ampla gama de regras arbitrais, tais como **ICC**, **ICSID**, **UNCITRAL**, ou, até mesmo, regras de câmaras locais de arbitragem (o Egito utiliza as regras do Centro Regional do Cairo para arbitragens comerciais internacionais, por exemplo). Na maioria das vezes, controvérsias envolvendo o Governo são alocadas para as cortes nacionais ao invés de arbitragem. Alguns exemplos encontrados:

- Argélia: UNCITRAL, ICC como “appointing authority”, em Paris
- Angola: UNCITRAL, ICC como “appointing authority”, em Luanda
- Indonésia: Singapore International Arbitration Centre, em Singapura
- Nigéria: Regras locais, CCI como “appointing authority”, na Nigéria
- Iêmen: CCI em Paris

75. Os **Contratos de Partilha de Produção** normalmente contêm cláusulas destinadas a proteger o interesse econômico nacional, como, por exemplo, aquelas cláusulas relativas à transferência de tecnologia (tema particularmente importante nos Contratos de Partilha de Produção chineses), treinamento de empregados locais e a preferência por fornecedores locais. Os Governos levam essas obrigações à sério e normalmente possuem equipes de auditores permanentemente auditando o seu cumprimento

76. Dependendo da disponibilidade local e da qualificação requerida de certos empregados, assim como da sofisticação técnica de determinados equipamentos, cláusulas que enfatizem o conteúdo nacional podem causar atrasos no desenvolvimento do projeto e tornar-se um risco logístico para a Empresa Internacional de Petróleo. Dessa forma, normalmente existem cláusulas no **Contrato de Partilha de Produção** para permitir que a Companhia Internacional de Petróleo importe alguns recursos caso estes não estejam disponíveis no mercado doméstico local na qualidade e quantidade desejadas. Este tipo de cláusula envolve um alto índice de julgamento subjetivo e, conseqüentemente, pode levar a muitas controvérsias.

77. Por outro lado a CIP também defende seus interesses contratuais, os quais normalmente incluem: importar capital (inclusive por empréstimo), importar bens e serviços, normalmente livre de impostos, mas sujeitos às normas de conteúdo local, empregar expatriados e receber vistos e permissões de trabalho, sujeito à legislação trabalhista local, exportar a produção (exceto em casos de cláusulas de abastecimento do mercado interno) e manter o dinheiro da venda no exterior, direito à remessa de lucros e serviço de dívidas, liberdade de câmbio de moeda, direito de efetuar pagamentos aos prestadores de serviços e empregados expatriados em moeda estrangeira. Em alguns casos, estabilidade legal, o direito ao uso da infra-estrutura existente (Sujeito à capacidade e pagamento de tarifas), Direito às informações já existentes, Assistência para obtenção das permissões necessárias.

V - CONCLUSÃO

78. Após demorada análise do modelo contratual **de Partilha de Produção** e de sua utilização em outros sistemas jurídicos, notadamente no continente africano, comparando-o com o modelo **de Concessão Moderna**, concluímos que não há uma vantagem ou desvantagem explícita na adoção de um ou de outro modelo de exploração dos recursos petrolíferos de um país. Cada modelo é adequado para um momento político e econômico na história do Estado nacional.

79. Em 1997, quando foi adotado o modelo de Concessão no Brasil, o Governo advogava a redução da intervenção do Estado na economia, o preço do barril do petróleo oscilava em torno de U\$ 19, havia um alto endividamento externo do Brasil, o qual não tinha capacidade de investimento próprio. O País era importador de petróleo bruto, havia dificuldade em atrair investimentos externos e as áreas de E&P brasileiras apresentavam alto risco e baixa produtividade. O modelo escolhido então, foi o da concessão moderna, com um prêmio maior

ao investidor externo, justamente para atraí-lo para dar início à indústria internacional do petróleo no Brasil.

80. Em 2009, o Governo propôs uma revisão do papel do Estado na economia brasileira, o preço do barril do petróleo oscilava em torno de U\$ 75, Já havia um baixo endividamento externo do Brasil, com capacidade de financiamento interno; o país já havia se tornado auto-suficiente em produção de petróleo bruto e ocorreu a descoberta de uma das maiores bacias petrolíferas do mundo, o que torna as áreas de E&P brasileiras de baixo risco e alta produtividade. Agora, já não tão necessitado do investimento externo e podendo cobrar um prêmio maior para entrada na província petrolífera brasileira, o modelo escolhido foi o de **Partilha de Produção**.

81. Por sua vez, o modelo de Partilha de Produção não é um modelo uniforme em todas as jurisdições estudadas. Cada país, ao utilizar o modelo, encontrou a sua solução nacional para suprir suas demandas estratégicas sem deixar de atrair o investidor externo.

82. Existem histórias de fracasso e de sucesso com a adoção do modelo de Partilha de Produção, pois é muito difícil conseguir o balanço perfeito entre o benefício para o Governo, atração e retenção de investidores estrangeiros e garantia do desenvolvimento nacional.

83. É um modelo que não é estável, a cada nova divulgação de minutas-modelo pelos Estados detentores de reservas, ocorrem novidades, como no caso do Brasil, que mistura uma EEP com a figura híbrida da Petrobras.

É o parecer,

Advogado formado pela PUC-RJ em 1992, pós-graduado em direito internacional do comércio pela PUC-RJ em 2001, pós-graduado em direito de petróleo pelo IBP, em 2002, curso na sheffieldHallan University of Dund`ee. Arbitro pelo CEMAJ. Diretor Financeiro do IAB. Membro do Comitê diretor (LARC) - capítulo para América Latina da AIPN (Association International Petroleun Negotiators).

O Agravo Contra Inadmissão do Recurso Especial – A Lei 12.322/10

Luiz Fernando Valladão Nogueira

Atualmente, o art. 544 do CPC exige que o agravo contra a inadmissão de recurso especial seja interposto na modalidade de instrumento. Ou seja, por haver a necessidade de formação de novos autos ("instrumento"), impõe-se ao agravante a extração de cópias das peças obrigatórias e facultativas, às quais se acrescentam as denominadas necessárias.

Esse rigor na formação do agravo de instrumento tem levado o STJ a não conhecer uma infinidade de recursos. Isto porque as tais peças necessárias, que são aquelas que permitem um esclarecimento sobre os pontos controvertidos da lide, não têm previsão legal (o art. 525 do CPC a elas não faz alusão), sendo, na verdade, mera criação jurisprudencial. Ora, nesse contexto, aconteceu que o conceito de peças necessárias foi sendo alargado, de forma inconsequente, gerando um filtro ilegal para não conhecimento dos agravos. Não bastasse a própria ilegalidade dessa exigência, tem-se que, no plano prático, as decantadas peças, mesmo sendo apresentadas, poderiam se perder nos entraves da burocracia cartorária, tudo isso contribuindo à insegurança jurídica.

Pois bem, com a entrada em vigor da lei 12.322/10 (9 de setembro de 2010), o agravo contra inadmissão de recurso especial será apresentado nos próprios autos do processo, sem a necessidade de formação de "instrumento".

Com efeito, foi alterada a redação do art. 544, passando a constar que "cabará agravo nos próprios autos".

A partir da entrada em vigor da lei nova, portanto, a interposição de agravo contra inadmissão do recurso especial, que não exige o pagamento do preparo (art. 544, § 2º, CPC), sujeitar-se-á aos seguintes pressupostos formais: a) todos os fundamentos da decisão atacada devem ser impugnados (art. 544 § 4º I CPC); b) o recurso será apresentado nos próprios autos, sendo que, em havendo também recurso extraordinário inadmitido, "o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido" (art. 544 §1º CPC).

Com relação ao primeiro pressuposto, deve-se dizer que o Agravo ao STJ tem efeito devolutivo vinculado, ou seja, a decisão agravada só será reexaminada em sua inteireza se todos os seus fundamentos forem atacados pelo agravante. Restando algum fundamento sem qualquer censura pelo agravo, estará havendo a preclusão com relação ao mesmo, o que importará o

não-conhecimento do recurso. Isto significa que aquele fundamento não atacado será suficiente à manutenção da decisão agravada.

Já o outro pressuposto formal - interposição do agravo nos próprios autos -, além da vantagem já anunciada quanto à desnecessidade de apresentação de cópias de peças, significará que o STJ, quando der provimento àquele recurso, não precisará mais determinar a subida dos autos principais. Ou seja, o julgamento será mais rápido e menos burocrático, sendo afastada a dupla fase (provimento do agravo e subida dos autos principais).

Vale destacar, outrossim, que o agravo, necessariamente, haverá de subir ao STJ, ainda que intempestivo. Após deliberação sobre a admissão do recurso, encerra-se o ofício jurisdicional da Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal Recorrido. Daí que não pode o agravo ter seu seguimento obstado no Tribunal de Origem (conferir, por exemplo, Rcl 410-PI e Rcl 445-AM).

Após resposta pelo agravado, os autos subirão ao STJ, não havendo, nessa modalidade de agravo, o juízo de retratação pelo prolator da decisão agravada.

Perante o STJ, conforme se percebe dos §§ 3º e 4º, art. 544, CPC, na redação dada pela lei 12.322/10, poderá o relator : a) conhecer do agravo para dar provimento ao próprio especial, "se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal" ; b) conhecer do agravo, e determinar sua conversão em recurso especial com a incidência do procedimento relativo a este daí em diante, inclusive no que toca aos recursos repetitivos (art. 543C CPC) ; c) negar provimento ao agravo, mantendo intacto o trancamento do recurso especial, na convicção de que a decisão da presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido foi acertada ; d) não conhecer do agravo, se ausentes os seus pressupostos de admissibilidade (por exemplo, a tempestividade e a não impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada) ; e) negar seguimento, desde já, ao próprio recurso especial, caso reste verificado que este é "manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula dominante no tribunal".

Registre-se que, da decisão que não admitir ou negar acolhida ao agravo de instrumento, caberá o agravo interno. De igual forma, caberá o agravo interno na hipótese de o relator prover o próprio especial (art. 545 CPC). Tal agravo interno, cujo prazo é de cinco dias, será julgado pela Turma Julgadora a que pertence o relator, existindo a hipótese do juízo de retratação (art. 545 c/c 557, § 1º, CPC).

Saliente-se que, em sede de processo criminal, a matéria afeta ao recurso especial e ao agravo dele decorrente está prevista na lei 8.038/90.

Daí decorrem algumas consequências: a) o prazo do agravo de instrumento é de cinco dias, e não dez dias (art. 28); b) o agravo continuará sendo formalizado por instrumento, sendo que as peças que o instruem, em vez de serem imediatamente juntadas, podem, caso prefiram as partes, ser indicadas, para efeito de extração pelo cartório competente (art. 28, § 1º, lei 8.038/90).

No mais, a rigor, esse agravo no processo criminal segue o mesmo rito que aquele aplicado aos processos cíveis, levando-se em conta o sistema anterior à lei 12.322/10.

Diretor do Departamento de Processo Civil do IAMG - Instituto dos Advogados de Minas Gerais

Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto do CPC (análise e proposta)

José Rogério Cruz e Tucci*

Sumário: 1. Princípio do contraditório: noções introdutórias. 2. Princípio do contraditório no Projeto do CPC: objetivo declarado. 3. Aprimoramento do princípio do contraditório. 4. Proposta de aperfeiçoamento. 5. Nota conclusiva.

1. Princípio do contraditório: noções introdutórias

A princípio constitucional do contraditório - e o seu desdobramento na garantia do direito de defesa¹ - corresponde a um postulado considerado “eterno” e, mais do que qualquer outro, “encarna no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual”.² Realmente, nenhuma restrição de direitos pode ser admitida sem quem se propicie à pessoa interessada a produção de *ampla defesa* (*nemo inauditus damnari potest*), e, conseqüentemente, esta só poderá efetivar-se em sua *plenitude* com o estabelecimento da *participação ativa e contraditória* dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo.

É o que, aliás, ampliando, explicitamente, tradicional regra de nosso ordenamento jurídico³, a atual Constituição Federal reitera no inc. LV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹. Como já tive oportunidade de frisar (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 106), a doutrina processual mais recente traça distinção entre contraditório e ampla defesa. Enquanto o contraditório é considerado um fenômeno estrutural e objetivo do processo, que se materializa no procedimento, pela participação das partes na formação da decisão judicial, o direito de defesa exprime a necessidade de uma defesa técnica (v., a respeito, Andolina e Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, n. 2, p. 153-154; *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, p. 173-175; e, na literatura pátria, por último, Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 19, p. 478-479).

². Cf. Habscheid, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, § 20, p. 151.

³. A garantia do contraditório foi elevada ao plano constitucional, no Brasil, pela Constituição de 1946 (art. 141, § 25), tendo sido conservada na Carta de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda n. 1, de 1969 (art. 153, § 16). Cf., a respeito, Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 16, p. 60 ss.

O processo judicial, como instituição eminentemente dialética, em qualquer de suas vertentes, encontra-se sob a égide do princípio do contraditório. Não se faz possível conceber um processo unilateral, no qual atue somente uma parte, visando à obtenção de vantagem em detrimento do adversário, sem que se lhe conceda oportunidade para apresentar as suas razões. Se não deduzi-las, a despeito de ter sido convocado, sofrerá os ônus da inatividade, situação que lhe poderá ser fatal, embora não obrigatoriamente, como resultado inevitável. O contraditório, ademais, deve igualmente ser observado no desenvolvimento do processo, para que ambos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, possam efetivamente participar e influir no provimento final.¹

Acrescente-se, com Tarzia², que, garantindo aos sujeitos parciais uma equivalência nas respectivas posições, por eles assumidas, o contraditório sedimenta-se na possibilidade de atuação, não em momentos episódicos, mas traduzindo-se numa série sucessiva de opções, estratégias e reações, que tornam efetiva a mútua e ampla defesa.

É por essa razão que Fazzalari adverte: quando se consegue a participação no *iter* de formação de um provimento decisório daqueles que serão os seus destinatários, obtem-se uma evidente vantagem em termos de liberdade e de tutela dos interesses.³

Revelando-se, enfim, no *direito de audiência*, a regra do contraditório faz-se ínsita à administração de uma justiça bem organizada, e exaltada, com razão, como a mais destacada dentre as garantias processuais, porque é aquela que permite a manifestação das duas partes (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*): "Absolutamente inseparável da administração da justiça organizada, encontra igualmente expressão no preceito romano: *audiatur et altera pars* e no provérbio alemão de época medieval: '*Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed*' ('a alegação de um só homem não é alegação, o juiz deve ouvir ambas as partes')".⁴

¹. V., nesse sentido, a precisa exposição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Garantia do contraditório*, Garantias constitucionais do processo civil, p. 132 ss; *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista do Advogado da AASP, n. 40, 1993, p. 37, com a observação, lastreada em moderna orientação doutrinária alemã e italiana, de que a liberdade outorgada ao órgão jurisdicional de eleger a norma a ser aplicada, até mesmo independentemente de sua invocação pelo interessado, não dispensa a colheita de prévia manifestação das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem à regra do contraditório. No mesmo sentido: Bedaque, *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, Causa de pedir e pedido no processo civil (obra coletiva), coord. Cruz e Tucci e Bedaque, n. 1.2, p. 21-22.

². *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 7, p. 11. V., expondo opinião análoga, Vittorio Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, Rivista di diritto processuale, 1975, p. 583; Sergio Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2000, n. 5, p. 1.020-1.021.

³. *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, La sentenza in Europa (obra coletiva), p. 316.

⁴. Cf. Robert Wyness Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure*, A History of Continental Civil Procedure, p. 6. V., nesse sentido, Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 18, p. 67-68.

O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as partes. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas. Segundo escreveu Vincenzo Caianiello, presidente emérito da Corte Constitucional italiana, “na teoria do processo judicial, a paridade das partes constitui condição do contraditório, que, por sua vez, é a essência do processo”.¹

E esse raciocínio é válido, inclusive e obviamente, para as situações que comportam decisões *inaudita altera parte*, uma vez que, como explica Giuseppe Martinetto, elas ostentam o caráter de provisoriedade, abrindo-se ao outro sujeito parcial do processo, antes que se tornem definitivas, a possibilidade de pronta defesa. Na verdade, como já tive oportunidade de esclarecer, em tais hipóteses, de “contraddittorio posticipato” ou “diferito”, a garantia da audiência bilateral não se delineia violada, mas, por certo, tão-só adiada para um momento imediatamente sucessivo à formação do provimento judicial liminar, restaurando-se, com a eventual reação do destinatário da decisão, a garantia da defesa.²

2. Princípio do contraditório no Projeto do CPC: objetivo declarado

É, sem dúvida, empenho hercúleo a construção de nova codificação, qualquer que seja o seu objeto.

No tocante ao processo civil, colocando em destaque essa evidente dificuldade, Carnelutti chamava a atenção para a diferença entre a arquitetura científica e a arquitetura legislativa, sendo certo que esta não deve desprezar os valores conquistados pela ciência processual.³

A tal propósito, nota-se, de logo, que o Projeto do CPC (*Projeto de lei 166/2010*) não descurou da moderna linha principiologia que advém do texto constitucional. Pelo contrário, destacam-se em sua redação inúmeras regras que, a todo o momento, procuram assegurar o devido processo legal. Até porque, os fundamentos de um Código de Processo Civil devem se nortear, em primeiro lugar, nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal.⁴

E, assim, nesse contexto particular, devo dizer que a legislação processual projetada merece os maiores encômios.

¹. *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 2, p. 48.

². Martinetto, *Contraddittorio (principio del)*, Novissimo digesto italiano, 4, p. 459. Cf. Cruz e Tucci, *Ação monitória*, 3ª ed., § 8º, p. 58.

³. Francesco Carnelutti, *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, p. 7.

⁴. V., nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *O Projeto do CPC – críticas e propostas*, p. 15

No que concerne ao contraditório, o objetivo precípua da Comissão de Juristas encarregada da respectiva redação já é revelado na própria exposição de motivos, ao ser enfatizado, com todas as letras, que: *“A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou às ‘avessas’. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório...”* (sic).

Verifica-se, pois, que em perfeita simetria com o princípio da publicidade e com o denominado princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, a garantia do contraditório vem expressamente contemplada, ou, ainda, de algum modo relacionada com os seguintes dispositivos do Projeto: arts. 9º, 10, 17, 19, 64, 97, § 3º, 110, 262, 314, 348, 349, 359, *caput* e § 2º, 416, 469, par. ún., 475, par. ún., 487 e 891.

Vejamos, assim, em imediata seqüência, quais as regras projetadas que apresentam avanço em relação à legislação em vigor.

3. Aprimoramento do princípio do contraditório

Art. 9º

Seguindo a ordem topológica das apontadas normas processuais, sob a rubrica *Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil*, o art. 9º preconiza que: *“Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento do direito”*.

A despeito da clareza desse enunciado, cabe aqui uma rápida observação. Excepciona-se o prévio contraditório naquelas situações de urgência ou que possam ocasionar a frustração do direito do requerente. Lembre-se, no entanto, que há outras hipóteses, além destas duas exceções, nas quais o contraditório irrompe “postcipato”, como, e. g., a técnica do procedimento monitório, em que o pronunciamento jurisdicional perseguido é proferido *inaudita altera parte*, diferindo-se para um momento ulterior a possibilidade de contraditório.¹

¹. Não obstante, como bem ressalta, Marinoni, no “*procedimento monitório* é oportunizada a ampla defesa, e isso é o suficiente para que não seja possível a sua inclusão na classe dos procedimentos de cognição sumária. O *procedimento monitório* pode ser classificado como procedimento formalmente sumário, assim como o procedimento

Arts. 10, 110, par. ún., 469, par. ún., e 475, par. ún.

No mesmo cap. I do lib. I (*Parte Geral*), o Projeto estabelece no art. 10, que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

Essa regra encontra-se coordenada com o disposto no parágrafo único do art. 110, que tem a seguinte redação: “As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício”.

Igualmente, conexos com a mesma *mens legislatoris*, determinam o parágrafo único do art. 469 que: “A prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar”; e o parágrafo único do art. 475 que: “Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.¹

Fácil é verificar que estes quatro importantes preceitos estão definitivamente afinados com a moderna ótica da ciência processual, que não admite, em hipótese alguma, a surpresa aos litigantes, decorrente de decisão escudada em ponto jurídico fundamental por eles não alvitado. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo encontra-se exposto ao risco, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dessa forma, os litigantes estarão melhor aparelhados para defender o seu direito e influir na decisão judicial. Nessa linha de raciocínio, assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em primoroso estudo, que: “... a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do

do mandado de segurança, mas jamais como procedimento materialmente sumário, classe a que pertence o procedimento cautelar” (*Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., p. 139).

¹. À luz da legislação em vigor, procurei traçar a distinção entre *fato superveniente* e *fato novo* (*A causa petendi no processo civil*, 3ª ed., p. 190-191): “O *fato superveniente*, nos termos do art. 462 do CPC, só pode ser aquele apto a constituir, modificar ou extinguir a fundamentação fático-jurídica apontada na petição inicial. Caso contrário, isto é, se o fato sucessivo ao aforamento da ação (portanto, *superveniente*) não for capaz de produzir uma transformação jurídica desta natureza, deixará de ‘influir no julgamento da lide’. O *fato novo*, pelo contrário, apresentando-se como exceção ao dogma da estabilização, pode ser descoberto na fase probatória. E, neste ponto, sendo possível a dilação probatória, sem tumultuar a marcha processual, deverá ser dada oportunidade à parte (a quem a prova prejudica) produzir contraprova. Não obstante, em outras situações, para não reabrir indesejada, e até incabível, ‘nova instrução’, impõe-se ao juiz o exame da dimensão do contraditório”. No Projeto, a redação do art. 475 e de seu par. ún. não se descortina suficientemente clara, podendo gerar, na sua respectiva exegese, indesejada confusão.

contraditório. A hipótese não é pouco comum porque são freqüentes os empecilhos enfrentados pelo aplicador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial e a cooperação, acima preconizada, tornam-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”.¹

Assim sendo, conclui-se que a inserção destas regras no aludido Projeto representa inequívoco avanço da legislação processual civil.

Art. 64

De idêntico modo, merece elogio a exigência de contraditório no âmbito do denominado *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. Dispõe, com efeito, o art. 64 que: “*Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis*”.

Este era mesmo um tema que merecia tratamento legislativo. A existência de duas categorias bem nítidas de “terceiros” impõe diferente solução na aferição da respectiva responsabilidade patrimonial. A situação na qual o sócio continua na administração da pessoa jurídica executada não é análoga àquela em que o sócio há muito tempo retirou-se do quadro social. A surpresa da desconsideração da personalidade jurídica para este último, supostamente responsável, recomenda a amplitude da defesa, centrada na sua participação efetiva no mencionado incidente processual.

Art. 262, § 1º

Aduza-se, já sob outro enfoque, que o art. 262, § 1º, atinente ao *onus probandi*, determina: “*Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído*”.

¹. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, v. 44, 2003, p. 194.

Finalmente, a legislação projetada, aqui também, procura evitar a surpresa consistente na abrupta (e descabida) inversão do ônus subjetivo da prova ao ensejo da sentença.

Em antigo escrito, sustentei que a excepcional distribuição, preconizada, em particular, no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser determinada, normalmente na decisão declaratória de saneamento do processo, no momento em que deferidas as provas a serem produzidas pelas partes.¹ E isso, porque, em razão da percepção de que tal oportunidade é mais adequada para a verificação, pelo juiz, dos fatos controvertidos e para o deferimento dos meios probatórios que em torno deles hão de se produzir. Como aduz Fábio Tabosa, “tecnicamente, todavia, não há diferença em ser a inversão deliberada no próprio saneador ou antes dele, e mesmo depois, mas antes de encerrada a instrução”.²

Esta, de resto, é a posição que granjeou adeptos, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, como se extrai, *v. g.*, do julgamento proferido pela 4ª Turma, no *Recurso Especial n. 881.651-BA*, de relatoria do Min. Hélio Quaglia Barbosa, *textual*: “A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do art. 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida”.

Art. 314

Importante e polêmica novidade encontra-se proposta no art. 314 do Projeto, cuja redação é a seguinte: “O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar”.

Nota-se que esta regra é condizente com o próprio Projeto e com os modelos processuais governados por um sistema flexível de preclusões, ao permitir a construção escalonada do objeto litigioso. Em termos de comparação jurídica, é possível afirmar que a mitigação do princípio da eventualidade para o autor da demanda tem sido prestigiada pela doutrina e por inúmeras legislações processuais modernas.

Na verdade, na antiga, pioneira e clássica monografia sobre a ação declaratória, Adolf Wach já havia exortado que, na esfera do processo alemão, no qual prevalece o princípio da disposição, "o titular do direito não está impedido de molestar o seu

¹. *Técnica processual civil do Código de Defesa do Consumidor*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, p. 116-117.

². *Código de Processo Civil interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 3ª ed., p. 1.063.

adversário com sucessivas ações parciais. Que pague o adversário a dívida total se preferir não se submeter a vários processos, ou se pretender uma decisão integral, que deduza a totalidade da lide mediante reconvenção".¹

Examinando essa importante questão e partindo da original distinção entre *processo integral* e *processo parcial*, Carnelutti asseverava que sempre foi mais aconselhável, sob vários aspectos, dirimir em um único processo - *processo integral* - todo o litígio porventura existente entre as partes, mesmo que para isso fosse exigido um tempo suplementar na tramitação perante o juízo de primeiro grau. A pacificação social atingida com a solução de toda a lide existente entre as partes compensava a eventual demora.²

Mais recentemente, Cerino Canova ponderou que a aceleração da marcha do procedimento possivelmente atingida com a adoção de um sistema rígido de preclusões corria sério risco de se circunscrever apenas ao processo e não à solução de toda a controvérsia, que poderia ser ulteriormente reaberta com base em fato ou fatos que não foram deduzidos *in limine litis* na precedente demanda, o que acarreta não só a proliferação de processos, como também prejudica a própria celeridade.³

Na análise que tive oportunidade de realizar sobre essa instigante questão, observei que, na Itália, o art. 183 do *Codice di Procedura Civile*, desde 1950, permitia que as partes, na primeira audiência de debates, formulassem novas alegações, novos pedidos e novas exceções. Todavia, a Lei 353/90 alterou a redação dos arts. 183 e 184, impondo a eventualidade tanto para o autor quanto para o réu.⁴

A esse propósito, Tarzia explica que eventuais exceções à regra da imutabilidade da demanda a partir da audiência encontram supedâneo na necessidade de ser respeitado o contraditório, na exigência de garantir a utilidade do interrogatório livre e, enfim, da discussão preliminar da causa, para uma precisa determinação do objeto litigioso.⁵ Procurando estabelecer a abrangência da apontada alteração do antigo regime, Consolo, Luiso e Sassani confessam secundar a doutrina mais moderna, ao admitirem que, em muitas hipóteses, mesmo que se esteja diante de uma única situação substancial, o objeto do processo se projeta sobre fatos jurídicos não explicitamente deduzidos pelo autor.⁶

¹. *Der Feststellungsanspruch - La pretensión de declaración*, p. 120.

². *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., v. 1, p. 255.

³. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, p. 136.

⁴. Cf. Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, 3ª ed., p. 136 ss., contendo parte da pesquisa ora referida no texto.

⁵. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, p. 66-68.

⁶. *La riforma del processo civile - commentario*, p. 96.

Por fim, Fazzalari lembra que escapam da preclusão, ditada pela atual redação do art. 183 do Código italiano, *fatos supervenientes* que tenham relevância para o deslinde da controvérsia.¹

Sem questionar qual o sistema mais perfeito – o anterior, caracterizado pela possibilidade de amplo contraditório, ou o atual, marcado pela imutabilidade dos elementos objetivos da demanda –, os processualistas peninsulares, diante da excessiva duração do litígio, afirmam que o regime da legislação em vigor corresponde ao esforço de restituir ao processo a sua vocação de realizar justiça tempestiva.²

Passado o tempo, Cinzia Gamba, em recente obra específica sobre o assunto em tela, critica o “modelo formal clássico”, em vigor na Itália, que obsta a alteração da causa de pedir e do pedido, porque conspira ele contra a racionalidade, a exigência de economia e a justiça da decisão. Afirma, assim, que: “os elementos objetivos de identificação da demanda devem ser concebidos de modo flexível e relativo; devem, pois, permitir, ainda que dentro de certos limites, uma evolução progressiva da demanda coligada a uma sucessiva versão dos fatos mais próxima da realidade ou mais aderente à dimensão real do conflito... Dessa forma, torna-se possível redefinir os horizontes do *ius variandi*, de modo a redesenhar a modificação da demanda como um instrumento que possa favorecer o alcance de uma decisão conforme os cânones de justiça”.³

Já quanto à experiência processual portuguesa, esclarece, a propósito, Abrantes Geraldês que a estabilidade do processo decorre do enunciado do art. 268 do Código de Processo Civil, para evitar que os elementos subjetivos e objetivos possam ser livremente modificados pelas partes em prejuízo do regular andamento da causa e da celeridade da administração da justiça pelos tribunais. Com a citação do réu “estabiliza-se a instância quanto às pessoas e quanto ao objecto (pedido e causa de pedir), apenas se admitindo as alterações que a própria lei preveja. Daí resulta que, antes da citação do réu, qualquer daqueles elementos é livremente modificável, nada impedindo que entre o momento da apresentação da petição e o acto de citação o autor altere a causa de pedir ou o pedido ou demande novos réus, *v.g.*, para assegurar a legitimidade passiva”.⁴

Não obstante, bem é de ver que a última reforma do processo alargou sensivelmente a possibilidade, mesmo após a citação do demandado, de complementação da causa de pedir e do pedido no decorrer do procedimento.

¹. *Il processo ordinario di cognizione e la Novella del 1990*, p. 20.

². V., *e.g.*, Edoardo Ricci, *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*, *Rivista di diritto processuale*, 1987(3):630.

³. *Domande senza risposte. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, p. 225. V., por último, criticando o mais novo regime instituído no processo italiano, Rosario Maccarrone, *Contraddittorio e modelli di trattazione fondati sul principio di preclusione*, *Studi in onore di Carmine Punzi*, 1, p. 669 ss.

⁴. António Santos Abrantes Geraldês, *Fase inicial do processo declarativo*, *Temas da reforma do processo civil*, p. 88-9.

A lei distingue para tanto duas hipóteses, quais sejam alteração por acordo das partes e alteração sem que haja tal concerto de vontades.

Pelo art. 272 do atual Código de Processo Civil português, mediante consenso dos litigantes, quer o pedido quer a causa de pedir podem ser livremente modificados, “em 1.^a ou 2.^a instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito”.

Na Espanha, transcorridos 10 anos da promulgação da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, a doutrina moderna tem enaltecido as qualidades do diploma em vigor, aliás, afinado com os escopos sociais e políticos da ciência processual.¹

A análise do texto legal demonstra, de logo, que o tema relativo o objeto do processo sofreu significativo progresso. Com efeito, o atual modelo processual civil espanhol seguiu a tendência moderna de flexibilizar a rigidez das preclusões que dominava a fase postulatória e que caracterizava o antigo diploma processual de 1881.

O art. 399, 3 e 4, da atual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, sob a rubrica *La demanda y su contenido*, determina que o autor deduza, na petição inicial, os fatos, de forma ordenada e clara, e os fundamentos de direito. Os subseqüentes arts. 400 e 401 dispõem sobre a preclusão, após a contestação, para a autor complementar a alegação de fatos e fundamentos concernentes ao objeto do litígio.

Preceitua, ademais, o art. 412 (*Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles*) que: “1. *Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, e la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley*”.

Informa, acerca desse tema, Isabel Tapia Fernández, que: “una vez que las partes en sus escritos iniciales de alegaciones han fijado de una vez de qua agitur, ésta ha de permanecer inalterable a lo largo del proceso. Es lo que doctrinal y jurisprudencialmente se conoce como prohibición del cambio de demanda (o prohibición de la *mutatio libelli*) establecido en nuestro sistema procesal como una de las manifestaciones que produce la ‘litispendencia’”.²

Tal orientação confirma a preocupação do regime processual espanhol com a economia e com a efetividade do exercício do direito de defesa.

Art. 359, caput e § 2º

¹. Cf., amplamente, e. g., Montero Aroca e outros, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, *passim*.

². *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, p. 67.

Sob outra perspectiva, dispõe o art. 359 do Projeto: *"Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez minutos, a critério do juiz... § 2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, que serão apresentados pelo autor e pelo réu, nessa ordem, em prazos sucessivos de quinze dias, assegurada vista dos autos"*.

Tal proposta, a rigor, desponta desnecessária, até porque o réu sempre fala depois de conhecer a manifestação do demandante!

E, por essa razão, tenho entendido, há muitos anos, que a praxe, já arraigada, de "apresentação simultânea" de memoriais, vulnera o contraditório.

Com efeito, em anterior pesquisa, escrita em co-autoria¹, seguindo a estrutura procedimental traçada pelo direito reinol, especialmente pelas Ordenações Filipinas, o Regulamento 737/1850, destinado a disciplinar o processo das causas de natureza comercial, e que, após a proclamação da República, ex vi do disposto no Dec. 763/1890, passou a ser igualmente observado nos processos atinentes às questões cíveis, preceituava no art. 223, *in verbis*: *"Na mesma audiência em que se derem por findas as dilações a requerimento das partes, se assignarão dez dias a cada uma delas para dizerem afinal por seu advogado, dizendo primeiro o autor e depois o réo"*.

Explicava, a propósito, Paula Baptista que: *"findas as delações probatórias seguem-se as razões finais, que são uma dissertação que cada uma das partes faz, sustentando seu direito com argumentos fundados nas provas dos autos e na lei, e refutando as provas e argumentos contrários. São um ótimo meio de discussão; mas não ato substancial... Deve o autor arrazoar primeiro que o réu, guardada a regra: Reus in exceptione actor est"*.

Tempos depois, sob a égide do regime denominado da dualidade processual, instituído pelo permissivo do art. 34, n. 23, da Constituição Republicana de 1891, vários Códigos reproduziram, praticamente com as mesmas palavras, o transcrito art. 223 do antigo Regulamento, que culminou por servir de paradigma para a elaboração dos novos diplomas processuais.

Assim, à guisa de exemplo, rezava o art. 179 do Código de Processo Civil e Comercial do Distrito Federal (Dec. 8.332, de 3.11.10), *verbis*: *"Certificando o escrivão estar finda a dilação ou produzida a prova dentro della requerida, serão os autos feitos com vista,*

¹. Tucci e Cruz e Tucci, *Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, p. 87 ss.

independentemente de despacho, a cada uma das partes, para dizerem afinal por seu advogado, falando primeiro o autor e depois o réu dentro do prazo de dez dias para cada um". O art. 325 do Código de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo (Lei 2.421, de 14.1.30): *"Finda a dilação probatória, ou no momento prescripto por este Código, e independentemente de despacho de despacho, arrazoarão as partes, falando em primeiro lugar o autor"*.

Note-se, outrossim, que, influenciado pela disciplina imposta pelo Código do Estado da Bahia (arts. 288 e 293), o qual, por sua vez, já sentira os ventos da oralidade que sopraram do Velho Continente, o diploma do Estado de Minas Gerais (Lei 830, de 7.9.22), além de conter dispositivo quase idêntico (art. 368), assegurando a possibilidade da apresentação de "razões finais", sucessivas e escritas, no prazo de dez dias para cada uma das partes, institui, no art. 371, o debate oral: *"Devolvidos a cartório e preparados os autos para julgamento, designará o juiz, si o requerer das partes e com a intimação dos respectivos advogados, a audiência destinada ao debate oral, que se effectuará dentro dos dez dias seguintes"*.

A regra da oralidade vinha, então, defendida de modo obstinado por Artur Ribeiro, autor do projeto do Código mineiro, ao salientar, na discussão que procedeu a sua promulgação, que, "na exposição de motivos já dei a razão por que entendi introduzir na economia do nosso Direito Judiciário o instituto do debate oral, nos termos em que, com melhores resultados, foi estabelecido na legislação bahiana...".

Disponha, ainda o art. 372 que: *"Na audiência do debate oral, presentes os advogados das partes e o representante do Ministério Público, se tiver intervindo no processo, o juiz dará a palavra sucessivamente a cada um para que deduzam o seu direito, podendo ainda cada parte apresentar breves alegações escriptas, que lerá, si o requerer a parte contrária"*.

Conclui-se, pois, à luz da tradição jurídica brasileira, que as "razões finais", por escrito ou em forma de debate oral, sempre foram apresentadas, como é curial, *sucessivamente*, isto é, ensejando-se a que o réu se manifestasse após conhecer o teor das alegações do autor, em estrita observância das regras do contraditório e da publicidade dos atos processuais.

Com o restabelecimento da unidade legislativa em matéria processual (art. 16, XVI, da CF/1937), vem editado o nosso primeiro Código de Processo Civil, de abrangência nacional, aprovado pelo Dec.-lei 1.608, de 18.9.39, e introduzindo importantes novidades que já integravam a cultura jurídica de vários países europeus.

No que refere ao assunto ora examinado, dispunha o art. 269 que: *"Terminada a instrução, o juiz fixará os pontos a que deverá limitar-se o debate oral. Em seguida, será dada a palavra ao procurador do autor e ao réu e ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte (20) minutos para cada um, prorrogável por dez (10), a critério do juiz"*.

Todavia, a regra da oralidade, então integralmente acatada no diploma de 1939, passou a ser inobservada na prática nas hipóteses de incidência do parágrafo único do art. 271 que, a seu turno, preceituava o seguinte: *“Se não se julgar habilitado a decidir a causa, designará, desde logo, outra audiência, que se realizará dentro de dez (10) dias, a fim de publicar a sentença”*.

Consoante lúcido esclarecimento de Frederico Marques, quando a decisão não era prolatada na audiência de debates, a oralidade vinha desvirtuada, uma vez que os “memoriais escritos substituíram, quase que totalmente, a discussão oral da causa”.¹

É bem de ver, por outro lado, que, em tais casos, não era só a oralidade que se delineava comprometida, como também infringidos restavam o contraditório e a publicidade do debate, porquanto os memoriais, à guisa de razões finais, passaram a ser apresentados em cartório *simultaneamente*.

Como bem vaticinara Gabriel de Rezende Filho, em decorrência do procedimento adotado pelo Código, acontecerá, na prática, aquilo a que, com chiste se referiu ilustre comentador do projeto nas colunas do ‘Estado de São Paulo’: ‘... o debate escrito, posto fora pela porta da sala de audiências, voltará aos autos pela porta dos cartórios...’.²

O Código de Processo Civil em vigor, seguindo a melhor tradição de nosso direito, estabelece no art. 454 e § 3º que: *“Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autos e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) a critério do juiz... § 3º . Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento”*.

Como é notório, a redação do transcrito § 3º decorre de emenda apresentada pelo Relator-Geral do Projeto, Sen. Accioly Filho, ao então § 3º do art. 458, substituindo a locução “designará audiência para o seu oferecimento”, por “designará dia e hora para o seu oferecimento”, justificando a sugestão nos seguintes termos: “Um único juiz não fará ‘audiência’ para receber os memoriais. A fim de uma das partes não poder ver o memorial da outra, que o entregará antes, marcando-se dia e hora para todos resolve-se o assunto”.

Nota-se, de logo, que, desde a tramitação legislativa, a letra e o espírito do dispositivo focado vinham mal interpretados (alvitre de inusitado sigilo – repita-se!), com a agravante da prática de entrega simultânea de memoriais que se formara sob a égide do Código revogado.

¹. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 507.

². *A reforma processual*, Processo oral, p. 204.

Não obstante, os mais comezinhos princípios de hermenêutica jurídica evidenciam que o parágrafo de um dispositivo legal não pode ser interpretado isoladamente, isto é, sem se considerar o seu *caput*.

Assim, como os debates são realizados *sucessivamente*, a substituição destes por memoriais, na hipótese de a causa apresentar questões fáticas ou jurídicas intrincadas, também *deverá ser sucessiva*, e não simultânea!

É, com efeito, de Pereira e Sousa a vetusta e irrepreensível afirmação de que: “O privilégio do Réo, ou de quem faz as vezes de Réo, é sempre dizer em último lugar”.

Acrescente-se que essa é regra de caráter universal, não apenas no âmbito do processo penal (art. 500 do CPP), como, igualmente, na esfera do processo civil.

A doutrina pátria, contudo, influenciada pela praxe do regime anterior, geralmente interpreta o aludido § 3º, como se o legislador tivesse imposto, quando o juiz reputasse necessário, o oferecimento “contemporâneo” de razões escritas. Como fácil de perceber, os doutrinadores mais autorizados acomodaram-se à praxe, deixando de vislumbrar o óbvio!

Diante do costume equivocado, andou bem o Projeto ao estabelecer, definitivamente, no supra transcrito art. 359, § 2º, a ordem sucessiva da apresentação dos memoriais e o respectivo prazo concedido a cada uma das partes.

Art. 891

De aduzir-se, outrossim, que o mesmo raciocínio deve ser aplicado na exegese da primeira parte do projetado art. 891: “*Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para razões finais...*”.

Assim, dúvida não pode haver de que no procedimento reservado à ação rescisória, encerrada a instrução, cada uma das partes deve *manifestar-se nos autos do processo*, nos quais deverão ser encartadas, *sucessivamente*, as respectivas alegações.

4. Proposta de aperfeiçoamento

A despeito do inequívoco progresso alcançado pela redação do Projeto no que concerne, em particular, ao transcendental cânone do contraditório, é certo que a minha percepção ainda encontra alguns anacronismos, que atritam com os ditames da ciência processual contemporânea e com o próprio objetivo perseguido pela Comissão de Juristas, no que toca à referida garantia do contraditório. Estas “falhas”, contudo, podem perfeitamente ser corrigidas.

Desse modo, com a única finalidade de procurar contribuir com a revisão do texto final, que ora se busca aperfeiçoar no Congresso Nacional, formulo as seguintes propostas:

Art. 17

Verifica-se que o Projeto continua, de certo modo, prestigiando o ultrapassado instituto da substituição processual, ao preceituar, no art. 17, que: “*Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei*”.

Redação proposta: “Art. 17. *Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei.*”

Parágrafo único. Tratando-se de substituição processual, o juiz deverá determinar que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo”.

Discorrendo sobre os limites subjetivos da coisa julgada, salientei ser generalizado o entendimento no sentido de que o substituído, qualquer que seja o resultado do processo, fica adstrito à coisa julgada. Como explica Allorio, o fenômeno da substituição processual nem mesmo enseja uma expansão da eficácia da coisa julgada, visto que o substituído, sujeito da lide, não é estranho à sentença; é ele o principal destinatário do julgado.¹ Liebman também admite que o substituído não é “verdadeiro terceiro”. Attardi esclarece que é a lei que autoriza a substituição e, conseqüentemente, nada há de ilegal na extensão da *res iudicata* ao substituído. Gian Franco Ricci considera o substituído “parte substancial do processo”.²

Na doutrina nacional, analisando a questão, Araújo Cintra, firme nesse difundido ensinamento, esclarece que o vocábulo *partes*, na moldura do art. 472, não está empregado no sentido de sujeitos do contraditório no processo, mas designa os sujeitos da relação litigiosa. Em outras palavras, o entendimento correto do aludido texto legal decorre da distinção formulada por Carnelutti entre parte em sentido material e parte em sentido formal, o que nada tem de surpreendente, diante da influência exercida pelo renomado processualista italiano na elaboração do anteprojeto de nosso Código de Processo Civil. Tal perspectiva autoriza a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo art. 472, à coisa julgada formada tanto nos casos de legitimação ordinária quanto naqueles de legitimação

¹. Cruz e Tucci, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 226-227; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 153, p. 261.

². Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 30, p. 74 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 30, p. 97); Attardi, *Diritto processuale civile*, v. 1, n. 31, p. 505; Gian Franco Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, n. 5, p. 242.

extraordinária. Assim, com efeito, explica-se porque, nos casos de substituição processual, o substituído sujeita-se à coisa julgada formada em processo de que não participou.¹

Como claramente se observa, a própria doutrina envida grande esforço retórico para justificar a posição do substituído, atingido pela coisa julgada.

Assim, ao examinar tal tema, arrisquei-me a sustentar que esse verdadeiro dogma necessita urgentemente ser submetido ao crivo das garantias do devido processo legal, em particular do contraditório. Só então, após essa indispensável verificação, é que será possível dizer, se ainda hoje, merece ou não ser prestigiado o instituto da substituição processual.

O problema, posto dessa forma, exige que se tenha presente, mais uma vez, o postulado – até elementar, diga-se de passagem – de que não se decide a relação litigiosa, objeto central do processo, sem que os interessados se manifestem, ou melhor, sem a prévia oportunidade de defesa e participação daqueles que serão afetados pelo provimento judicial.

Colhe-se, na literatura processual italiana, pioneira manifestação crítica que se coloca em flagrante contraste à tradicional orientação. Proto Pisani examinou as raras hipóteses de substituição processual autorizadas pela legislação peninsular, cotejou-as com inúmeros precedentes da Corte Constitucional, e chegou à conclusão de que o sistema processual italiano atinente ao ponto ora analisado encontra-se superado.²

Em estudo mais recente, anota o citado autor que, hoje em dia, diante das garantias constitucionais, especialmente da ampla defesa, no caso de o processo ser iniciado por um “falso” legitimado extraordinário, como, por exemplo, o usufrutuário, na ação negatória de servidão (art. 1.012, 2ª al., CC), ou qualquer sujeito interessado, na ação de anulação de um contrato (art. 1.421 CC), impõe-se a aplicação das regras do litisconsórcio necessário. Afirmando que esse ponto de vista goza do aval da doutrina e da jurisprudência atuais, conclui Proto Pisani que, de duas, uma: ou o substituído não foi citado, e aí a sentença que lhe for contrária deverá ser considerada *inutiliter data*, ou então o substituído foi citado (providência que soluciona qualquer problema quanto à extensão da coisa julgada) e, já agora como parte, poderá deduzir a defesa que bem entender.³

¹. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, n. 267, p. 305; *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, v. 438, 1972, p. 32.

². *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, ns. 4-7, p. 1.230-1.236, nt. 33.

³. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, ns. 1.1 e 2.2, p. 319-320 e 402. Esclareça-se que o “falso” legitimado extraordinário, segundo se pode inferir, é aquele que ostenta legitimação concorrente e que, portanto, tem interesse direto na causa. A tal propósito, Proto Pisani faz importante ressalva no sentido de que as únicas duas situações em que, no direito italiano, não se verifica a imposição de o substituído também participar do contraditório, são aquelas previstas nos arts. 108 (extromissão do afiançado pelo ingresso do fiador no processo) e 111 (sucessão a título particular) do CPC italiano.

Mais radical, acerca desse assunto, é Girolamo Monteleone, ao frisar que as disposições legais sobre a legitimação extraordinária devem ser respeitadas. No entanto, diante de novas perspectivas, mesmo que possa parecer paradoxal, é possível conceber que todos os casos de substituição processual são, na verdade, hipóteses de litisconsórcio necessário entre o substituto e o substituído, exatamente porque o direito deduzido no processo pelo substituto processual pertence ao substituído, e ainda porque a coisa julgada vincula ambos.

Subsistindo ainda hoje na legislação processual italiana hipóteses de legitimação extraordinária, “deve-se categoricamente afirmar, em obséquio à correta aplicação do princípio do contraditório, das regras que governam a legitimação para agir e da disciplina relativa aos limites subjetivos da coisa julgada, que o substituído terá de ser sempre *necessariamente* chamado ao processo”. Portanto, “todas as situações de substituição processual, ou se preferir, de legitimação extraordinária, são casos de litisconsórcio necessário, visto que, nestes, não se pode, *não se deve*, absolutamente prescindir da participação em juízo do titular do direito sobre o qual se controverte...”.¹

Secundando de certo modo essa tendência, válida para o direito brasileiro, Moniz de Aragão² asseverou que submeter o titular da relação de direito material à coisa julgada, gerada em processo, no qual não lhe foi concedida a oportunidade de participar e defender o *seu* próprio interesse, significa tolher-lhe o acesso ao Judiciário, “o que nem a lei nem ninguém pode fazê-lo”. Diferente, porém, é a situação em que se assegura a possibilidade de intervenção do substituído no processo, a tempo de produzir defesa adequada. Em suma: ou é garantida a participação no processo a todos aqueles que futuramente ficarão sujeitos à *auctoritas rei iudicatae*, ou então esta, de modo algum, poderá atingi-los.

Esta correta premissa, traçada pelo ilustre conterrâneo, inspirou Talamini a debruçar-se sobre a questão. Com a indispensável cautela, procurou ele estabelecer determinados critérios norteados pelas garantias constitucionais do processo, que permitem a sujeição do substituído à coisa julgada: “(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave; ou (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, *deveria ter*) ciência do processo

¹. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n.10, p. 118-119.

². *Sentença e coisa julgada*, n. 208, II, p. 302. Marcelo Abelha Rodrigues aponta a inconstitucionalidade da substituição processual (“exclusiva inicial”), uma vez que colide com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF (*Limites subjetivos da coisa julgada*, Incijur Informativo jurídico, 3, 1999, p. 6, nt. 6). Araken de Assis, pelo contrário, em recente artigo, refuta expressamente a opinião de Moniz de Aragão, porque, “prescindindo o substituído de intervir no processo, a única solução técnica concebível reside na análise da qualidade jurídica dos figurantes da relação processual que originou a coisa julgada. Deste ponto de vista, o substituído somente revela-se terceiro formalmente; na verdade, é parte no sentido material (*rectius*: sujeito da lide), porque titular do direito litigioso, e, em virtude dessa inconcussa qualidade, atingido pela eficácia própria do provimento” (*Substituição processual*, ADV-Seleções Jurídicas, set./2005, n. 6, p. 8).

em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja; (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada [*rectius*: da eficácia da intervenção] ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente”.¹

Parece-me que mesmo nos raros casos de legitimação exclusiva do substituto, nos quais é vedada a participação do substituído no processo como parte principal (v. g.: os debenturistas que são substituídos pelo agente fiduciário – art. 68 da Lei 6.404/76), a intervenção por meio da assistência será sempre possível.

Ressalve-se que em outras situações nas quais se verifica a falta desses requisitos mínimos, deve-se vedar a comunicação da coisa julgada ao substituído. Reconhecendo que, em tais casos, a extensão subjetiva da coisa julgada não é absolutamente imune a qualquer suspeita de inconstitucionalidade, Dinamarco admite que essa temática, no âmbito do direito brasileiro, é ainda despida de suficiente maturação na doutrina e nos tribunais.²

Daí, porque, diante de tais argumentos, sugiro que, na redação do art. 17, seja acrescentado um parágrafo, com o seguinte teor: “*Tratando-se de substituição processual, o juiz deverá determinar que seja dada ciência ao substituído da pendência do processo*”.

Art. 97, § 3º

A rubrica *Da sucessão das partes e dos procuradores* corrigiu o equívoco que o Código de Processo Civil em vigor contém, ao baralhar sucessão com substituição processual.

Na mesma ordem de idéias que acabei de desenvolver, o § 3º do art. 97, do Projeto (que constitui mera repetição do art. 42, § 3º, do CPC vigente), continua encerrando inominada violência contra a garantia do contraditório, ao dispor: “*A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário*”.

¹. *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.7, p. 115, com a observação de que se inserem, ainda, nesses critérios: a) a substituição processual do sucessor pelo alienante (art. 42); b) a substituição processual admitida no art. 3º da Lei 1.533/51; e c) a substituição processual da sociedade pelo sócio (art. 159, §§ 3º e 4º, da Lei 6.404/76).

². *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., n. 965, p. 323. Acompanhando a tendência que predomina nas legislações modernas, no sentido de restringir a figura da substituição processual (cf., por ex., a nova LEC espanhola), andou bem a nossa recente lei de recuperação de empresas e falência (Lei 11.101/2005), ao eliminar hipótese de legitimação extraordinária, então prevista no art. 55 do Decreto-lei 7.661/45. O art. 132 do novel diploma estabelece agora legitimação ativa concorrente (administrador judicial, qualquer credor ou MP) para o ajuizamento da denominada ação revocatória.

Redação proposta: “A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário, desde que razoavelmente possível o conhecimento, por estes, da pendência do processo”.

Continuando a tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, afirmo que a estrutura formal do processo judicial pressupõe sempre a existência de duas partes contrapostas. É famosa a máxima medieval, cuja paternidade é atribuída a Bulgarus: “*iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*”. Assim como ocorre com os elementos objetivos da demanda (*causa petendi* e *petitum*), que permanecem em regra inalterados até a sentença, as partes que se encontram presentes no início da ação conduzirão o processo até o seu final.¹

É possível, no entanto, haver modificação superveniente do elemento subjetivo da demanda durante a tramitação do processo, quando uma das partes falece ou, então, tratando-se de pessoa jurídica, é ela sucedida ou incorporada por outra. Nestes casos, havendo sucessão a título universal, aplicam-se as disposições dos arts. 43, 265 e 1.055 do Código de Processo Civil, procedendo-se à substituição da parte pelo seu sucessor legal, a quem são transferidas todas as posições jurídicas atinentes ao objeto da sucessão, inclusive as de natureza processual. O art. 42 do atual diploma processual, por outro lado, disciplina as repercussões processuais da sucessão *inter vivos*. Infere-se que a pendência do processo não é óbice – e nem poderia ser – à fluência normal do comércio jurídico, inclusive no que concerne ao bem ou ao direito litigioso.

O adquirente poderá ingressar no processo e substituir o autor ou o réu, dependendo de quem tenha sido o transmitente, desde que a parte contrária manifeste o seu consentimento (art. 42, § 1º, CPC – art. 97, § 1º, Projeto). Extrometida a parte substituída ou figurando apenas como assistente simples, o sucessor, passando a atuar como parte, fica obviamente sujeito à coisa julgada.

O adquirente ou cessionário também poderá intervir no processo, assumindo a posição de “parte” e não de assistente litisconsorcial do alienante ou cedente (art. 42, § 2º, CPC – art. 97, § 2º - Projeto).²

¹. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 212-213.

². Parece-me definitiva a tese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., ns. 5 e 6, p. 177 ss.), ao sustentar, com apoio na lição de Carlo Maria De Marini, que o sucessor intervém no processo na condição de *parte* e não na de terceiro, porque, dentre outros importantes aspectos, o sucessor participa na defesa direta de um direito próprio, enquanto o assistente litisconsorcial defende de modo direto um direito alheio e só indiretamente seu.

Todavia, não ocorrendo qualquer destas hipóteses, consoante os termos da norma legal projetada supra transcrita, os efeitos da sentença se estendem ao adquirente ou ao cessionário.

Assim, tendo havido alienação da coisa ou do direito litigioso, se o processo continuar entre as partes originárias, qual seria o fundamento jurídico da vinculação do adquirente à autoridade da coisa julgada?

A doutrina contemporânea considera o alienante substituto processual do sucessor que não ingressa no processo.¹

Procurando equacionar o problema pelo prisma da garantia do direito de defesa, Proto Pisani entende que, apesar de franqueado o ingresso do sucessor no processo, poderá ele sofrer efetivo prejuízo quando desconhecer a pendência da lide. Para assegurar adequada observância da garantia de defesa ao adquirente, propõe Proto Pisani que ele seja cientificado pessoalmente da sentença, mas admite que tal providência poderá agravar injustamente a situação da parte estranha à sucessão, sobretudo quando desconhecer o negócio celebrado.

Depois de considerar as dificuldades que decorrem desse problema, o Professor de Firenze formula equilibrada sugestão, que pode ser resumida na seguinte equação: o conflito de interesses gerado entre o sucessor e a parte contraposta ao alienante deve ser resolvido a favor do sucessor toda vez que este não tomou ciência do processo e a outra parte teve conhecimento da sucessão; e, pelo contrário, a favor da contraparte toda vez que esta não teve ciência da sucessão e o sucessor teve ou poderia ter tido conhecimento do processo.²

Acrescente-se que a doutrina italiana não apresenta solução para a hipótese, rara é verdade, na qual o sucessor e a contraparte não tomaram conhecimento, respectivamente, do processo e da sucessão; ou mesmo quando ambos tiveram ciência...

O art. 271, 3, do atual Código de Processo Civil português, cuja redação não foi alterada pela reforma processual de 1995, contém regra muito semelhante à da legislação italiana e brasileira, ao dispor que: "A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo..."

Abordando o tema em época contemporânea, Paula Costa e Silva, depois de passar em revista as várias teorias, pondera que se o sujeito da relação material controvertida ficasse imune aos efeitos da coisa julgada, nada o impediria de demandar a parte estranha à transmissão, sem que esta pudesse opor-lhe o resultado favorável obtido na precedente ação. Parece-me que o

¹. Cf., v. g., Corrado Ferri, *Le parti. Il giudizio con pluralità di parti*, Comoglio, Ferri e Taruffo, Lezioni sul processo civile, n. 6.2., p. 361; Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 4ª ed., § 11, p. 291.

². Cf. Proto Pisani, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, n. 4, p. 1.234.

mesmo raciocínio é válido para obstar a que a contraparte, que experimentou derrota, demande, em seguida, o sucessor.

Diante de tais premissas, Paula Costa e Silva conclui que o fundamento da expansão da coisa julgada ao sucessor decorre da legitimação extraordinária “atribuída” pela lei ao transmitente, em prol “da necessidade de proteção da parte estranha à transmissão e do princípio da economia processual”. Esclarece, ainda, que o adquirente, como é o verdadeiro titular da relação de direito material, submete-se diretamente aos efeitos da sentença e à autoridade da coisa julgada.¹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na importante monografia que escreveu sobre a alienação da coisa litigiosa, nega qualquer subordinação entre a posição do alienante ou cedente e a do adquirente ou cessionário. Afirma, a propósito, que se trata de uma única posição ocupada, sucessivamente, por dois diferentes sujeitos em distintos momentos de tempo; poderia haver, quando muito, subordinação temporal.²

Tudo leva a crer que o ilustre processualista esteja se referindo à hipótese em que efetivamente o sucessor ingressa no processo e passa a ostentar a condição de parte. Aí realmente seria equivocado falar-se em substituição processual, porque, ocorrendo efetiva sucessão de uma das partes, passa a haver absoluta coincidência entre quem está no processo e o titular do bem litigioso na órbita do direito material.

Tem também razão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao esclarecer que o adquirente passa a ser titular da posição jurídica, uma vez que a transferência do direito no curso do processo desponta válida, existente e eficaz, e, por essa razão, não pode ser ele considerado terceiro, tanto que intervém no processo na qualidade de parte. Decorre dessa conclusão “que o adquirente do direito litigioso é parte no sentido do art. 472, com todas as conseqüências”.³

Todavia, a outra situação, ou seja, aquela em que o adquirente fica à margem do processo, é que gera toda a problemática sobre a qual, como acima observado, muito se discute. Entendo que, para a solução dela, a melhor doutrina, em perfeita simetria com a regra do art. 6º do Código de Processo Civil, é a que reconhece o transmitente legitimado extraordinário, que atua como substituto processual do adquirente ou cessionário, estranho do processo. E por essa razão – repita-se – o sucessor não escapa da “zona” de eficácia direta da sentença e da autoridade da coisa julgada.

¹. *A transmissão da coisa ou direito em litígio*, n. 3.2.1.1.7, p. 278-279 e 281.

². *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 29, p. 231.

³. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 29, p. 238-239. Pondere-se, no entanto, que, em determinadas hipóteses, o alienante, a despeito do negócio celebrado com terceiro, continua tendo *necessidade + interesse* na tutela jurisdicional que demandou. Imagine-se, por ex., a ação na qual o autor pleiteia a posse da propriedade que adquiriu. No caso de sucessiva alienação, já na pendência do processo, tendo de cumprir o contrato, o autor-transmitente continua titular do direito a que lhe seja transferida a posse. Age também, já agora, defendendo direito alheio.

Quanto ao transmitente, suportará ele, conseqüentemente, como parte formal, apenas os efeitos processuais da sentença.

Esclareça-se, ainda, que se impõe, como pressuposto da extensão da coisa julgada ao sucessor, o conhecimento da litispendência.

Na doutrina brasileira, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira procurou demonstrar que existem situações nas quais o direito material ressalva a boa-fé do terceiro adquirente, podendo este se furtar à eficácia da sentença por meio de remédio processual próprio. Sim, porque se escusável o não conhecimento da litispendência, fica o adquirente, em conseqüência, obstado a participar do processo. Nesse caso, não se afigura admissível sujeitá-lo à autoridade da coisa julgada.¹

Assim, dada esta insofismável realidade, entendo que deve ser acrescentada uma ressalva no projetado art. 97, § 3º, passando então a ter a seguinte redação: *“A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário, desde que razoavelmente possível o conhecimento, por estes, da pendência do processo”*.

Art. 487

Por fim, relacionada ainda com o princípio do contraditório é a clássica regra inserida no art. 487 do Projeto: *“A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”*.

Redação proposta: *“A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, **não prejudicando terceiros**”*.

Repetindo os termos da primeira parte do art. 472 do Código Buzaid, esse dispositivo contém manifesto equívoco histórico.²

Em primeiro lugar, deve ser dito que é a *eficácia* da sentença transitada em julgado que não pode prejudicar terceiros.

Não se afasta a possibilidade da repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença a um terceiro. Esse fenômeno, de todo excepcional, poderá acarretar prejuízo de fato a algumas pessoas (*terceiros titulares de um interesse de fato*). Assim, credores do réu derrotado na ação reivindicatória não poderão insurgir-se contra a sentença que reconheceu o domínio ao

¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 31, 1, p. 244 ss.).

² Foi, na verdade, da recepção do direito romano-canônico que as fontes jurídicas da Península Ibérica (incluídas aí as Ordenações do Reino lusitano) interpretaram erroneamente o direito romano. Os textos de época clássica não admitiam que a coisa julgada prejudicasse aquele que não tinha participado do processo; nada dispunham sobre o possível benefício ao terceiro.

demandante, porque a decisão não lhes trouxe senão prejuízo prático ou meramente econômico. Não se descortina qualquer incompatibilidade entre o direito dos credores e o direito de propriedade declarado na sentença.¹

Todavia, há outros sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão (*terceiros juridicamente interessados*), como, por exemplo, os verdadeiros proprietários de um imóvel, Antonio e Luiz, diante do trânsito em julgado da sentença que reconhece o domínio de João, sobre o mesmo bem, na ação que promoveu contra Pedro. Ou, ainda, para ficar no exemplo clássico, o sócio que tem interesse na validade de deliberação societária anulada por provimento judicial. Não há dúvida de que foi ele prejudicado pela eficácia da sentença que decretou a anulação do ato social.

Saliente-se, por outro lado, que alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo resultado nele determinado. E aqui também há de fazer-se a distinção entre os *terceiros beneficiados de fato*, que, de forma indireta, acabam sendo favorecidos, e. g., os credores, pela vitória do devedor comum numa ação reivindicatória; e os *terceiros juridicamente beneficiados*, que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão *ultra partes* geralmente ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a *res de qua agitur*.

É mais do que suficiente, para esclarecer tal hipótese, o enunciado do art. 274 do Código Civil: “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes...”.

Conclui-se, assim, que enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro a imutabilidade da decisão vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício.

Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, fulmina o potencial interesse de agir de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório travado num determinado processo, acabou sendo privilegiado pelo respectivo desfecho.

Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a conseqüente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que o favorece. Em suma: não se configura aí a possibilidade de o terceiro pleitear em juízo o reconhecimento de direito algum.

¹. Consulte-se, em senso análogo, Menchini, *Il giudicato civile*, n. 4, p. 159-160.

O litisconsórcio facultativo, que se caracteriza pela reunião de duas ou mais pessoas no lado ativo e/ou no lado passivo da relação que se materializa no processo, tem a sua razão de ser na exigência de economia processual. A coexistência de sujeitos que aí se verifica é absolutamente voluntária e, em regra, concerne a relações jurídicas litigiosas que demandam tutela declaratória ou condenatória de natureza ressarcitória. Abstração feita de algumas raras exceções, nessa espécie de litisconsórcio, a regra do art. 472 sempre prevalece. Aqueles que não figuraram como parte não são atingidos pela eficácia da sentença e muito menos pela imutabilidade do comando da decisão.

Há situações, pelo contrário, em que é a própria lei, *propter opportunitatem*, que impõe o litisconsórcio, sobretudo para preservar a harmonia de julgados e por isso resta “vedada” a legitimidade de um só sujeito para, isoladamente, demandar ou ser demandado. E existem ainda hipóteses nas quais, pela natureza da relação jurídica debatida, que geralmente reclama tutela constitutiva, é exigida a participação de mais de um réu ou mais de um autor no processo, ou seja, de todos que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou ligados por um único vínculo jurídico, sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida, não pelo direito processual, mas pelo direito material controvertido (*secundum tenorem rationis*). Nesses casos, sobrepondo-se à autonomia da vontade dos litigantes, o litisconsórcio desponta necessário (art. 47 CPC).

Se o litisconsórcio for necessário, seja por força da lei, seja pela natureza incindível da relação jurídica, toda vez que o processo não for integrado pela totalidade dos sujeitos da relação de direito material litigiosa haverá ilegitimidade de parte.

Sendo hipótese de litisconsórcio passivo necessário, a teor do disposto no par. único do art. 47 do Código de Processo Civil, não sanado o defeito que contamina o processo no prazo determinado, porque não providenciada a citação de todos os litisconsortes, o processo será extinto por carência da ação, pela flagrante ilegitimidade passiva. Como bem destacou Ovídio Baptista da Silva, a incompleta formação do litisconsórcio necessário e unitário constitui uma questão de *legitimatío ad causam*, sob a consideração de que, sendo única a relação litigiosa, a presença de todos os seus protagonistas é condição prévia para que se possa sobre ela controverter, pela simples razão de que a lide é igualmente uma e única.¹

No entanto, se apenas no momento da sentença vem detectado o vício, nada impede que o julgamento seja de improcedência, superando-se, assim, a falta de condição de admissibilidade da ação e a nulidade daí originada, até porque o resultado do processo favorece o terceiro cuja presença era obrigatória. A ausência deste no processo me parece

¹. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, p. 214. Cf. Redenti, Il giudizio civile con pluralità di parti, p. 6: “In tutti questi casi il giudice non può provvedere sulla domanda (azione-pretesa) se non in quanto tutti i soggetti attivi e passivi dell’azione-pretesa partecipino o siano stati chiamati a partecipare al processo” (...) “questa è una conseguenza logica, naturale, necessaria e di tutta evidenza del principio del contraddittorio”.

irrelevante, visto que alcançado o resultado pretendido pela parte que foi demandada isoladamente.¹

Procurando superar o formalismo, José Roberto dos Santos Bedaque, ao debruçar-se sobre essa mesma questão, desenvolve detido exame das variantes que ela oferece. Coerente com a proposta formulada no início de seu já clássico estudo, voltado, de modo obstinado, mas seguro, à adequação da técnica a serviço da efetividade do processo, Bedaque, como logo se observa, rompe com o dogma da ineficácia absoluta em tema de preterição de litisconsorte necessário. Para tanto, inicia o seu raciocínio partindo da circunstância de que, num suposto caso concreto, o juiz não se deu conta do vício na formação do litisconsórcio passivo e proferiu julgamento de improcedência do pedido. Assevera, com razão, Bedaque, que essa sentença é válida, porque, observado o resultado do processo, o defeito tornou-se irrelevante, e, portanto, também apta a produzir todos os seus efeitos em relação às partes e aos terceiros.²

Visando a mostrar a coerência do raciocínio desenvolvido, fornece ele, como exemplo, a situação, aliás, bem plausível, na qual um devedor, entendendo nulo negócio jurídico celebrado com dois co-credores, afora demanda de natureza declaratória apenas em face de um deles. O processo prossegue normalmente, a despeito do vício, e sobrevém julgamento de improcedência do pedido. Descoberto o vício quando não mais possível a desconstituição da decisão, irrompe ela plenamente eficaz, até porque a incidência cega da regra do par. único do art. 47 afrontaria não só o princípio da economia processual, mas ainda a própria instrumentalidade do processo.³

É bem de ver que, nessa hipótese, mesmo *antes* do transcurso do biênio para a ação rescisória, a sentença é hígida e eficaz para todos, porque somente o beneficiado, ou seja, o litisconsorte preterido, é que teria interesse de agir em busca da rescisão daquele provimento judicial. Esse terceiro nem mesmo terá necessidade de manifestar expressa aquiescência ao julgado. A sua sujeição, não apenas aos efeitos, mas à própria *auctoritas rei iudicatae* decorre do sistema, porquanto, ainda que em tese possível a sua irresignação, carece ele de interesse processual para discutir o *decisum*.

Ademais, impende esclarecer que, com o trânsito em julgado da decisão de improcedência, o autor não poderá ajuizar, com expectativa de sucesso, nova demanda em face do litisconsorte necessário ausente, uma vez que teria de inserir, no pólo passivo, o outro ou outros que, por

¹. V., nesse sentido, Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 378-379.

². *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 378-379; com o esclarecimento, igualmente convincente, de que a mesma conclusão aplica-se à hipótese na qual o vício é flagrado em grau recursal. "Julgado improcedente o pedido, o autor apela e o tribunal verifica a ausência de litisconsorte necessário. Só deverá reconhecer a nulidade do processo ou a carência da ação se o resultado de mérito for favorável ao apelante. Caso contrário melhor será negar provimento ao recurso, ignorando as falhas de natureza processual". Segue-se aqui trecho de precedente pesquisa que desenvolvi no livro *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 241 ss.

³. *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 380-381.

terem participado do precedente processo, poderiam opor exceção de coisa julgada. “Como o processo não pode prosseguir sem a presença de todos os litisconsortes necessários, não há alternativa senão sua extinção sem exame do mérito”.¹

Nessa perspectiva, além de não haver qualquer atrito com o valor constitucional do direito de defesa, o importante escopo – preconizado e muito caro à ciência processual contemporânea – da máxima eficiência processual (*processo de resultados*) irrompe preservado, porquanto a sentença – é lícito dizer – pode perfeitamente ser considerada *utiliter data*. Nem se argumente que o litisconsórcio necessário é instituído para atender ao interesse do autor, no sentido de coarctar decisão inútil... Afinal, a sentença lhe foi desfavorável!

Proponho, portanto, que o novel art. 487 tenha a seguinte redação: “A *sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*”.

Imagino que esse texto agora proposto representa um passo importante, prestando-se, a um só tempo, para resgatar a verdade histórica e atender à própria evolução da ciência processual!

5. Nota conclusiva

Para finalizar, destaco o privilégio de poder contribuir, ainda que pontualmente, para o aperfeiçoamento da legislação processual civil projetada, formulando votos para que ela possa ser devida e necessariamente aprimorada nas sucessivas etapas do processo legislativo, sem que sua respectiva estrutura – didática e moderna - seja mutilada...

¹. Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, n. 38, p. 379-380.

REFERENCIA

- Allorio, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, rist., Milano, Giuffrè, 1992.
- Andolina, Italo e Vignera, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, Giappichelli, 1997.
- o--. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990.
- Assis, Araken de. *Substituição processual*, ADV-Seleções Jurídicas, set./2005.
- Attardi, Aldo. *Diritto processuale civile*, v. 1 – parte generale, Padova, Cedam, 1994.
- Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- o--. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, Causa de pedir e pedido no processo civil (obra coletiva), coord. Cruz e Tucci e Bedaque, São Paulo, Ed. RT, 2002.
- Caianiello, Vincenzo. *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, *Rivista di diritto processuale*, 2001.
- Carnelutti, Francesco. *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1937.
- o--. *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., v. 1, Roma, Foro Italiano, 1956.
- Cerino Canova, Augusto. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, l. 2, t. 1, Torino, Utet, 1980.
- Chiarloni, Sergio. *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, *Rivista di diritto processuale*, 2000, n. 5.
- Cintra, Antonio Carlos de Araújo. *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro*, *Revista dos Tribunais*, v. 438, 1972.
- o--. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- Colesanti, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, *Rivista di diritto processuale*, 1975.
- Consolo, Claudio, Sassani, Bruno e Luiso, Francesco. *La riforma del processo civile – commentario*, Milano, Giuffrè, 1991.
- Cruz e Tucci, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2009.
- o--. *Ação monitória*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001.
- o--. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, São Paulo, Ed. RT, 2006.
- o--. *Técnica processual civil do Código de Defesa do Consumidor*, *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo, Ed. RT, 1993.
- Dinamarco, Candido R. *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- Fazzalari, Elio. *Il processo ordinario di cognizione e la Novella del 1990*, Torino, Utet, 1991.
- o--. *Istituzioni di diritto processuale*, 4ª ed., Padova, Cedam, 1986.
- o--. *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, *La sentenza in Europa* (obra coletiva),

- Ferri, Corrado, Comoglio, Luigi Paolo e Taruffo, Michele. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- Gamba, Cinzia. *Domande senza risposte. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, Cedam, 2008.
- Geraldes, António Santos Abrantes. *Fase inicial do processo declarativo, Temas da reforma do processo civil*, Coimbra, Almedina, 1997.
- Habscheid, Walter J. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, Maggioli, 1985.
- Liebman, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano, Giuffrè, 1962 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981).
- Maccarrone, Rosario. *Contraddittorio e modelli di trattazione fondati sul principio di preclusione*, Studi in onore di Carmine Punzi, 1, Torino, Giappichelli, 2008.
- Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. *O Projeto do CPC – críticas e propostas*, São Paulo, Ed. RT, 2010.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 2ª ed., São Paulo : Malheiros, 1996.
- Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- Martinetto, Giuseppe. *Contraddittorio (principio del)*, *Novissimo digesto italiano*, 4, 1959.
- Menchini, Sergio *Il giudicato civile*, Torino, Utet, 1988.
- Millar, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure, A History of Continental Civil Procedure*, New York, A. Kelley, 1969.
- Moniz de Aragão, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada, Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*, Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- Monteleone, Girolamo. *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, Cedam, 1978.
- Montero Aroca, Juan e outros. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2000.
- Oliveira, Carlo Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório, Garantias constitucionais do processo civil*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, Ed. RT, 1999.
- o--. *O juiz e o princípio do contraditório*, *Revista do Advogado da AASP*, n. 40, 1993,
- o--. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- o--. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, v. 44, 2003.
- Proto Pisani, Andrea. *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971.
- o--. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994.
- Redenti, Enrico. *Il giudizio civile con pluralità di parti*, rist., Milano, Giuffrè, 1960.
- Rezende Filho, Gabriel de. *A reforma processual, Processo oral*, Rio de Janeiro, Forense, 1940.
- Ricci, Edoardo. *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*, *Rivista di diritto processuale*, 1987, n. 3.
- Ricci, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995.
- Rodrigues, Marcelo Abelha. *Limites subjetivos da coisa julgada*, *Incijur Informativo jurídico*, 3, 1999.
- Silva, Ovídio B. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Ed. RT, 2000.

Silva, Paula Costa e. A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual, Coimbra, Coimbra Ed., 1992.

Tabosa, Fábio. Código de Processo Civil interpretado, coord. Antonio Carlos Marcato, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

Talamini, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, São Paulo, Ed. RT, 2005.

Tapia Fernández, Isabel. El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, Madrid, La Ley, 2000.

Tarzia, Giuseppe. Lineamenti del nuovo processo di cognizione, Milano, Giuffrè, 1996.

--o--. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 7.

Tucci, Rogério Lauria e Cruz e Tucci, José Rogério. Indevido processo legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais, Devido processo legal e tutela jurisdicional, São Paulo, Ed. RT, 1993.

--o--. Constituição de 1988 e processo, São Paulo, Saraiva, 1989.

Wach, Adolf. Der Feststellungsanspruch – La pretensión de declaración, tr. cast. de Juan M. Semon, Buenos Aires, EJE, 1962.

Advogado em São Paulo. Ex-Presidente da AASP. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Ex-Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. Assessor ad hoc da FAPESP.