

A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.5, n.8, p. 1-121, maio. 2012

Belém/Pará
2012

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder. Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.



A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
____ Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	5
ENTREVISTA	
Roberto Portugal Bacellar.....	6
ARTIGOS	
Sexualidade como Direito de Personalidade: três planos de manifestação	16
Paulo Juaci de Almeida Brito	
Prisioneiros: vulneráveis diante do Estado.....	42
José Edvaldo P. Salles	
Direito à Sociobiodiversidade: o desenvolvimento sustentável e a diversidade sociocultural.....	54
Raimundo Santana	
Além do Direito: da necessária formação multidisciplinar do Juiz.....	64
Hugo Otávio Tavares Vilela	
Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça	72
Antonio Carlos Marcato	
CRÔNICAS	
Episódios Pitorescos	
Breves Relatos.....	110
Manoel de Christo Alves Filho	
RESENHAS	
O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde	114
Ricardo Augusto Dias da Silva	
Prova Penal & Falsas Memórias	118
Raimundo Wilson Gama Raiol	



Mais um número da revista *A Leitura* à disposição dos interessados pelos assuntos jurídicos e ciências-afim.

Já agora se vive as vésperas dos trinta anos da Escola que muito tem contribuído na formação e capacitação de Magistrados, Defensores Públicos, Procuradores, enfim de uma gama de operadores do direito.

Neste número poderemos nos deleitar com artigos atualíssimos e instigantes, e com a entrevista do Dr. Roberto Portugal Bacellar, Juiz de Direito, Professor, e atual Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura que descortina a figura ideal do magistrado do século XXI, principalmente diante do Ativismo Judicial.

Paulo Juaci de Almeida Brito, Professor da UFPA, discorre sobre a Sexualidade tratando-a como um direito de personalidade, ao defender a tese de sua manifestação em três planos ou dimensões destacando, então, o papel do Judiciário em seu reconhecimento.

O Juiz de Direito, Raimundo Santana, aborda o "Direito à Sociobiodiversidade: o desenvolvimento sustentável e a diversidade sociocultural", procurando estimular a discussão sobre a relação homem-natureza, a sociobiodiversidade assumindo um papel de um componente importante para a proteção jurídica dos recursos naturais, em atenção às demandas sociais.

Antonio Carlos Marcatto, Professor da USP, Desembargador aposentado do TJSP, tece "Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça" com uma abordagem comparativa entre países que adotam os sistemas da Common Law e da Civil Law.

José Edvaldo P. Salles, Promotor de Justiça do Estado do Pará, escreve sobre "Prisioneiros: Vulneráveis Diante do Estado", a partir de considerações acerca da realidade do sistema prisional do Brasil e as questões resultantes das constantes violações dos direitos dos presos, com um estudo de caso apresentado ao final.

"Alem do Direito: da necessária formação multidisciplinar do juiz" é o artigo do Juiz Federal, Pte. do Comitê Executivo de Goiás do Fórum de Saúde do Judiciário/CNJ, Hugo Otávio Tavares Vilela, que atenta para a necessária formação multidisciplinar do juiz, cujo desempenho exige uma formação não apenas jurídica, em atenção aos reclamos da sociedade.

O desembargador aposentado Cristo Alves nos oferece relatos pitorescos ocorridos ao longo de sua carreira que certamente envolverão nossos leitores.

*"Lutar com palavras / é a luta mais vã.
No entanto lutamos / mal rompe a manhã".*
(Carlos Drummond de Andrade)

BOA LEITURA!

Desembargador RÔMULO NUNES

Diretor-Geral da ESM-PA

Editorial





Entrevista

Roberto Portugal Bacellar *

**Por Raimundo Wilson
Gama Raiol**

**Prof. da UFPA. Dr. em Direitos Fundamentais e das Relações Sociais.
Diretor do Depto. Ensino e Pesquisa da ESM/TJPA**

A Leitura: Qual seria a figura ideal do magistrado do século XXI, em termos de ética?

Juíz Roberto Portugal Bacellar: É Aquele Magistrado, com visão transdisciplinar que exercita a ética e não só aquele que escreve e fala sobre o assunto. O exemplo não é a solução: é a única solução. A ética para o juiz representa as asas para o pássaro. Há aquela velha história do pai que fala sobre ética e verdade com o filho em um discurso inflamado de nunca mentir. Ao tocar o telefone o filho atende e o pai pede para que o filho diga que ele saiu. Essa incongruência transforma as palavras e os discursos em pó: sem exercício palavras nada representam. É como a Honestidade. É dever de todo ser humano, não é mérito algum. O juiz deve ser o que é, e ser congruente com esse perfil – se esse perfil não for adequado não será o Magistrado de que a Sociedade precisa no Século XXI. Há um pensador, chamado Henry Ward Beecher, que descreve com precisão: *“Tire todas as togas dos bons juízes e elas não serão suficientes para cobrir a iniquidade de um só juiz corrupto”*.



Saber deixar de lado seus preconceitos já que os tem, e deve reconhecer isso, deve o Magistrado se imaginar no lugar do outro e também da Sociedade. Ainda bem que há diferenças e que como Juízes temos de saber respeitar a diversidade. Constituição é nosso guia e permite interpretar de maneira a reconhecer essas diferenças como garantia do princípio da Igualdade

A.L.: O magistrado do século XXI deve ou não aderir ao ativismo judicial?

J.R.P.B.: Não há opção e ele é obrigado a julgar. De boca inanimada da lei como foi retratado no passado, o novo Magistrado é intérprete de princípios constitucionais e por isso não pode se eximir desse seu dever. A dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, vida, saúde, liberdade, segurança, moradia tem de ser cumpridos pelo Estado e, se isso não acontece, cabe ao juiz exercer o seu papel – se a isso chamarem de ativismo, deve sim. A responsabilidade sobre os direitos fundamentais é de todos.

* Juiz de Direito Substituto do 2º Grau, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Mestre em Direito Econômico, Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura, Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

Se não há lei que regule a matéria, ao julgar, o Juiz vai interpretar diretamente a Constituição da República, no contexto dos princípios, dos valores da sociedade e do bem comum, promovendo Justiça.

– Uma vez provocado deve estar capacitado com visão transdisciplinar para decidir sim e de acordo com o valor JUSTIÇA. Esse será seu principal desafio no século XXI: lembrar todos os dias de seu compromisso, de seu juramento com esse valor maior e dele jamais se afastar.

– Lembro-me de que ao me formar Bacharel em Direito fiz esse juramento e carregou-o comigo todos os dias da minha vida.

– A concepção de JUSTIÇA é muito complexa para ser acessada, promovida ou realizada somente do ponto de vista técnico-jurídico e com base em um raciocínio puramente dialético. É um desafio de todos os profissionais do direito que precisam resgatar as discussões sobre a realização da Justiça – numa quarta e talvez até quinta onda renovatória de acesso à Justiça.

A.L.: O Senhor está falando das ondas renovatórias de CAPPELLETTI?

J.R.P.B.: Exatamente daquele movimento da década de 60. Só que lá se previam apenas três ondas, a primeira preocupada em dar advogado aos pobres; a segunda voltada para a proteção dos interesses difusos (principalmente meio ambiente e consumidor) e a terceira relativa a um novo enfoque de acesso à justiça com múltiplas alternativas e uma tentativa de atacar as barreiras que impediam o acesso à justiça.

A.L.: Como seriam essas novas ondas, considerando que o senhor falou que o Juiz, no século XXI, precisa de formação transdisciplinar?

J.R.P.B.: A quarta reside exatamente sobre a necessidade de que os profissionais do direito reencontrem seus juramentos e resgatem seus compromissos de bacharel. Juramos todos encontrar

e lutar por esse valor chamado JUSTIÇA e passado o momento formal e solene só ficamos, durante anos, repetindo Aristóteles. Inspirados em pensamentos de Kim Economides, é preciso ressignificar nossos valores em um movimento neo-contemporâneo de uma quarta onda renovatória de resgate efetivo dos operadores do direito pela Justiça – muita reflexão será necessária para isso.

– A quinta representa aquilo que aqui no Brasil da pós-modernidade ou neo-contemporaneidade, em face do grande número de processos litigiosos existentes (e dos índices de congestionamento dos tribunais), qualifico como uma onda voltada ao desenvolvimento de ações em dois aspectos: (a) de saída da justiça (em relação aos conflitos judicializados), e (b) de oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado. É o que tenho denominado de Acesso à Justiça como acesso à Resolução Adequada do Conflito.

A.L.: No século XXI, o magistrado deve julgar de acordo com a expectativa da sociedade? Por outra, como deve se posicionar diante da sociedade que clama sempre por punição ou severidade, achando que isso é fazer justiça, como quer o Movimento da Lei e da Ordem?

J.R.P.B.: O Magistrado como um SER da Sociedade não é neutro e insere-se em um espaço político, temporal, dinâmico, cultural, comunicacional e local. Não há como julgar fora desse contexto. Há, entretanto, de não se deixar influenciar por pressões políticas venham de onde vierem.

– Parte da sociedade repete como papagaio o que escuta, lê ou é reproduzido pela imprensa, seja verdade ou não. É o Poder Condicionante da Mídia, fazendo verdade mesmo que esteja dela totalmente afastada. Estar atualizado não é refletir sobre, mas repetir sobre o que alguém de renome disse.

– Fazer mal a quem descumpriu a lei não faz bem à sociedade e isso só pessoas esclarecidas podem



perceber. As demais acham-se atualizadas ao repetir sem refletir e defendem pena de morte, prisão perpétua...

– Justiça é valor e para alguns esse valor se confunde com Justificar ou Justiceirar, sei lá se essas palavras existem – mas informam posições pessoais para casos individuais noticiados pela imprensa. É perfeitamente compreensível que os familiares de vítimas manifestem esse sentimento e não é disso que eu estou falando.

A.L.: Como fica a neutralidade do magistrado do século XXI, no ato de sentenciar?

J.R.P.B.: Não existe neutralidade. Quem tem alma, cérebro e nasceu não é neutro. Ao levar o primeiro tapa na bunda ao nascer já recebeu uma carga cultural que lhe retira a neutralidade (não sou a favor de que continue recebendo palmadas – só para esclarecer...). Confio na imparcialidade, no respeito à igualdade e nas decisões que consideram valores, costumes, princípios e peculiaridades locais. O juiz é do seu tempo, do seu local e ao aplicar a lei e a Constituição o faz no contexto dos fatos. Até o momento de julgar deve ser

imparcial. No julgamento não conheço ninguém mais parcial do que o Juiz ao Condenar, Ordenar, Desconstituir sob pena de...

A.L.: Diante da pretendida intervenção mínima do Estado, sob a perspectiva de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, que conduta se espera do magistrado no século XXI ?

J.R.P.B.: Respeitar sempre as Leis, Constituição, os Tratados, os Princípios e analisar caso a caso a partir desses fundamentos, imaginando-se a pessoa em causa, colocando-se tanto na posição do réu, quanto na

posição da vítima, no contexto dos fatos e a partir de uma visão holística, global e eclética apresentar soluções. É o que se pode esperar do Magistrado do Século XXI.

A.L.: Sem perder a postura e a cortesia com os advogados e os representantes das partes, como pode ser o desempenho jurisdicional do magistrado?

J.R.P.B.: Entre a cruz e a espada deve avaliar sempre se quantidade e qualidade podem se harmonizar. O maior desafio do ser humano é SER HUMANO e por isso deve tratar sempre com respeito quem quer que seja, ainda mais quando é um prestador de serviço essencial à sociedade e que algumas vezes é chamado de Excelência. Deve procurar corresponder a essa EXCELÊNCIA e isso só se alcança com muito preparo, humildade, trabalho, dedicação e autocrítica. O desempenho não será avaliado pela quantidade de sentenças ou de acordos, mas pelas reflexões que conseguiu proporcionar com seus atos na harmonização dos interesses das partes e da sociedade.



A.L.: Como considera a exigência para que os magistrados busquem constantemente capacitação para vitaliciamento e promoção por merecimento? Tem alguma sugestão em termos de cursos para esse fim?

J.R.P.B.: Eu tenho uma visão muito crítica sobre a aplicação pelos Tribunais de critério objetivos para promoção. A capacitação, dentre outros fatores objetivos, deveria ser efetivamente considerada, além da dedicação e do trabalho no dia a dia do Magistrado, na sua história de vida, e não só durante um período restrito. Não é isso que vemos em muitos Tribunais. A carreira estruturada assegura independência ao Juiz e valoriza a própria dignidade do SER HUMANO JUIZ. Pior do que o pior critério é não ter critério, por isso defendo nesses casos a antiguidade. Por ruim que seja a antiguidade ainda é um critério talvez mais adequado e menos injusto.

A.L.: Que orientações o Senhor dá a um magistrado no que diz respeito à conduta e ao desempenho na função jurisdicional esperada pela

sociedade no século XXI, levando em conta o desenvolvimento da Tecnologia, da Medicina, da Biotecnologia e demais ciências da vida que têm como foco a inseminação artificial, a inseminação *in vitro*, a “barriga de aluguel”, clonagem humana reprodutiva e terapêutica, pesquisa com células-tronco embrionárias, terapia celular etc.?

J.R.P.B.: Não tenha vergonha de dizer não sei e estude todos os dias. Com 18 anos resolvi aprender sempre mais alguma coisa por dia e quando vou para a cama me lembro desse compromisso, levanto e vou atrás de mais um aprendizado. É importante também buscar quem sabe, se informar, refletir sobre o assunto e nos autos do processo buscar os profissionais que possam, mediante contraditório, apresentar elementos de convicção e fortalecimento de razões para a melhor e mais justa decisão.

– Se somos nós, juízes, obrigados a decidir, que possamos fazê-lo com segurança, entendendo o que está sendo trazido a nossa apreciação. Se nossa capacidade de entendimento e compreensão é, como sabemos, limitada, que passemos a utilizar todas as ferramentas, instrumentos e técnicas que a tecnologia nos oferece para realizar a atuação prática da Justiça no caso concreto. Novamente prevalece a necessária compreensão transdisciplinar, exlética e não mecanicista. Não é só aplicar a lei ao caso concreto, é entender, compreender, analisar o caso e achar a solução mais justa e adequada – sem contrariá-la. É esse mais um dos nossos desafios e nossa geração espera isso.

A.L.: De que maneira um magistrado deve pautar seus julgamentos diante de assuntos cruciais como os da adoção por homoafetivos e a transexualidade, inclusive com cirurgia de adequação sexual e mudança de nome?

J.R.P.B.: Respeitar diversidades e a unidade de cada ser humano é um dos componentes de um bom Juiz, independente de seus próprios

preconceitos, valores ou princípios. Cada um é cada um. Novamente há o Magistrado de se postar na situação do jurisdicionado e avaliar um a um os argumentos prós e contra. Inserido como está em uma sociedade preconceituosa, haverá de saber separar o que deve ou não ser considerado a fim de realizar a verdadeira Justiça.

– Saber deixar de lado seus preconceitos, já que os tem e deve reconhecer isso, deve o Magistrado se imaginar no lugar do outro e também da Sociedade. O que pensa um, o que pensa outro. Ainda bem que há diferenças e que, como juízes, temos de saber respeitar a diversidade. Se tudo e todos fossem iguais seria enfadonho. Respondendo especificamente a questão: a Constituição é nosso guia e permite interpretar de maneira a reconhecer essas diferenças como garantia do princípio da Igualdade.

A.L.: Como deve o magistrado enfrentar questões que envolvem violência doméstica contra crianças e mulheres?

J.R.P.B.: Com tranquilidade, sem ódio no coração e sempre projetando a vida. Quero dizer com isso que independente do que faça do ponto de vista do direito criminal, há de olhar para frente e imaginar o que será dessas pessoas que sofreram esse tipo de violência e também o que será do agressor. É preciso projetar ações globais que resolvam conflitos e não só ações que matem processos. Matar processo não é resolver conflito. Depois que o agressor for punido, o que será, e em relação aos outros agressores, o que está sendo feito? São algumas dessas reflexões necessárias a uma decisão.

– Além da prevenção é preciso trabalhar a ideia de Provenção (John Burton) que se destina a alcançar uma prevenção-pró. Prevenir e depois coordenar os interesses para frente (futuro), a fim de que não mais se repitam os atos que envolvem esse tipo de violência que tanto agride o sentimento comum. É necessário pensar nas pessoas envolvidas

(em causa), a fim de que, com uma visão exlética, se previnam novas violências e, se possível, se recuperem relações – quando isso for viável.

A.L.: Como o magistrado deve enfrentar a complexidade de questões relacionadas à pedofilia?

J.R.P.B.: Não tem regra pronta e nem dá para responder em duas palavras, mas do que foi dito em relação às demais situações dá para extrair as necessárias capacidades e competências do Magistrado para enfrentar esse tortuoso tema.

A.L.: Considerando a recente decisão do STF acerca da Lei Maria da Penha, entendendo que não deve haver ação penal pública condicionada nos casos de lesões corporais leves, tendo como vítima a mulher, deve o magistrado proferir julgamento sopesando as espirais destrutivas e construtivas e a lide sociológica?

J.R.P.B.: Não tenho a menor dúvida. Ao Juiz cabe coordenar os interesses da comunidade e buscar a resolução mais adequada do conflito, seja ele civil, penal, administrativo ou outro. Deve novamente olhar para a frente e projetar ações construtivas. Quem ganha e quem perde não deve ser a pergunta. Todos devem ganhar inclusive a sociedade quando se trabalhar dentro de um enfoque exlético e com análise nos verdadeiros interesses (lide sociológica). A questão é bem mais complexa do que pude explicar.

A.L.: No livro *Economia Bandida: a nova realidade do capitalismo*, de Loretta Napoleoni, consta que há cerca de 27 milhões de escravos no mundo, inclusive sofrendo escravidão sexual, na Europa. Como deve o magistrado se preparar para julgar essas questões, se essas situações vierem a ser detectadas no Brasil?

J.R.P.B.: Temos infelizmente muitos casos no Brasil. Pessoas que não têm a menor ideia do que é felicidade ou que nada conhecem sobre liberdade e que estão tão amedrontadas que não visualizam

nenhuma outra vida que não a da escravidão. O problema é muito complexo e vários enfoques precisam ser enfrentados. Além das ações de investigação criminal que há muito estão longe do ideal (falta de equipamentos, capacitação, recursos, motivação, interesses politiqueros), há ações relativas a políticas de Estado na identificação e no reconhecimento dessas situações. O preparo deve se dar não só no Brasil mas também com a participação em eventos internacionais que têm propiciado uma gama imensa de discussões. Há de se reunirem os responsáveis – policiais, promotores de justiça, magistrados, peritos criminais, professores, dentre outros profissionais –, para discutir seriamente esses temas. O que se faz é nada no contexto do que seria necessário para mitigar esses graves problemas.

A.L.: Diante da realidade atual em que há muitos desabrigados urbanos, em decorrência de desastres naturais, muitos daqueles ficando sem identidade social, como deve o magistrado considerar as variáveis desse fenômeno, na hora de proferir uma decisão acerca de conflitos envolvendo aquelas pessoas no polo ativo ou no polo passivo de uma ação judicial?



J.R.P.B.: O compromisso do juiz deve ser com sua consciência. Não há quem não se insira nesse contexto de uma forma objetiva. A moradia como direito fundamental, a diminuição das desigualdades é responsabilidade de todos. Se isso chegar ao Magistrado para que ele decida, deve fazê-lo com foco no “fundamento antropológico comum da dignidade da pessoa humana” – como diz meu irmão Romeu Bacellar. Isso está, não por acaso, no artigo 1º da nossa Constituição da República.

A.L.: Em relação a alguns grupos vulneráveis, tais como, as pessoas com deficiência, os idosos, os negros, os quilombolas e os indígenas, como se deve preparar o juiz para julgar as lides?

J.R.P.B.: Aplicar aquilo que se diz, como igualar as pessoas na exata medida das suas desigualdades, respeitando no caso dos indígenas e quilombolas os seus valores culturais.

– A vulnerabilidade deve ser encarada como real e exige ser reequilibrada seja pela lei, seja pela sociedade e havendo necessidade pela decisão judicial. O preparo deve ser de um Juiz Humanista e que conheça a Sociedade desigual em que judica.

A.L.: De que modo considera, em termos de produção de provas processuais, a técnica de entrevista investigativa, atualmente utilizada, em casos de violência sexual contra crianças e adolescentes?

J.R.P.B.: São avanços que propiciam o alcance da verdade. Ainda é muito cedo para avaliar todas as consequências processuais que possam advir de seus resultados. A princípio não vejo ilicitude no resultado dessa produção probatória. Já se tem discutido muito inclusive sobre a possibilidade de alcançar estados alterados de consciência ao se utilizar

algumas dessas técnicas. Caso isso se verifique como ocorre na hipnose, os tribunais terão de avaliar com muito critério se isso corresponde a uma livre manifestação de vontade ou o que isso poderia representar. Não tenho a resposta definitiva. Tenho de estudar o assunto com maior profundidade.

A.L.: Qual seria, em sua ótica, a perspectiva da utilização da técnica de entrevista investigativa em processos criminais em geral?

J.R.P.B.: Da mesma forma. São a meu ver grandes avanços interdisciplinares, alguns mais focados na Psicologia e que poderão auxiliar o Poder Judiciário. Porém preciso estudar mais essas consequências jurídicas e seus resultados práticos, além de avaliar seu alcance.

A.L.: De que maneira o Poder Judiciário deve estar aparelhado para acompanhar o perfil do magistrado do século XXI?

J.R.P.B.: Trabalhando gestão de pessoas. Quando se fala em aparelhamento já vem em mente computador. Nada disso. Deve apostar todas as fichas nas pessoas, nos colaboradores que são prestadores de serviços para a sociedade. Isso de forma contínua. Hoje se fala em FIB para contrapor o PIB. A Felicidade Interna Bruta (FIB) deve ser o foco de empresas e do próprio Poder Judiciário para fazer valer uma atuação transformadora do Magistrado do Século XXI.

A.L.: Sob a égide do Estado Democrático de Direito, que papel se espera como o desejável do Ministério Público e da Defensoria Pública, considerando-se o perfil do magistrado do século XXI?

J.R.P.B.: Os advogados, os Promotores de Justiça, os Defensores Públicos, dentre outros profissionais, deverão no contexto da quarta onda renovatória de acesso à justiça resgatar seus juramentos – e passarão assim a representar a força propulsora no exercício do direito constitucional de ação que viabilizará

a atuação do Magistrado do século XXI como Intérprete de princípios constitucionais. Todos serão responsáveis, copartícipes da verdadeira Justiça.

A.L.: Considerando sua excelente manifestação crítica sobre o jargão “O que não está nos autos não está no mundo”, na aula magna que proferiu na Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, que limites devem ser adotados pelo magistrado do século XXI diante do princípio da verdade real, no âmbito processual penal?

J.R.P.B.: A crítica perdura porque a Justiça muitas vezes não se encontra só nos autos de processo. Além disso, existe, entretanto, a necessidade de que questões sejam reduzidas ao mínimo – dentro de um raciocínio puramente dialético – a fim de viabilizar uma solução adjudicada. O método adversarial por solução heterocompositiva funciona dentro desses limites.

Há dois pilares: (a) o autocompositivo em que não se deve ater a solução justiça pelo que consta dos autos de processo e aí tudo importa, inclusive o que não está nos autos; (b) o heterocompositivo em que a decisão tem de centrar-se nos limites da lide, da tipicidade e do que consta dos autos de processo. É mais ou menos isso, mas também é mais complexo do que isso.

A.L.: Deseja expor seu entendimento sobre algum outro aspecto referente à figura do magistrado do século XXI ou sobre assuntos em geral? Por favor, sinta-se à vontade.

J.R.P.B.: Fico feliz em estar vivo, com quase 50 anos, para ser responsabilizado por todos esses problemas que envolvem a crise da justiça. Só por força desses conflitos e dessa denominada crise, é que estamos aqui discutindo tantas inovações, tantas coisas novas e ressignificações. Obrigado pelas perguntas que representaram para mim um grande aprendizado.





Artigos



Paulo Juaci de Almeida Brito

Sexualidade como direito de personalidade: três planos de manifestação

Resumo

No presente artigo, os autores discorrem sobre a sexualidade, tratando-a como um direito de personalidade. Defendem a tese de que a sexualidade manifesta-se em três planos ou dimensões: a) a dimensão do “Eu” – plano da autodefinição sexual ou da autoconsciência, em termos de gênero (autoidentidade sexual); b) a dimensão do “Outro” – plano do relacionamento “Eu e Outro” ou da preferência do sexo (ou gênero) com quem (que tipo de sexo, masculino ou feminino) o indivíduo deseja relacionar-se sexualmente; c) a dimensão da forma (do modo) da prática sexual – plano da modalidade de prática sexual preferencial ou da forma de sexo preferencial (como relacionar-se sexualmente). O terceiro plano justifica a atuação do Estado no controle (inclusive jurídico) de certas práticas sexuais. Destacam os autores o papel do Judiciário no reconhecimento da sexualidade como direito de personalidade.

Palavras-chave

Sexualidade. Homoafetividade, heteroafetividade. Direitos de personalidade. Sexo biológico, Sexo cromossômico, sexo genético, sexo psíquico, sexo morfológico. Hermafroditismo, pseudo-hermafroditismo. Bioética e biodireito.

Abstract

In this paper, the author discourse about the theme sexuality, regarding it as a right of one’s personality. Maintain that the sexuality manifests in three levels or dimensions: a) The dimension of “I” – a level of self-sexual definition or of self-consciousness, in terms of genre (sexual self-identity); b) The dimension of the “Other” – level of relationship “I and the Other” or of the sexual preference (or genre) with whom (what type: male of female genre) the individual desires to have a sexual involvement; c) the dimension of form (the way) the sexual practice takes place – level of sexual practice modality or the sexual preferable form (the way to have a sexual relationship). The third dimension justifies the interference of the State (including juridical interference) in controlling certain sexual practices. The authors remark the role of the Judiciary power in recognizing the sexuality as a right of personality.

Key words

Sexuality. Homoaffectivity, hetero affectivity. Rights of Personality. Biological Sex, Chromosomal Sex, Genetic Sex, Psychic Sex, Morphological Sex. Hermaphroditism, Pseudo-hermaphroditism. Bioethics and biorights.

Sexualidade como Direito de Personalidade: três planos de manifestação*

Sexuality as a right of one's Personality and the complex of Human Sexuality: Three Dimensions of Manifestation

Paulo Juaci de Almeida Brito*

* Médico. Mestre em Microbiologia e Imunologia e mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas (ICJ) da Universidade Federal do Pará (UFPA).

1 INTRODUÇÃO

A personalidade é um conjunto de atributos da pessoa humana (vida, integridade física, liberdade, identidade sexual etc.) sem os quais o indivíduo perde sua condição de integrante da humanidade. A sexualidade, por sua vez, é uma condição complexa, relacionada com a atividade e a diversidade sexual na espécie e que é componente da personalidade, tendo todos os indivíduos o direito de manifestá-la, em sua integralidade, sob pena de redução da personalidade e, conseqüentemente, da sua própria humanidade.

Em um artigo de Fritjof Capra, do livro *O ponto de mutação* (2006, p. 19-46), esse autor expressava sua preocupação com a "profunda crise mundial" que estamos vivendo nos últimos 20 anos. Ameaça de guerra nuclear, superpopulação e tecnologia industrial em crescimento desenfreado, poluição atmosférica, toda essa crise tornando-se uma ameaça a nossa saúde, água e alimentos. Dentre as chamadas "doenças da civilização" moderna encontram-se as enfermidades cardíacas, o câncer e o acidente vascular cerebral ("derrame"). No aspecto psico-social, vemos aumento

dos quadros de depressão grave e de esquizofrenia¹, dentre outras manifestações. Aumento nos crimes violentos, acidentes, suicídios, alcoolismo e consumo de drogas. Anomalias econômicas com tendência ao exaurimento de nossos recursos naturais energéticos.

Capra (2006) chama a atenção para o que denomina a "terceira transição", parafraseando a "primeira transição", declínio do patriarcado, e a "segunda transição", declínio da era do combustível fóssil. Nessa "terceira transição", incluem-se a crença de que o método científico é a única abordagem válida do conhecimento e a crença do progresso material ilimitado, a ser alcançado através do crescimento econômico e tecnológico. São valores que, segundo o autor, necessitam de revisão radical.²

¹ Para outros, o aumento verificado é na ansiedade; a esquizofrenia permanece em 1% da população, sem alterações demonstráveis.

² Esta [terceira] "transição" relaciona-se com valores culturais, a necessidade de "mudança de paradigma", ou seja, uma mudança profunda no pensamento, percepção e valores e ideias que formam uma determinada visão de realidade, muitas das quais baseadas na revolução científica do século XVII, na filosofia iluminista e na Revolução Industrial.

Capra cita outro autor para embasar suas afirmativas, o sociólogo russo Pitirim Sorokin.³

A crise atual, conforme Capra, não é apenas uma crise de indivíduos, governos ou instituições sociais; é uma transição de dimensões planetárias. É uma crise ampla e que não pode ser evitada, pois, caso contrário, teremos um retrocesso ainda maior. Precisamos reexaminar nossas principais premissas e valores; rejeitar modelos conceituais ultrapassados; reavaliar valores do passado; alterar as relações sociais, e não apenas fazermos reajustes no que pareceria primordial em uma primeira instância, e que se tornariam mudanças superficiais e isoladas de caráter econômico e político^{4,5}. Com fundamento

³ A mudança de paradigma inscreve-se, segundo o sociólogo Pitirim Sorokin (apud CAPRA, 2006), no declínio de três sistemas fundamentais de valores subjacentes a todas as manifestações de uma cultura: “sensualista”, “ideacional” e “idealístico”, esse último intermediário em relação aos dois primeiros. Por essa visão, estamos passando pelo declínio de um ciclo sensualista.

⁴ A leitura de Fritjof Capra fez um dos autores lembrar-se de um outro trabalho, datado da década de 1950, quando foi realizado o seguinte experimento: o autor (ou autores) manteve (mantiveram) por algum tempo uma colônia pequena de ratos em um ambiente fechado (tornando impossível a fuga de qualquer indivíduo) inicialmente limpo e com abundância em água e alimentos. A reprodução foi permitida livremente, mas a quantidade de água e alimentos, embora inicialmente abundante, permaneceu a mesma por todo o experimento. Inicialmente, a colônia cresceu livre e rapidamente, porém, na medida em que a população de ratos crescia, e a quantidade de água e alimentos permanecia a mesma e, portanto, foi escasseando, os animais foram progressivamente apresentando mudanças de comportamento. A colônia foi, progressivamente, deixando de cuidar da limpeza do ambiente e os animais perderam a preocupação com sua própria higiene corporal. Inicialmente coesa, a colônia foi paulatinamente se desorganizando. Tornaram-se mais agressivos, surgiu a prática de canibalismo e de homossexualismo, talvez como forma de reduzir a população e, conseqüentemente, a competição por alimentos ou, no caso do homossexualismo, pode ter-se tornado mais evidente por redução das barreiras constritoras do agrupamento. A colônia enfraqueceu por inteiro e seus indivíduos passaram a apresentar patologias de toda ordem, deficiências vitamínicas, infecções, nascimentos teratológicos e assim por diante.

⁵ Capra defende uma abordagem do mundo a partir de uma visão holística; a necessidade urgente de “inversão da situação”, e por esse termo não se entenda “retorno ao passado”, mas, de fato, um retornar às nossas bases biológicas e ecológicas; aliar conhecimento científico com prudência, espiritualidade e ética. Para ele, frente a uma realidade paradoxal como a nossa, analisada unilateralmente, precisamos adotar uma concepção sistêmica, colocando em prática a teoria geral dos sistemas, que preconiza o mundo em função da inter-relação e interdependência de todos os fenômenos, os quais apresentam estruturas de múltiplos níveis. Há, no entender de Capra, uma necessidade urgente mundial de que na análise da realidade atual não basta procedimento da inter e da multidisciplinaridade; exige-se uma visão baseada na transdisciplinaridade, que aponte para uma compreensão fundada na complexidade de qualquer realidade, tecida por uma infinidade de interconexões. Tendo por base a filosofia oriental fundada nos polos arquetípicos do *yin* e do *yang* detalhados no *I Ching*, Capra (2006) reconhece que nossa sociedade, em fase de desequilíbrio, tem favorecido sistematicamente o *yang* em detrimento do *yin* e, assim, dentre outros aspectos, o conhecimento racional prevalece sobre a sabedoria intuitiva, a exploração dos recursos naturais em vez da conservação. O equilíbrio holístico que o autor defende, no qual o estudo da saúde do indivíduo em realidade passa pelo estudo da saúde em três níveis intimamente relacionados (saúde dos indivíduos, da sociedade e ecológica), transita em torno de um equilíbrio constituído de elementos do *yin* e do *yang*.

nessa visão, são apresentadas algumas reflexões sobre a sexualidade humana que, se acertadas, contribuirão para uma evolução social, não necessariamente no sentido do pensamento de Capra e Sorokin.

2 OS MODELOS BIOÉTICOS COMO FUNDAMENTOS DA SEXUALIDADE

O tema da sexualidade pode ser estudado com fundamento em diferentes modelos bioéticos. Os principais são (CERQUEIRA, 2011, p. 26-36):

a) o modelo subjetivista ou liberal radical, no qual ética e moral devem basear-se unicamente na escolha livre e autônoma do sujeito e os contratos realizados devem sempre ser respeitados desenvolvendo-se a ética contratualista; ao Estado cabe apenas garantir o respeito pelas decisões dos cidadãos tomadas segundo suas referências morais próprias;

b) o modelo pragmático – utilitarista, no qual a deliberação e o consenso apresentam-se como critérios mais legítimos de validação das ações éticas e, conjuntamente, o único caminho válido para alcançar resultados negociáveis entre pessoas capazes de argumentar;

c) o modelo personalista que busca fundar a objetividade dos valores e das normas a partir do significado ontológico da pessoa humana, constituída na unidade corpo-espírito⁶.

⁶ Além desses três modelos, Elizabeth Cerqueira faz referência a outros dois: a) o modelo sociobiológico e; b) o modelo hipercrítico. O modelo sociobiológico baseia-se em “ética essencialmente descritiva, segundo a qual os valores e as normas acompanham a evolução histórica da sociedade que os altera em função de seu desenvolvimento, da mesma forma como aconteceu com a evolução das espécies apresentada pela teoria de Darwin” (CERQUEIRA, 2011, p. 26-27); esse modelo subordina a sexualidade a interesses políticos e sociais; segundo Cerqueira, ele favorece a eugenia e o uso da mulher no favorecimento ou no controle reprodutivo, conforme o interesse considerado para o progresso da espécie. Pelo modelo hipercrítico, “o círculo informação-estetização-erotização-personalização realiza o controle social, apresentando o consumo e a atuação no cotidiano como os únicos horizontes oferecidos”; afirma que, sobre a sexualidade, “nenhuma prática discursiva ou pedagógica é verdadeiramente libertadora” e propõe como objetivo “a desconstrução de toda ideia anterior de sexualidade, de normalidade, de caminho alguma vez já indicado para realização pessoal e afetiva” (CERQUEIRA, 2011, p. 30-31).

No campo da sexualidade:

a) O primeiro modelo considera “inadmissível qualquer cerceamento à vivência dos impulsos sexuais e à realização das fantasias sexuais” (CERQUEIRA, 2011, p. 28). A concepção desse modelo:

é compatível com a liberação total para a prática sexual da forma como o indivíduo desejar, desde que não agrida a liberdade do outro (o que é extremamente difícil de ser medido, uma vez que existem muitas formas de coerção explícitas ou disfarçadas). [...] Apresenta-se o reducionismo para a emotividade e a impulsividade, para a busca do prazer sem conseqüências, cabendo ao Estado evitar os problemas como as doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez indesejada (CERQUEIRA, 2011, p. 27-28).

Sendo tal modelo baseado em um “contrato” então seria responsabilidade do Estado também o de garantir o direito das partes envolvidas para evitar o abuso – mesmo que não tão fácil de ser definido por vezes. O cerceamento das liberdades constituiria quebra de contrato ou talvez existência de contrato ilícito e passível de punição.

b) O segundo modelo defende a sexualidade como “instrumento para o prazer”:

tudo o que causa desprazer deveria ser eliminado [tanto] quanto fosse possível. Propõe uma nova visão da sociedade, na qual se priorize a qualidade de vida, avaliada em função da presença ou ausência de sofrimento em função de critérios de produtividade e não-produtividade, o que leva à instrumentalização da própria objetividade. Os valores de referência seriam aqueles aprovados pelo consenso, sem indicação de qualquer outro valor” (CERQUEIRA, 2011, p. 28-30)⁷.

c) O terceiro modelo visualiza-a como “um desafio que anuncia um sentido o qual ultrapassa a ação dos hormônios para a reprodução; o prazer

⁷ Sempre haveria o risco de os valores de referência, em última análise, tornarem-se naqueles oriundos do poder ou de quem tenha maior capacidade de “negociar”.

resultante do encontro interpessoal é sinal de uma exigência e potencial integridade do ser humano para a autotranscendência”. Reconhece a sexualidade como “símbolo do mistério humano que nunca poderá ser totalmente desvendado” e rejeita sua manipulação por interesses econômicos ou políticos do mesmo modo como rejeita a manipulação da pessoa humana em sua integridade (CERQUEIRA, 2011, p. 32-34). Esse modelo baseia-se em uma descrição fenomenológica da interação pessoal, no qual a dimensão relacional que ressalta a subjetividade é importante, mas não é a única; “valoriza-se basicamente a interação interpessoal” (intersubjetividade) e a sexualidade é reconhecida como sinal e expressão de qualidade.

O aspecto da sexualidade que aqui é investigado busca firmar-se considerando os três modelos bioéticos acima citados. Do primeiro modelo será reconhecido o valor da liberdade, embora não absolutizada (o limite reconhecido é a esfera de direitos do outro); do segundo, reconhece-se a importância do diálogo e do consenso, com limites no direito da minoria; do terceiro, valoriza-se a autotranscendência e o intersubjetivismo, mas evitando qualquer dogmatismo.

3 O QUE É A SEXUALIDADE?

Segundo o Dicionário Eletrônico do Aurélio (FERREIRA, 2005), **sexo** é: 1) a conformação particular que distingue o macho da fêmea, nos animais e nos vegetais, atribuindo-lhes um papel determinado na geração e conferindo-lhes certas características distintas; 2) o conjunto das pessoas que possuem o mesmo sexo; 3) sensualidade, volúpia, lubricidade; sexualidade; 4) os órgãos genitais externos. Por sua vez, **sexualidade** é o conjunto dos fenômenos da vida sexual; **sexo** (3).

A partir da década de 1970, o termo “sexo” passou a ser usado para referir-se à divisão biológica macho e fêmea e a expressão “gênero” foi utilizada para referir-se ao papel social atribuído a uma pessoa baseado no sexo aparente e/ou em outros fatores contingentes.

Para Kuramoto, Zola e Miranda (2004, p. 150), “sexualidade e dignidade humana estão diretamente relacionadas à qualidade de vida e bem-estar das pessoas, que buscam a felicidade e uma vida boa”.

O conceito de sexualidade está diretamente relacionado ao de pessoa (KURAMOTO; ZOLA; MIRANDA, 2004, p. 153). Em uma visão kantiana, a sexualidade é parte de um processo de reprodução da espécie humana, realizado por dois indivíduos, momento em que, cada um, recebe a faculdade de escolher, agir, pensar, fazer, formar e transformar o mundo em que vive. Mas, se o seu ponto alto pode ser compreendido como a manifestação de sentimentos, emoções e afetos do sujeito em relação ao meio em que vive, influenciado que é, por manifestações sociais, culturais e familiares, a sexualidade não está reduzida à genitália, sendo mesmo mais ampla do que a materialidade do ato sexual em si (KURAMOTO; ZOLA; MIRANDA, 2004, p. 155).

Será a sexualidade, em um sentido amplo, uma característica precípua da espécie humana?

Se compreendermos que ela tem uma dimensão biológica, reunindo aspectos genéticos, fisiológicos e anatômicos, então é possível falar em uma sexualidade animal, a qual, em vista das dimensões emocional e espiritual, expressa-se em uma realidade bem diferente à da sexualidade humana⁸. A sexualidade humana pode ser compreendida como a integração harmoniosa da genitalidade (*sexus*), da afetividade

(*eros*) e da relação interpessoal (*filia*) (KURAMOTO; ZOLA; MIRANDA, 2004, p. 155). No modelo defendido por Elizabeth K. Cerqueira, o terceiro modelo biogenético acima citado (personalista), além das três dimensões ou níveis citados, há referência a uma quarta dimensão ou nível – o *ágape*, o qual se origina no amor (CERQUEIRA, 2011, p. 91-113).

A sexualidade está fortemente relacionada com os sexos ou gêneros a que pertencem indivíduos da mesma espécie. Nesse sentido, fala-se em heterossexualidade (heteroafetividade) e homossexualidade (homoafetividade), quando os seres expressam sua sexualidade em relações com indivíduos de gênero diferente do seu ou indivíduos do mesmo gênero. Da relação entre a sexualidade e a procriação deriva a óbvia conclusão de que indivíduos de um determinado gênero, logicamente, relacionar-se-ão com indivíduos de gênero diferente (heterossexualidade) e como essa é a ocorrência mais frequente na natureza, não é surpreendente que isso tenha sido considerado a ocorrência normal. Na medida em que a consciência e as relações humanas desenvolvem-se, desenvolvem-se a moral e a ética e, se uma ocorrência é considerada normal, a diversa será anormal.

Na medida em que, na escala evolutiva, afastam-se dos outros animais, os seres humanos parecem deixar de perceber que são inúmeras as espécies animais (não somente mamíferos) em que alguns indivíduos de um determinado gênero relacionam-se sexualmente com outros indivíduos do mesmo gênero⁹. Embora a

⁸ A interpretação da sexualidade animal pode parecer preconceituosa, pois sabe-se pelos estudos etológicos que os animais demonstram os mais diversos comportamentos de afeto, animosidade, violência, proteção etc... Basta lembrar, por ex., que certas espécies são fiéis à vida toda, ou o macho da espécie *Amblyornis inornata* que enfeita o ninho para impressionar a fêmea. Pode-se sugerir uma forma de sexualidade nem menos evoluída e nem mais evoluída do que a humana, mas apenas diferente, contudo o que aqui se defende é que a sexualidade humana é revestida da consciência de seus atos.

⁹ Cerca de 1.500 espécies foram identificadas apresentando alguns dos seus integrantes um comportamento homossexual. O significado dessa homossexualidade, no entanto, pode ter significados diversos nas diferentes espécies animais. Por exemplo: a) para pedir desculpas (entre macacos japoneses); b) para criar os filhos (entre albatrozes-de-laysan); c) para praticar (entre moscas drosófilas); d) para formar alianças (entre golfinhos-nariz-de-garrafa); e) para reforçar a hierarquia (entre bisões); f) por engano (entre peixes-mexericas). “Que machos gostem de fazer sexo com machos e fêmeas com fêmeas é um enigma evolutivo. Afinal, um gene gay (ou vários genes) seria eliminado, pois à primeira vista ele não ajuda a espécie a se perpetuar. ‘A grande questão é como explicar qual é o sentido evolutivo’, diz César Ades, etólogo (especialista em comportamento animal) da USP-Universidade de São Paulo”. (MIOTO, 2009). Quem pensa que, somente porque o homem é um ser consciente de sua identidade e do que faz, isso diferencia tão radicalmente a sexualidade humana que o afasta inteiramente dos outros animais, esquece-se que “há mais coisas entre o céu e a terra do que sonha nossa vã filosofia” (Shakespeare).

heterossexualidade seja a ocorrência mais frequente, a homossexualidade é verificada, embora em uma frequência bem menor. Podemos sempre perguntar, onde caberá aqui ou fará algum sentido a moralidade do ser humano para condenar essa ocorrência entre os animais? Mas isso não é o que é defendido no presente trabalho¹⁰.

4 A MANIFESTAÇÃO DO COMPLEXO DA SEXUALIDADE HUMANA

4.1 REFLEXÕES SOBRE A EXPRESSÃO DA SEXUALIDADE HUMANA

Apesar da grande complexidade do tema sob estudo, apresentando as mais diversas expressões, inclusive jurídicas e não-jurídicas, a visão desse trabalho defende que a sexualidade humana manifesta-se em, pelo menos, três planos, aspectos ou dimensões, todos eles de alguma forma controlados pelo sistema nervoso, mas, no caso dos dois primeiros, determinados, fundamentalmente, por pressões endógenas de ordem biológica (p. ex., genética e endócrina).

Como a sexualidade está no centro de nossas vidas, quase tudo o que fazemos está, de alguma forma, vinculado a ela; também tudo pode influenciá-la, mas nenhuma força tem mais poder para isso do que as forças internas de ordem biológica. A sexualidade pode ser influenciada por forças externas, principalmente de ordem social, mas essas forças têm capacidade menor para interferirem no poder determinístico das forças endógenas de ordem biológica, ainda que, nas aparências, pareça o contrário.

Nossa sexualidade manifesta-se: a) na dimensão do “Eu”: plano da autodefinição sexual ou da autoconsciência do que somos em termos de gênero (como o indivíduo vê a si próprio); b) na dimensão do

“Outro”: plano do relacionamento Eu/Outro ou da preferência do sexo (gênero) com que relacionar-se sexualmente e; c) na dimensão da forma (ou modo) da prática sexual (como relacionar-se sexualmente): plano da modalidade da prática sexual preferencial ou da forma de sexo preferencial.

Os dois primeiros planos, provavelmente, são controlados por centros encefálicos profundos que se constituem muito cedo no desenvolvimento individual. Centros nervosos são centros de comandos de funções do organismo. Eles recebem informações pelos nervos sensitivos e enviam ordens para os órgãos através dos nervos sensitivos e motores. No ser humano, os centros nervosos são representados pelo sistema nervoso central, constituído por encéfalo e medula espinhal. Os gânglios centrais do sistema nervoso simpático também podem ser considerados centros nervosos já que podem enviar ordens para os órgãos da vida vegetativa.

O terceiro plano parece, também, ser controlado encefalicamente, mas esse controle deve situar-se muito superficialmente, talvez no nível da córtex cerebral, em diferentes locais (variando nos diferentes casos concretos). Esse plano é, sim, influenciável mais intensamente por forças externas que talvez possam ser controladas pela vontade e consciência humana (por isso mesmo, é admissível sobre ele a interferência estatal ou por parte da sociedade, justificando o controle inclusive jurídico sobre certas práticas sexuais). Esse último plano, provavelmente, manifesta-se um pouco mais tardiamente em relação aos outros dois.

Os dois primeiros, talvez por estarem profundamente estabelecidos no encéfalo, não podem ser controlados por nossa consciência ou vontade, ou, no caso do segundo plano, há grande dificuldade de controle pela vontade¹¹. Também devem ser os que se desenvolveram mais cedo

¹⁰ Não se está defendendo entre a sexualidade humana e a sexualidade animal que uma seja “elevada” e a outra “degradada ou baixa”, mas apenas reconhecendo que são aspectos diferentes da sexualidade ou que são sexualidades diferentes.

¹¹ O homem tenta controlar conscientemente, também, o segundo centro (e segundo plano da sexualidade), através de técnicas que lhe permitam manter-se em castidade, contudo os resultados parecem muito irregulares.

no crescimento do ser humano como indivíduo¹². Talvez, isso também explique porque inúmeras outras espécies estudadas possuem indivíduos manifestando comportamentos homossexuais.

A fim de que a dissecação e discussão de cada um dos três planos da sexualidade, aqui apresentados, seja o mais objetivo possível, o autor ater-se-á aos dois primeiros inicialmente, retornando ao terceiro plano posteriormente.

A sexualidade humana é identificada por dois aspectos principais: a) o sexo biológico e; b) o sexo psíquico.

Alguns autores abordam o que chamam de três aspectos da sexualidade e os classificam em três grupos: a) sexo biológico; b) sexo psíquico e; c) sexo civil (SÁ; NAVES, 2009, p. 226), no que parece um equívoco, pois o que é afirmado como sexo civil, nada mais é do que o reconhecimento jurídico dos gêneros masculino e feminino. Ao invés de se falar em sexo civil, talvez o mais apropriado seja tratar do sexo social¹³, que corresponde ao comportamento sexual da pessoa, incluindo, dentre outros, a abordagem do/a parceiro/a, as formas de cópula, a vida conjugal, os jogos sexuais, a vestimenta, a educação sexual da prole (VALENZUELA, 1992)¹⁴.

O sexo biológico constitui-se de: a) sexo genético; b) sexo endócrino (ou neuro-endócrino) e; c) sexo morfológico. O sexo genético é geneticamente determinado; o sexo endócrino é determinado por funções hormonais e mensageiros neurais e, portanto, pode ser, também, geneticamente determinado; o

sexo morfológico é apenas a expressão determinística dos anteriores. Talvez, esse último interfira (direta e indiretamente, através de seus determinantes biológicos) no [e sofra a interferência do] sexo psíquico.

No caso do transexualismo¹⁵, existe uma teoria, a teoria neurológica, que se baseia em estudos feitos no hipotálamo de cadáveres, nos quais se descobriu que uma região chamada de estria terminal, que é em média 44% maior nos homens do que nas mulheres, em seis transexuais mostrou-se 52% menor que na média masculina (SÁ; NAVES, 2009, p. 227-228)¹⁶.

Variações morfológicas do corpo humano são mais freqüentes do que parecem. Somente a título de ilustração, podem-se citar alterações morfológicas no processo supracondilar do osso úmero, no músculo espinhal do tórax, no músculo espinhal do pescoço, no septo interatrial do coração etc., todas alterações perfeitamente compatíveis com a normalidade (GOSS, 2007, p. 171, 334, 449-450). Variações funcionais normais também são inúmeras.

Dentro da mesma compreensão de normalidade, a Associação Psiquiátrica Americana – APA, em 1987, excluiu a homossexualidade da 4 edição do *Manual de Diagnóstico Estatístico dos Distúrbios Mentais – DSM-IV*, no que foi seguida pela Organização Mundial de Saúde – OMS, que fez o mesmo no CID-10,

¹⁵ Através do Manual Diagnóstico e Estatístico dos Distúrbios Mentais (INSTITUTO BRASILEIRO DE NEUROPSICOLOGIA E CIÊNCIAS COGNITIVAS, 2012), pode ser definido como um transtorno da identidade de gênero em que o indivíduo, tendo nascido com uma identidade cromossômica (XX ou XY) e apresentando características morfológicas indicadoras de um gênero, identifica-se com o outro gênero.

¹⁶ Diversos estudos vêm evidenciando semelhanças e diferenças no funcionamento do sistema nervoso de homens e mulheres heteroafetivos e homoafetivos. Por exemplo, tem sido encontrado que: a) os cérebros de homens heterossexuais mostram-se assimétricos em relação aos cérebros de mulheres heterossexuais, por sua vez simétricos; b) os cérebros de homens homossexuais assemelham-se ao de mulheres heterossexuais e os de mulheres homossexuais assemelham-se ao de homens heterossexuais (SYMMETRY of homosexual..., 2008; c) Também tem sido demonstrado que diferentes circuitos neurológicos são encontrados após estímulo sexual de homens heterossexuais e homossexuais (HU et al., 2008).

¹² Tomando o modelo bioético personalista como referência, os dois primeiros planos ou dimensões corresponderiam aos níveis denominados *sexus* e *eros* e o terceiro plano, ao nível *ágape*; o nível *philia* distribuir-se-ia nos três planos aqui defendidos.

¹³ Ou seria melhor chamá-lo de sexo psico-social.

¹⁴ Ver item 4.3, sexo psíquico.

em 1993, com a ressalva da homossexualidade ego-distônica, para a qual permaneceu a recomendação de acompanhamento, no sentido de resolução do conflito (ABDO; FLEURY; ABDO, 2004, p. 176)¹⁷. Desses manuais ainda consta a transexualidade. Nem todos, contudo, acompanham, pacificamente, o entendimento da APA e da OMS; Guido Arturo Palomba, por ex., insiste em considerar o homossexualismo, o homoerotismo, o bissexualismo ou anfissexualismo e o lesbianismo, como espécies de **parafilias** (transtornos da sexualidade), afirma que se não consta mais daqueles manuais especializados “não quer dizer que não exista” e que a retirada foi consequência de pressão de grupos homossexuais; no seu entendimento, esses “grupos afirmam que há livre escolha”, com o que, no entanto, não concorda, “pois se fosse escolha, sadismo, masoquismo, coprofilia e outras não constariam como parafilias e esses, também, são condutas escolhidas de livre e espontânea vontade, segundo seus praticantes” (PALOMBA *apud* HÉRCULES, 2011, p. 542-548)¹⁸.

Contraditoriamente, Palomba parece discordar que a expressão da sexualidade nesses grupos se trata de livre escolha. Parece que concordamos com esse aspecto.

¹⁷ Homossexualidade ego-distônica é aquela em que o indivíduo que experimenta a homoafetividade não se sente psicologicamente harmonizado consigo mesmo, para esse indivíduo, a solução seria, ou “tratar” a sua homoafetividade, no sentido de conseguir sua substituição por uma condição heteroafetiva, ou, o que os estudos indicam ser mais acertado, levá-lo a sentir-se bem com sua condição homoafetiva.

¹⁸ As parafilias, no entendimento dos autores do presente artigo, pertencem a categorias diferentes do homossexualismo, do homoerotismo, do bissexualismo ou anfissexualismo e do lesbianismo, ou seja, a definição do sexo-afinidade-identidade encontra-se no primeiro e no segundo planos, enquanto as parafilias, no terceiro plano e, portanto, mesmo que com algum sacrifício, são sujeitos ao controle da vontade ou de tratamento e mais prováveis de terem seu surgimento sofrido influência psico-sócio-ambiental.

4.2 O SEXO GENÉTICO

Por necessidade de desenvolvimento do tema de forma a ser mais facilmente compreendido, os bissexuais ficaram de fora dos presentes estudos.

Exceto nossas células germinativas, que portam metade dos cromossomos das células somáticas, todas as nossas células possuem 46 cromossomos, sendo 44 somáticos e 2 sexuais. Normalmente, o sexo masculino contém um cromossomo X e um cromossomo Y (46, XY), enquanto que o sexo feminino contém dois cromossomos X (46, XX). Eventualmente, o indivíduo é portador de alguma patologia onde apresenta mais de um cromossomo Y ou mais de um cromossomo X.¹⁹ Por uma coerência na exposição do tema, chamemos de **sexo cromossômico**, o sexo estabelecido pelo conjunto de cromossomos sexuais (XY = sexo masculino; XX = sexo feminino). **Sexo genético** será o sexo estabelecido pelos genes contidos no DNA (ácido desoxirribonucleico).²⁰

É sabido que no braço menor do cromossomo Y há um gene que permanece inativo até por volta da sétima semana de vida intrauterina, o gene SRY (TORTORA; DERRICKSON, 2009, p. 1108). Até essa idade, todo feto apresenta-se fenotipicamente como do sexo feminino.²¹ A partir da ativação do gene SRY desenvolvem-se as características

¹⁹ Todos os seres humanos precisam ter, pelo menos, um cromossomo X. Organismo humano 46, 0Y é totalmente inviável; a ausência do cromossomo X é letal. Organismo 46, X0 é viável (síndrome de Turner).

²⁰ Um indivíduo pode pertencer a um sexo cromossômico (por ex., conter um cromossomo X e um Y ou dois X) e, ainda assim, pertencer a um sexo genético diferente. Lembremos, ainda, que as mitocôndrias contêm DNA que é, geralmente, herdado da mãe, embora não atinemos a importância desse aspecto para o presente assunto.

²¹ Na fase inicial do desenvolvimento gonadal, alguns genes (DMRT1 e DMRT2, DHH, DAX-1 e AMH) contribuem para o desenvolvimento de uma gônada bissexual, precursora de testículos e de ovários.

do sexo masculino^{22, 23}. E o que acontece se esse gene permanece inativado? Desenvolvem-se as características secundárias do sexo feminino, mas não as características sexuais primárias^{24, 25}.

E o que esperar de um indivíduo que ao nascer é portador de um cromossomo X e um Y, ou dois cromossomos X? Como ele/a, identifica a si mesmo em termos de sexo fenotípico? Como será o seu relacionamento sexual, isto é, ele deverá relacionar-se sexualmente com indivíduo do sexo masculino ou feminino?

A maior frequência é que indivíduos que nascem com um cromossomo X e um Y autoidentifiquem-se como pertencentes ao sexo masculino e relacionem-se heteroafetivamente e que indivíduos que nascem com dois cromossomos X, autoidentifiquem-se como pertencentes ao sexo feminino e relacionem-se heteroafetivamente.

Será sempre assim, a expressão sexual, em termos de autoidentidade e de afetividade (seja ela heteroafetividade ou homoafetividade)?

4.2.1 O que torna o homem *diferente da mulher*

As diferenças entre homem e mulher não são de ordem meramente física; também em espírito, quiçá, pelo menos, na psique, homens e mulheres são percebidos e percebem-se diferentemente^{26, 27}.

Decerto que as diferenças entre o homem e a mulher não são determinadas exclusivamente pelo sexo genético (CERQUEIRA, 2011, p. 52- 53). Certamente há uma participação importante dada por diversos e diferentes hormônios, dentre os quais podemos citar a testosterona, e que contribuem para o comportamento sexual diferenciado e para a identidade de gênero (sexo social ou identidade de gênero).

A testosterona atua tanto em nível de órgãos sexuais primários e órgãos sexuais secundários, promovendo o seu desenvolvimento, quanto em receptores encefálicos contribuindo por ampliar as diferenças entre homens e mulheres. Atua também no controle da libido e da potência sexual em adultos. Além disso, é sabido que o estrogênio decorrente da metabolização de testosterona, além de provocar ginecomastia, masculiniza o cérebro.²⁸

²² Esse gene parece funcionar como uma espécie de interruptor genético. O produto de um interruptor genético fixa-se ao próprio DNA, interrompendo a leitura da molécula, dessa forma a informação contida no gene será lida ou não.

²³ Além do gene SRY (em cromossomo sexual) responsável pelo desenvolvimento dos testículos, são citados outros genes, como o WT-1 e SF-1, ambos autossômicos. Outro gene reconhecido é o SOX9, autossômico. Todos eles interferem na formação da gônada masculina; esse último gene é, também, ativador do gene do colágeno tipo II.

²⁴ Características sexuais primárias femininas: útero, canal vaginal e clitóris, ovários e trompas de falópio poderiam estar presentes e não desenvolvidas em diferentes situações. Características sexuais secundárias femininas: mamas, formas externas (distribuição dos lipídios no tecido subcutâneo), distribuição dos pelos, genitália exterior, voz etc. As características secundárias manifestam-se a partir da puberdade.

²⁵ Até recentemente acreditava-se que o sexo feminino caracterizava-se geneticamente por aspectos negativos ao sexo masculino, o que faltasse com o fim de conduzir o desenvolvimento individual ao sexo masculino, resultaria no sexo feminino, contudo, atualmente, são reconhecidos fatores de ordem genética que, ativados, resultam no sexo feminino. Em entrevista ao Scientific American – Brasil Eric Vilain (2007), geneticista da Universidade da Califórnia (UCLA), cita o gene WTN4 (ou WNT4), que é feminino-específico e não expressado no sexo masculino. Esse gene foi localizado no cromossoma 1.

²⁶ A sequência na diferenciação sexual pode ser: a) cromossomos (com os genes); b) gônadas (e os hormônios); c) genitália externa; d) comportamento. Então teríamos: a) sexo cromossômico (e sexo genético): estabelecido na fertilização; b) sexo morfológico: b.1) sexo morfológico 1 (sexo gonadal); b.2) sexo morfológico 2 (genitália externa); c) sexo psíquico (comportamento).

²⁷ Ao tratar da diferenciação sexual dos seres humanos, W. Torres (2001) apresenta o desenvolvimento sexual do feto humano em três etapas: a) Diferenciação sexual dos cromossomos: que separa o sexo masculino (46 cromossomos somáticos e dois cromossomos sexuais, X e Y) do sexo feminino (46 cromossomos somáticos e dois cromossomos sexuais X); b) Diferenciação sexual das gônadas: onde um agente masculinizador, o gene SRY, presente no cromossomo Y, promove o desenvolvimento dos testículos; na ausência do gene SRY, o feto desenvolve os ovários; as gônadas produzem hormônios [masculinos (testosterona) e femininos (estrogênios e progesterona)] e células germinativas (óvulos ou espermatozoides); c) Diferenciação sexual da genitália: o agente masculinizador nesse nível seria representado pelos hormônios andrógenos (a dihidrotestosterona – DHT, sobretudo, ativa a expressão de receptores androgênicos nas células [ativando os genes de receptores de androgênios situados no cromossomo X]); na ausência do agente masculinizador, também nessa etapa, desenvolve-se a genitália feminina, por isso, mesmo com o indivíduo sendo XY, pode haver o desenvolvimento de genitália feminina.

²⁸ O estrogênio é um hormônio produzido em grande escala na mulher (ovários), mas em pequena quantidade no homem, a partir da metabolização de outros hormônios, como a testosterona; se produzido em grande quantidade, no homem, pode causar ginecomastia. Seu efeito masculinizante parece ocorrer somente no cérebro masculino.

Deixemos claro que, além da testosterona e outros hormônios, mensageiros para células situadas no encéfalo, bem como os produzidos por essas células, exercem um papel importante na sexualidade tanto masculina quanto feminina.

Fique claro, também, que a influência endógena e exógena faz a diferença de comportamentos masculinos e femininos, possibilitando o desenvolvimento da espécie humana com preponderância na diversidade sexual. Mas a evolução do ser humano, especialmente no campo da tecnologia, trouxe-lhe a perspectiva de gerar outros da espécie de formas diferentes da tradicional. Certamente, essa pressão evolutiva contribui para a possibilidade de o homem evoluir de formas não exatamente as mesmas que vem fazendo ao longo dos séculos.

Os aspectos genéticos e endócrinos, por si sós, não parecem ser suficientes para caracterizar um determinado sexo ou gênero. Embora na aparência, tanto os determinantes genéticos quanto os endócrinos, estejam completamente expressados em determinado indivíduo, isso não se mostra suficiente para definir o sexo ou o gênero a que pertence. Há necessidade de se examinar o sexo psíquico.

4.3 O SEXO PSÍQUICO

Na definição de Matilde Josefina Sutter, sexo psíquico consiste em uma série de características que poderiam ser descritas como "a reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos. Reação esta diferente em razão do sexo ao qual pertence, sendo que, de um modo geral, indivíduos de um mesmo sexo apresentam reação semelhante" (SUTTER *apud* MENIN, 2005, p. 18).

O sexo psíquico compreende certas vivências internas que possibilitam a formação de casais sexualmente reprodutivos (VALENZUELA, 1992).

Podem distinguir-se em: a) autoidentificação sexual, que é o sexo que se assinala, aceita e defende para a própria pessoa; b) a orientação sexual, que pode ser melhor descrita como a particular apetência sexual, que tem uma pessoa (VALENZUELA, 1992). Os "varões somáticos", normalmente, "se identificam com o sexo masculino, gostam e sentem atração por mulheres, e se excitam com elas"; "as mulheres se identificam com a figura feminina, gostam de, sentem atração por e se excitam com os varões". "Às vezes, há dissociações dessas instâncias, como no caso dos transexuais e dos homossexuais" (VALENZUELA, 1992).

Por sua vez, o sexo psíquico se integra com o sexo social²⁹, que, como afirmado anteriormente, corresponde ao comportamento sexual da pessoa, incluindo, dentre outros, a abordagem do/a parceiro/a, as formas de cópula, a vida conjugal, os jogos sexuais, a vestimenta, a educação sexual da prole (VALENZUELA, 1992).

Como observam Kuramoto, Zola e Miranda (2004, p. 155), a sexualidade da pessoa humana não se reduz à genitália, mas ao contrário, é bem mais ampla do que a materialidade do ato sexual em si. Pode-se afirmar, mesmo, que todos os fenômenos genitais são sexuais, mas nem todos os fenômenos da sexualidade humana se restringem aos genitais.

Os autores defendem a tese de que o sexo psíquico pode ser reconhecido por tipos puros e combinações desses tipos puros (tabela 3 e tabela 4).

Ele é constituído por dois componentes: a) um interno ou de ordem endógeno-biológica e; b) um externo ou de ordem exógena. Esse último pode constituir-se de um componente externo social e um componente externo natural.

A importância do sexo psíquico reside no fato de que toda a abordagem comportamental do ser

²⁹ Ou psico-social.

humano está relacionada, de alguma maneira, com as funções psíquicas do ser humano; a própria higidez das relações sociais vai depender de como se manifestam as funções psíquicas de cada membro da relação social; portanto a higidez das relações sociais depende de algum fator endógeno individual^{30, 31}.

Como, no evoluir das relações sociais e da vida social como um todo, o sexo psíquico enquanto binômio indivíduo/sociedade – ou, como prefere Norbert Elias, citado por Maria Garcia (2004, p. 214-215), enquanto relação Eu/Outro – é o aspecto mais importante da sexualidade humana, parece correto afirmar que o sexo é, antes de tudo, cultural, pois o sexo psíquico parece sofrer interferência intensa dos fatores externos de ordens natural e social. Em sentido contrário, Dias (2009, p. 54-55) afirma que

gradativamente vem prevalecendo a tese de que a homossexualidade provém de um estado da natureza, com origens biológicas, e não culturais, sem que se possa dizer que este é o papel mais

³⁰ Torres, W. F. (2001) observa que os estudos mais modernos de neuroinformática e neuroimagem indicam que, sendo a organização neural gênero diferenciada em sua porção basal, isso demonstra que a tradução psíquica virtual, consequência dessa diferenciação neural, também deve ser gênero diferenciada. Para essa autora, o fator determinante é a diferenciação neural que determina ou que, pelo menos, governa a dinâmica da formação da identidade como síntese virtual. “A pessoa normalmente harmônica de gênero, a grande maioria, em que o sexo neural (portanto da identidade), o genital, o de criação, o civil, o de papel social são intimamente harmônicos [...] em nada seria prejudicada, com uma mudança de referencial”, ou seja, deixar que a própria pessoa defina o seu referencial.

³¹ Júlia Layton (2006) observa que especialistas no controle da sexualidade de atletas reconhecem que não existe um teste que permita identificar com certeza científica se alguém é homem ou mulher, contudo, atletas mulheres podem ser reprovadas em testes de gênero. Nesses testes realiza-se um exame físico (avaliação anatômica), uma avaliação psicológica, uma análise cromossômica e uma análise genética. Na avaliação física ou anatômica, um ginecologista procura pelas características sexuais primárias e secundárias associadas à feminilidade, incluindo órgãos sexuais femininos, menstruação e ausência de pelos faciais ou peitorais. “Embora o exame seja direto, os resultados não são: as mulheres podem nascer com anormalidades anatômicas, atletas femininas podem não menstruar por apresentarem pouquíssima gordura corporal, e a presença ou ausência de pêlos no corpo nunca é uma distinção absoluta entre homens e mulheres, somente uma indicação geral” (LAYTON, 2006). A certeza é buscada com outros testes, como as dosagens hormonais no sangue, o estudo do cariótipo e a pesquisa genética. Contudo ambos os sexos possuem ambos os tipos hormonais, testosterona e estrogênio, a presença de cromossomo Y não dá a certeza de sexo masculino (o gene SRY pode estar inativado). Pode-se perguntar: “Se alguém viveu a vida toda como mulher e possui seios, uma vagina, um útero e um cromossomo Y, o último fator é o único que determina o seu gênero?” (LAYTON, 2006). “O papel que a avaliação psicológica representa na determinação da feminilidade não é claro, embora a sua inclusão implique que a identidade genérica pessoal (o modo como alguém se enxerga em termos de sexualidade) é levada em consideração num teste de gênero” (LAYTON, 2006). Layton não admite considerar que o pênis (nós incluiríamos, também, a vagina) seja necessário (acrescentaríamos, “nem suficiente”) para a definição do gênero masculino (ou feminino).

importante, conforme destaca Sandra Witelson, psiquiatra canadense que analisou cérebro de 10 heterossexuais e de 11 homossexuais [e] verificou [...] que a região do cérebro conhecida como corpo caloso (região ligada à habilidade verbal e motora) é maior nos homossexuais.

4.4 ASEXUALIDADE NO PLANO DA AUTOIDENTIDADE SEXUAL: A PRIMEIRA DIMENSÃO DA SEXUALIDADE (DIMENSÃO DO “EU”)

Embora do ponto de vista estatístico, XY (masculino) e XX (feminino) sejam as expressões cromossômicas mais frequentes de sexualidade humana, há outras situações perfeitamente bem identificadas de expressão diferenciada.

Mais uma vez, por necessidade de desenvolvimento do tema de forma a ser mais facilmente compreendido, deixaremos os bissexuais de fora dos presentes estudos.

O plano da autoidentidade sexual é aquele no qual o indivíduo se reconhece como sendo dotado de um determinado sexo ou sendo pertencente a um determinado grupo de pessoas portadoras de um determinado sexo (masculino ou feminino).

Assim, deve haver um centro da autoidentidade sexual que estabelece como o indivíduo se sente psiquicamente, se como pertencente ao sexo ou gênero masculino ou ao feminino, e que nem sempre é, embora seja o mais frequente, determinado geneticamente ou neuro-endocrinamente. Ou seja, indivíduos que nascem com um cromossomo X e um Y podem perceber-se como pertencentes ao sexo ou gênero masculino (o mais frequente) ou ao feminino, ou indivíduos que nascem com dois cromossomos X e se sentem como pertencentes ao sexo feminino (o mais frequente) ou ao masculino.

O resultado morfológico do sexo cromossômico seria, em princípio, o seguinte:

Tabela 1: Sexo morfológico em função do sexo cromossômico/sexo genético.

Tipo	Sexo Cromossômico	Sexo Morfológico
A	XY	Masculino
B	XX	Feminino

Por influência do gene SRY haveria o desenvolvimento de características fenotípicas masculinas ou femininas. Quando SRY é ativado o feto desenvolve características sexuais masculinas e quando permanece inativo, características femininas³².

Nesse primeiro plano ou dimensão, o indivíduo desenvolve os conceitos de homem e mulher (masculino e feminino), identificando-se com um deles, sendo essa autoidentidade muito mais uma descoberta do que uma construção consciente. Para que isso ocorra, a participação de um centro nervoso da autoidentidade deve ser fundamental e a possibilidade de interferência da vontade é mínima ou nula.

4.4.1 A influência de interruptores do gene SRY (ou gene relacionado com o SRY)

Existe a possibilidade, comprovada por estudos recentes, de interruptores genéticos (ativadores e inativadores) interferirem no papel do gene SRY no que resultaria na inativação desse gene, levando a que indivíduo XY desenvolva os caracteres secundários típicos do sexo feminino.³³ Também é possível que em cromossomo X, gene relacionado com SRY sofra a ativação de interruptores (possivelmente situados em cromossomo X, ou outro cromossomo qualquer) no

³² Hoje em dia é conhecido o gene WNT4 que é feminino-específico e não expressado no sexo masculino e que atuaria ativando o desenvolvimento das características femininas.

³³ Foram relatados casos de sexo cromossômico XY com ausência de gene SRY; também foram relatados casos de indivíduos XY com o gene SRY no cromossomo Y e um outro gene no cromossomo X (gene DSS) cujo produto inibiu a expressão do gene SRY. Nas duas situações desenvolveu-se o sexo feminino e não o masculino.

que pode resultar em que indivíduo XX desenvolva caracteres secundários do sexo masculino.³⁴

Tabela 2: Sexo morfológico sem relação com o sexo cromossômico/sexo genético.

Tipo	Sexo Cromossômico	Sexo Morfológico
C	XY	Feminino
D	XX	Masculino

4.5 A SEXUALIDADE NO PLANO DA PREFERÊNCIA RELACIONAL-SEXUAL: A SEGUNDA DIMENSÃO DA SEXUALIDADE (DIMENSÃO DO "OUTRO")

O segundo plano da sexualidade corresponde ao do relacionamento Eu/Outro ou da preferência do sexo (gênero) com quem se relacionar sexualmente.

Por esse plano, o indivíduo demonstra como prefere relacionar-se, ou melhor, com que gênero relacionar-se sexualmente.

Por esse plano, não importa qual seja o seu sexo cromossômico (XY ou XX), o indivíduo preferirá relacionar-se com indivíduos do sexo masculino ou feminino. Isto seria determinado por outro centro nervoso.³⁵

Assim, nós teríamos as seguintes possibilidades:

³⁴ Seria o gene WNT4? Há casos relatados na literatura especializada e não especializada em que indivíduos que se apresentam com o sexo morfológico feminino (órgãos sexuais secundários), são identificados com o sexo cromossômico XY. Recentemente, a mídia relatou o caso de um indivíduo indiano, pai de dois filhos (hipótese diferente da sugerida aqui), com características morfológicas masculinas e que, após sentir dores abdominais, teve identificado um sistema reprodutor feminino (útero, ovários, tubas uterinas e tecido vaginal) em seu interior; ele apresenta órgãos sexuais masculinos e não tem mamas; não há relato do seu sexo cromossômico, mas os médicos o consideram hermafrodita.

³⁵ Qual seria o papel do desejo nesse segundo plano? Talvez haja uma graduação: sentir e desejar. Assim, o indivíduo que apenas sente [atração pelo outro], consegue apresentar alguma resistência em relacionar-se sexualmente com o outro, ou seja, resiste mais facilmente à pressão social para a heterossexualidade, mas também ao desejo de relacionar-se com indivíduos do mesmo sexo; por outro lado, o indivíduo que sente e deseja, talvez tenha menor capacidade de resistir em relacionar-se sexualmente com o outro, ou seja, sucumbe mais facilmente ao desejo de relacionar-se sexualmente com o outro.

Tabela 3: Tipos sexuais por autoidentidade e preferência relacional.

Tipo/subtipo	Sexo Cromossômico	Sexo Morfológico	Sexo psíquico (autoconsciência) Primeiro Plano	Preferência relacional Segundo Plano
A1	XY	Masculino	Masculino	Feminino
A2	XY	Masculino	Feminino	Feminino
A3	XY	Masculino	Masculino	Masculino
A4	XY	Masculino	Feminino	Masculino
C5*	XY	Feminino	Feminino	Masculino
C6*	XY	Feminino	Masculino	Masculino
C7*	XY	Feminino	Feminino	Feminino
C8*	XY	Feminino	Masculino	Feminino
B9	XX	Feminino	Feminino	Masculino
B10	XX	Feminino	Masculino	Masculino
B11	XX	Feminino	Feminino	Feminino
B12	XX	Feminino	Masculino	Feminino
D13*	XX	Masculino	Masculino	Feminino
D14*	XX	Masculino	Feminino	Feminino
D15*	XX	Masculino	Masculino	Masculino
D16*	XX	Masculino	Feminino	Masculino

Tipos*: provavelmente, raros

Pelo que se observa na tabela 3 a seguir, somente o fator genético estabelecido pelo gene SRY é, provavelmente, insuficiente para determinar os planos da autoconsciência e da preferência relacional, do que se deduz haver a necessidade de outros fatores determinantes (inclusive endógenos, que podem ser genéticos e/ou neuro-endócrinos).

Os subtipos A1, A2, A3 e A4 seriam subtipos em que o gene SRY não sofreria a ação de nenhum interruptor genético. Os subtipos C5, C6, C7 e C8 seriam subtipos em que o gene SRY sofreria a ação de um interruptor genético (situado em cromossomo X, ou outro cromossomo).³⁶ Os subtipos D13, D14, D5 e D16 seriam subtipos em que um gene relacionado com o gene SRY (mas situado em cromossomo X,

ou outro cromossomo)³⁷ sofreria a provável ação de interruptores genéticos situados em cromossomo X; poderiam, também, resultar da presença (mais rara) de gene SRY em cromossomo X (com ausência de interruptor genético de gene SRY).

E por que é assim? Alcançar essa resposta será mais fácil a partir da localização dos centros nervosos que determinam o comportamento de preferência relacional pelo gênero contrário a como o indivíduo se sente. Algo, no entanto, leva a uma quebra dessa correlação em alguns indivíduos e isso deve se dar em uma frequência baixa, entre 5 e 15% da população total, ou seja, menos de 20% do total da população, em ambos os sexos, manifesta-se como homoafetivo.

³⁶ Ver notas de rodapé n° 23 e 24.

³⁷ Gene WNT4?

Como, além do sexo cromossômico/genético e do sexo neuro-endócrino, verifica-se, também, expressão do sexo psíquico (comportamental), há boas possibilidades de outros determinantes genéticos interferirem na manifestação da primeira e da segunda dimensões da sexualidade.³⁸

4.5.1 Hermafroditismo e pseudo-hermafroditismo

Chama-se hermafrodita o indivíduo que possui os órgãos sexuais dos gêneros (masculino e feminino) no seu organismo. Quando o indivíduo pertence a uma espécie dioica, isto é, espécie com indivíduos pertencentes a gêneros diferentes³⁹, o hermafroditismo ocorre por má formação embrionária.

Os hermafroditas podem ser classificados em: a) hermafrodita verdadeiro e; b) pseudo-hermafrodita: b.1) pseudo-hermafrodita masculino; b.2) pseudo-hermafrodita feminino. No hermafroditismo verdadeiro os indivíduos nascem com os dois sexos bem formados, possuindo os caracteres sexuais primários e secundários internos e externos de ambos os sexos; são estéreis; na maioria dos casos são pertencentes ao sexo cromossômico XX. No pseudo-hermafroditismo masculino o indivíduo nasce geneticamente como do sexo masculino (cromossomos XY) embora os órgãos sexuais externos não se desenvolvam completamente. No pseudo-hermafroditismo feminino, a criança nasce geneticamente como do sexo feminino (cromossomos XX), embora o clitóris desenvolva-se excessivamente adquirindo um formato semelhante a um pênis. Os pseudo-hermafroditas são, frequentemente, estéreis.

O que leva ao hermafroditismo e não ao sexo invertido (indivíduo XY, aparentemente bem

formado, mas sentindo-se mulher ou indivíduo XX, aparentemente bem formado, mas sentindo-se homem), ou então à bissexualidade? Por outro lado, o que leva ao sexo invertido, ou então à bissexualidade e não ao hermafroditismo?⁴⁰

4.5.2 Pontos de vista acerca da homossexualidade/heterossexualidade

Com base na tabela 3, é fácil perceber que a homoafetividade/heteroafetividade, como manifestação de preferência pelo sexo idêntico/contrário pode ser uma questão de autoidentificação. Se um indivíduo sente-se como homem, querer relacionar-se sexualmente com homens indica homoafetividade, querer relacionar-se com mulheres indica heteroafetividade, se esse indivíduo sente-se como mulher, querer relacionar-se com homens indica heteroafetividade, querer relacionar-se com mulheres indica homoafetividade. Posicionar-se nessa classificação, depende do ponto de vista do observador.

Se um indivíduo é portador dos cromossomos XY, será isso suficiente para indicar sua sexualidade? Se outro indivíduo, portador dos cromossomos XX, comporta-se como homem, isso será suficiente para chamá-lo de homossexual?

Se um indivíduo portador dos cromossomos XY, sente-se como mulher, será expressão de homossexualidade ou heterossexualidade, seu desejo em relacionar-se sexualmente com homens? Se um indivíduo portador dos cromossomos XX, sente-se como homem, será expressão de homossexualidade ou heterossexualidade, seu desejo em relacionar-se sexualmente com mulheres? Será homoafetivo ou heteroafetivo?

³⁸ Ver nota de rodapé nº 35.

³⁹ A espécie monoica possui, normalmente, os órgãos sexuais masculino e feminino no mesmo indivíduo.

⁴⁰ É bom lembrar, sempre, que já foram relatados indivíduos hermafroditas (pseudo-hermafroditas) com o sexo invertido. Pertencem a um determinado sexo cromossômico (XX ou XY), porém comportam-se como pertencentes ao outro gênero ou sexo (masculino ou feminino).

E se esse indivíduo portador de cromossomos XY (ou XX) e que se sente uma mulher (ou sente-se como um homem, sendo visto como uma mulher) deseja relacionar-se com uma mulher (ou com um homem, na segunda hipótese)? Será heteroafetivo ou homoafetivo?

É fácil perceber que tudo dependerá do ângulo de visão do observador. Se é o próprio observado,

certamente ele poderá não concordar com o ângulo de visão de terceira pessoa. Assim, pode ser que alguém que seja portador de cromossomos XY, que se sinta como uma mulher e com desejos de relacionar-se sexualmente com um homem, embora seja visto como homoafetivo por terceira pessoa, prefira identificar-se como heteroafetivo.

Teríamos então a seguinte tabela:

Tabela 4:

Tipos sexuais segundo a autoidentidade e a preferência relacional, conforme o ponto de vista. Em alguns subtipos (A2, A4, B6, B8, C10, C12, D14 e D16), a própria visão da pessoa observada não corresponde à visão de terceiros.

Tipo subtipo	Sexo Genético*	Sexo Morfológico	Sexo psíquico (auto-consciência)	Preferência relacional	Na visão de terceiros	Na própria visão
A1	XY	masculino	masculino	Feminino	heteroafetivo	heteroafetivo
A2	XY	masculino	feminino	Feminino	heteroafetivo	homoafetivo
A3	XY	masculino	masculino	Masculino	homoafetivo	homoafetivo
A4	XY	masculino	feminino	Masculino	homoafetivo	heteroafetivo
C5**	XY	feminino	feminino	Masculino	heteroafetivo	heteroafetivo
C6**	XY	feminino	masculino	Masculino	heteroafetivo	homoafetivo
C7**	XY	feminino	feminino	Feminino	homoafetivo	homoafetivo
C8**	XY	feminino	masculino	Feminino	homoafetivo	heteroafetivo
B9	XX	feminino	feminino	Masculino	heteroafetivo	heteroafetivo
B10	XX	feminino	masculino	Masculino	heteroafetivo	homoafetivo
B11	XX	feminino	feminino	Feminino	homoafetivo	homoafetivo
B12	XX	feminino	masculino	Feminino	homoafetivo	heteroafetivo
D13**	XX	masculino	masculino	Feminino	heteroafetivo	heteroafetivo
D14**	XX	masculino	feminino	Feminino	heteroafetivo	homoafetivo
D15**	XX	masculino	masculino	Masculino	homoafetivo	homoafetivo
D16**	XX	masculino	feminino	Masculino	homoafetivo	heteroafetivo

Sexo genético*: ou sexo cromossômico. Tipos **: provavelmente, raros.

5 A SEXUALIDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

A sexualidade é uma parte integrante da personalidade que se desenvolve, tal como as outras características, ao longo da vida. Pode ser reconhecida como uma forma de prazer, de comunicação, de relação e de bem-estar. Ela pode ser examinada em um plano não jurídico e em um plano jurídico.

Em um plano não jurídico, mais propriamente psicológico, Howard S. Friedman e Miriam W. Schustack (2007, p. 2) afirmam que a personalidade tem oito aspectos principais que, reunidos, ajudam-nos a compreender a natureza complexa do indivíduo. Definem a psicologia da personalidade como o estudo científico das forças psicológicas que tornam as pessoas únicas.

Para esses autores o indivíduo é influenciado por: a) *aspectos inconscientes*, "forças que não estão na consciência imediata"; b) *forças do ego*, "que oferecem um sentimento de identidade ou *self*"; c) uma pessoa ser reconhecida como um *ser biológico*, com "uma única natureza genética, física, fisiológica e temperamental"; d) ser *condicionado e modelado* pelas experiências e pelo ambiente à sua volta; e) ter uma *dimensão cognitiva*, "as pessoas pensam e interpretam o mundo ao seu redor"⁴¹; f) ser um conjunto de *traços, habilidades e predisposições* específicos, com suas "determinadas capacidades e inclinações"; g) uma *dimensão espiritual* em relação à própria vida, que "os enobrece e os induz a ponderar sobre o significado de sua existência" e; h) uma natureza que é fruto de "uma *interação* contínua entre a pessoa e determinado ambiente".

⁴¹ Como o indivíduo (ser humano) está imerso em seu ambiente, sua dimensão cognitiva expressa-se continuamente, contribuindo dessa forma, dentro de uma concepção heraclitiana, para uma contínua transformação (no mínimo, em seu organismo) do ser humano.

Friedman; Schustack (2007, p. 17) afirmam que:

a complexidade humana está fundada em várias influências – dentre as quais se incluem predisposições biológicas, experiências passadas, estruturas cognitivas, reforçamento, necessidades circunstanciais e motivações para a auto-realização.

A preocupação do presente trabalho é meramente com um pequeno aspecto da personalidade, que, no entanto, vem recebendo ao longo das últimas seis décadas uma atenção maior por parte de diferentes abordagens científicas.

A quase totalidade desses estudos é realizada a partir do reconhecimento de diferenças entre os diferentes gêneros ou sexos pertencentes a uma dada espécie. Embora sejam inúmeras as diferenças reconhecidas entre homens e mulheres, tanto em uma dimensão físico-morfológica, quanto na dimensão da personalidade (por ex., homens desenvolveram o ciúme sexual, enquanto que as mulheres desenvolveram o ciúme emocional), também não é raro o encontro de semelhanças, com características antes consideradas masculinas sendo encontradas em mulheres heteroafetivas e vice-versa (por ex., mulheres bem mais agressivas e homens bem menos agressivos que a média).

Friedman; Schustack (2007, p. 371-405) observam que:

Embora haja diferenças impressionantes entre 'ser homem' e 'ser mulher' [estudos têm demonstrado que] é também verdade que há mais variações entre as mulheres e entre os homens do que entre homens e mulheres; as classificações sobrepõem-se significativamente. Ou seja, as personalidades dos homens e das mulheres têm mais semelhanças do que diferenças.

Mas elas existem, inclusive no plano, aspecto ou dimensão da sexualidade. Como afirmam Verreschi; Cerqueira (2011, p. 63-65):

a sexualidade humana não pode ser reduzida a uma função: é uma primeira estrutura significativa, originária. A pessoa existe concretamente, não em abstrato. As maneiras de existir, como varão ou como mulher, revelam uma estrutura específica de base e não há como negar a dualidade sexual como uma maneira de estar no mundo. Na escolha de comportamentos homossexuais, bissexuais ou transexuais, o sujeito sempre os vivenciará como homem ou como mulher, até mesmo se tiver sido submetido a cirurgias transformadoras.⁴²

Sabemos que “na ausência do hormônio masculino, acontece o desenvolvimento das estruturas sexuais femininas. Entretanto, as diferenças entre o varão e a mulher ultrapassam os aspectos da genitalidade” (VERRESCHI, CERQUEIRA, 2011, p. 63-65).

E quanto ao plano jurídico?

Para Silvio Venosa (2004, p. 147), a personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; “é projeção social da personalidade psíquica, com conseqüências jurídicas”. Em um plano jurídico, afirmar que o ser humano tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos e obrigações (BEVILÁQUA *apud* RODRIGUES, 2007, p. 35). No ordenamento brasileiro, a personalidade jurídica adquire-se com o nascimento, mas os direitos do nascituro são garantidos desde o momento da concepção. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade (PEREIRA, 2000, p. 148).

A personalidade não constitui um direito, mas dela irradiam-se uma série de direitos os quais giram em torno da concepção jurídica de personalidade (PEREIRA, 2000, p. 154; DINIZ, 2008, p. 117-118). Alguns desses direitos são destacáveis da pessoa do seu titular, como é o caso do direito de propriedade, por outro lado, outros direitos

são inerentes à pessoa humana e não podem ser destacados de sua personalidade. Esses são os direitos da personalidade, os quais são inalienáveis, intransmissíveis, imprescindíveis e irrenunciáveis e não possuem conteúdo econômico direto e imediato (RODRIGUES, 2007, p. 61; VENOSA, 2004, p. 149).⁴³ Prescreve o artigo 11 do Código Civil que, inclusive, eles não podem sofrer limitação voluntária.⁴⁴ Não deve a personalidade ser confundida com a capacidade; enquanto ela é conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os seres humanos, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade, capacidade é a medida jurídica da personalidade ou a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade (DINIZ, 2007, p. 114-115).

Direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana, ou, de outro modo, são corolários da dignidade humana. Diego Espín Canovas, citado por Silvio Rodrigues, ensina que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis a ela inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros constituem o fundamento da ordem política e da paz social” (RODRIGUES, 2007, p. 64). Como objeto de direito, a personalidade “é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens” (DINIZ, 2008, p. 118); o direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade de forma que os direitos

⁴³ Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 153) os classifica em direitos: a) adquiridos: existem nos termos e na extensão de como o direito positivo os disciplina; b) inatos: sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos (oponíveis *erga omnes*), irrenunciáveis (vinculados à pessoa de seu titular), intransmissíveis (inválida toda tentativa de sua cessão a outrem), imprescritíveis (sempre poderá o titular invocá-los).

⁴⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁴² Contudo, há que se ter em mente que essas cirurgias não são enganadoras, mas reparadoras.

da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio (DINIZ, 2008, p. 118). Eles estão positivamente protegidos em nosso ordenamento, da forma mais enfática, no art. 12 do Código Civil.⁴⁵ Também a Constituição Federal de 1988 confere-lhes, entre outras, uma tutela genérica no art. 5º, inciso XLI, ao prescrever que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos fundamentais. Como direitos fundamentais, são tutelados em cláusula pétrea constitucional.⁴⁶

Nessa categoria – direitos da personalidade – estão o que se refere ao *nome* de que o indivíduo é portador, ao seu *estado civil*, às suas *condições familiares*, às suas qualidades de cidadão (PEREIRA, 2000, p. 154). Eles podem ser agrupados em direitos físicos (à vida, à integridade física, ao corpo, às partes do corpo, ao cadáver e às partes, à imagem e à voz), direitos psíquicos (à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo) e direitos morais (à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais) (MAIA; TEIXEIRA, 2009).⁴⁷ Ensina Maria Helena Diniz (2008, p. 117) que eles possuem dupla dimensão axiológica e objetiva; pela dimensão axiológica, “materializam-se os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada”; pela dimensão objetiva, “consistem [os direitos da personalidade] em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico”, ou, poderíamos complementar, valendo-se do progresso

tecnológico para solucionar problemas graves decorrentes da incompreensão manifesta por certas pessoas acerca da extensão desses direitos.

Gilberto Haddad Jabur (*apud* VENOSA, 2010, p. 170) observa que “os direitos de personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxaço exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa”.

A sexualidade é um direito da personalidade.⁴⁸ Tendo em vista a complexidade de sua expressão (ver item 4), o desenvolvimento individual estará reprimido na medida em que a expressão da sexualidade é reprimida, inclusive em nível social. E se o indivíduo, por conta da manifestação da sexualidade, no plano da igualdade e da liberdade, sofre alguma vedação, será diminuído em sua personalidade, o que exige a sua defesa.

Os direitos da personalidade destinam-se a resguardar a dignidade humana, mediante sanções, que devem ser suscitadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto (CC, art. 12 e parágrafo único) com, por ex., pedidos de antecipação da tutela ou de medidas cautelares que suspendam os atos que ameaçam ou desrespeitam a integridade física, intelectual e moral e pedidos de indenização (DINIZ, 2008, p. 135-136; VENOSA, 2010, p. 171-172).

6 ALGUMA OUTRA DIFERENÇA FÍSICA E COMPORTAMENTAL NO PASSADO FOI TÃO PERSEGUIDA QUANTO A HOMOSSEXUALIDADE É HOJE?

Sim, na idade média os “invertidos” eram mortos na fogueira. Hoje não são mais e, ao contrário, da repulsa que provocavam antigamente, hoje causam surpresa e admiração.

⁴⁵ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

⁴⁶ Constituição Federal, art. 60, § 4º, inciso IV.

⁴⁷ O próprio patrimônio é considerado uma projeção econômica da personalidade (PEREIRA, 2000, p. 154), contudo, os direitos patrimoniais não são direitos da personalidade (DINIZ, 2007, p. 115).

⁴⁸ Sua complexidade nos permite visualizá-la como um direito, ao mesmo tempo, físico, psíquico e moral.

Quem eram os “invertidos”? Aqueles que nasciam apresentando alguma inversão de órgãos. Por ex., o coração do lado direito, ao invés do lado esquerdo, ou a dominância do lado esquerdo sobre o lado direito, no que era denominado de sinistrose. Os supersticiosos da idade média acreditavam que os sinistros, como eram chamados os que usavam, por exemplo, a mão esquerda para fazer coisas como escrever, “tinham parte com o demônio”.

A palavra canhoto quer dizer “inábil, desajeitado, desastrado”; o mesmo quer dizer em francês a palavra “gauche”, usada para apontar os sinistros. A própria palavra “sinistro”, hoje, quer dizer de mau agouro; funesto, fúnebre; de má índole, mau. Palavra que se origina do latim “sinistrum” (forma neutra do adjetivo “sinister a um”), que quer dizer, “desajeitado, funesto”.

Estima-se que os canhotos são 10% da população mundial. Portanto, no mundo, deve haver cerca de 600 milhões de canhotos. Na idade média devia ser essa a percentagem de canhotos; como eles se escondiam da perseguição, o número podia parecer menor.

Hoje, a palavra “invertido” costuma, ainda, ser empregada para referir-se aos homoafetivos. Depois dos cristãos-novos, os homoafetivos constituem o segundo grupo mais perseguido pelo Tribunal da Fé: das 4419 denúncias registradas nos Repertórios do Nefando, na Torre do Tombo, aproximadamente 450 redundaram no encarceramento de homossexuais, e destes, 30 terminaram seus dias na fogueira (MOTT, 1992).

Hoje não se matam mais canhotos, apenas por serem canhotos. E os homoafetivos, ainda são mortos, por essa condição? Segundo informações da mídia, transmitidas pelo Grupo Gay da Bahia, com dados coletados da mídia, o Brasil é o campeão mundial de assassinato de homossexuais (mais de 200 em 2009), sendo que o

segundo lugar ficou com o México (35 em 2009) e o terceiro lugar, com os EUA (25 em 2009).⁴⁹

7 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO RECONHECIMENTO DA SEXUALIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Apesar da insofismável instrumentalidade do texto constitucional propiciando elementos para o reconhecimento da sexualidade como direito da personalidade, independentemente da orientação sexual do cidadão, o legislador comporta-se como o avestruz que enterra sua cabeça na areia.⁵⁰

Dias (2009, p. 75-76) afirma que

a omissão covarde do legislador infraconstitucional em assegurar direito aos homossexuais [e, acrescentamos, aos transexuais] e reconhecer seus relacionamentos, ao invés de sinalizar neutralidade, encobre grande preconceito. O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos à parcela minoritária da população que é alvo de discriminação.

Ao contrário do legislador, o judiciário, especialmente representado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) vem evidenciando tendência consolidadora da República, em seu afastamento de uma parcela expressiva, mas conservadora, da sociedade, a qual vem expressando suas posições nas três esferas de poder (executivo, legislativo e, menor embora, judiciário).

⁴⁹ O grupo gay da Bahia relata que no ano de 2010 foram assassinados 260 homossexuais no Brasil (14 nos Estados Unidos, no mesmo período), sendo 43% no Nordeste, 27% no sudeste, 10% no Centro-Oeste, 10% no norte e 9% no Sul. No ano de 2011 foram 266 assassinatos (46% no Nordeste, 34% no Sudeste/Sul e 19% no Norte/Centro-Oeste).

⁵⁰ A estratégia do avestruz, para escapar de seus predadores, mostra-se eficiente, pois que desenvolvida em seu *habitat* favorece o “truque” utilizado. Entretanto, fora de seu ambiente e praticado por seres humanos, parece-se muito mais com alguém que tenta desesperadamente esconder o sol com uma peneira.

No histórico julgamento da ADPF n.º 132 e da ADIn n.º 4277, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) conferiu uma interpretação sistemático-teleológica ao art. 226, §3º, da CF/88 de sorte a compatibilizar o referido dispositivo constitucional com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica, reconhecendo que a redação normativa segundo a qual *"Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar..."* não traz em si um óbice ao reconhecimento da união estável homoafetiva. Depois desse fato, em sequência, recentemente, um contrato de união estável entre homossexuais foi cancelado de ofício por um magistrado em Goiânia⁵¹ e, dias depois, a decisão judicial foi cassada pela Corregedora do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Esses fatos foram acompanhados na mídia eletrônica de intensos debates, com manifestações de parte a parte, dos que são contrários e dos que são favoráveis ao reconhecimento da sexualidade manifesta dos homoafetivos como algo perfeitamente aceitável social e juridicamente.

Os ministros do STF chegaram mesmo a defender mais tecnicamente suas posições citando Robert Alexy em seu modelo de sistema jurídico de três níveis (ALEXY, 1997a, p. 159-177; 1997b, p. 85-179). Nesse modelo, o trabalho de ponderação de princípios a partir do sopesamento de interesses, da lei de colisão, do exame do princípio da proporcionalidade com seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade propriamente dita, bem como da prática procedimental apropriada, favorece o princípio da dignidade humana.

No mesmo sentido, trabalho de Samantha Buglione e Miriam Ventura (2010, p. 24), que

monitora a argumentação jurídica dos tribunais brasileiros, defende como proposta:

trazer à tona alguns elementos do debate sobre esta temática [do transexualismo] de forma a evidenciar que o direito é um importante espaço de ponderação quando visa a promover o livre desenvolvimento da personalidade como atributo da dignidade humana e não de normalização dos sujeitos, no sentido de estabelecer padrões de comportamento uniformes.

Na defesa de direitos fundamentais, o modelo de regras e princípios de Ronald Dworkin (*apud* CARRIÓ, 1994, p. 221-223) poderia igualmente ser utilizado com bons resultados nesse caso. Esse autor nos ensina que, desde que os dados disponíveis sejam colocados em um procedimento de interpretação construtiva, o direito como integridade nos propicia alcançar a melhor interpretação possível do texto normativo (DWORKIN, 2007, p. 81-84, 117-118, 169-170).

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵² reconheceu que o direito ao prazer inclui praticar a sexualidade e obrigou o Estado a conceder duas injeções semanais de uma medicação que, aplicada no corpo do pênis, permite a um jovem paraplégico praticar relações sexuais.

A ereção e a penetração só são possíveis com o emprego do medicamento. Foi a partir dessa premissa que o Desembargador Genaro Baroni desenvolveu interessante e singelo raciocínio baseado em duas premissas:

a) Primeira: o princípio da dignidade da pessoa humana não compreende apenas a proteção à vida ou à integridade física; também a saúde, o prazer, a tranqüilidade, os sentimentos, a inteligência, a educação, a força de trabalho, a capacidade criadora, o poder de iniciativa, e, para o caso, a paternidade, a coabitação e a constituição da

⁵¹ O magistrado que é também pastor evangélico entendeu que deveria cancelar, para o Estado de Goiás, a decisão do STF.

⁵² Processo nº 70038701447.

família”; b) Segunda: o direito à sexualidade insere-se no contexto do direito de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já apresenta uma posição francamente favorável à união homoafetiva. Interessante destacarmos o recente voto do Ministro Luis Felipe Salomão⁵³, quando afirmou que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo quando com a intenção de negar a dignidade e a liberdade de outro, como ocorre nos casos de crimes sexuais:

O sexo, entendido como gênero – e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação.

8 A SEXUALIDADE NO PLANO DA MODALIDADE DA PRÁTICA SEXUAL PREFERENCIAL OU DA FORMA DE SEXO PREFERENCIAL: A TERCEIRA DIMENSÃO DA SEXUALIDADE

Nessa dimensão, a sexualidade manifesta-se na forma da prática sexual. Nesse plano, a sexualidade seria determinada endogenamente e, principalmente, exogenamente.

Endogenamente, a sexualidade estaria determinada por diferentes fatores até certo ponto controlados encefalicamente em diferentes pontos da camada cortical (o que explicaria a grande diversidade de formas de prática sexual), com influência da consciência e da vontade do indivíduo. Como haveria uma determinação mais intensa dada por fatores exógenos, ela estaria mais influenciada culturalmente.

A influência conjunta exógena (inclusive social) e endógena encefálica resultaria na possibilidade de controle normativo externo (inclusive pelo ordenamento jurídico-penal) das ações individuais.

Nessa dimensão encontraríamos, também, a manifestação de diversas patologias, como as parafilias.

9 RELEVÂNCIA DO TEMA E SUA RELAÇÃO COM A BIOÉTICA E O BIODIREITO

O tema é altamente relevante, pois esse é um dos assuntos mais referenciados na mídia nos últimos 30 meses, estando permanentemente na mídia eletrônica, rádios, jornais e televisão e apresentando como temas de pesquisa nos mais diversos centros do planeta.

Como envolve subtemas diversos, como os da homoafetividade e do transexualismo e, estando o ser humano no centro de todas as discussões sobre o assunto, tem na bioética um dos mais eficientes instrumentos de abordagens e controles, possibilitando tratar o ser humano com a harmonia de que indivíduos e sociedade necessitam.

Operando com fundamento no homem e sua dignidade no centro de toda e qualquer polêmica que o envolve e ao tema, abrange o intercurso de disciplinas tão diversas quanto Filosofia, Psicologia, Direito, Medicina e especialidades ligadas com a biologia (enfermagem, odontologia, farmácia e outras).

Vejamos, por ex., o que diz o parecer n° 39/97, do Conselho Regional de Medicina, aprovado em 09-05-1997, sobre a necessidade de cirurgia de mudança de sexo, em função do sexo psíquico:

O motivo essencial da cirurgia é a intenção da beneficência, princípio basilar da ética, a busca da integração entre o corpo e a identidade sexual

⁵³ REsp 1183378.

psíquica do interessado, enquanto outros princípios envolvidos no exame ético da questão são a autonomia e a justiça: a autonomia, porque contempla o direito da autodeterminação, inclusive em dispor do próprio corpo, configurando o preceito da não-sacralidade da vida e, portanto, o direito de dispor de todo ou parte do próprio corpo; a justiça, porque envolve a cidadania, o direito de a pessoa não ser discriminada no pleito à cirurgia, já acessível à população de classe média e média alta.

O que se mostra primordial é reconhecer a prevalência do sexo psíquico sobre o sexo genético como fator de integração do ser humano na sociedade, isto é, a prevalência do homem como animal político acima do homem reprodutor. Em segundo lugar, convém considerar a irreversibilidade do quadro psíquico à luz dos conhecimentos médicos atuais e a compreensão médica do desajuste daí decorrente, ostensivo e ruidoso, lesivo à condição humana, muito além do desajuste genético, que em regra é silencioso e transcorre abaixo da linha d'água; isto é, sem expressão clínica.

Enfim, esta cirurgia deve ter pelo menos o dom de abrir as portas de um cárcere inefável e libertar o pássaro da sensualidade.

Quanto à prevalência do sexo psíquico sobre o genético e a classificação do homem como animal político acima do animal reprodutor, convém citar que a reprodução como fator de perpetuação da espécie não é tão primordial como o era no período pré-científico, além da técnica da clonagem ora disponível, que reproduz o ser vivo sem o concurso do macho reprodutor. Assegurada a sobrevivência da espécie humana nos tempos atuais, impõe-se, como imperativo existencial, a busca da felicidade. Há quem considere a sexualidade humana como um atributo tão valioso que não deva se restringir à reprodução.

Portanto, a questão ética primordial para o CFM, como setor avançado da sociedade médica e tutor dos interesses sociais da medicina, é definir como tratamento a correção cirúrgica da genitália externa e dos caracteres sexuais secundários, visando recompor a unidade biopsicomorfológica do ser humano, muito acima da simples função reprodutora. Essa dicotomia não foi provocada pela mão do homem, nem por caprichos de índole sexual das minorias oprimidas, mas pela própria natureza em sua infortúnica fisiológica de má formação. E pode, no caso, corrigir o homem aquilo que a natureza, por descuido, deformou. Por que não?

A questão em pauta é a inaparência parte mais agravada no conflito de formação, que é o sexo psíquico, latejante, secreto e desconfortável, de

dentro para fora; inafeito à reconstrução ou à plástica modeladora, daí a correção daquilo que vem a ser uma impropriedade do organismo, aparente e mutável, como a genitália externa.

A proposta que se apresenta é, sanadas as dúvidas sobre o caminho legal para a sua execução, e na ausência de quaisquer impedimentos normativos (aberto o caminho técnico com segurança e propriedade), tornar ética a sua possibilidade em nosso país, democratizar o acesso a esse procedimento para as minorias sexuais oprimidas e discriminadas. Mais do que isto, injustiçadas, vez que já existe em outros países a possibilidade técnica, legal e ética de alcançar essa cirurgia desde que haja lastro financeiro. Não é justo que a única barreira seja o poder econômico.

A atuação do médico pode e deve ser considerada um ato ético perfeito e justo.

Até prova em contrário, o médico alcançou, em sua plenitude, a recomendação ética de restaurar a beleza, o brilho, a própria alegria de viver de um cidadão aturdido e massacrado por uma genitália aberrante, estranha aos desígnios insondáveis de sua alma.

Assim, a bioética, que não é apenas uma nova versão da ética médica tradicional, pois não trata unicamente de problemas deontológicos decorrentes das relações entre médicos e pacientes, mas de situações persistentes (racismo, aborto, eutanásia, distanásia etc.) e de situações emergentes (terapia gênica, clonagem, direitos humanos e da cidadania, direitos fundamentais etc.) decorrentes do progresso biotecnológico, deve ser compreendida, fundamentada na dignidade da pessoa humana, e nos princípios da solidariedade, da responsabilidade, e do respeito à autodeterminação da pessoa, bem como nos princípios da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça, como ética relacionada com as intervenções sobre a vida, sobre a saúde humana e sobre a integridade física e psíquica de indivíduos ou coletividades de gerações presentes e futuras (SCHAEFER, 2008). Vale-se, ao mesmo tempo, de uma abordagem multidisciplinar e transdisciplinar para alcançar seu desiderato, qual seja superar os dilemas criados pelo confronto entre o know-how

tecnocientífico e biotecnocientífico com o estágio cultural da sociedade ao levantar questões quanto à segurança biológica e à transmutação de valores morais (DINIZ, 2007).

Ao mesmo tempo, portanto, propicia a Bioética elementos para o Biodireito oferecer os instrumentos necessários e apropriados a fim de assegurar a paz e a harmonia no desenvolvimento das relações sociais.

10 CONCLUSÃO

Uma vez que seja comprovada a tese aqui apresentada e demonstrado que ser homossexual, assim como ser transexual, homem ou mulher, não é opcional, poder-se-á afirmar que a posição do STF, em favor da união estável homoafetiva é apenas “chover no molhado”?

Decerto que não, pois, acreditamos, tratam-se de linhas argumentativas diversas. Além do mais, a posição do STF concretiza-se no sentido de assegurar definitivamente, frente à sociedade brasileira contemporânea, direitos que já eram reconhecidos pelo texto constitucional desde, pelo menos, 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal, nossa Carta Magna/Constituição cidadã. Por sua vez, a demonstração da tese aqui apresentada atuará nos espíritos das lideranças políticas e religiosas mais conservadoras, assegurando o seu próprio crescimento, uma vez que, sua visão atual, extremamente reducionista sobre o papel do ser humano no mundo e sobre os grupos hegemônicos heteroafetivos⁵⁴, também reduz a própria entidade

⁵⁴ Ora, se uma divindade onisciente, onipresente e onipotente determinasse tamanha diversidade comportamental e escolhesse um pequeno grupo de seres humanos para passarem tamanha provação, devendo eles aceitar sua própria redução enquanto pessoa, reprimindo sua sexualidade, para, enfim, crescerem perante seus pares heteroafetivos, isso acabaria significando que a própria divindade estaria situando esse grupo menor, numa posição de santos ou de super-homens (e supermulheres), enfim, de escolhidos, pois que, como já é notório em sociedade, mesmo entre aqueles heterossexuais que representam pessoalmente a divindade na terra, a concretização de um comportamento casto é de extrema dificuldade e não se está aqui fazendo referência àqueles que manifestam alguma parafilia reconhecida nos manuais especializados.

que nos protege nesse e no mundo sobrenatural.

O autor entende que o desenvolvimento dessa tese (três diferentes planos de manifestação da sexualidade) vai propiciar elementos para pacificar em definitivo as questões de direito fundamental que perpassam completamente a vida das pessoas a quem a natureza condicionou de uma maneira que não pode ser anulada da espécie humana, sob pena de afastá-la de sua humanidade.

Quando Galileo Galilei, em 1634, defendeu a teoria do heliocentrismo, sofreu julgamento em que foi condenado à prisão, não sendo lançado na fogueira por ter abjurado sua afirmação anterior de que a Terra move-se ao redor do Sol, antes Giordano Bruno já havia sido submetido a sua terrível sentença; mais de três séculos depois a Igreja reviu a sua condenação anterior contra Galilei. Quando Darwin publicou “A Origem das Espécies” em 1859, chegaram a acusá-lo de matar Deus; hoje, cento e cinquenta anos depois, Deus continua bem vivo no seio de sua comunidade de fiéis que lutam para manter os ensinamentos cristãos. E assim parece que certas posições intransigentes e equivocadas de várias lideranças em diferentes comunidades terminam sempre colocando a ciência em uma posição que, talvez, a maioria dos cientistas não deseje vê-la..., competindo com a religião, o que termina fazendo com que algumas mentes mal preparadas coloquem-na no mesmo pedestal em que a própria religião é situada pela imensa maioria.

De qualquer modo, o mundo não parece pior do que estava há 300 ou 150 anos, mas, ao contrário, para a maioria das pessoas até melhorou, ainda que aparentemente.

Guardada a devida e real proporção que o caso recomenda, cremos que a comprovação da ideia aqui defendida de forma singela possa dar a sua contribuição para uma melhor compreensão do

mundo, do ser humano e da humanidade; faz-se necessária uma mudança de paradigma. E o mundo não ficará pior, se a hipótese for comprovada.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Carmita Helena Najjar; FLEURY, Heloisa Junqueira; ABDO, Marian Najjar. Transtornos de Preferência Sexual: enfoque bioético, clínico e jurídico. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 175-196.
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razon practica. In: **El Concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997a. p. 159-177.
- _____. A Estrutura das normas de direitos fundamentais. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997b. p. 85-179.
- BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (Org.). **Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAPRA, Fritjof. A Inversão da situação. In: _____. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 19-46.
- CARRIÓ, Genaro R. Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico. In: **Nota sobre Derecho y Language**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 194-234.
- CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Bioética personalista ontologicamente fundada e a sexualidade In: CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (Org.). **Sexualidade, gêneros e desafios bioéticos**. São Paulo: Difusão, 2011. 262 p.
- DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. O Respeito à dignidade humana como paradigma da Bioética e do Biodireito. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 968-971.
- _____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico 7.0**. Curitiba: Positivo Informática, 2005.
- FRIEDMAN, Howard S.; SCHUSTACK, Miriam W. **Teorias da personalidade: da teoria clássica à pesquisa moderna**. 2. ed. Tradução de Beth Honorato. São Paulo: Prentice Hall, 2007.
- GARCIA, Maria. Os Limites da Ciência (2): a ética da responsabilidade. In: _____. **Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 213-270.
- GOSS, Charles Mayo. **Gray: anatomia**. 29. ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2007.
- HÉRCULES, Higinio de C. **Medicina Legal: textos e atlas**. São Paulo: Atheneu, 2011.
- HU, S.-h et al. Patterns of Brain Activation during Visually Evoked Sexual Arousal Differ between Homosexual and Heterosexual Men. *American Journal of Neuroradiology*, n. 29, p. 1890-1896, nov. 2008. <<http://www.ajnr.org/cgi/content/full/29/10/1890>>. Acesso em 18 abr. 2012.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE NEUROPSICOLOGIA E CIÊNCIAS COGNITIVAS. **DSM-IV: manual diagnóstico e estatístico de distúrbios mentais**. 4. ed. Brasília, DF, 2012.
- KURAMOTO, Jaqueline Bergara; ZOLA, Regina Célia; MIRANDA, Juranda Maia de. Pessoa humana e sexualidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004. p. 149-160.
- LAYTON, Julia. Por que uma atleta mulher pode ser reprovada em teste de gênero? Traduzido por HowStuffWorks Brasil. *The San Francisco Chronicle*, 18 dez. 2006. Disponível em: <<http://esporte.hsw.uol.com.br/teste-de-hormonios-masculinos.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2012.
- MAIA, Gretha Leite; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. Gênero e direitos de personalidade: os caminhos da Jurisprudência nos casos de identificação civil de transexuais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2009, São Paulo. **Anais...** São Paulo: CONPEDI, 2009. p. 5365-5381.

MENIN, Márcia Maria. Um Novo nome, uma nova identidade sexual: o direito do transexual rumo a uma sociedade sem preconceitos In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A Outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. São Paulo: Del Rey, 2005. v. 1, p. 12 -30.

MIOTO, Ricardo. **Homossexualidade ajuda a moldar evolução, diz estudo**. [s.l.: s.n., 2009]. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u582219.shtml>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

MOTT, Luis. **Filhos de Abraão & de Sodoma: cristãos novos homossexuais nos tempos da inquisição**. São Paulo: [s.n., 1992]. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/luizmottbr/artigos03.html>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 7. tir.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da autonomia na determinação do estado sexual. In: CORREA, Elidia Aparecida de Andrade, GIACOIA, Gilberto, CONRADO, Marcelo (Org.). **Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 223-240.

SCHAEFER, Fernanda. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal (Coord.). **Biodireito em Discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31-52.

SYMMETRY OF HOMOSEXUAL BRAIN RESEMBLES THAT OF OPPOSITE SEX, SWEDISH STUDY FINDS. **Science Daily**, 17 jun. 2008. Disponível em <<http://www.sciencedaily.com/releases/2008/06/080617151845.htm>>. Acesso em 18 abr. 2012.

TORRES, Wanda F. **Ser homem ou ser mulher: eis a questão**. [s.l.: s.n., 2001]. Disponível em: <<http://www.gendercare.com/testes/identidade/identidade5.html>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

TORTORA, Gerard J.; DERRICKSON, Bryan. **Princípios de Anatomia e Fisiologia**. 12. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009.

VALENZUELA, Carlos Y. **Homossexualidad y genética**. [s.l.: s.n., 1992]. Disponível em: <<http://www.creces.cl/new/index.asp?tc=1&nc=5&imat=&art=469&pr=>>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

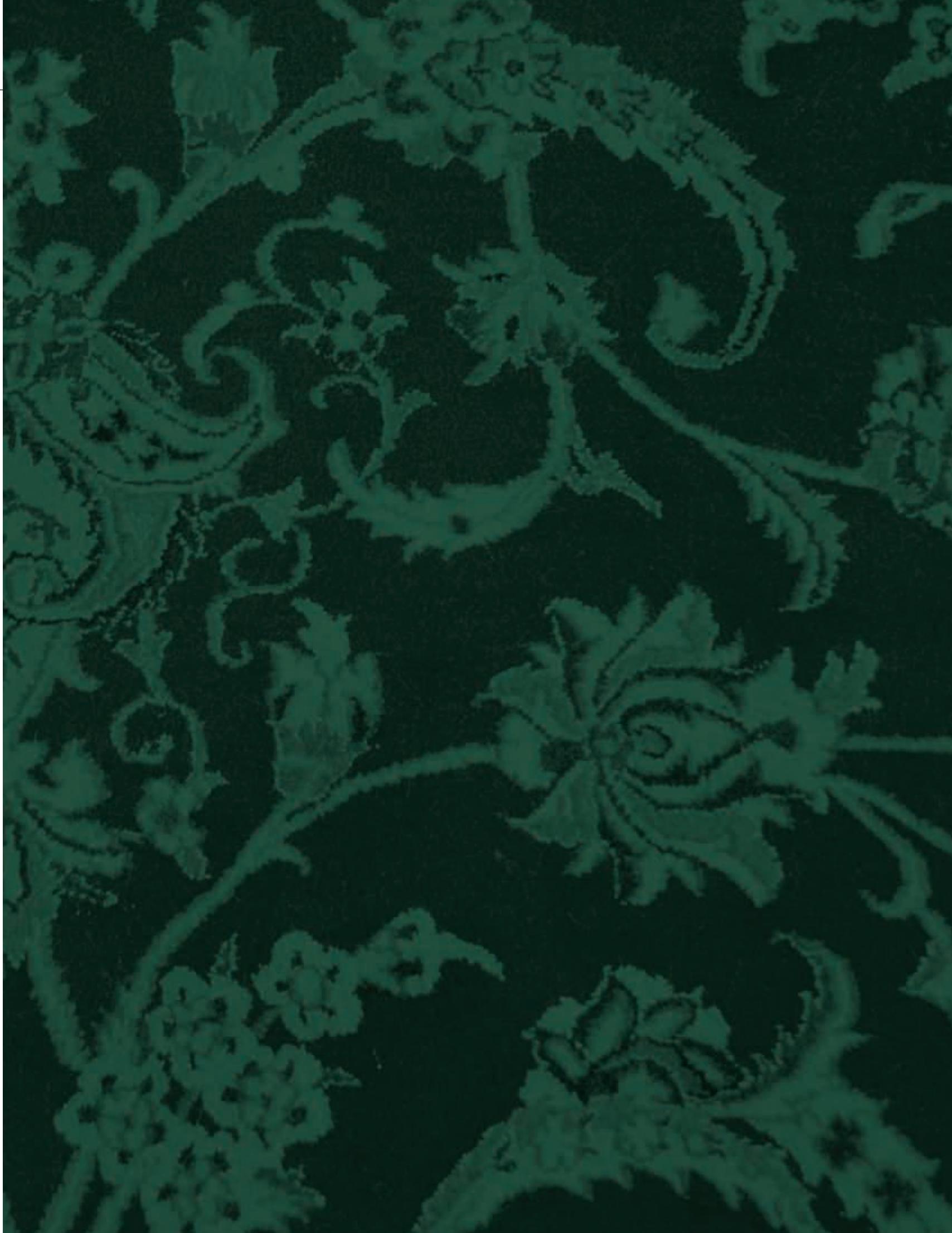
VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VERRESCHI, Ieda Terezinha do Nascimento; CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Fundamentos genéticos e fisiológicos da identidade sexual. In: CERQUEIRA, Elizabeth Kipman (Org.). **Sexualidade, Gêneros e Desafios Bioéticos**. São Paulo: Difusão, 2011. p. 45-69.

VILLAIN, Erich. Quando uma pessoa não é XX nem XY. **Scientific American**, v. 63, ago. 2007. Entrevista concedida a Sally Lehrman Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/quando_uma_pessoa_nao_e_xx_nem_xy_imprimir.html>. Acesso em: 18 abr. 2012.

O autor agradece à Desembargadora Federal do Trabalho, Professora Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal por aspectos apresentados no artigo. Também agradece à Dra. Maria Esther Brito Bandeira, médica, pelas importantes e abalizadas sugestões. Igualmente agradece às Sras. Maria da Conceição Ruffeil Moreira e Francisca Maria dos Prazeres Beserra, pela valiosa colaboração na revisão bibliográfica do trabalho.





José Edvaldo P. Salles
Prisioneiros: vulneráveis diante do Estado

Resumo

A abordagem realizada neste artigo procura suscitar, a partir de algumas considerações sobre a realidade do sistema prisional no Brasil, questões relacionadas à vulnerabilidade dos presos diante das constantes violações de seus direitos. O Estado, responsável pela custódia dessas pessoas, é (ou deveria ser) o garantidor de seus direitos; no entanto a realidade demonstra que o próprio Estado viola, por ação e omissão, os direitos humanos dos presos. Um estudo de caso é apresentado, ao final, tomando-se como referência uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Pará na comarca de Marabá, cuja liminar concedida foi, finalmente, cassada no Supremo Tribunal Federal (STF) em nome da “reserva do possível”.

Palavras-chave

Prisioneiros. Vulnerabilidade. Estado. Direitos humanos.

Abstract

The approach adopted in this paper seeks to raise issues related to the vulnerability of prisoners before the constant violations of their rights, starting from considerations underlying the reality of the penitentiary system in Brazil. The State is responsible for the custody of these persons (or is expected to be), the guarantor of their rights; however, the reality shows that the State, itself, violates the prisoner’s human rights through actions or omission. One case study is presented, by the end, taking as reference, a public civil action proposed by the Department of Justice of the State of Pará at the Circuit Court of Marabá, whose granted Preliminary Order was finally annulled by the Federal Supreme Court (STF) in the name of the “principle of reserve for contingencies”.

Key words

Prisoners. Vulnerability. State. Human rights.

Prisioneiros: vulneráveis diante do Estado

Prisoners: vulnerability before the State

José Edvaldo P. Salles*

* Promotor de Justiça. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). E-mail: je.salles@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Corriqueiramente, a temática aqui analisada está na pauta do dia. É discutida pelos juristas, pela mídia, nas casas, nos bares. Cada um procura dar sua opinião a respeito de um tão complexo assunto: o sistema carcerário e os direitos humanos, ou melhor, os prisioneiros e a violação daqueles direitos pelo Estado, em princípio, garantidor, e não transgressor dos direitos humanos. Essa generalização de abordagens propiciada pelo aumento significativo da criminalidade acaba ficando na superficialidade de discursos repetitivos, carentes de uma análise mais profunda e científica que, antes de tudo, busque as causas do que é vivenciado no sistema carcerário, e não apenas suas consequências.

Infelizmente, essa história tem-se repetido. É um círculo interminável de violência nas prisões. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), diversas nações do mundo, inclusive o Brasil, por intermédio da Organização das Nações Unidas (ONU), têm produzido documentos que visam a obrigar os

Estados a assegurar direitos fundamentais¹ aos que vivem no cárcere. Apesar disso, em plena era das modernas constituições, marcadas por serem compromissórias² e garantidoras de direitos, as cenas de violência carcerária são noticiadas pelo mundo afora.

Dados estatísticos³, como é o caso do Brasil, expostos mais adiante, revelam um quadro aparentemente irreversível. Há muitos presos. O

¹ Pérez Luño (2006, p. 235-236) faz a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, esclarecendo que estes são o reconhecimento pelo ordenamento jurídico daqueles: "Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce este reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho".

² "Numa sociedade plural e complexa a constituição é sempre um produto do 'pacto' entre forças políticas e sociais. Através de 'barganha' e de 'argumentação', de 'convergências' e 'diferenças', de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferimos, a vários 'compromissos constitucionais'" (CANOTILHO, 1999, p. 213-214).

³ "Dessa forma, presos e presas deixam de ser reconhecidos como sujeitos de direito, principalmente no que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais. De acordo com a pesquisa publicada em 2005 pelo Departamento Penitenciário Nacional (2005, p. 13-28), a população prisional total no Brasil, em números absolutos, é de 328.776, destes, 134.266 em regime fechado, 32.508 no semiaberto, 78.523 presos provisórios e 3.827 em medida de segurança. O levantamento mostra ainda que o número de libertos é inferior à quantidade de incluídos e que a quantidade de vagas é pouco mais que metade da população carcerária: o déficit é de 67.746 vagas, refletindo o mais citado dos problemas, a superlotação. Outra realidade do sistema é que, do total mencionado, 96% são homens e 4% mulheres" (SANTOS, 2007, p. 575).

número de presos é maior que o número de vagas⁴. O número de liberados do sistema é menor do que o dos inseridos nele. Há um número exorbitante de mandados de prisão expedidos⁵. A violência por conta de fatores diversos, que não cabe aqui analisar, cresce. A população carcerária é composta em sua grande maioria de pessoas pobres. O atual sistema carcerário não cumpre suas finalidades de ressocialização. O egresso é discriminado. O que fazer? Percebe-se, assim, que a questão não é tão simplória.

É partindo dessas considerações que os tópicos seguintes procurarão apresentar, de início, com dados e fatos, a situação carcerária no Brasil. Em seguida, faz-se uma análise do processo de “coisificação” do preso (FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 39), que se reflete no desapareço aos princípios constitucionais e aos documentos internacionais subscritos pelo Brasil. É feita uma ligeira incursão no modo como a mídia tem ocupado uma posição relevante na veiculação de um senso comum de que tudo (ou quase tudo) que ocorre no sistema é justificável por conta da criminalidade que grassa na sociedade. O que isso tem a ver com os direitos humanos será a consideração seguinte. O desfecho está na análise de um caso concreto submetido ao Poder Judiciário pelo Ministério Público a partir da constatação de como viviam presos numa das celas da Delegacia de Polícia Civil no município de Marabá (PA).

⁴ A média de recepção de presos pelo sistema carcerário brasileiro é 3.494 vezes menor que o número de liberados (SANTOS, 2007, p. 578).

⁵ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atendendo às disposições da Lei n.º 12.403/2011, baixou a Resolução n.º 137 objetivando reunir em um banco nacional todos os mandados de prisão expedidos pelo país afora. Em notícia veiculada no sítio do CNJ consta: “A regulamentação do banco atende à Lei 12.403/2011, que altera o Código do Processo Penal. Segundo a nova legislação, cabe ao CNJ a criação e a manutenção do sistema, cujas informações estarão disponíveis na internet para o público em geral. ‘O BNMP será disponibilizado na rede mundial de computadores, assegurado o direito de acesso às informações a toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou demonstração de interesse, sendo de responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça a sua manutenção e disponibilização’, de acordo com o artigo 2º da resolução. A resolução 137 traz uniformização das informações que devem ser incluídas no banco. Segundo o art. 3º, o mandado de prisão terá por objeto uma única pessoa e conterá dados como número do documento, nome e qualificação da pessoa procurada e sua fotografia, entre outros” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

2 O QUADRO REVELADOR (DESOLADOR) DA VULNERABILIDADE DOS PRISIONEIROS EM RELAÇÃO AO ESTADO

É fato que o sistema carcerário brasileiro está falido, sobrecarregado, superlotado. Rotineiramente, são vistas notícias a respeito de rebeliões e presos mortos por outros presos em razão desse fato. Os problemas que atingem o sistema são muitos. Um deles, no Brasil, é sintomático: trata-se da “cultura das prisões cautelares”. O número de presos provisórios (ou “quase-definitivos”) que estão encarcerados é assustador. O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Antonio Cezar Peluso (2010) ressaltou a necessidade de termos no Brasil

[...] mecanismos alternativos às sanções privativas de liberdade, sobretudo ao uso imoderado de prisões preventivas e provisórias, cujos excessos violam direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, além de tornar quase insolúvel o problema da crescente superlotação das unidades carcerárias⁶.

Biachini *et al.* (2011, p. 28) consignam, depois de apresentar diversos números sobre o quadro de presos no Brasil, que

Enquanto o número de presos condenados cresceu 278%, entre 1990 e 2010, o número de presos provisórios simplesmente explodiu, aumentando 1.253% no mesmo período. Em outras palavras, significa dizer que o número de presos provisórios aumentou 13,5 vezes, ao passo que os condenados apenas 4 vezes.

Outros problemas graves afetam os detentos, como, o direito básico à alimentação e à assistência judiciária. Em muitos casos, a própria família do

⁶ A recente Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências, ainda deixa muito a desejar, apesar do avanço, dando ensanchas a subjetivismos e prisões arbitrárias.

detento é que lhe fornece a alimentação. Quando isso não ocorre e o Estado deixa de cumprir esse dever para com o preso, ou o faz de forma inadequada, o que se tem é uma situação de fome, má alimentação, desnutrição, que, não raro, nem os animais sofrem⁷. Por outro lado, apesar do relevante trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública, o elevado número de presos, associado ao fato de que quase todos são desvalidos, excluídos, sem condições de pagar um advogado particular, inviabiliza a adequada assistência judiciária por parte daquele órgão. A crítica de Séguin (2002, p. 122) é pertinente: a autora lembra que a assistência jurídica não é um favor, é antes um dever do Estado, e que, apesar disso, a situação ainda é precária, e vários estados ainda não dispõem de uma Defensoria Pública estruturada.

Não é difícil encontrar presos em situações de flagrante ilegalidade. Quando das inspeções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizadas no Estado do Maranhão, em 2008, foi constatado pelo próprio Ministro do STF Gilmar Mendes, na época Presidente do CNJ, que muitos dos presos postos em liberdade não tinham sequer dinheiro e roupa para deixar o estabelecimento prisional. Ainda nessa inspeção, constatou-se que 54 presos provisórios do complexo penitenciário de Pedrinhas, em São Luís,

⁷ A seguinte notícia é uma entre tantas: "O fenômeno da superlotação de presos em delegacias, que assola o sul do País, está atingindo também as especializadas de Maceió. Na Delegacia de Roubos e Furtos, o número de presos é quase o dobro, ou seja, 42, da capacidade das três celas (24). Acusado de assalto, Marcos Ferreira da Silva afirma que está sendo tratado como 'cachorro', não tem direito a tomar banho e não vê o sol há um mês. Adverte que sofre com a ignorância de alguns policiais civis e que está passando fome. Reclamação semelhante é feita por Orlando Leite da Paz, preso por roubo e tráfico de drogas. Ele revela que a situação na carceragem da DRF é precária, pois os presos estão dormindo uns por cima dos outros. 'Ou a Justiça solta logo a gente, ou joga no presídio', protesta ele, que há três meses está preso na Roubos e Furtos. 'Nós não temos nem água para beber e não podemos receber visitas', frisou o acusado. Fabrício Silva da Rocha, acusado de assalto e preso desde o ano passado, é quem socorre os companheiros de cela na hora da fome. 'Meu pai traz uma bacia de comida para mim. Fui eu quem pedi para reforçar, pois não posso ver ninguém com fome, enquanto eu estou comendo'. A comida de Fabrício vem apenas ao meio-dia e as demais refeições, a exemplo dos colegas, não existem. Os presos com família residindo no Estado ainda recebem atenção, quando se trata de alimentos, mas dois sergipanos garantem que só já não morreram de fome porque comem pão com água doado pelos policiais da Delegacia de Roubos e Furtos. Só que não aguenta mais e exige da Justiça um tratamento mais humano. Robson Santos Barbosa denuncia que não teve sequer direito a fazer uma ligação para seus parentes em Aracaju" (PRESOS..., 2003).

tinham excedido a pena em 3 ou 4 anos. Nas palavras do Ministro: "Esse é um quadro que nos envergonha e que não é somente uma responsabilidade do Judiciário, mas que deve ter co-responsabilidade de toda sociedade" (CNJ quer atuar..., 2008).

A violação atinge também os direitos políticos do preso, no caso, dos provisórios⁸. O ex-Procurador Regional Eleitoral de São Paulo Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2010) destaca que, desde que assumiu aquela Procuradoria, instituiu uma linha que denominou "inclusão eleitoral". O seu objetivo era assegurar o exercício do direito de voto nas eleições do país aos presos provisórios. Por ele foi formulado requerimento no início de 2009 junto ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE) de São Paulo para que tal direito fosse viabilizado; no entanto, em 16 de junho de 2009, aquela Corte Eleitoral indeferiu o requerimento. Houve um único voto dissidente. Somente no ano seguinte, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por intermédio da Resolução n.º 23.219, de 2 de março de 2010, disciplinou o exercício do voto pelos presos provisórios⁹. A respeito desse ato do TSE, D'Urso (2010, p. 268) diz, com acerto, que o reconhecimento desse direito foi "mais um passo para o resgate da cidadania de parte do contingente que se encontra nas prisões".

Dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) referentes ao ano de 2009 indicam o número e a condição dos presos no Estado do Pará (Tabelas 1 e 2).

⁸ Artigo 15 da Constituição Federal: "É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos".

⁹ A resolução dispõe "sobre a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes e dá outras providências".

Tabela 1 – Número de presos no Estado do Pará, 2009.

Regime fechado	Regime semiaberto	Regime aberto
Homens: 3.509	Homens: 448	Homens: 26
Mulheres: 161	Mulheres: 6	Mulheres: 0*
Total: 3.670	Total: 454	Total: 26

*Estado não informou ou trata-se de prisão domiciliar cujos dados não foram repassados ao Sistema.

Fonte: BRASIL (2010).

Tabela 2 – Número de presos em prisão provisória e por medida de segurança no Estado do Pará, 2009.

Provisório	Medida de segurança
Homens: 4.153	Homens: 77
Mulheres: 354	Mulheres: 2
Total: 4.507	Total: 79

Fonte: BRASIL, 2010

Ainda segundo o DEPEN, há 36 estabelecimentos prisionais no Estado do Pará. A população do Sistema Penitenciário, que dispõe de 6.115 vagas, alcança 8.736 presos. Na Secretaria de Segurança Pública, há 1.553 presos. A população prisional total do Estado é de 10.289 presos, sendo 9.766 homens e 523 mulheres.

Os dados fornecidos pelo DEPEN, relativos ao Brasil (ano de 2009), revelam uma situação desoladora. Temos 1.806 estabelecimentos prisionais com uma população carcerária de 417.112 presos, e apenas 294.684 vagas do Sistema Penitenciário e 56.514 vagas da Secretaria de Segurança Pública. Ou seja, existe um déficit de mais de 65 mil vagas. Essa superpopulação carcerária enseja um revezamento que já ficou conhecido: uns presos ficam em pé, outros sentam, outros dormem e assim por diante, pois não há espaço físico para todos¹⁰.

¹⁰ A Lei de Execução Penal (LEP) prescreve: "Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela

3 A "ERA DOS PRINCÍPIOS" E A "COISIFICAÇÃO" DOS PRISIONEIROS: QUANDO O SUJEITO PASSA A SER OBJETO

Se Eric Hobsbawm¹¹ resolvesse publicar nos dias de hoje um livro sobre direito, possivelmente acrescentaria à sua coleção um volume dedicado à "era dos princípios". Os princípios são de longa data no Direito. Hoje, contudo, por conta de teorias desenvolvidas por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy¹², estudiosos do Direito debruçam-se, cada vez mais, sobre os princípios. Vive-se hoje, principalmente depois do pós-segunda guerra, um verdadeiro processo de "constitucionalização" dos princípios¹³. Tanto as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*, das Nações Unidas (ONU), como diversos documentos legislativos do Brasil (Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, para citar apenas as duas) apontam para a variedade de princípios que asseguram direitos aos presos, os quais não devem (ou não deveriam) ser violados. Entretanto, princípios como o da dignidade da pessoa humana e o do respeito à integridade física e psicológica do preso têm sido diuturnamente ignorados.

Essa desconsideração, quanto ao preso, de princípios inerentes à pessoa humana, torna-o um não sujeito de direitos. O preso é tratado como um objeto. É um processo constante de "coisificação" do preso. A pessoa (presa) é vista quase sempre como violadora de direitos, invertendo-se a assertiva de que a pessoa humana – e o preso não é diferente – é detentora de direitos natos. Santos (2007, p. 572) ressalta com propriedade que

concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados)".

¹¹ Historiador, natural de Alexandria, Egito, e autor de várias obras, destacando-se as seguintes: Hobsbawm (2009a, 2009b, 1992, 2005).

¹² São autores de várias obras, entre as quais, a respeito do assunto (princípios), merecem destaque: Alexy (2008); Dworkin (2002a); Dworkin (2002b).

¹³ Para Bonavides (2010, p. 291) "[...] desde a constitucionalização dos princípios, fundamento de toda a revolução principial, os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais de Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições".

A violência nas prisões somente tem visibilidade midiática e popular nos tensos períodos de rebelião e por um único motivo: é a ocasião em que os presos e as presas são vistos novamente como violadores de direitos da sociedade ou ao menos representam um potencial para isso.

De fato, assim tem sido, e o pano de fundo para não poucas revoltas em estabelecimentos prisionais e fugas é o tratamento ali dispensado.

Um direito que nem sempre é discutido é o da moradia digna. A Constituição Imperial de 1824 já determinava, em seu artigo 179, inciso XXI, que as “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes”. O domicílio do preso é o lugar onde ele cumpre sua sentença¹⁴; portanto ali é sua moradia até sua efetiva liberação. As condições inabitáveis do cárcere submetem os presos a viver num ambiente cujo quadro fático não corresponde ao conceito idealizado constitucionalmente para moradia.

Não é intenção aqui fazer uma lista de princípios transgredidos no âmbito do sistema carcerário. Os casos referidos bastam por si. Só isso já é suficiente para se notar que, no Brasil, a Constituição de 1988 ainda é (até quando será não se sabe) alvo de ataques constantes na medida em que aqueles fatos são admitidos. O tratamento jurídico dispensado num Estado democrático, como o é o Estado brasileiro, não pode olvidar aqueles princípios. A Constituição é mais que um texto normativo, é a reunião e o resultado do embate de forças que, num determinado momento histórico, refletem os anseios da sociedade. Isso deve ser levado a sério.

4 DIREITOS HUMANOS: AS REGRAS MÍNIMAS PARA TRATAMENTO DOS PRESOS, O PARADOXO DO SENSO COMUM E A MÍDIA SENSACIONALISTA

As chamadas *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*, das Nações Unidas, datam de 1955¹⁵. Passaram-se, portanto, mais de 50 anos. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), por meio da Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994, fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, levando em consideração recomendação, nesse sentido, aprovada na sessão de 26 de abril a 6 de maio de 1994, pelo Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas. As regras tratam, por exemplo, da separação de presos, dos locais destinados aos presos, da higiene pessoal, das roupas de vestir, camas, roupas de cama, da alimentação, dos exercícios físicos e dos serviços médicos.

Apesar do tempo, ainda há um longo caminho a percorrer até que a efetivação dessas regras, de fato, ocorra. Enquanto isso, direitos básicos como saúde, intimidade, individualidade que possuem intrinsecamente a natureza de direitos humanos não recebem por parte do Estado o devido respeito. A advertência de Dallari (2004, p. 38) é pertinente:

O caso do preso exige cuidados especiais, pois a pessoa presa está indefesa e se acha sob os cuidados de uma autoridade pública, que tem o dever de zelar por sua dignidade. É comum o desrespeito ao preso, sob alegação de se tratar de um criminoso ou, pelo menos, de alguém acusado de cometer um crime. A tortura de presos, os presídios sujos e superlotados, a péssima

¹⁴ Artigo 76 do Código Civil: “Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso. Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença”.

¹⁵ “Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas” (REGRAS..., 1995).

alimentação, a falta de cuidados de saúde, o desrespeito absoluto à intimidade do preso, tudo isso, que é muito comum na prática, além de ser ilegal, porque nenhuma lei autoriza, representa agressão à pessoa humana e à sua dignidade.

“Onde estão os direitos humanos das vítimas?”! “Não venham os direitos humanos defender o preso!”. Essas são frases, verdadeiros bordões, que se tornaram comuns na mídia policlesca e no senso comum da população. É como se fosse possível separar direitos humanos de presos e direitos humanos de vítimas. É como se os direitos humanos, próprios da pessoa humana e, logo, universais, houvessem sido transmutados num mecanismo de injustiça às vítimas e de incentivo à criminalidade. Seriam verdadeiras balizas da impunidade. Desconhecem muitos que os direitos humanos são para todos, inclusive e em especial para aqueles que estão numa situação de vulnerabilidade e de hipossuficiência. No caso do preso¹⁶, essa situação é flagrante, pois sobre ele paira o Estado no uso do seu poder de punir por intermédio da Polícia, o Ministério Público e o Judiciário, pautados por um forte e histórico modelo inquisitorial adotado no Código de Processo Penal brasileiro.

É preciso reafirmar, contra discursos desse tipo, que a legislação brasileira e os documentos internacionais dão ensejo a uma compreensão totalmente diferenciada sobre os direitos humanos. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) até a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, o cenário internacional e, por consequência, o nacional, já que o Brasil é signatário, mudou bastante.

¹⁶ Por isso, Séguin (2002), ao tratar sobre as minorias e grupos vulneráveis, insere os presos nessa categoria.

A leitura exemplificativa do artigo 5.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revela essa evolução no tratamento para com os presos¹⁷.

O sistema carcerário não pode continuar sendo o exemplo emblemático de violações aos direitos humanos. O sistema é excludente e não inclusivista. Houve avanços, mas “Estamos longe ainda de alcançar o sistema ideal, é dizer, um sistema penal e penitenciário totalmente humanizado [...]” (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 40). Esse “progresso” deve ser visto com os olhos para o passado; pois o olhar presente, confrontado com os documentos internacionais (e nacionais) vigentes, atestam a necessidade premente de adoção de medidas pelo Estado que conduzam à adequação dos fatos (relacionados aos presos) àqueles documentos.

5 UM ESTUDO DE CASO: DESSOCIALIZAÇÃO MÍNIMA E INVESTIMENTOS MÁXIMOS

“O Panóptico é um zoológico real; o animal é substituído pelo homem”. As palavras de Foucault (2009, p. 193) ainda são aplicáveis aos dias de hoje. Um projeto, certamente, inconcebível para os dias de hoje. Apesar disso, naquela época, dizia Bentham, o responsável pela idealização e pelo detalhamento do Panóptico, que, para evitar os equívocos até então existentes nas instituições prisionais – o excesso de severidade ou de indulgência –, três normas deveriam ser adotadas: normas de benevolência, normas de

¹⁷ “Art. 5.º. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delincente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

severidade e normas de economia¹⁸. Ao longo de sua obra, Bentham reconhece, por exemplo, que uma das finalidades do estabelecimento prisional era conservar a saúde do preso. Talvez seja uma assertiva ousada, mas não custa cogitar que, se Bentham estivesse vivo hoje e vendo a situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil, não duvidaria em reavivar seu projeto.

Quando atuei no município de Marabá, Estado do Pará, como promotor de justiça, juntamente com o colega Julio Cesar Sousa Costa, propusemos uma Ação Civil Pública contra o Estado do Pará, objetivando, entre outras medidas, o atendimento médico aos detentos e a interdição (fechamento) de uma cela denominada “Corró”. Excerto da inicial descreve parte da situação vivenciada naquela ocasião:

Na ala de transição de Polícia Civil, a cela projetada para comportar 10 (dez) presos, no máximo, conforme delatou o investigador Neto, hoje acolhe 38 (trinta e oito) presos. O perímetro quadrado da cela, em torno de 15 m, expõe os detentos a uma condição subumana de vida, onde cada preso tem em média um espaço de 39 centímetros, impossibilitando inclusive que todos estejam assentados simultaneamente. Por ocasião da visita no interior da cela, os presos reclamaram do calor intenso, da falta de água e da ausência de cuidados médicos com alguns presos que convalescem naquela unidade. Embora desprovido estivesse de equipamento para mensurar o nível de temperatura no interior da cela, forçoso é acreditar que alcançava limites favoráveis para uma rápida desidratação, mesmo porque os presos estavam suados excessivamente a notar pelas gotas de suor vertentes pelo corpo. Foi observado que as instalações sanitárias são deficientes, apresentando vazamentos e odor

¹⁸ “Normas de benevolencia. La situación frecuente de u preso condenado a trabajos forzados por largo tiempo, no debe ir acompañada de sufrimientos corporales nocivos o peligrosos para su salud o su vida. Normas de severidad. Excepto las consideraciones debidas a la vida, a la salud y al bienestar físico, un preso que soporta ese género de sufrimiento debido a faltas cometidas – casi siempre individuos de la clase más pobre –, no debe gozar de mejores condiciones de vida que las de los individuos de su misma clase que viven en un estado de inocencia y de libertad. Normas de economía. A excepción de lo relativo a la vida, a la salud, al bienestar físico, a la instrucción necesaria y a los ingresos futuros de los presos, la economía debe constituir una consideración de primer orden en todo lo que concierne a la administración. Ningún gasto público debe ser admitido, ni rechazado ningún beneficio, por motivo de severidad o de indulgencia” (BENTHAM, 2004, p. 24-25).

fétido insuportável, concorrendo ainda com a ausência de quaisquer tipos de iluminação, colaborando para a construção de um cenário mórbido, insalubre, dissonante com a dignidade da pessoa humana, ferindo os direitos fundamentais inalienáveis, quais sejam: direito à vida e à saúde. Há comprovação de que presos dormem no banheiro do local acima mencionado, com as partes inferiores dentro da água, durante todo o decorrer do período noturno, submetido que é a esse “ritual” por conta dos demais presos. Também se noticia que os presos que não possuem família não comem porque o sistema penal não lhes fornece a devida refeição, já que este local (CORRÓ) é de responsabilidade da polícia civil e não da SUSIPE. Constituindo-se, assim, grave afronta aos direitos fundamentais inscritos na Constituição da República. A esse sistema de tortura física é chamado de “BOI”, e já foi amplamente noticiado na imprensa local.¹⁹

As fotografias extraídas na ocasião e anexadas à inicial atestaram esses fatos. A inicial foi protocolizada, e a liminar, deferida. A partir daí, o Estado do Pará iniciou um longo caminho judicial até chegar ao Supremo Tribunal Federal (STF) para cassar a liminar outorgada, o que acabou ocorrendo. Na época, a presidente do STF era a Ministra, hoje aposentada, Ellen Gracie, que prolatou a decisão²⁰.

A chamada “reserva do possível” – tese acolhida no caso pela Ministra Ellen Gracie –, argumento de que se tem valido o Estado para desobrigar-se do cumprimento de imposições constitucionais, tem recebido mitigações no próprio STF. Direitos fundamentais constitucionalmente

¹⁹ Trecho da petição inicial extraído de arquivos pessoais do autor.

²⁰ No caso da ação de Marabá, após a concessão da liminar, o Estado do Pará agravou de instrumento, não obtendo efeito suspensivo; também requereu à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado a suspensão da liminar com base nas Leis n.º 8.436/92 e n.º 9.494/97, mas novamente foi rechaçado. Insatisfeito, dirigiu o mesmo requerimento diretamente ao Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Liminar n.º 218-0-Pará), tendo conseguido que todas as liminares concedidas nas ações civis públicas fossem suspensas por despacho monocrático da então presidente do tribunal, Ministra Helen [sic] Gracie que, entre outros argumentos citou expressamente a “reserva do possível” como obstáculo à concretização liminar das decisões judiciais paraenses de primeiro grau. Helen [sic] Gracie transcreveu, inclusive, parte do parecer do Ministério Público nos autos do pedido de suspensão: “[...] a reforma e a construção de novas cadeias, imporia ao Estado dispêndio financeiro imediato, sem a devida previsão orçamentária, comprometendo a programação estatal e gerando grave impacto nas finanças públicas [...]” (COSTA, 2008, p. 104).

assegurados podem, diante da omissão estatal, ter a ingerência do Poder Judiciário. Isso tem ocorrido, exemplificativamente, em se tratando de direitos da criança e do adolescente²¹ e da saúde (fornecimento de medicamento)²². Num dos casos julgados, o Ministro Celso de Mello²³ destacou:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Não poucas vezes, a “reserva do possível” não tem passado de tese defensiva genérica, como se fosse possível ao Estado alegar que não pode implementar direitos fundamentais por questões orçamentárias e nada mais. Daí o acerto de Krohling e Demo (2011, p. 160):

Cabe ressaltar, finalmente, que sempre quando a Administração Pública alegar a reserva do possível, caberá a ela o ônus da prova nesse sentido, vigorando, in casu, tanto a inversão do ônus probatório preconizado no art. 6º, VIII, do CDC, aplicável aqui por analogia, como a

regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, através da qual deve ser flexibilizado o disposto no art. 333 do CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e contar com mais facilidade de prová-los. Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Min. Humberto Martins, assim decidiu: “... a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. [...]” (REsp 1.185.474-SC, julgado em 20.04.2010).

O Judiciário pode intervir nas causas que envolvem implementação de políticas públicas. Não custa lembrar que a política criminal é apenas uma espécie de política pública. Por isso, cada situação deve ser analisada, mas o Estado tem o dever de comprovar por que não efetivou ainda os direitos fundamentais em discussão no caso concreto. Nem por isso, estará o Judiciário obrigado a decidir favoravelmente ao Estado.

A aplicação desse raciocínio jurídico aos direitos humanos que envolvem os presos, a situação do cárcere, a omissão do Estado e até mesmo suas ações truculentas, por intermédio de seus agentes, é pertinente. Os presos têm direito a um mínimo existencial, que não significa simplesmente estar vivo, mas viver com dignidade, ainda que no cárcere. A prisão não lhe retira a dignidade humana. Daí a assertiva de Krohling e Demo (2011, p. 159) de que

Indubitavelmente, se os recursos públicos são escassos – e, via de regra, eles o são –, nossos governantes devem aplicá-los, preferencialmente, em prol da concretização desse mínimo existencial. Em havendo sobras desses recursos, então, poderá o Administrador Público fazer investimentos em outras áreas.

²¹ ARE 639337 AgR/SP – SÃO PAULO. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJE-177. DIVULG 14-09-2011. PUBLIC 15-09-2011. EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

²² STA 175/CE - AgR/CE – CEARÁ. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Relator(a): Ministro GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJE-076. DIVULG 29-04-2010. PUBLIC 30-04-2010. EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

²³ RE 410715 AgR/SP – SÃO PAULO. Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: DJ 03-02-2006. PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529. RTJ VOL-00199-03 PP-01219. RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300. RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

6 CONCLUSÃO

Foi dito, na introdução, que os problemas do sistema carcerário são complexos. Discursos produzidos pelo senso comum e repetidos pela mídia sensacionalista não possibilitam o enfrentamento do tema de forma adequada. As causas, primeiro da criminalidade e depois da violência do (e no) sistema carcerário, são bem mais profundas e passam por um desenvolvimento econômico, social e educacional – para ficar apenas nessas áreas – que envolva distribuição de renda, emprego, moradia digna, saneamento, acesso efetivo a direitos básicos previstos constitucionalmente.

Essa história de violência implica a responsabilidade do Estado, sob a forma objetiva, pois, quando o preso está sob sua custódia e sofre dano em algum de seus direitos, nasce para si ou para familiares (no caso de morte) o direito à reparação pecuniária que, evidentemente, não equivale aos prejuízos para toda a vida trazidos pelo cárcere. O Estado deve ser assegurado de todos os direitos garantidos aos presos. Há diversos precedentes na jurisprudência brasileira com condenações a indenização por esses fatores, sendo o mais comum, infelizmente, a morte²⁴.

²⁴ STF. AI 577908 AgR/GO – GOIÁS. AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 30/09/2008. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: DJe-222. DIVULG 20-11-2008. PUBLIC 21-11-2008. EMENT VOL-02342-18 PP-03696. Parte(s): AGTE.(S): ESTADO DE GOIÁS. ADV.(A/S): PGE-GO – RONALD CHRISTIAN ALVES BICCA. AGDO.(A/S): LUZIA RODRIGUES DOS SANTOS. ADV.(A/S): JOSÉ BATISTA DO CARMO ARAÚJO. “EMENTA: Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Pensão fixada. Hipótese excepcional em que se permite a vinculação ao salário mínimo. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão. Negado provimento ao agravo regimental. Decisão unânime. Não participou do julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 30.09.2008”. STJ: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PROVA. DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DA IRMÃ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE PRESO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. O boletim de ocorrência é um documento público que faz prova da existência das declarações ali prestadas, mas não se pode afirmar que tais declarações sejam verdadeiras. Precedentes. 2. Portanto, o fato de a agente prisional ter informado no boletim de ocorrência o estado civil

Em obra escrita em 1980, Fragozo, Catão, Sussekind (1980, p. 43-45) apregoavam o que chamaram “humanização do sistema punitivo”. Para eles, na época, estava demonstrada a inutilidade da prisão para a vítima e para a sociedade. O crime, diziam os penalistas, “é fenômeno sócio-político que deriva de problemas estruturais na sociedade”. Diversamente do que se ouve no senso comum, a opinião de estudiosos do assunto foi muito sintetizada por Fragozo, Catão, Sussekind ao dizerem que “a prisão favorece a criminalidade”. A prisão, segundo o modelo até aqui desenvolvido, com destaque para o Brasil e em outros países da América Latina, tem feições ideológicas na medida em que “serve também ao controle de uma classe dominada, formando falsamente a imagem do criminoso”.

Não parece, todavia, que as prisões devam ser abolidas. Quem sabe um dia... Entretanto é necessário repensar o modelo que temos. Para isso, os avanços ocorridos até agora não podem ser negados. Para tanto, o debate em torno dos direitos humanos que, diga-se, é de todos (vítimas e presos), passando por um necessário direcionamento das políticas públicas de modo a minimizar ao máximo a miserabilidade social, é crucial para que o cárcere, se não socialize, pelo menos dessocialize o mínimo possível. Entre a “reserva do possível”, que não pode ser utilizada como panaceia em favor do Estado, e os direitos fundamentais de presos, o caminho é minimizar os efeitos do cárcere no indivíduo e maximizar as ações estatais, inclusive financeiras, para que isso ocorra.

A aplicação de penas alternativas, o incentivo e o investimento na educação dos detentos, programas

da vítima como ‘convivente’, o que, segundo o recorrente, revelaria a existência de união estável, não afasta, por si só, a legitimidade ativa da irmã da vítima para propor a ação indenizatória. 3. Na ausência de ascendente, descendente ou cônjuge, a irmã acha-se legitimada para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de seu irmão. Precedentes. 4. A responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de pessoas custodiadas é objetiva. Precedentes. 5. Recurso especial não provido. (Recurso Especial nº 1.054.443/MT (2008/0099141-8), 2ª Turma do STJ, Rel. Castro Meira. j. 04.08.2009, unânime, DJe 31.08.2009)”.

sociais efetivos de emprego pós-cárcere, a aplicação absolutamente restrita e excepcional das prisões cautelares, a adoção de um sistema acusatório, ações estatais que inviabilizem ao máximo o desenvolvimento da criminalidade dentro do cárcere, principalmente em sua modalidade organizada, o combate à corrupção de agentes públicos com corregedorias independentes e o incremento da assistência judiciária são medidas que, a exemplo de outras, somadas àquelas ditas acima, trarão melhorias consideráveis, reduzindo o quadro de vulnerabilidade dos presos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. El panóptico: primeira e segunda partes. In: _____. *El panóptico*. Tradução Fanny D. Levit. Buenos Aires: Quadrata, 2004, p. 15-44.
- BIACHINI, Alice *et al.* Prisões cautelares: comentários à Lei à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. 272 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *DEPEN. Prestação de contas ordinária anual: relatório de gestão do exercício de 2009*. Brasília, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CNJ quer atuar na ressocialização de ex-presidiários. *Revista Consultor Jurídico*, 5 nov. 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-nov-05/cnj_atuar_ressocializacao_ex-presidiarios>. Acesso em 14 nov. 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Tribunais têm seis meses para alimentar banco de mandados de prisão*. [Brasília]: CNJ, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14984:tribunais-tem-seis-meses-para-alimentar-banco-de-mandados-de-prisao>>. Acesso em 14 nov.2011).
- COSTA, Julio Cesar Sousa. Direitos humanos, superlotação carcerária, Ministério Público e “Reserva do Possível”. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*, Belém: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, v. 3, n. 1, p. 103-121, dez, 2008.
- D’URSO, Luiz Flávio Borges. O Voto de presos provisórios: Direito Constitucional. *LEX: Revista do Direito Brasileiro*, São Paulo: Lex, n. 44, p. 267-268, mar./abr. 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadanias*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- _____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. A Luta pelo voto dos presos provisórios em São Paulo. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF: Consulex, v. 14, n. 327, p. 30-31, set. 2010.
- HOBSBAWM, Eric J.. *A era do capital: 1848-1875*. Tradução: Luciano Costa Neto. 15. ed. revista. São Paulo: Paz e Terra, 2009a. Título original: *The age of capital 1848-1875*.
- _____. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991* Tradução: Marcos Santarrita ; revisão técnica: Maria Célia Paoli. 2. ed., 30. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Título original: *Age of extremes : the short twentieth century : 1914-1991*.
- _____. *A era dos impérios*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1992. Original em inglês: *The Age of Empire: 1875-1914*.
- _____. *A era das revoluções: 1789-1848*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira, Marcos Penchel. 25. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009b. Título original: *The age of revolution: 1789-1848*.

KROHLING, Aloísio; DEMO, Alcenir José. A Dignidade da pessoa humana como princípio rizomático frontal: desafios e perspectivas em um mundo globalizado. **Direitos Fundamentais e Justiça: Revista do Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre: HS, v. 5, n. 16, p. 136-164, jul./set. 2011.**

PELUSO, Antonio Cezar. Breves apontamentos sobre a atualização das regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos presos. **Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM, v. 18, n. 211, p. 3-4, jun. 2010.**

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

PRESOS passam fome em delegacias superlotadas. **Gazeta de Alagoas, Maceió, 16 fev. 2003.** Disponível em: <http://gazetaweb.globo.com/gazetadealagoas/acervo.php?c=26080>. Acesso em: 6 dez. 2011.

REGRAS mínimas para o tratamento de prisioneiros. Natal: [s. n.], 1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2011.

SANTOS, Judith Karine Cavalcanti. Pelas grades da exclusão: população carcerária como sujeito de direito. In: RECH, Daniel (Coord.). **Direitos humanos no Brasil 2: diagnóstico e perspectivas.** Rio de Janeiro: CERIS, Mauad, 2007. p. 572-585.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.



Raimundo Santana

Direito à Sociobiodiversidade: o desenvolvimento sustentável e a diversidade sociocultural

Resumo

Com base no conceito jurídico de desenvolvimento sustentável, o texto pretende estimular a discussão sobre a relação homem-natureza, mas com a adição do aspecto sociocultural. Assim, a sociobiodiversidade assume o papel de um componente importante para a proteção jurídica dos recursos naturais, contemplando o direito ao resguardo dos bens culturais imateriais e ao atendimento de demandas sociais.

Palavras-chave

Desenvolvimento sustentável. Comunidades tradicionais. Sociobiodiversidade. Proteção jurídica.

Abstract

Building on a juridical concept of sustainable development, this text aims to stimulate discussion on the relationship between man and nature adding to it, the social cultural component. This way, sociobiodiversity assumes a leading role towards the juridical protection of the natural resources, fulfilling the right to protection of the cultural non material property and addressing the social demands.

Key words

Sustainable development. Traditional Communities. Sociobiodiversity. Juridical protection

Direito à Sociobiodiversidade: o desenvolvimento sustentável e a diversidade sociocultural

Right to sociobiodiversity: the sustainable development and the social cultural diversity

Raimundo Santana*

* Juiz de Direito. Mestre e doutorando em Direitos Humanos e Proteção Ambiental. Especialista em Ciência Política. Professor de Direito Ambiental, Direito Agrário, Prática Processual e Monografia. E-mail: rrrsantana@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Definitivamente, o ideal de um mundo “verde e sustentável” assumiu um feitiço consensual. Há algumas décadas, essa temática deixou de ser algo apenas alusivo para converter-se em uma constante, alimentando o imaginário da sociedade global. É como se o homem contemporâneo – num átimo de sua história, em um relance de sua existência – tivesse despertado para o óbvio: a sua sobrevivência como espécie, em perspectiva histórica, está indissociavelmente condicionada às variáveis físico-químico-biológicas que interagem com todas as formas de vida neste pequeno planeta do universo solar.

A questão ecológico-ambiental está cada vez mais presente na ordem do dia. Os diferentes meios de comunicação, as políticas públicas e os planejamentos econômico-financeiros das corporações privadas, por razões políticas, econômicas, midiáticas e/ou mercadológicas, ainda que superficialmente, tendem a fazer alguma referência à ideia de sustentabilidade.

No entanto o fato de a atenção voltar-se para os problemas ecológico-ambientais decorre de

inúmeros fatores, todos, provavelmente, dissociados de alguma “revelação” ou de um “achado” ocasional. Efetivamente, o ideário da sustentabilidade, como é próprio das obras humanas e dos conceitos abertos, consiste em um processo cuja construção é permanente e, por isso, está sujeito a múltiplas abordagens e questionamentos.

Nesse contexto e tendo em vista uma abordagem jurídica desse tema a partir de uma inflexão jurídica, é imprescindível interpretar holisticamente os problemas ecológico-ambientais. Isso exige (re) conhecer que, além dos aspectos econômicos e ecológicos, frequentemente associados à sustentabilidade, guarda especial interesse enfatizar o aspecto cultural e a sua relação com o meio ambiente em equilíbrio ecológico.

Especialmente, interessa saber em que medida as denominadas comunidades tradicionais contribuem – ou poderão contribuir – para a proteção de interesses ecológicos e/ou culturais proeminentes. Na mesma toada, interessa especular acerca da perspectiva histórica dessas comunidades em meio ao mundo cosmopolita da sociedade de consumo. O viés

cultural, portanto, assume feições de uma variável relevante, quando se cogita o desenvolvimento sustentável (DS) pensado para o século XXI.

Efetivamente, é possível vislumbrar diferentes faces da chamada questão ecológico-ambiental, a depender do observador. Sachs (2009, p. 85) menciona a existência de oito critérios de sustentabilidade, que vão do social à política internacional, passando pelos fatores cultural, ecológico, ambiental, territorial, econômico e político-nacional. Para cada aspecto, remanesce um item de aferição da sustentabilidade.

Assim, com apoio em uma análise abrangente do conceito de desenvolvimento sustentável, pretende-se não somente ultrapassar a equação formada apenas pelos critérios do uso equilibrado dos recursos naturais x desenvolvimento econômico, mas também realçar o critério cultural como fator proeminente para a compreensão do desenvolvimento sustentável contemporâneo.

Acredita-se que o aspecto cultural, vinculado ao manejo sustentável dos recursos naturais, dá ensejo à percepção do direito à sociobiodiversidade, ou seja, de um direito à tutela dos bens ambientais culturais e ao resgate social daqueles grupos sociais que, de algum modo, estão historicamente atados à vivência e a continuidade desses bens imateriais. Com base nesse direito, encetado nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal (CF), poderá ser contemplado não apenas o reconhecimento das manifestações culturais, mas, também, as pretensões de cunho social e econômico das denominadas comunidades tradicionais.

Nessa linha, o tema posto à reflexão, embora de relance, diz respeito à relação homem-natureza com a adição do aspecto sociocultural. Esse aspecto será visto como um componente importante tanto para a proteção dos recursos naturais quanto para o resguardo dos bens culturais imateriais. Afinal, como preleciona Buarque (2009, p. 43), “o problema

ecológico decorre da cultura, que é o que define o modelo econômico e a maneira como os homens se relacionam com a natureza”.

Em consequência, trata-se de considerar que o proclamado equilíbrio ecológico-ambiental, do ponto de vista jurídico, deverá conter, como um dos seus referenciais de análise, além da tutela da biodiversidade e dos ecossistemas, a diversidade de culturas e de saberes oriundos de práticas comunitárias que, ao longo de gerações, têm contribuído para a manutenção de ambientes naturais em equilíbrio ecológico.

2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: CONCEITO JURÍDICO EM CONSTRUÇÃO

A associação entre o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade ecológica – síntese do conceito de desenvolvimento sustentável – tem sido amplamente difundida nas últimas décadas¹. Em linhas gerais, essa equação tem representado a alternativa política consensualmente viável em âmbito internacional, diante da crescente degradação ecológica e das demandas por insumos e matérias-primas, verificadas com maior intensidade a partir da segunda metade do século passado.

Desde a sua inserção no plano global, o ideário ecodesenvolvimentista enveredou por diferentes trilhas conceituais em distintas áreas do conhecimento. De feição original nitidamente economicista, o desenvolvimento sustentável converteu-se em uma espécie de ideologia multifacetada que, contemporaneamente, tende a contemplar variados interesses, não raro antagônicos e inconciliáveis.

¹ A expressão desenvolvimento sustentável (DS) surgiu em um documento oficial, pela primeira vez, no relatório denominado “Nosso Futuro Comum”, elaborado, em 1987, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Em sua redação original, o “desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

Assim, há os que pretendem equacionar a conservação do ambiente natural com a manutenção dos atuais padrões de consumo – que é o discurso dominante dos governos, mesmo em países com diferentes níveis de desenvolvimento econômico. Em sentido diverso, há aqueles que, por motivação ideológica, desejam frear a degradação ecológica mediante uma drástica redução do consumo e do crescimento demográfico, como preconizam os adeptos da ecologia radical.

Há, ainda, aqueles que buscam captar do conceito de DS o ideal de uma sociedade socioeconomicamente inclusiva e ambientalmente saudável. Contudo, para incutir novos conteúdos ao desenvolvimento sustentável, anota-se que a cultura atualmente predominante não respeita a capacidade de suporte da natureza, pois está lastreada em uma mentalidade que anseia vorazmente o consumo:

“com os braços que produzem descontroladamente e a boca que consome viciadamente: um comportamento social esquizofrênico, uma civilização evidentemente louca, porque comemora e ri de sua autodestruição” (BUARQUE, 2009, p. 44).

Como é sabido, os impactos causados pela intervenção humana na natureza, ao longo da história, estão diretamente relacionados ao modo de apropriação dos bens naturais. As sociedades de mercado contemporâneas açambarcaram o legado de uma relação homem-natureza marcada por um viés *utilitarista*, tendo como consequência a intensa mercantilização dos entes naturais, e “a ‘economização’ das relações sociais leva à redução das alternativas de vida às opções de mercado” (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 9).

A partir dessa percepção, a natureza reificada assumiu feições estritamente mercantis, passando a constituir algo a ser conquistado. Os entes

naturais, assim, têm menos importância para a simples sobrevivência da espécie humana, como nas sociedades primitivas, sobretudo, pelo seu valor economicamente mensurado. Essa práxis, por certo, alavancou o domínio econômico e político de determinadas sociedades sobre outras.

Ao longo da história humana, constata-se direta relação entre as conquistas de bens naturais, a acumulação de poder e de riqueza e a existência de algumas sociedades em posição de supremacia. Reichholf (2008, p. 61) assevera que, desde a Antiguidade, as guerras só valiam a pena se o território e o povo conquistados significassem a apropriação, a longo prazo, da natureza disponível, a qual serviria como justificativa de luta e de afirmação do poderio político e econômico. Esse modelo, por certo, impulsionou a constante coisificação da natureza, conformando-a em bens de troca, mensuráveis pelo seu valor econômico.

O quadro fático antecedente sugere acurada reflexão, em meio ao debate contemporâneo sobre a sustentabilidade, considerando-se que, no ideário do desenvolvimento sustentável, a mercantilização da natureza também está embutida, e nem sempre sutilmente.

Com efeito, é interessante refletir sobre a maneira como se portarão as denominadas comunidades tradicionais² diante da crescente conformação de hábitos, costumes, modos de produção e de consumo globais. Diante de sua pouca visibilidade e do restrito poder nas arenas de deliberação política, as manifestações culturais dessas comunidades sobreviverão às iminentes alterações do ambiente natural que tradicionalmente ocupam? Como serão afetados os conhecimentos e as tradições culturais

² Em razão das controvérsias e do debate inconcluso acerca da terminologia mais adequada, será utilizada a expressão “comunidades tradicionais” para designar as comunidades ou populações que ocupam territórios e/ou realizam práticas comunitárias ou coletivas em linha de continuidade com os seus antepassados ou de forma tradicional e com relações de uso equitativo dos recursos naturais. Cf., entre outros autores, Diegues (2001).

de certos povos diante dos crescentes problemas socioecológicos e dos arranjos políticos típicos da economia de mercado global? As comunidades tradicionais oporão resistência, sucumbirão ou adaptar-se-ão ao modelo de desenvolvimento econômico predominante, interagindo com as lógicas de mercado? Elas disporão de mecanismos para guardar a mesma convivência harmônica com a natureza, adquirida ao longo de várias gerações?

Como já referido, há tempos a noção de desenvolvimento sustentável (por mais singela que seja) está incorporada ao conjunto de concepções dominantes no plano mundial. Uma vez açambarcado pela Organização das Nações Unidas (ONU), o DS tornou-se parte integrante de um modelo de ideal civilizatório. No entanto sua premissa básica não ignora que o bem-estar material do homem está lastreado no intenso uso dos recursos naturais e que esse fator gera degradação das condições ecológico-ambientais do planeta. A solução, portanto, seria estimular a criação de mecanismos institucionais e tecnológicos para a mitigação dos impactos negativos, de modo a prolongar a capacidade de suporte do ambiente, sem abdicar do crescimento econômico.

Todavia, embora os impactos ambientais sejam de proporções globais – um exemplo típico é o aquecimento global –, os seus efeitos não são (nem serão) assimilados por todos os povos de maneira simétrica. Serão mais afetados aqueles que possuem menor capacidade de reação social e política e reduzido poderio econômico e tecnológico. Em outras palavras, em qualquer cenário de degradação ambiental (local, regional ou global), os mais pobres são e serão as maiores vítimas da crise ambiental. Explica-se:

A concentração dos benefícios do desenvolvimento nas mãos de poucos, bem como a destinação desproporcional dos riscos ambientais para os mais pobres e para os grupos

étnicos mais despossuídos, permanece ausente da pauta de discussão de governos e das grandes corporações (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 15).

No Brasil, em âmbito constitucional, subsiste a matriz jurídica segundo a qual o crescimento econômico e o bem-estar social devem estar atrelados à manutenção de padrões ecológicos minimamente aceitáveis, denominados constitucionalmente de meio ambiente em equilíbrio ecológico. Nossa Carta Federal é um exemplo bem-acabado do estabelecimento de diretrizes éticas, jurídicas, políticas e econômicas que, de forma articulada e sistemática ao longo de seu texto, apontam vivamente para a construção de uma sociedade voltada para a erradicação das mazelas sociais e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigos 3.º, III, 170, VI, e 225 da CF/88).

Em verdade, a sustentabilidade também se tornou um paradigma jurídico de caráter globalizante, eis que está presente em vários sistemas jurídicos (de que são exemplos a Espanha, Portugal e a Argentina), dentro ou fora do catálogo constitucional de distintas nações. Está assentada, também, em pactos internacionais (como a Convenção da Biodiversidade-CDB e a Convenção-Quadro sobre as Mudanças Climáticas).

Contudo a compreensão de desenvolvimento deve ser pautada por critérios que observem não apenas a produção de riquezas e a obediência estrita às regras de proteção ambiental:

É difícil pensar que qualquer processo de desenvolvimento substancial possa prescindir do uso muito amplo de mercados, mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer – ao invés de empobrecer – a vida humana (SEN, 2000, p. 21).

Ao tomar essa premissa como referencial, cabe sindicarmos a consistência prática do ideário

ecodesenvolvimentista e, também, o papel que esse ideário desempenha no desenho institucional delineado em nossa Carta Cidadã. A propósito, convém dizer que, afora o contexto estritamente jurídico, o desenvolvimento sustentável poderá ser apreendido a partir de outros ângulos e, conforme o prisma do observador, esse conceito poderá encerrar:

a) uma diretriz política a ser concretizada ao longo de um tempo-espço não demarcado com precisão, tal como a promessa constitucional de redução das desigualdades regionais (art. 3.º, III, da CF/88);

b) um ideário ético do qual não dimanam relações dotadas de comprometimentos jurídicos – nesse formato, desprovido de caráter vinculante, o DS estará destituído de exigibilidade material e, portanto, sem concretude obrigacional;

c) enfim, o DS poderá, ainda, consistir apenas em uma política pública ecodesenvolvimentista, cuja realização deverá ser implantada de forma gradual, disseminada de acordo com as possibilidades e os interesses políticos e econômicos.

No plano jurídico-político, o DS poderá ser concebido como um princípio jurídico-constitucional, que busca alicerçar “a determinação jurídica dos valores-limite do risco ambientalmente danoso através da exigência da proteção do direito ao ambiente segundo o estágio mais avançado da ciência e da técnica” (CANOTILHO, 2008, p. 9). Assim compreendido, o DS estará apto a apoiar a concreção do direito subjetivo (dos indivíduos e da coletividade) em um meio ambiente em equilíbrio ecológico e, paralelamente, em uma existência humana digna, que associe os elementos socioculturais e socioambientais.

Compreendido por essa última vertente, ou seja, como uma imposição jurídica de feição constitucional, o DS estará dotado do potencial de otimização que é inerente aos princípios constitucionais. Portanto deverá ser invulnerável às oscilações de interesses casuísticos. Concebido como um princípio

constitucional, não importará quem sejam os dirigentes estatais, nem quais sejam os interesses envolvidos: a exigibilidade jurídica do desenvolvimento sustentável restará indene diante de eventuais mutações políticas e/ou econômicas de circunstância.

3 SOCIOBIODIVERSIDADE: CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E PROTEÇÃO AMBIENTAL

É nesse cenário que deverá ser inserido o debate sobre a sustentabilidade ecológica e os direitos e interesses das comunidades aparentemente pouco favorecidas no plano jurídico. Com efeito, no Brasil, as mazelas e os preconceitos sociais impõem enorme resistência à ascensão das comunidades tradicionais às arenas de deliberação política.

A sociedade brasileira não se enxerga multicultural e pluriétnica, e o projeto de desenvolvimento que todos os governos têm assumido não dá lugar a outro modelo que não o da sociedade de consumo. No contexto do capitalismo, a política ambiental não raro é perversa com aqueles que conservaram, por meio do uso tradicional da terra e dos recursos naturais, as áreas naturais ainda existentes (CASTILHO, 2005, p. 18).

Essa referência é ainda mais relevante se se tiver em vista a consolidação de uma *cidadania ambiental* em um mundo a um só tempo cosmopolita e localista. É que a sociedade de consumo preconiza ideias e induz comportamentos com pretensões universais, em detrimento de multifacetadas características culturais que dão ensejo a peculiaridades culturalmente localizadas.

Porém essa percepção cosmopolita, que tende a tornar invisíveis as comunidades tradicionais – ao seduzi-las com a universalização dos costumes, especialmente o apelo ao consumo –, não dá conta de apreender todas as vicissitudes produzidas e reproduzidas pelas vigentes

relações de poder/aceitação e comando/sujeição entre Estados, indivíduos, comunidades, organizações sociais e corporações econômicas. Nesse contexto, observa Santos (2006, p. 441):

[...] o cosmopolitismo subalterno e insurgente tem tido êxito em demonstrar credivelmente a existência de alternativas à globalização hegemônica, neoliberal. Por esta razão, o que denominamos de global e globalização não pode ser concebido senão como o resultado provisório, parcial e reversível da luta permanente entre dois modos de produção de globalização, ou seja, entre duas globalizações rivais [...].

Os interesses localistas das comunidades tradicionais, por exemplo, colidem muitas vezes com os interesses universalizantes, representados pelo Estado e/ou pelas corporações econômicas³. Entre os instrumentos de resistência cívica e cultural dessas comunidades, o aparato jurídico poderá ser bastante útil, seja pela propositura de ações judiciais, seja pelo assessoramento em discussões contratuais, como nos contratos de uso dos conhecimentos tradicionais que podem ser firmados entre comunidades e grupos industriais, especialmente da indústria farmacêutica e de cosméticos.

Não obstante, um dos mais destacados trunfos a ser perseguido pelos operadores do direito, no que se refere às comunidades tradicionais, consiste na elaboração de novos instrumentais jurídicos e na reinterpretação de institutos aptos a agregar valor jurídico às pretensões dos grupos comunitários em defesa dos direitos coletivos. À evidência, é necessário dar vazão a novos paradigmas jurídicos, como a propriedade e a posse coletiva de bens culturais, de modo a proporcionar condições de defesa dos interesses de grupos cuja expressão social é pouco conhecida pelo restante da sociedade.

³ No caso da usina hidrelétrica (UIHE) de Belo Monte, no Pará, há tantos interesses diretos do aparato estatal (governos federal, estadual e municipal), quanto de grandes grupos econômicos que buscam auferir ganhos econômico-financeiros com o empreendimento.

Impende considerar que as comunidades tradicionais não poderão ignorar o diálogo com a lógica das relações de mercado. Afinal, de algum modo, todos participam da sociedade de consumo, e as comunidades tradicionais não poderão ficar inertes diante dessa realidade fática, pois, do contrário, estarão fadadas ao isolamento e à marginalização. Afinal, em pleno século XXI, ser “genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre pessoas” (SEN, 2000, p. 21). Interagir com o mercado é algo inerente ao mundo contemporâneo. Ao direito, compete o papel de mediador dessas relações.

Nessa função mediadora, entre a lógica de mercado e os interesses das comunidades tradicionais, será imprescindível para o direito rediscutir e reinterpretar – com apoio na ordem constitucional – o arcabouço teórico-jurídico que disciplina institutos já consagrados, como os de posse e de propriedade, e outros cuja dinâmica é igualmente complexa, como a apropriação individual de conhecimentos tradicionais coletivos, as patentes para grupos comunitários, os contratos coletivos etc.

Importa anotar que a inserção das comunidades tradicionais (inclusive das etnias indígenas) no mundo global do consumo implica o reordenamento das perspectivas e das aspirações dessas comunidades. Interagir ativamente no mercado de consumo exige assimilar a noção de proporcionalidade entre direitos e obrigações, e as comunidades deverão saber lidar com isso. No entanto a questão central reside em assegurar que os vínculos de ancestralidade e as peculiaridades históricas e sociais dessas comunidades não sejam diluídos em meio ao mosaico cultural da sociedade de consumo.

À evidência, não se trata de proclamar a estagnação no tempo, pois qualquer modelo de organização social tende a adquirir novas feições ao longo de sua trajetória histórica. Porém é relevante incrementar um diálogo que potencialize não apenas os interesses da lógica da sociedade de mercado, mas,

sobretudo, o *modus* das comunidades tradicionais, como quilombolas, caiçaras, quebradeiras de coco-babaçu, ribeirinhos etc., além dos povos indígenas, os quais recebem tratamento constitucional específico (art. 231 da Carta Federal).

Poderá, assim, subsistir uma saudável tensão cultural, marcada pela coexistência de benefícios recíprocos que, não vulnerando a diversidade das manifestações socioculturais típicas de comunidades, proporcionem-lhes retorno socioeconômico e visibilidade política.

Assim, muito embora constitua uma realidade de cariz global, do ponto de vista jurídico, o desenvolvimento sustentável deverá ser interpretado sempre à luz da Constituição Federal. A aplicação prática desse postulado consistirá em uma interpretação sistemática e extensiva, impregnada de um significado que contemple a ideia da diversidade cultural como mais um elemento a ser acrescido à equação desenvolvimento x sustentabilidade ecológica.

Dessa maneira, o desenvolvimento econômico e o bem-estar social – duas das mais caras promessas republicanas – estarão irremediavelmente vinculados ao reconhecimento da *sociobiodiversidade*, que, mais que a junção de três vertentes, representa um imperativo categórico-jurídico. Esse imperativo congregará a proteção ambiental tanto em seus aspectos naturais quanto culturais. Desse modo, a equação jurídica será do tipo: homem+natureza+cultura = desenvolvimento integral. Assim, a tutela jurídica contemplará a diversidade (étnica, cultural e biológica) e o bem-estar material como um único bem jurídico tutelável.

A abrangência da ideia de sustentabilidade, concebida pela ótica da *sociobiodiversidade*, passa a ser uma exigência jurídica. Trata-se de dar, a um só tempo, um sentido prático à cidadania ambiental e à identidade nacional que, ao invés de uniformizar comportamentos, protegerá e estimulará o respeito à diversidade étnica e cultural. Esse referencial está em consonância com

os postulados inseridos em nossa Carta Cidadã, a qual, ao longo de seu texto, respeita tanto o ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e o exercício da individualidade-cidadã (art. 5.º), quanto os bens culturais materiais e imateriais (art. 215).

Reafirma-se, então, a ideia segundo a qual somente com apoio em um modelo conceitual que conceba o desenvolvimento sustentável como um princípio jurídico – e, por isso, como um comando normativo de caráter cogente, por integrar a ordem constitucional – será possível balizar a atuação das instituições estatais e dos grupos econômicos.

Por óbvio, esse balizamento terá inflexões nos âmbitos legislativos e judiciários e, embora a expressão desenvolvimento sustentável nem sequer esteja contida literalmente no texto constitucional, a sua objetivação jurídica “resulta da compreensão do novo desenho institucional demarcado pela expansão da economia de mercado” (SANTANA, 2010, p. 53):

Ainda que não se adentre na seara econômica propriamente dita, interessa reconhecer o contexto econômico no qual está inserto o ideário sintetizado na noção de sustentabilidade, pois é nesse ponto que reside a crise ambiental a qual, em última instância, reflete a entropia típica do modelo hegemônico de apropriação dos bens naturais (SANTANA, 2010, p. 53).

A necessidade de estender o debate público sobre o meio ambiente para além de uma versão ecodesenvolvimentista emana da evidência dos inúmeros problemas materiais. Os grandes desastres ecológicos, a extinção ou a ameaça de extinção de espécies animais e vegetais, o empobrecimento e a desertificação do solo, a escassez de água e o aquecimento climático, por exemplo, ilustram apenas a face ecológica da problemática ambiental.

Esses mesmos eventos e tantos outros, no entanto, também acarretam problemas socioculturais de forma mediata ou imediata. Inúmeras vezes a perda de ambientes

naturais afeta o modo de vida de culturas locais, como ocorre com o crescimento de monoculturas nas regiões Norte e Centro-Oeste que, ao reduzirem os espaços florestais, contribuíram para o deslocamento de populações camponesas para as cidades, onde, de regra, vivem em áreas periféricas, sendo vítimas de injustiça ambiental e social.

É intuitivo que a finitude dos recursos naturais e o crescimento demográfico acelerado são fatores que desafiam as equações da economia e das ciências tecnológicas – ávidas para dar conta das fortes demandas por insumos, bens e produtos em um mundo estigmatizado pelas leis do mercado. É sabido que o crescimento demográfico e o consumo contribuem, fortemente, para pressionar os ambientes naturais. Isso gera reflexos tanto no meio urbano quanto no rural, causando problemas de ordem sanitária e poluente, pressão pela ocupação de áreas ainda verdes e o deslocamento de grupos sociais originariamente não urbanos para as periferias das cidades, onde vivem em precárias condições materiais.

No entanto, visto pelo prisma do mercado, o quadro de degradação ambiental também proporciona o surgimento de oportunidades, diante de novos ciclos da economia global, com a substituição de tecnologias e de processos produtivos. A criação e a promoção de novas tecnologias e de novas cadeias econômicas, que tendem a adequar-se ao chamado *mercado verde*, conformam uma linha de produtos e serviços chamados de *ecologicamente sustentáveis*. Nessa perspectiva, os conhecimentos oriundos de comunidades tradicionais, antes associados apenas a um modo de vida simplório e primitivo, mudaram a partir do século XX:

[...] passaram a ser vistos sob uma ótica utilitarista decorrente do novo cenário científico e tecnológico que se delinea e que ganha contornos claros com a ascensão de novas tecnologias, as quais passam a identificar nesses recursos um forte potencial industrial (MOREIRA, 2006, p. 25).

No panorama antecedente, o ideário ecodesenvolvimentista serve de conduto para a interação entre grupos

econômicos organizados e as comunidades tradicionais, que nem sempre possuem razoável capacidade de governança. Por vezes, nessa interação, são subtraídos sorrateiramente das comunidades os conhecimentos coletivamente construídos ou mesmo a sua imagem para fins publicitários (afinal, *é fashion* ser uma empresa “verde”).

Em outras ocasiões, as corporações econômicas adquirem financeiramente direitos sobre o uso de conhecimentos coletivos ou sobre a imagem das comunidades tradicionais. Contudo interessa verificar se, em tais circunstâncias, essas relações negociais resguardam a impossibilidade de apropriação privada e individual de conhecimentos cuja titularidade é coletiva.

É tempestivo, portanto, tecer considerações no sentido de estimular o debate jurídico sobre a sustentabilidade ambiental e o paradigma da sociobiodiversidade. Essa discussão escapa ao estreito dilema entre o desenvolvimento econômico (com as tecnologias que se prestam a dar conta do efervescente consumo de bens) e o equilíbrio ecológico (como a redução dos gases de efeito estufa). É que os impactos da intervenção humana na natureza, no contexto da sociedade de consumo, também ameaçam a sobrevivência de várias comunidades e de seus costumes e tradições, que, ao longo de gerações, interagem harmonicamente com o ambiente.

4 CONCLUSÃO

A degradação ambiental, em última instância, põe em xeque a própria ideia de civilização, porquanto os interesses envolvidos são bastante complexos e as soluções possíveis dizem respeito a todas as sociedades inseridas no âmbito dos Estados. O desenvolvimento sustentável aponta, necessariamente, para o reconhecimento de que a degradação ecológica não alcança todos os povos com a mesma intensidade. São (e serão) mais afetados aqueles destituídos de força (política e econômica) nas arenas deliberativas.

No entanto uma compreensão jurídica desse fenômeno não poderá reduzi-lo aos aspectos econômicos e ecológicos. Por isso, o discurso ecodesenvolvimentista deve possuir enfoques distintos, destinados a potencializar as peculiaridades socioculturais existentes entre as diversas comunidades que, historicamente, interagem com o ambiente em equilíbrio saudável.

Em suma, a sociobiodiversidade deverá ser vista como condição necessária na busca do equilíbrio ecológico. Isso incrementa a ideia de desenvolvimento sustentável, na medida em que qualquer noção de desenvolvimento deve ser concebida em seu sentido integral, o que inclui o reconhecimento da importância das comunidades tradicionais para a conservação do ambiente natural, sem a perda da sua identidade cultural.

Todavia, ao reconhecer a importância da sociobiodiversidade para a realização das promessas e dos valores republicanos (erradicação da pobreza, promoção social, tutela do meio ambiente etc.), o direito promoverá uma intensa rediscussão de conceitos como posse, propriedade, apropriação individual de conhecimentos tradicionais coletivos, patentes, contratos coletivos etc., relativizando sua rigidez em benefício de uma lógica de mercado socialmente inclusiva. Essa tarefa, mais que um desafio, é uma necessidade.

REFERÊNCIAS

- AACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- BUARQUE, Cristovam. Outras intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANNA, João Nildo (Org.). **Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CASTILHO, Ela Wiecko. Prefácio. In: SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 17-18.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DIEGUES, Antonio Carlos Santana. **O mito moderno da natureza intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.
- MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **A Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas**. Belém: UFPA/NAEA, 2006. cap. 2. Tese (Doutorado) - Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido – Núcleo de Altos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2006.
- REICHHOLF, Josef. **Breve história da natureza no último milênio**. São Paulo: Senac, 2008.
- ROCHA, Ana Flávia (Org.). **A defesa dos direitos socioambientais no judiciário**. São Paulo: Instituto Sócio Ambiental, 2003.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- SANTANA, Raimundo Rodrigues. **Justiça ambiental na Amazônia: análise de casos emblemáticos**. Curitiba: Juruá, 2010.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.



Hugo Otávio Tavares Vilela

Além do Direito: da necessária formação multidisciplinar do Juiz

Resumo

O artigo examina os diferentes papéis, políticos e jurídicos, desempenhados pelo Juiz; papéis cujo desempenho exige do magistrado uma formação não apenas jurídica, mas multidisciplinar, combinando elementos que vão desde a Economia até a Filosofia e Medicina. Tal formação multidisciplinar do Juiz nem sempre é vista com bons olhos pelo público, pois ainda persiste a concepção de que o Juiz deve ser “puro”, isto é, que traga em mente apenas as ideias do legislador, apreensíveis da lei.

Palavras-chave

Juiz. Política. Formação. Multidisciplinaridade.

Abstract

The article examines the distinct political and juridical roles performed by the judge. The executions of such roles demand formal knowledge from the judge which are not narrowed to the juridical area, but interdisciplinary as it combines elements that cover economy, philosophy and medical sciences. The multidisciplinary nature of the judge's formation is not always well regarded by the population, as the conception of the judge's “purity” still remains, that is, a judge should bring in mind, exclusively the ideas of the legislator, able to be learned from the law.

Key words

Judge. Politics. Formation. Multidisciplinarity

Além do Direito: da necessária formação multidisciplinar do Juiz

Beyond the right: on the necessary multidisciplinary formation of the Judge

Hugo Otávio Tavares Vilela*

* Juiz Federal. Presidente do Comitê Executivo de Goiás do Fórum de Saúde do Judiciário – Conselho Nacional de Justiça (CNJ). E-mail: hugo.vilela@trf1.jus.br

1 OS PAPÉIS JUS-POLÍTICOS DO JUIZ

Entre os vários papéis que a política atribui ao Judiciário como poder estatal, três merecem destaque no presente texto. Em primeiro lugar, cabe ao Judiciário fazer com que o jogo democrático faça sentido. Para tanto, deve zelar para que o que foi decidido pelas forças políticas como sendo lei seja efetivado como tal na prática. Pode o juiz amplificar as virtudes e minimizar os defeitos da legislação, mas não a ponto de descaracterizá-la, pois isso desacredita a democracia perante as forças políticas do país, uma vez que não há sentido em discutir e decidir democraticamente o que é lei se esta não é seguida, ou é distorcida.

Em segundo lugar, muito embora a atuação judicial deva prestigiar aquilo que objetivamente se pode entender da lei, não deve o Judiciário esquecer de que o contrato social não foi celebrado só pelo Legislativo e pelo Executivo, mas pelo Estado como um todo para com o povo. Estado este que compreende o Judiciário. Dessa forma, a título de exemplo, deve-se atentar que muito embora o Judiciário não possa ditar políticas públicas, tampouco pode se referir aos

compromissos assumidos pelo Estado para com o povo como obrigações de outrem. Pela mesma razão, não pode aplicar a lei ao caso concreto sem ponderar os efeitos que tal aplicação terá na sociedade ¹, pois lhe cabe zelar pelo bem-estar da população tanto quanto os demais poderes. Em terceiro lugar, o Judiciário é gestor da ordem jurídica, tanto quanto o juiz é gestor do processo. É um armador que, tendo recebido um barco desmontado do legislador, percebe que lhe faltam peças ou que o projeto não levou em conta todos os mares que o barco deveria singrar. Feita essa constatação, põe-se o armador a montar o melhor barco possível, o que o obrigará a utilizar peças para funções diferentes das que lhes cabiam no projeto original, mas sem nunca

¹ Há um rico e longo debate sobre o quanto as possíveis consequências de determinada decisão jurídica influenciam ou devem influenciar a decisão em si. Para esse debate: Atienza (2006, p. 133-135). Sobre tal aspecto, há de se notar que a necessidade de se medir as consequências de uma decisão não se confunde, necessariamente, com o que se tem chamado de pragmatismo, corrente esta que, em momentos extremados, chega a recomendar ao juiz que simplesmente decida da forma que melhor convier aos interesses da coletividade, pouco se atendo à lei. Em verdade, não há antagonismo real e apriorístico entre seguir fielmente a lei e priorizar as consequências práticas da decisão, sendo incorreto afirmar que tais posturas só incidentalmente coincidem. Aquele que aplica fielmente a lei pode estar agindo dessa forma por concluir que, embora as consequências práticas de sua decisão possam ser drásticas, as consequências de um distanciamento entre lei e Estado, ou entre lei e sociedade, seriam ainda mais sérias. Tal concepção é vista em Kant (apud ARENDT, 2006, p. 224), como também em Ronald Dworkin (2006, p. 61.).

poder se desviar do projeto a ponto de desfigurá-lo. É essa nau canhestra, assemelhada à que fora projetada, que transportará a nação por todos os mares, com a particularidade de que o armador compõe a tripulação e, ao longo da viagem, vai reformando, às vezes refazendo a embarcação sem que para tanto possa atracar. Deve fazê-lo em alto mar ², o que não atribui qualquer superioridade em relação ao legislador - carpinteiro-mor – que fez as peças e o plano original do barco, nem em relação ao capitão que, como o carpinteiro-mor e o armador, também segue viagem. Na verdade, o que aqui se vê é a concretização de um comentário de Edmund Burke (*apud* POPPER, 2007, p. vi):

Em meu caminho, tenho conhecido e, conforme meu desejo, cooperado com grandes homens; e eu ainda não vi qualquer plano que não tenha sido aprimorado pelas observações daqueles muito inferiores em entendimento do que aquele que teve a iniciativa da coisa.

2 DA FORMAÇÃO QUE PERMITE O BOM DESEMPENHO PELO JUIZ DE SEUS PAPÉIS JUS-POLÍTICOS

Tendo em vista essas funções do Judiciário, não é difícil concluir que aqueles que militam na prática forense, fazendo parte do que denominamos sistema judiciário, isto é, juízes, advogados e membros do Ministério Público devem estar atentos ao que se passa em campos do conhecimento que não o jurídico, para que possam dar contribuições valiosas à contínua construção e reconstrução do barco, o que não poderiam fazer se só soubessem direito. Contudo, muito embora a noção de que advogados e membros do Ministério Público devem ser profissionais multidisciplinares seja facilmente aceita,

² Esta segunda ilustração, do Judiciário como um armador que segue reformando o barco durante a viagem, constitui variação de uma imagem proposta por Otto Neurath, e posteriormente por W. V. Quine, a qual não se refere especificamente aos juízes, mas a todos aqueles que se propõem a usar a razão (*apud* NOZICK, 2001, p. 2). Há, também, notáveis pontos de semelhança entre a metáfora aqui lançada e a metáfora que Norberto Bobbio (2008, p. 69-70) faz entre o jurista e o artesão.

a ideia de juízes com visão multidisciplinar nem sempre é bem-vinda. Se, por um lado, exige-se do juiz que profira decisões que levem em conta fatores outros que não o direito em estrito senso ³, como as consequências sociais e econômicas de sua decisão, o que implicitamente lhe exige o conhecimento de assuntos extrajurídicos, persiste a ideia de que o juiz deve ser “puro”, tanto no sentido de intocado por sentimentos negativos, como a maldade ⁴, quanto no sentido de intocado por ideias outras que não as do legislador ⁵. Essa noção de uma necessidade de “pureza” do pensamento do juiz, de que ele conheça somente a lei, parece ter ido e vindo ao longo da história, o que seria ilustrado pelo fato de que a imagem da deusa grega que simboliza a justiça – Têmis – ter sido retratada com (Idade Média e, na maioria dos países, até hoje) e sem venda nos olhos (Antiguidade) ⁶.

Tal noção, que defende o juiz de mentalidade simplória, ou exclusivamente jurídica, deve ser superada por diversas razões: a) mesmo em casos que não podem ser considerados difíceis, é frequente que o juiz, para solucionar o problema, tenha de se valer de elementos que não se encontram no ordenamento positivo, ou mesmo na Ciência Jurídica ⁷; b) ainda que se admitisse que o juiz só precisaria buscar soluções fora do ordenamento positivo em casos difíceis, o fato é que ele não poderia esperar que lhe chegasse às mãos um caso difícil para, só então, tentar obter uma formação multidisciplinar que lhe permitisse melhor

³ Admite-se, inclusive, que o juiz possa optar entre trazer ou não à baila um questionamento jurídico que seria pertinente ao caso concreto. Essa é a concepção externada por Hugo Lafayette Black (1970, p. 36) na seguinte passagem: “[...] Apresentam-se ocasiões em que o bem público reclama, em altos brados, que se ponha fim as dúvidas constitucionais sobre leis que podem afetar, de modo vital, as vidas e os costumes de milhões de pessoas”.

⁴ Tal ideia de pureza do juiz remonta a Platão (2006, p. 82).

⁵ Também essa noção está presente em Platão (2006, p. 285). Na mesma linha, vê-se o pensamento de Hobbes (1985, p. 328).

⁶ Loughli (2000, p. 55-63).

⁷ Nesse sentido, a opinião de Hart (2006, p. 314 – pós-escrito). No que tange a Dworkin, embora seu posicionamento tenha mudado desde O Império da lei, o fato é que permanece distinguindo os casos difíceis dos demais, parecendo indicar que elementos extra-jurídicos, ou ligados ao direito por seu conceito de integralidade, só seriam necessários nos casos difíceis.

compreender e resolver a questão ⁸; c) as teorias que criticam a formação multidisciplinar do juiz, que por vezes louvam uma mentalidade judicial simplória, ou elogiam o magistrado culto porém pragmático, estão, na verdade, a condenar um aprofundamento em certas áreas do conhecimento extrajurídico, como Filosofia mas, implícita ou explicitamente, preconizam maior formação do magistrado em outras áreas também extrajurídicas, principalmente Economia⁹; d) os defensores destas mesmas teorias, que costumam condenar em seus textos o aprofundamento do juiz nos campos Deontologia e da Ciência Política, não se mantêm em estrito pragmatismo, consequencialismo ou positivismo quando examinam casos práticos complexos ¹⁰, e acabam por se enveredar pelos caminhos que tanto condenam, isto é, da deontologia e da ciência política; e) os sistemas jus-filosóficos mais bem construídos, que estabelecem teorias mais “puras” do direito, como as de Kelsen e Hart, não são incompatíveis com a utilização simultânea de outras formas de investigação da verdade¹¹;) as

⁸ Esta visão se encontra em Dworkin (2006, p. 54-55).

⁹ É o que se vê, por exemplo, na opinião de Posner (2008, p. 209, 212), que defende que as faculdades de direito estabeleçam vasta carga horária para Matemática, Estatística, Ciência, Tecnologia e, diferentemente do que parece ter sido sua opinião em obras anteriores, Ciência Política.

¹⁰ Dworkin exemplifica com a maneira pela qual Richard Posner analisou casos julgados pela Suprema Corte americana referentes à eutanásia (2006, p. 86-87).

¹¹ Operadores do direito, como regra geral, não possuem formação filosófica suficiente para empreender a construção de sistemas filosóficos densos que expliquem, de forma abrangente e satisfatória, o fenômeno jurídico. Esta, segundo Dworkin (2006, p. 140) é a visão de Hart. No entanto, tal relato parece excessivo. Hart entendia que o reconhecimento de uma norma como jurídica pelos operadores do direito requer conhecimentos distintos daqueles necessários à estruturação de um sistema filosófico. Além disso, entendia que a atuação fragmentária dos juízes nos casos concretos pouco habilitava-os a traçar, a partir dos casos, vastos sistemas normativos como o fazem os legisladores. Contudo ele também entendia que o trabalho do juiz assemelhava-se, em certas situações, a de um legislador (op. cit., p. 336). Outro aspecto é que a intenção de Hart (2006), ao menos no posfácio que escreveu ao seu O conceito da lei, era negar a concepção de Dworkin de que o juiz deve haurir, para os casos concretos, respostas a partir de um suposto sistema normativo, muito fugidivo e abstrato, que existiria, segundo Dworkin, em decorrência da ideia que este defendia de integralidade do direito. Hart, portanto, intentava rejeitar a visão do juiz “Hercules”, elaborada por Dworkin, e não tanto considerar o ofício de julgar um trabalho intelectualmente menor. De qualquer forma, o fato é que o sistema filosófico que criou não se incompatibiliza com o uso simultâneo, pelo operador do direito, de outras ferramentas que lhe permitam melhor compreender e resolver a questão que lhe é posta. O mesmo se pode dizer do sistema criado por Kelsen, sendo que, segundo seu pensamento, deveria haver uma preponderância do pensamento normativo sobre o extra-jurídico, não

concepções de que o trabalho do juiz deve tender para o tecnicismo partem, direta ou indiretamente, do pressuposto de que só chegarão ao juiz problemas passíveis de serem resolvidos pelo tecnicismo, o que é desmentido pela evidência prática, observável por qualquer operador do direito minimamente experiente¹²; g) os que defendem que o trabalho do juiz deve tender para o tecnicismo, ou para o pragmatismo ou consequencialismo puros, se esquecem do papel estruturante que o trabalho do juiz exerce na ordem jurídica, pressupondo que esse papel estruturante só é exercido pelo legislador, e que o juiz pode optar por realizar uma atuação fragmentária, em que as soluções dadas em diferentes casos não precisam fazer sentido quando vistas em conjunto¹³; h) os que criticam a necessidade de o juiz se aprofundar em campos, como o da Ciência Política e da Ética, subestimam, claramente, a complexidade de ambas, esquecendo-se também da duplicidade do trabalho do juiz que, com sua atuação profissional, isto é, nos processos, deve resolver os casos concretos de maneira juridicamente correta e justa e, ainda, por meio dessas mesmas decisões, mover-se adequadamente no jogo de xadrez permanente que trava com os demais poderes; i) aqueles que se negam a enxergar qualquer dimensão política na atuação do magistrado perante os demais poderes têm dificuldade em negar que diferentes esferas do Judiciário podem interagir numa dinâmica que não pode ser explicada

havendo incompatibilidade. Nesse aspecto, de grande pertinência o comentário de Norberto Bobbio: “Acrescentemos que Kelsen dedicou algumas páginas eloquentes e essenciais para refutar tal acusação, explicando a diferença que vai da determinação dos comportamentos de fato, tarefa própria das ciências naturalistas, e a determinação da validade jurídica propriamente dita, concluindo não existir nenhuma incompatibilidade entre um método e outro, no máximo um primado da jurisprudência normativa sobre a Sociológica, devido ao fato de que a Ciência Sociológica do Direito pressupõe o conceito de Direito dado pela jurisprudência normativa” (2008, p. 49).

¹² Em sentido semelhante ao ora defendido, milita a opinião de Dworkin (2006, p. 73-84).

¹³ Esta crítica encontra-se relatada em Habermas (1998, p. 201), dirigindo-se ao chamado realismo jurídico.

como simples divergência de entendimento técnico, de que é exemplo, no Brasil, a complexa relação entre os tribunais superiores e as demais cortes e juízes singulares do país, relação esta que não pode ser plenamente entendida sem que se examinem conceitos de Ciência Política; j) os doutrinadores, de um modo geral, subestimam as possibilidades jus-político-filosóficas dos casos concretos, não percebendo que, menos que limitações ao raciocínio e à criação jurídica, são verdadeiros trampolins para a mente, que podem levá-la aonde jamais chegaria sem eles¹⁴; l) os legalistas mais renitentes não podem negar que, defrontados com casos concretos difíceis, veem-se obrigados a, no mínimo, transitar entre a interpretação literal e a interpretação histórica, sendo que o manejo desta exige que lancem mão de recursos de História, Sociologia, Economia¹⁵; m) categorias tradicionais do Direito, como a analogia, não constituem conceitos fossilizados, sendo permanentemente revistos em sua essência e uso, em discussões que, no mais das vezes, não ocorrem em nível jurídico estrito mas antes em nível filosófico, cabendo ao operador do direito, para se integrar a essas discussões, estar apto a manejar estruturas filosóficas¹⁶; n) sem um domínio de Ciência Política, Psicologia e Estatística, não é possível compreender adequadamente como se deu a união de vontades no parlamento para aprovação da lei; o) sem conhecimentos de Psicologia, Antropologia, Sociologia, Política e Estatística, os juízes não estarão aptos a compreender os diversos estudos que vem sendo realizados para compreender e prever

¹⁴ Nesse equívoco, incorrem muitos autores. Dworkin parece entender que a forma de se raciocinar os casos concretos tende a levar a formulações restritas a categorias normativas e princípio (2006, p. 54-55). No que diz respeito a Hart, sua posição é ambígua. De um lado, parece considerar os casos concretos como elementos essenciais para a densificação do sistema jurídico, sem os quais ele permaneceria incompleto (2006, p. 143). Já em outras passagens, parece considerar os casos concretos verdadeiras e sérias limitações ao raciocínio jurídico de maior porte (2006, p. 336, pós-escrito).

¹⁵ Corroborando o que vai aqui defendido, vê-se o comentário de Dworkin às mudanças de perspectiva percebidas em entendimentos de Antonin Scalia, ministro da Suprema Corte americana (2006, p. 124-125).

¹⁶ Para uma análise inovadora da analogia, veja Lloyd L. Weinreb (2008).

o comportamento dos juízes¹⁷; e jurados, nem os estudos que tentam definir o perfil dos candidatos à magistratura que são ou deveriam ser selecionados (YALOF, 2010); sem conhecimentos adequados de Psicologia, Sociologia e Política, o magistrado não estará apto a entender o comportamento das cortes de seu país, ou de países diferentes¹⁸; q) desprovido de conhecimentos suficientes de psicologia, não poderá o juiz alcançar um nível ótimo de desempenho na colheita e exame da prova, principalmente depoimentos em audiências; r) sem conhecimentos suficientes de Neurologia, Psiquiatria e Biologia, o magistrado permanecerá ao largo de interessantes e profundos estudos que vêm sendo feitos sobre as qualidades ético-normativas do cérebro humano¹⁹.

3 DO NECESSÁRIO EQUILÍBRIO DOS ELEMENTOS JURÍDICOS E EXTRAJU-RÍDICOS NA FORMAÇÃO DO JUIZ

Há de prevalecer, portanto, a concepção de que o juiz deve conhecer não somente a lei, mas também outros campos do conhecimento, mormente aqueles que se avizinham do direito, geralmente enquadrados na designação genérica “ciências sociais”. Principalmente, tem-se hoje como consensual que o juiz deve conhecer bem a sociedade da qual emana e à qual se aplica a lei, e conhecer bem a sociedade implica examiná-la por meio de diversos e complementares instrumentos²⁰, como a Ciência

¹⁷ Um panorama detalhado desses estudos é fornecido por Richard Posner (2008, p. 19-123).

¹⁸ Michael Walzer, a partir de lição de Patrick Atiyah, traça curioso paralelo entre o comportamento das cortes inglesas e americanas (2004, p. 380).

¹⁹ Entre as obras que se destacam nessa área está a editada por Semir Zeki e Oliver Goodenough (2009).

²⁰ Entenda-se como consensual a ideia de que o juiz deve conhecer a sociedade. Não há, entretanto, consenso sobre a maneira como deve conhecê-la. Por exemplo, nas jurisdições de common law persiste a noção, bastante difundida, de que a tarefa do juiz é de trazer a lume aquilo que a comunidade já considera como lei, o que só poderia ser obtido através de uma observação e uma vivência mais “simples” e menos científica da comunidade. Esta ideia parece estar presente no pensamento de Edward Levi (2005, p. 1). Para um panorama dessa concepção, temos a lição de Roger Cotterrell (2003, p.

Política e a Economia, sendo esta comumente considerada tanto uma ciência exata quanto uma ciência social²¹. Por essa razão, há de se ter claro que a formação continuada deve abarcar outros campos do conhecimento que não o estritamente jurídico. Em tal sentido, o Código de Ética da Magistratura nacional preconiza, em seu art. 31, que: "A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais".

Desse modo, quando alguém se depara, em um tribunal, com uma imagem de Têmis de olhos tapados, deve entender que se trata de um símbolo da neutralidade da justiça, que deve ser aplicada independentemente de a pessoa julgada ser rica ou pobre, poderosa ou comum, mas não como um símbolo de uma instituição ensimesmada, voltada para um conhecimento árido, que ignora as diversas facetas do mundo e que, por isso, é facilmente enganada e conduzida para onde queiram levá-la. Como ilustrou Martin Loughlin (2000, p. 55-63), a justiça tem os olhos tapados, mas não é cega.

Por outro lado, a constatação da necessidade de o juiz possuir conhecimento multidisciplinar não o habilita a exageros, como posicionamentos que desconsideram ou atribuem menor valor ao conhecimento jurídico, ou mesmo que atribuem

menor importância à norma jurídica para a solução dos problemas práticos que chegam ao magistrado. Esta advertência já se encontrava em lição antiga de Bobbio, dirigida ao realismo jurídico:

Não precisamos gastar palavras para mostrar a falácia da redução de toda pesquisa científica à ciência natural e da consequente aplicação do método das ciências naturais a todos os territórios do saber. Já tivemos a chance de evidenciar a complexidade do problema e a que consequências absurdas conduz o ingênuo cientificismo dos neo-realistas (BOBBIO, 2008, p. 49).

Necessário, pois, que os operadores do direito, também e principalmente os juízes, estejam em permanente busca de uma compreensão multifacetada, portanto mais completa, da realidade, sem descuidar das especificidades da Ciência Jurídica.

REFERÊNCIAS

- ARENDRT, Hannah. *Between past and future*. Introduction by Jerome Kohn. Penguin Books: Penguin Classics, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.
- BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na constituição*. 1. ed. Tradução de Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Revisão de Paulino Jacques. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Ed. UNESP, 2008.
- COTTERRELL, Roger. *The Politics of Jurisprudence*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- COUTINHO, Diogo R. O diálogo caricato entre Direito e Economia. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, 28 out. 2005. (Caderno Legislação e Tributos).
- DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Translated by William Rehg. 1st. ed. Massachusetts: The MIT Press, 1998.

25). Ademais, tem-se apresentado, com frequência, o problema de se saber o quanto o juiz deve se aproximar da sociedade sem que isso implique sua fragilização institucional, pois passaria a ter dificuldade em exercer juízos técnicos ante o clamor social por juízos menos técnicos e mais intuitivos (VERMEULE, 2009, p. 183). Tal questionamento se faz cada vez mais importante conforme avançam e se difundem formas de participação direta da sociedade civil nas tomadas de decisão estatais, como as audiências públicas em processos judiciais de repercussão geral e as enquetes pela internet sobre temas pendentes de julgamento pelos tribunais. Sobre diferentes formas de participação direta e seu embasamento teórico ver Sintomer (2010).

²¹ Sobre a necessidade de diálogo entre Direito e Economia, de grande importância a opinião de Diogo R. Coutinho (2005).

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Edited with an Introduction by C. B Macpherson. London; New York: Penguin Books, 1985.

LEVI, Edward. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOUGHLIN, Martin. **Swords and scales: an examination of the relationship between law and politics**. Oxford; Portland, Or.: Hart, 2000.

NOZICK, Robert. **Invariances: the structure of the objective world**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

PLATO. **Laws**. Translated by Benjamin Jowett. Mineola, NY: Dover Publications, 2006. (Dover Philosophical Classics).

PLATO. **The Republic**. Translated by Benjamin Jowett. Mineola, NY: Dover thrift editions, 2000. (Dover Philosophical Classics).

POPPER, Karl. **The open society and its enemies**. London: Routledge, 2007.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, MA: Harvard University Press, c2008.

SINTOMER, Yves. **O poder ao povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa**. Tradução de André Rubião. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010

VERMEULE, Adrian. **Law and the limits of reason**. New York: Oxford University Press, 2009.

WALZER, Michael. **The law-making process**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

YALOF, David A. Filling the bench. In: **The Oxford handbook of law and politics**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 469-486.

ZEKI, Semir; GOODENOUGH, Oliver. **Law & the brain**. New York: Oxford University Press, 2009.





Antonio Carlos Marcato Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça

Resumo

O autor analisa os interesses relacionados ao “consumidor da justiça”, quais sejam, o custo, a demora e a eficiência do resultado prático obtido por meio do processo, salientando que a demora excessiva na obtenção da tutela jurisdicional é a mais angustiante aflição e causa determinante, juntamente com o custo, da urgência imposta às reformas processuais que têm sido encetadas em inúmeros países. Destaca ser questão prioritária saber se as custas iniciais constituem obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário e se é dificultado ou negado o acesso à justiça aos que não as podem assumir. Questiona se a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita traduz-se no plano efetivo ou no meramente formal, aduzindo que, apesar de todas as Unidades da Federação terem organizado suas Defensorias Públicas, nem todos os foros contam com defensores públicos, persistindo a necessidade de nomeação de advogados dativos, com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil. Faz análise sobre a crise da justiça nos países que adotam os sistemas da *common law* e da *civil law*.

Palavras-chave

Crise. Justiça. Custas. Processo. Assistência Judiciária. Defensores Públicos. “Consumidor da Justiça”.

Abstract

This paper deals with the interests related to the “justice consumer”, namely, costs, tardiness and the efficiency of the practical result obtained by means of the legal procedures, emphasizing that the excessive delay in obtaining the judicial protection is the most anguishing affliction and together with the high costs involved, represents the leading cause for urgent reforms on legal procedures as already initiated in several countries. The paper also makes prominent the priority to find out if initial legal costs are an obstacle to the access to the Judicial Power and if the right to go to court is denied to those individuals who cannot afford them. It also questions if the constitutional guarantee of the free-of-charge judicial assistance is effectively practiced or if it is restricted to the formal level adding that, although all the Federal entities have organized their Offices of Legal Aid Services, not all fora have their public defenders, therefore, the need for appointing assigned counsels, with the collaboration of Brazilian Bar Association, still remains. The paper examines the crisis of the justice system in countries which adopt the common law system and the civil law.

Key words

Crisis. Justice. Costs. Procedures. Judicial Assistance. Public Defender. “Justice Consumer”.

Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça

Some Considerations on the Crisis of Justice

Antonio Carlos Marcato

Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), nos cursos de graduação e pós-graduação. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. acmarcato@uol.com.br

1 O BINÔMIO CUSTO-DURAÇÃO DO PROCESSO E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Discorrendo sobre os prejuízos que o custo e a demora injustificada do processo podem acarretar às partes, em trabalho anterior afirmamos que a evolução doutrinária das ideias, com a passagem do acesso formal ao acesso efetivo à justiça, interessa, direta e exclusivamente, ao círculo restrito dos cultores e dos operadores do Direito, embora influam decisivamente na vida do destinatário final da atividade jurisdicional. Ele não está preocupado com as causas da crise da justiça, nem com as soluções engendradas em sedes legal, doutrinária ou jurisprudencial para solucioná-la; nutre, apenas, a pragmática expectativa, natural a qualquer consumidor, de solução rápida, econômica e eficiente para a crise jurídica que o afeta, cabendo ao aparelho estatal, por sua vez, reconhecer e proteger, dentro do possível, o direito de quem o tenha. E, por certo, na esfera de interesses do consumidor do produto justiça, não ocupam espaço as questões

teóricas que afligem os processualistas, nem as causas que as determinam; interessam-no, sim, quando se vê na contingência de buscar o socorro judiciário, o custo e a demora do processo e, fundamentalmente, a eficiência do resultado prático por meio dele obtido (MARCATO, 2001, p. 19 et seq.).

Vedada a realização da justiça pelo particular, ao Estado incumbe o poder-dever de prestá-la por meio de seu aparato judicial e com a observância do devido processo, embora sem perder de vista a sua finalidade instrumental: se a todos é assegurado, incondicionalmente, o direito de reclamar a tutela estatal, somente têm direito à tutela jurisdicional efetiva aqueles que estejam amparados no plano do direito material. Mas essa efetividade não resulta exclusivamente da declaração da vontade concreta do direito – que é, afinal, apenas um dos fins do processo: analisado à luz de sua utilidade plena, processo efetivo é o capacitado para o cabal cumprimento de todos “os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências por outras vantagens”, tendo como ideia nuclear sua

capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam nos contextos jurídico, social e político –, daí o

empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfações por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas¹.

Afinal, não se pode perder de vista que a razão de ser de um sistema jurídico, criação da inteligência humana, repousa na necessidade também humana de busca de convivência pacífica em sociedade, mediante o reconhecimento dos direitos de cada um de seus integrantes, ou seja, da cidadania.

Na síntese do Ministro Celso de Mello (1997), a construção da cidadania pressupõe o reconhecimento de que “toda pessoa tem direito a ter direitos”. Ou, como salienta Dworkin (1999, p.15), “temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora”.

De total pertinência, pois, o alerta de Norberto Bobbio (1992, p.25):

o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não (é) mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Direito básico a ser assegurado a qualquer sujeito parcial do processo, a justa e correta distribuição da justiça pressupõe, da parte do Estado, a utilização de

¹ Cf. Dinamarco (2001b, p. 286, 266, 267).

instrumento (rectius: processo) idôneo e eficiente para a consecução desse objetivo (devido processo legal), mediante o reconhecimento e a satisfação dos legítimos interesses das partes.

Por isso mesmo, os obstáculos mais evidentes a serem superados pelo destinatário final da atividade jurisdicional são, imediatamente, o custo² e a duração do processo, com efeitos que podem ser devastadores: ora atuam como fator de pressão sobre a parte mais fraca, por vezes compelida a abandoná-lo ou a se sujeitar a acordos muito inferiores àqueles que seriam justos, ora geram resultados que, à luz da vantagem almejada pela parte, são ineficazes ou inócuos (MARCATO, 2001, p. 20); vale dizer, “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um ‘prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”, ao passo que a demora pode representar, ao final, a denegação da própria justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20, 21).

A conjugação desses fatores perniciosos acarreta o descrédito generalizado das instituições judiciárias e delas tende a afastar expressiva parcela do grupo social, gerando situações de litigiosidade contida, a que se refere Kazuo Watanabe (1985, p. 2), que, de um lado, demonstram a incapacidade estatal em resolver adequadamente todos os conflitos intersubjetivos levados à apreciação judicial e, de outro, abrem espaço para soluções menos ortodoxas, quando não ilícitas.

2 DIMENSÃO TEMPORAL DO PROCESSO

Estabelecidas essas premissas, soa quase acadiana a afirmação de que a demora excessiva na obtenção

² Levantamento realizado pelo Ministério da Justiça apontou que o custo estimado por processo, na média nacional, é de R\$ 1.848,00 por causa julgada, variando de um mínimo de R\$ 973,00 na Paraíba, até o máximo de R\$ 6.839,00 no Amapá. Os maiores custos foram os verificados, pela ordem, no Amapá, Amazonas, Pará e Rio de Janeiro, superiores ao dobro da média nacional. Os menores custos foram registrados, pela ordem, na Paraíba, em São Paulo, no Rio Grande do Sul, em Santa Catarina e Pernambuco, todos abaixo de R\$ 1.400,00 (DIAGNÓSTICO..., 2004).

da tutela jurisdicional é a mais angustiante aflição do “consumidor da Justiça” e causa determinante, juntamente com o custo do processo, da urgência imposta às reformas processuais que têm sido encetadas em inúmeros países³.

É antiga a preocupação com a excessiva dilação do processo. A Lei das Sete Partidas, do século XIII, estabelecia, entre as obrigações dos juízes, a de julgar bem e lealmente “todos los pleitos con la brevedad posible” e “dar justamente a los pleitos el fin más breve que pueda”⁴. Também preocupado com o acendrado formalismo do processo comum, a implicar sua excessiva duração, no início do século XIV, o Papa Clemente V editou a Clementina “saepe”, constituição que tornou o processo mais simplificado, sumário⁵.

Essa demora indevida não se confunde com a duração razoável do processo, ou seja, não é a que resulta do tempo programado para que ele produza resultados, com a observância de prazos prefixados, necessários ao controle judicial do curso e da maturação do processo; é, isto sim, a demora perniciosa, o tempo inútil, a paralisação indevida e injustificada do trâmite processual, resultante de fatores e circunstâncias no mais das vezes exógenos, como deficiências na estrutura dos órgãos auxiliares do juiz e na capacitação de seus servidores, comportamento abusivo da parte ou de seu patrono, em suma, as mazelas por todos conhecidas e cuja análise imporia estudo que foge aos escopos deste tópico.

A preocupação vem centrada, portanto, na observância do tempo programado para a obtenção

do resultado prático esperado do processo, em atenção à promessa do direito material. Essa é a mola mestra que impulsiona reformas constitucionais e processuais nos dias que correm, tendo por foco a busca de decisões justas, obtidas em prazo razoável e a custo suportável pelas partes. Busca utópica, talvez, mas indispensável à manutenção da crença na Justiça.

Não por acaso, deu-se o fenômeno da globalização do sistema de proteção dos direitos humanos⁶, expresso, no que se refere ao processo, no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao proclamar o direito, assegurado a toda pessoa, “a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei” – direito reafirmado pelo artigo 14, nº 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Na esteira dessas previsões – e com o objetivo de afastar, tanto quanto possível, os danos marginais resultantes da excessiva dilação processual –, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos estabelece, no primeiro inciso de seu artigo 6º, o direito a um processo equitativo, assim entendido aquele que se desenvolva publicamente, num prazo razoável, perante órgão judicial independente e imparcial. E, em caso de sua violação ou de qualquer de seus protocolos, atribui ao Tribunal de Estrasburgo a competência para conceder reparação à parte lesada, sendo o caso (art. 41).

Com pequenas variações, em seu artigo 8.º, inciso I, a Convenção Americana de Direitos Humanos igualmente confere esse direito à parte lesada pela demora da prestação jurisdicional. Decidindo que

³ Não se perca de vista, com Barbosa Moreira (2007, p. 367 et seq.), que o problema da duração excessiva do processo é multissecular; adquiriu na atualidade, isto sim, maior visibilidade. V., ainda, a respeito, Comoglio (2007, p. 73).

⁴ Partida III, Leys 6 e 12.

⁵ Cf. Chiovenda (1969, v. 1, p. 104-107; 1993, v. 3, p. 95-121).

⁶ Expressão cunhada por Roberto Berzonze (1999, p. 48, 49).

houve a violação desse (ou de qualquer outro) direito pelo Estado-parte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinará, por decisão fundamentada, definitiva e inapelável (art. 67), “que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados” e, se for o caso, “sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada” (art. 63, 1), podendo a condenação ser executada no país sancionado, para tanto observado “o processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado” (art. 68, 2)⁷.

Em relação à América Latina – especificamente os cinco países integrantes do Mercosul –, apenas a Venezuela (Estado-parte em processo de adesão) já previa, em sua Constituição de 1999, a garantia de justiça gratuita e sem dilações indevidas⁸. Tanto a Constituição, quanto o Código de Processo Civil argentinos são omissos a respeito. A Constituição da República do Paraguai, de 1992, estabelece, entre os direitos processuais conferidos aos cidadãos, que a duração do processo não se prolongue além do prazo estabelecido pela lei (art. 17, n. 10). Finalmente, não obstante a ausência de previsão constitucional, os mecanismos de aceleração processual, com a consagração do direito à duração razoável do processo, vêm contemplados no Código General del Proceso do Uruguai.

Não se ignora que os Decretos Legislativos n.º 55, de 1995, e n.º 970, de 2003, do MERCOSUL contêm normas de cooperação e assistência jurisdicional em

matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, mas a previsão de duração razoável do processo, insculpida no artigo 15 do Decreto Legislativo n.º 88, de 1992 (Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias – MERCOSUL/CMC/Dec. n.º 01/1991), diz respeito, exclusivamente, aos processos arbitrais envolvendo os Estados-Partes.

Por força da Emenda n.º 45, de 2004, constitucionalizou-se no Brasil a garantia da razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo, além dos meios garantidores da celeridade de sua tramitação (art. 5.º, LXXVIII). Todavia, embora não garantido explicitamente até o advento dessa Emenda, o direito do jurisdicionado à duração razoável do processo – ou direito ao processo sem dilações indevidas⁹ – já estava contemplado no sistema processual brasileiro, como corolário lógico da garantia do devido processo legal¹⁰, merecendo destaque, entre outras, enquanto técnicas de aceleração do processo, as do julgamento antecipado do pedido, da antecipação da tutela e da tutela monitória.

Agora alçado à categoria de garantia fundamental, por força na norma dotada de aplicabilidade imediata (CF, art. 5.º, § 1.º), esse direito justifica, quando violado, inclusive a condenação do Estado ao pagamento de indenização ao titular lesado. E, apesar de o Supremo Tribunal Federal ainda não se haver

⁷ Em 21 de junho de 2002, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu, por unanimidade, sentença condenatória contra Trinidad e Tobago por violação, entre outros, do direito a julgamento em prazo razoável em processo criminal (Casos de Hilaire, Constantine e Benjamin e outros), impondo-lhe penas pecuniárias. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

⁸ Art. 26.

⁹ V., a respeito, Assis (2006, p.195-204); Dinamarco (2001a, v. 2, p. 894 et seq.).

¹⁰ Nesse sentido, por todos: “O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5.º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei” (BRASIL, 2005, p. 486-508).

pronunciado¹¹, em concreto, sobre essa garantia e os reflexos patrimoniais (indenização¹²) de seu descumprimento, em sede doutrinária instaurou-se controvérsia sobre a aplicabilidade imediata do dispositivo, o significado e o alcance da expressão duração razoável do processo e a natureza da responsabilidade do Estado pelos danos resultantes do descumprimento do preceito constitucional¹³.

No âmbito externo, o Estado brasileiro já foi condenado, entre outras razões, pela demora excessiva de processo judicial na apuração de graves infrações cometidas contra a pessoa de Damião Ximenes Lopes. Trata-se da sentença prolatada em 4 de julho de 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes, condenando o Brasil, por unanimidade (inclusive com declaração de voto vencedor do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade), entre outras sanções, a indenizar a família da vítima, totalizando a importância de US\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil dólares norte-americanos)¹⁴, ou R\$ 280.532,85 (duzentos e oitenta mil, quinhentos e trinta e dois reais e oitenta e cinco centavos)¹⁵.

¹¹ Ao menos ao tempo de elaboração deste trabalho. Houve, isto sim, o Pedido de Providências n.º 234 formulado ao Conselho Nacional de Justiça, contendo proposta de critérios a serem adotados para a exata definição do “prazo razoável para julgamento” a que alude o inciso LXXVIII do artigo 5.º da Constituição Federal. O pedido foi liminarmente indeferido pelo Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues, por decisão datada de 8 de fevereiro de 2006, sob o fundamento de que, “sem embargo da função reservada aos princípios jurídicos fundamentais no ordenamento jurídico, é fato que não cabe a este CNJ fixar, em ato normativo de caráter tipicamente legislativo, o exato significado de determinado princípio constitucional, espécie de norma jurídica cuja característica radica, precisamente, na sua tessitura aberta, na sua semântica genérica, passível de permanente (re)construção, de acordo com as necessidades ditadas pela dinâmica do convívio social” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2006).

¹² Anota-se, a título de curiosidade, que, no julgamento de recurso extraordinário em que se discutia a responsabilidade civil do Estado do Rio Grande do Sul pela demora excessiva de um processo penal, o relator sorteado, Ministro Aliomar Baleeiro, votou pela condenação ao pagamento de indenização; todavia, prevaleceu o voto divergente do Ministro Vilas Boas, pelo improvemento do recurso (RE 32.518/RS, 2.ª Turma, julg. 21.6.66, DJ 23.11.66).

¹³ V., por todos, Medauar (2008, p. 373, 374).

¹⁴ O inteiro teor da sentença encontra-se disponível em: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2006).

¹⁵ Cf. BRASIL (2007).

Suprema ironia: na sentença o Estado brasileiro foi elogiado pela presteza e zelo com que apresentou seus argumentos no processo, possibilitando

à Corte cumprir o dever de prestação jurisdicional efetiva dentro de um prazo razoável sob a Convenção Americana – em contraste com o ocorrido no plano do direito interno –, o que vem ressaltar a relevância da jurisdição internacional¹⁶.

É interessante observar, a esta altura, que, de trabalhos elaborados por juristas de diversas nacionalidades sobre a crise da justiça de seus países, extrai-se que, nos países da common law, notadamente a Inglaterra e os Estados Unidos, o elevado custo do processo¹⁷, mais que sua duração, é a principal fonte de preocupação, a ensejar reformas pontuais. Já nos países de *civil law*, o custo do processo é uma das causas da crise, superada, contudo, pela excessiva demora de seu trâmite – embora sobressaíam, como altamente funcionais entre os países europeus, o holandês, o suíço e o alemão.

Na Holanda, além de o volume de processos ser relativamente pequeno e, por consequência, o Poder Judiciário não apresentar grandes problemas de congestionamento, há diversas alternativas para a solução extrajurisdicional dos conflitos, reservado o processo judicial para aquelas causas efetivamente importantes. Como o custo do processo pode ser elevado e até exceder o valor de demandas de pequena expressão pecuniária, as partes ficam motivadas a buscar meios alternativos para a resolução de suas disputas, o que ocorre em 96% das controvérsias¹⁸.

¹⁶ Excerto da declaração de voto do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

¹⁷ Mesmo nos países do denominado “Primeiro Mundo”, o custo do processo é fator de preocupação. Lembra Fritz Baur (2007, p. 118-121) que até a parte não pobre – e que, por isso mesmo, deverá suportar as custas processuais – poderá abster-se de demandar em juízo, ou até mesmo de se defender, pois o risco do custo do processo é elevado demais.

¹⁸ Cf. Blankenburg (1999, p. 442-463).

Também a justiça civil suíça, exercida em primeira instância, majoritariamente, por juízes leigos, apresenta ótimos indicadores, com duração média de poucos meses para a finalização dos processos¹⁹.

Reformas encetadas nas últimas décadas influíram na qualidade do sistema processual civil alemão, perceptível pelo elevado grau de confiança do povo e pela satisfação com a administração da justiça civil.²⁰ Em contrapartida, as justiças espanhola²¹, francesa²², portuguesa²³ e italiana padecem de diversos males.

Tome-se como exemplo essa última²⁴.

Fragmentada em numerosos Estados, a Itália só veio a participar do movimento de codificação das leis processuais no início do século XIX, com resultados unitários apenas após a unificação do Reino, concluída em 1870; mas já em 1865 era editado o primeiro Código de Processo Civil, em vigor em 1.º de janeiro do ano seguinte.²⁵ Seguiram-se as reformas de 1912 e 1913, sob a supervisão de Mortara, com a malsucedida criação do juiz único de primeiro grau em matéria civil²⁶, o fracassado projeto de Chiovenda, de 1919, inspirado na oralidade e o também fracassado “projeto Mortara” de 1923. Igualmente não foram exitosos os projetos de Carnelutti, de 1926, e de Redenti, de 1934.

Projetado inicialmente por uma comissão de juristas nomeados pelo chanceler Solmi, em 1935 – e posteriormente modificado por seu sucessor, chanceler Grandi –, em 1940 é editado o Código de

Processo Civil²⁷, em vigor após 1942, com a queda do fascismo. Nem irrelevante, nem inovador, o Código apresentou, entre outros problemas, estrutura procedimental muito complexa, principalmente em função da distinção entre o juiz instrutor e o colégio. Além disso, a exigência da celeridade foi frustrada pela ausência de concentração do procedimento e da conseqüente possibilidade de ele fracionar-se em numerosas audiências.

A partir de 1944, o Código passa a sofrer virulenta oposição, do que resultou a contrarreforma de 1950²⁸. A criação da Corte Constitucional, em 1956, determinou o enfrentamento e a solução de questões jurídicas à luz das garantias constitucionais do processo e, por conseqüência, da justiça civil como instrumento fundamental para a atuação dos direitos dos cidadãos.

Também houve modificações na estrutura e na competência dos órgãos do Poder Judiciário, assim como a inserção, na Constituição da República, de previsão de duração razoável e na edição de lei específica prevendo o pagamento de indenização pelos danos experimentados pelas partes.

A Lei Constitucional nº 2, de 23 de novembro de 1999, inseriu os princípios do justo processo e de sua duração razoável no artigo 111 da Constituição da República Italiana²⁹, e, em 24 de março de 2001, é aprovada a Legge Pinto (Lei n.º 89), prevendo o pagamento de justa indenização aos prejudicados em razão da demora excessiva do processo e modificando o artigo 375 do Código de Processo Civil.

No artigo 2.º de seu Capítulo II, a Legge Pinto estabelece o direito à equa riparazione, a ser reclamada junto ao próprio Poder Judiciário italiano³⁰ ou, com base na Convenção Europeia dos Direitos Humanos,

¹⁹ Cf. Meier (1999, p. 474 et seq.).

²⁰ V., a respeito, Gottwald (1999, p. 207 et seq.).

²¹ Confira-se, por todos, Dies-Picazo Giménes (1999, p. 385 et seq.). É importante ressaltar, contudo, que essas críticas foram formuladas antes da reforma da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 1881.

²² V., a respeito, Cadet (1999, p. 291-346).

²³ V., a respeito, Marques, Gomes, Pedrosa (1999, p. 413 et seq.).

²⁴ Diagnóstico apresentado por Chiarloni (1999, p. 263-290) espelha com clareza a crise da justiça italiana.

²⁵ V., a respeito, Comoglio, Ferri, Taruffo (2005, p. 37) e Calamandrei (1986, v.1, p. 81-88).

²⁶ V., a respeito, Cipriani (2002).

²⁷ Cf. Calamandrei (1986, v. 1, p. 90-95) e Comoglio, Ferri, Taruffo (2005, p. 46).

²⁸ Cf. Comoglio, Ferri e Taruffo (2005, p. 46-49).

²⁹ V., a respeito, Comoglio (2002, p.706, 707; 2007, p. 83).

³⁰ V., a respeito, Tarzia (2005, p. 133).

perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. Não sem tempo ela veio à luz, pois, em março do mesmo ano, já pendiam, junto àquela Corte de Estrasburgo, 888 recursos e cerca de 22.000 reclamações contra a Itália, todos relacionados aos prejuízos sofridos em razão da duração excessiva dos processos judiciais³¹. A Corte³², valendo-se de previsão da lei, que instituiu fundo especial para o pagamento das indenizações (art. 7), já fixou parâmetros para a quantificação da verba indenizatória³³.

Esses movimentos reformistas não surtiram, portanto, todos os resultados desejados.

De acordo com os dados contidos no Movimento dei procedimenti civili – Anno giudiziario 2005/2006, fornecido pelo Ministero della Giustizia (ITÁLIA, 2006?), as Cortes de Apelo receberam, no biênio, 148.612 recursos, julgaram 117.359, restando para julgamento, ainda, 337.642. No mesmo período, foram ajuizadas ações e interpostos recursos perante os tribunais e respectivas sessões no total de 2.471.988 processos, com 2.461.890 julgamentos, remanescendo 3.413.589. Finalmente, foram ajuizadas 1.473.926 demandas perante os juízes de paz, julgadas 1.350.154, ficando pendentes de julgamento 1.038.983³⁴.

Como se constata, apesar das melhorias introduzidas pelas reformas de 1990, da Lei Pinto e da previsão constitucional, persiste ainda o principal problema do processo civil, qual seja, sua

excessiva duração, a ponto de a Corte Europeia de Direitos Humanos continuar a pronunciar centenas de condenações anuais contra o Estado italiano, ao passo que inúmeras e nem sempre aceitáveis reformas têm-se sucedido, valendo como exemplos o Decreto-Legislativo n.º 5, de 2003 – em vigor a partir de 1.º

de janeiro de 1994, destinado a regular o “processo societário” –, e a Lei n.º 80, de 14 de maio de 2005³⁵.

3 CUSTO DO PROCESSO

Pondera Vigoriti (1986), com razão, que parte considerável da doutrina encara os problemas relacionados ao custo e à duração do processo como algo de menor importância, possivelmente por não serem propriamente “científicos”. Ou, talvez, porque sejam estranhos à cultura jurídica o estudo e o emprego de metodologias de pesquisas de natureza econômica e de estatísticas complexas.

De fato, ao examinarem o elemento custo do processo, os doutrinadores geralmente focam a atenção na garantia do acesso à justiça aos carentes econômicos, abstraindo os custos indiretos do processo; e, mesmo quando analisam os “danos marginais” resultantes da duração e os encargos processuais, consideram apenas seus reflexos do ponto de vista das partes e do direito material em jogo, desatentos a consequências de outras ordens – como, por exemplo, os custos variáveis³⁶.

Por outro lado, visualizada estaticamente a situação do Poder Judiciário, ou seja, o serviço judiciário quanto à manutenção permanente de seus prédios, instalações e equipamentos, assim como dos serventuários e magistrados, o custeio certamente compete ao Estado, pois cumpre-lhe implantar e manter todos os serviços essenciais. Dinamicamente,

³¹ Dados apresentados por Gian Antonio Conte (2001).

³² Mas a própria Corte Europeia – informa Bivati (2000, p. 109,110) – já está assobrada de trabalho, principalmente contenciosos relativos à propriedade industrial.

³³ Tabela elaborada por De Stefano (2001, p. 1900-1902).

³⁴ Outros dados merecem atenção: Cortes de Apelo demoram em média dois anos e um mês para o julgamento de recursos (a de Nápoles, dois anos e oito meses) e os tribunais, um ano e dois meses; em contrapartida, a média de tempo de processamento de causas perante os juízes de paz não ultrapassa oito meses. Dados fornecidos pelo Ministero della Giustizia, Direzione Generale di Statistica (ITÁLIA, 2001). No entanto, enquanto a Alemanha possui 28 juízes para grupos de 100.000 pessoas, a Itália possui apenas 10,74 juízes para a mesma quantidade (o Brasil, 7,73), o que talvez explique, em parte, a morosidade do processo italiano. Dados coletados pelo Banco Mundial, em levantamento realizado em 2003 e contidos no relatório editado pelo Ministério da Justiça brasileiro: Diagnóstico do Poder Judiciário (2004).

³⁵ Cf. Comoglio, Ferri, Taruffo (2005, p. 56, 57).

³⁶ Entre os quais – mas não exclusivamente –, os relativos à assistência técnica das partes e ao bloqueio de bens (v.g., entre nós, os que podem resultar da penhora on-line).

contudo, encara-se o serviço desempenhado pelo Poder Judiciário em favor do litigante, que a ele recorre para obter solução do caso concreto, caso em que cabe ao usuário, ressalvadas as exceções legais, suportar os respectivos custos, no todo ou em parte, como contraprestação pelos benefícios que lhe são proporcionados pela prestação jurisdicional.

Zuckerman (1999, p. 8-9) lembra que, embora o direito de acesso seja universalmente reconhecido como requisito da justiça, suas implicações práticas são menos discutidas. No nível mais básico, é necessário considerar o custo direto e imediato de ingressar ou defender-se em juízo, sabido que, na maior parte dos sistemas processuais, os litigantes pagam custas judiciais. Assim, a primeira questão é saber se as custas iniciais constituem obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário e se aos que não podem assumi-las é negado ingressar na justiça. O debate sobre o custo de ingresso na justiça repousa, então, em dois importantes fatores: cada sistema precisa adotar uma política, decidindo se o custo processual deve ser financiado fundamentalmente por seus usuários, os litigantes, por meio de custas judiciais realísticas ou, como alternativa, se deve ser financiado principalmente pelos impostos pagos pelos contribuintes; depois, é importante lembrar que custas judiciais baixas tendem a encorajar o litígio. Consequentemente, quanto mais demandas judiciais houver, mais o contribuinte terá de pagar para manter o sistema, ao passo que, alternativamente, se os recursos não aumentarem na proporção do volume de ações, maior será a morosidade. Desse modo, a relação entre custo e acesso ao judiciário é complicada, sendo tratada de diferentes formas por diferentes sistemas.

Além desses complicadores, outro há, no Brasil, a desestimular o estudo do tema: a carência de dados estatísticos confiáveis e atuais que permitam avaliações objetivas e seguras sobre o binômio custo-duração,

principalmente nos tribunais ordinários e nos órgãos de primeiro grau. Há, isto sim, trabalhos de pesquisadores e analistas da área econômica, muitos colocando a crise do processo como componente negativo do que se convencionou denominar “custo Brasil”.

Nessa ótica, o comportamento alegadamente errático do Poder Judiciário ao solucionar questões econômicas colocaria em risco a segurança jurídica e a estabilidade dos negócios, além de gerar insegurança nessa misteriosa – porém influente – entidade conhecida como “mercado”³⁷.

Essa deficiência estatística de modo algum é exclusividade brasileira. Examinando o custo do processo na Europa, Storme (2005, p. 459-463) afirma que não há muitos dados para comparar os recursos gastos com a Justiça, e os existentes são tão díspares de país para país que não se pode agregá-los de forma lógica. Não obstante, ele apresenta levantamentos realizados por alguns países europeus no final do século passado, mostrando que, com exceção da Holanda, os demais países avaliados (Alemanha, Espanha, França, Inglaterra e Itália) investem poucos recursos nas respectivas máquinas judiciárias³⁸.

É notória, ademais, a maior preocupação dos protagonistas do processo com sua duração, mais que seu custo, estabelecendo o Estado, nesse particular, a garantia da prestação de assistência jurídica integral e gratuita, por meio das defensorias públicas, aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, arts. 5.º, LXXIV, e 134). Mas, apesar de essa garantia constitucional ser bem mais ampla e generosa que os benefícios previstos pela Lei n.º 1.060, de 1950, é lícito questionar se ela se traduz no plano efetivo

³⁷ Examinem-se a respeito, por todos, três trabalhos sobre o Judiciário brasileiro frente ao desenvolvimento econômico: Armando Castelar Pinheiro (1998); Matthew M. Taylor (2007); Luciana Gross Cunha (2008, p. 131-143). Como contraponto a esses estudos, confirmam-se as críticas apresentadas por Barbosa Moreira (2007, p. 401-412) ao trabalho de cientistas políticos e economistas brasileiros sobre a Justiça nacional.

³⁸ A respeito confira-se, ainda, Zuckerman (2005, p. 481-483).

ou se se reduz ao formal.³⁹ Ao que consta, todas as Unidades da Federação já organizaram suas defensorias públicas, mas nem todos os foros contam com defensores públicos (como é o caso do Estado de São Paulo), persistindo, pois, a necessidade de colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de advogados dativos. Ademais, é sabido que nem sempre os beneficiários de assistência jurídica integral podem contar com assistência técnica especializada, em detrimento de seu direito à prova e, por consequência, a um resultado justo.

Para as causas de competência dos Juizados Especiais, também há previsão de isenção de custas em primeiro grau de jurisdição⁴⁰; como nos demais casos persiste a obrigatoriedade de pagamento das custas judiciais para os não beneficiados pela garantia constitucional, acrescidas dos honorários advocatícios e das verbas sucumbenciais, o custo potencial do processo pode afastar do Poder Judiciário parcela significativa de cidadãos. Mesmo nos casos em que o acesso ao Poder Judiciário prescindia da atuação profissional de advogado, essa faculdade fica limitada ao primeiro grau de jurisdição, sendo obrigatória a representação para a utilização da via recursal.

Como não se pode conceber a ideia de que o Estado assumira o ônus integral pelos custos do processo – neles incluídos os relacionados, direta ou indiretamente, à administração da justiça –, desviando recursos de outras atividades essenciais, outras soluções devem ser buscadas para minimizar o impacto negativo desses custos para as partes, entre os quais a racionalização dos meios de produção de provas e dos procedimentos judiciais.

3.1 Alguns países buscaram soluções pontuais para a redução do ônus financeiro imposto às partes pelo processo.

A Espanha, em 1986, aboliu as custas judiciais (embora como providência destinada, precipuamente, a combater a corrupção de funcionários da justiça⁴¹); em Portugal as custas judiciais são fixadas proporcionalmente ao valor da causa e ao estágio processual, e o juiz pode deferir os benefícios de assistência judiciária aos necessitados⁴².

Determinadas legislações autorizam ou mesmo incentivam o seguro de custos do processo judicial, como ocorre na França – que, por sinal, confere abrangente assistência judiciária àqueles de poucos recursos⁴³ – e na Holanda, onde 15% das famílias mantêm essas apólices, circunstância que induz as seguradoras a evitar demandas judiciais e a buscar soluções amigáveis, ou, sendo inevitável o ingresso em juízo, a assessorar os segurados em suas disputas.⁴⁴ Mesmo na Alemanha, cujos custos são modestos, quase um quinto dos processos são financiados por seguro (ZUCKERMAN, 1999, p. 32).

3.2 ATENÇÃO PARTICULAR MERECEM, NESSE ASPECTO, OS PAÍSES DA COMMON LAW.

3.2.1 Diferentemente da grande maioria dos países europeus continentais, nos quais a crise da justiça vem centrada, principalmente, na excessiva dilação processual, na Inglaterra o seu custo sempre representou o fator preponderante.

³⁹ V., a respeito, Nalini (1994, p. 33, 34).

⁴⁰ Art. 54 da Lei n.º 9.099/95 (v. art. 1.º da Lei n.º 10.259/01).

⁴¹ V., a respeito, Díez-Picazo Giménez (1999, p. 397-400) antes das reformas de 2000.

⁴² Cf. Marques; Gomes; Pedrosa (1999, p. 430-433).

⁴³ V., a respeito, Cadiet (1999, p. 310-314).

⁴⁴ Cf. Blankenburg (1999, p. 453-456).

Primeiro, porque tradicionalmente as partes envolvidas em litígio tinham ampla liberdade, antes da edição das Civil Procedure Rules (CPR), para determinar a intensidade e a duração da atividade forense, especialmente durante a fase preparatória para o julgamento – liberdade a propiciar oportunidades para a procrastinação do processo, principalmente da parte dos advogados, pois geralmente remunerados por hora de trabalho⁴⁵.

Além disso, como a parte sucumbente arca com os custos da vencedora, aquela que acreditasse que o aumento das despesas com o processo aumentaria suas chances de sucesso, teria óbvia razão para nele continuar investindo, comportamento gerador de um círculo vicioso: quanto mais uma parte investia, mais a parte adversa sentia-se compelida a acompanhar o jogo, temerosa de que um advogado menos famoso ou um perito menos qualificado pudesse comprometer suas chances de sucesso e trazer o risco de arcar com o ônus da sucumbência, além de perder a causa. Chegava-se ao ponto, em determinados casos, em que o motivo de as partes persistirem investindo no processo nem mais fosse o intuito de conseguir uma sentença favorável no julgamento do mérito, mas, sim, recuperar o dinheiro já gasto na contenda, que poderia até exceder a quantia em disputa.

Por fim, influía decisivamente no custo processual o método de pagamento pela prestação de serviços jurídicos. Como os advogados são geralmente pagos por hora, independentemente do resultado da causa e sem limite de valor máximo, esses profissionais preferem patrocinar as causas complexas e longas. Consequentemente, litígios sérios seriam acessíveis apenas às pessoas ricas, às muito pobres restando buscar a assistência judiciária pública⁴⁶.

Em seu influente relatório de 1996 – que motivou a edição das Civil Procedure Rules, em vigor desde abril de 1999 –, Lord Woolf asseverou que os defeitos do sistema processual civil inglês eram, basicamente: o custo do processo, a superar até mesmo o valor da pretensão; a deficiência na igualdade entre poderosos, litigantes ricos e litigantes sem recursos; a imprevisibilidade do custo e do tempo de duração do processo; a fragmentária organização do sistema, sem a definição da responsabilidade global pela administração da justiça civil (WOOLF, 1996).

Não obstante esse custo do processo representar a causa principal da crise de justiça inglesa, sua considerável duração também agia no sentido de agravá-la (ao menos pelos padrões locais), tanto que o tempo médio, desde o início dos trâmites processuais até a sentença na Alta Corte, era, segundo pesquisas relativamente recentes, de 161 semanas em Londres e 195 semanas nas demais localidades; para os juízos de condados, de 70 e 90 semanas, respectivamente.

Em razão desses problemas – e tendo em vista, ademais, a necessidade de sua adaptação ao sistema jurídico comunitário –, a Inglaterra tem realizado uma séria tentativa no sentido de reformar seu sistema processual, notadamente por meio das já aludidas Civil Procedure Rules.

A reforma preconizada por Lord Woolf refletiu-se em três níveis: a) sob o ponto de vista formal e estrutural, o procedimento civil foi unificado, com simplificação da linguagem; b) sob o ponto de vista teórico, adotou-se a intervenção decisiva da autoridade judiciária a partir da instauração do processo, com os objetivos de delimitar temporalmente o seu curso e de equilibrar o tempo e as despesas processuais em relação ao valor e à complexidade da causa – daí a adoção de procedimento para ações de pequeno valor (small claims track – CPRs, Part 27), sumário

⁴⁵ É o que também ocorre na Austrália, como informa Davies (1999, p.166 et seq.)

⁴⁶ Cf. Zuckerman (1999, p. 14 et seq.).

(fast track) ou híbrido (multi-track); c) no nível técnico, houve a definição de competência por valor e complexidade da causa, o aumento dos incentivos processuais (sob o controle do juiz) visando à conclusão antecipada ou extrajudicial das causas etc. (WOOLF, 1996). Outro aspecto relevante diz respeito ao custo excessivo do processo, assumido pelas partes ou pela própria administração judiciária, assim como a necessidade de patrocínio pelo Estado (Legal Aid)⁴⁷.

3.2.2 A duração do processo civil norte-americano, que varia bastante de Estado para Estado e até mesmo entre diferentes juízos e tribunais dentro da mesma Unidade da Federação, pode influir decisivamente no seu custo.

Em 1984, a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos adotou metas para a redução da morosidade nas ações cíveis, com a recomendação de que 90% das causas terminassem no período de um ano e todas fossem elucidadas em dois anos. Entretanto tais metas não foram atingidas. Estudo realizado em 1991 em tribunais estaduais de trinta e nove cidades, por exemplo, encontrou diferenças bastante consideráveis concernentes ao grau de cumprimento dos critérios de demora prescritos pela Ordem dos Advogados. Nenhum tribunal atingiu as normas recomendadas, mas alguns chegaram perto. Em doze dos tribunais, no mínimo 90% das causas foram concluídas no prazo de dois anos a partir da distribuição, e, em um deles, apenas 1% fazia dois anos. Por outro lado, em três tribunais, mais de 50% das causas duraram mais de dois anos, e, em um deles, 96% delas duraram mais de um ano⁴⁸.

⁴⁷ Cf. Crifò (2000, p. 513).

⁴⁸ Cf. Zuckerman (1999, p. 20, 21).

Por isso mesmo, está-se procedendo a uma reavaliação da filosofia do litígio e da função do Judiciário na esfera civil, atuando como principal ingrediente para a reforma da transferência do controle de litígios das partes para o juiz (como já ocorre, por sinal, na Inglaterra). Todavia, pelo que se evidenciou, até o momento, é difícil avaliar com confiança o sucesso da nova estratégia de administração das ações judiciais pelo Poder Judiciário: há indicações de que a precoce administração diminui a duração do processo, mas não reduz necessariamente os custos totais; há motivos para crer-se que os juízes podem trazer aperfeiçoamentos, com uma atitude de interesse mais ativo em suas ações cíveis, desde que persistam em sua tentativa de controle sobre os litígios⁴⁹.

Embora o custo do processo judicial norte-americano seja elevado, suas consequências sociais são abrandadas pelo sistema de pagamento de honorários advocatícios condicionado ao ganho da causa. Ainda assim, esse sistema levou a sérios problemas. O interesse dos advogados em patrocinar ações em que recebam seus honorários condicionados ao ganho da causa é estimulado pela perspectiva da concessão de elevados valores, impostos como condenação em punitive damages no sistema americano (independentes da indenização, acrescentados por circunstâncias agravantes). Contudo, o nível e a frequência de tais compensações causaram tanto alarme que uma série de poderes legislativos estaduais elaboraram leis com o intento de reduzir a facilidade de condenação em danos punitivos ou fixar-lhes um limite⁵⁰.

⁴⁹ Cf. Zuckerman (1999, p. 19-21).

⁵⁰ Em 1991, o Conselho de Competitividade do Presidente, liderado pelo então Vice-Presidente, noticiou que os EUA tinham-se tornado "uma sociedade litigiosa", na qual "o litígio cobra necessariamente um pedágio terrível da economia americana". O relatório então apresentado citou a estimativa de que "o advogado médio toma US\$ 1 milhão por ano da produção de bens e serviços do país". Cf. Zuckerman (1999, p.13; v. ainda, p. 20).

4 CARÁTER INTERNACIONAL DA CRISE DA JUSTIÇA E REFORMAS

Credo che non esista paese al mondo ove non si lamenti la crisi della giustizia. Ne sono testimonianza i vari congressi internazionali che si sono tenuti in questi anni, nei quali il problema è sempre centrale, da diverse angolature, quali l'efficienza e l'effettività, i costi, la realizzazione e la tutela dei diritti individuali e collettivi, l'armonizzazione delle legislazioni, gli aspetti transnazionali.

Federico Carpi⁵¹

4.1 Introdução

Os dados até aqui expostos demonstram que não se deve identificar a crise da justiça brasileira como fenômeno isolado, pois decididamente não é. Embora a tão decantada globalização interfira, cada vez mais, no cotidiano das pessoas, "democratizando" a troca de informações, alterando o sistema de valores humanos e criando novas demandas, permanece a realidade de que cada país enfrenta sua crise interna, resultante de causas diversas, e deve buscar as soluções mais adequadas para debelá-la.

Não se perca de vista, ainda, que, se a todos é garantida a efetividade da tutela jurisdicional, ela não pode ser obtida com o sacrifício do direito também fundamental à segurança jurídica (CF, art. 5.º, LIV e LV), sob pena de vir a ocorrer, na advertência de Canotilho (1991, p. 657),

uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular. Aqui estamos, não perante um 'cruzamento' ou uma 'acumulação' de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico 'conflito' de direitos.

⁵¹ Segundo ele, as causas dessa crise seriam: o aumento da litigiosidade, resultante de um maior dinamismo das relações econômicas, que não tolera atraso ou ineficiência; a inadequação da legislação na resposta às novas necessidades da sociedade; a falta de organização dos órgãos judiciários e a não completa utilização das novas técnicas de informática; finalmente, a carente formação dos juizes e advogados (CARPI, 2000, p. 106,107).

A inserção do Poder Judiciário nesse contexto exige, portanto, em primeiro lugar, a compreensão de sua estrutura e organização e das relações de interdependência político-econômica com os demais poderes do Estado, notadamente o Executivo; depois, o sistema jurídico vigente em cada país e, finalmente, a "expectativa de justiça" de cada povo, assim entendida não apenas a visão que se tenha da atividade jurisdicional e de seus fins (visão que pode ser fortemente influenciada por valores culturais e pelo grau de desenvolvimento social), mas, sobretudo, o respeito e a confiança depositada em seus agentes e no resultado de seu trabalho.

4.1.1 Perdura, ainda, a visão tradicional de que a diferença crucial entre esses sistemas legais, o da civil law e o da common law, traduz-se, no que toca à administração da justiça, na contraposição de dois modelos processuais distintos, o inquisitório da civil law e o acusatório (adversary⁵²) da common law. O segundo, na percepção dos juristas que nele atuam, seria mais democrático, mercê da participação mais intensa das partes na condução do processo, que o primeiro modelo, supostamente produto de Estados autoritários. Contudo, se é certo que diferenças existem em relação, entre outras, à atuação mais ou menos intensa das partes ou do juiz, ou quanto à solução da causa por este ou por um corpo de jurados, as recentes e radicais reformas que têm sido impostas a ambos os sistemas autorizam concluir que eles se têm aproximado na busca de soluções para suas respectivas crises⁵³.

Questiona-se, por sinal, até mesmo a contraposição dos métodos oralidade-escritura, de um lado, e, de outro, do modelo processual adversarial, da common law, e do inquisitivo, da civil law, sob o argumento de ser despida de interesse atual, mostrando-se inútil enquanto critério de comparação entre os dois sistemas jurídicos. Quanto aos métodos por primeiro

⁵² V., a respeito, Jolowicz (2003) e Inquisitorial System (2005).

⁵³ Cf. Silvestri (2004, p. 45 - 49).

indicados, porque nos processos da common law, há, na atualidade, forte tendência à escritura, ao passo que nos da civil law é inegável a importância conferida à oralidade; depois, porque os processos da primeira família foram, com frequência, inquisitivos (como, por exemplo, o processo in equity, que conta com a participação ativa do juiz), e os da segunda (abstraídos o processo da Santa Inquisição e o penal) são, em geral, não inquisitivos, no sentido estrito de supressão do contraditório.⁵⁴ Em outras palavras, ao sistema da civil law incorporam-se técnicas processuais características da common law⁵⁵; nesta, têm-se modificado alguns de seus traços distintivos, como o papel do juiz na condução do processo, a natureza e a função da fase do pre-trial e o abandono do instituto do jury no processo civil inglês⁵⁶.

Relativamente à primeira das modificações apontadas, a imagem do juiz no tradicional modelo adversarial, árbitro passivo, neutro, desinformado e desinteressado, com a exclusiva função de assistir à distância o embate entre os litigantes e apenas assegurar a correção de seu comportamento, sancionando os que reputasse indevidos ou ilícitos, foi substituída pela do juiz ativo, participante, principalmente em virtude da edição, na Inglaterra, das Civil Procedure Rules de 1999, em clara adesão, ainda que parcial, ao direito comunitário europeu, no qual predominam os princípios e características do sistema da *civil law*. Também nos Estados Unidos da América tem-se buscado o abandono paulatino da figura do juiz passivo, substituído pela do managerial

judge, no atuante papel de organizador e gestor do desenvolvimento do processo, inclusive (embora, ainda, com limitações) nas iniciativas probatórias⁵⁷.

A segunda das modificações interferiu, diretamente, na ideia de que o processo anglo-americano é caracterizado pela oralidade e pela concentração de atos, focado na audiência de debate, na qual são colhidas as provas orais, debatida a causa pelos patronos das partes e sentenciada pelo juiz. Deveras, desde o início do século passado, adotou-se uma fase prévia (pre-trial) ao debate, a permitir que as partes possam preparar-se adequadamente para ele, essencialmente por meio da discovery (ou disclosure, no direito inglês) daquelas provas que se encontrem em poder do adversário ou de terceiros, com a cisão do procedimento em duas fases distintas: a de pre-trial, essencialmente preparatória, e a de trial, destinada à produção de prova testemunhal em audiência⁵⁸.

Vale lembrar, ademais, que na Inglaterra a figura do júri civil já desapareceu há algum tempo⁵⁹, tanto que, em artigo publicado antes do advento das Civil Procedure Rules, Jolowicz lembrava, de um lado, a excepcionalidade de seu emprego em matéria civil – ao juiz singular cabendo decidir a respeito de matéria de fato e de direito – e já apontava, de outro, a tendência, na jurisprudência, ao abandono de algumas das ideias mais exacerbadas do adversary system, com parte dos juízes agindo de ofício inclusive no que concernia à produção de provas. E alertava para o fato de que, dada a impossibilidade de que um processo seja

⁵⁴ Cf. Taruffo (2003, p. 144, 145).

⁵⁵ Entre nós, como exemplos, a adoção das súmulas vinculantes e do modelo do *writ of certiorari* para o estabelecimento do pressuposto recursal da repercussão geral da questão constitucional.

⁵⁶ Há, evidentemente, diferenças notáveis entre os dois sistemas no que se refere, por exemplo, ao recrutamento dos juizes: por concurso público, no da *civil law*; por eleição popular, no da *common law* – critérios que, objetivamente considerados, apresentam vantagens e desvantagens de que não se cuidará neste trabalho. Mas, a respeito, vale a pena conferir, entre outros, Tavares (2005, p. 15 et seq.).

⁵⁷ Cf. Chase (2003, p. 135-138).

⁵⁸ Apesar do modelo teórico bifásico, tanto na Inglaterra, quanto nos Estados Unidos da América, grande parte dos litígios encerra-se na fase do *pre-trial*, mediante a adoção de técnicas variadas, como a tentativa de conciliação, juízos sumários etc. Cf. Taruffo (2003, p. 145-151).

⁵⁹ O declínio do *jury* para causas cíveis teve início no final do século XIX, mas se consumou em 1965, com decisão da Corte de Apelação – confirmada em 1973 pela *House of Lords* – no sentido de que somente em situações excepcionais seria admissível a sua instituição para aquelas causas. Tal se deveu, fundamentalmente, à incidência maior de prova escrita e à participação de técnicos escolhidos pelas partes para a produção de provas, tudo a permitir que o juiz utilize, ele próprio, essas informações antes do *trial*. Cf. Jolowicz (1994, p. 64, 65).

exclusivamente adversary ou exclusivamente inquisitório, o deslocamento do ponto de equilíbrio entre os poderes e as prerrogativas das partes, de um lado, e os do juiz, de outro, é suscetível de produzir uma reviravolta no espírito de um sistema jurídico no que concerne ao verdadeiro caráter do processo civil (JOLOWICZ, 1994, p. 61).

A justificativa para a existência do jury em matéria civil residia, historicamente, na necessidade da instauração da fase do pre-trial, na qual as partes definiam precisamente as questões de fato (procedimento do pleading) a serem resolvidas pelos jurados na fase trial, na qual eram colhidas provas preferencialmente testemunhais, diante do generalizado analfabetismo daqueles – daí, também, a prevalência da oralidade e o papel dominante das partes na produção de provas. E, embora o juiz singular presidisse o trial, seu papel era marcadamente passivo, pois ele não tinha, em razão da plena soberania do jury, qualquer ingerência na redação dos pleadings e, por consequência, na determinação das questões a serem solucionadas pelos jurados (JOLOWICZ, 1994, p. 62, 63).

Aliás, a sobrevivência do jury em matéria cível no direito norte-americano deve-se, em primeiro lugar, à garantia estabelecida pelo artigo III, Seção 2, 3, da Constituição e por sua Emenda VII⁶⁰, mas, sobretudo, ao fato de os júris populares notabilizarem-se por sua generosidade na concessão de vultosas indenizações às partes que optam pelo julgamento por seu intermédio.

Por fim, tanto o modelo processual inglês, quanto o norte-americano apoiam-se fundamentalmente na doctrine of stare decisis, ou doctrine of precedents (regra do precedente), entendido o precedente como uma decisão – ou um conjunto de decisões –

de appellate court, que obriga tanto a corte como os juízes que lhe são subordinados. Destarte, decisão que atue como paradigma (judicial decision) tem, em ambos os países, a dupla função de decidir o caso submetido a julgamento (e está sujeita à autoridade da coisa julgada material) e de produzir efeitos além das partes ou da questão resolvida, pois cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros (SOARES, 1999, p. 41).

4.1.2 Quanto à *civil law*, é praticamente impossível afirmar-se a existência de um modelo definido de processo, seja porque, na realidade, jamais houve tal modelo homogêneo e unitário, seja, ainda, porque

nos últimos decênios, ocorreram tantas e tais transformações em vários ordenamentos processuais da referida área, que provavelmente se perdeu toda possibilidade de fazer referência em termos sintéticos e unitários aos modelos tradicionais⁶¹;

Tanto é assim, que vários ordenamentos da civil law sofreram fortes influências derivadas do sistema da common law, valendo como exemplo, entre outros, a adoção, no Brasil, da class action do direito norte-americano⁶² e do regime das súmulas vinculantes.

Estabelecidas essas linhas de trabalho, expõem-se os critérios que nortearão a elaboração deste tópico, com foco na crise da administração da justiça e na efetividade das decisões judiciais.

Na eleição dos países filiados à família da civil law, levou-se em consideração, como critério objetivo exclusivo, a atualidade e o alcance das reformas por eles realizadas. Na América Latina, o exame limita-se às reformas uruguaias, mercê da adoção do Código Modelo Ibero-Americano.

Já os regimes processuais civis predominantes na Inglaterra e nos Estados Unidos representam escolhas

⁶⁰ V., a respeito, Chase (2003, p.126-128); Jolowicz (1994, p. 61-65); Moreira (2007, p. 42); Soares(1999, p.100, 101).

⁶¹ Cf. Taruffo (2003, p.149).

⁶² V., a respeito, por todos, Dinamarco (2001a, v.2, p. 731-734).

óbvias no sistema da common law, seja pela primazia de seu estabelecimento, pela importância de sua difusão e pela adoção em diversos países, seja pelas peculiaridades distintivas existentes entre ambos, como será demonstrado oportunamente.

5 O SISTEMA DA COMMON LAW

Além dos já apontados anteriormente, outro diferencial importante para a distinção entre os sistemas da common law e da civil law reside no fato de que, nos primórdios da formação da família romano-germânica, deu-se a compilação e a codificação do Direito Romano, cristalizando-se, em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, os quais, com posterior trabalho dos glosadores, “deram uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos” – daí, por sinal, a característica marcante do sistema da civil law: “a preocupação com a lei escrita, em que deveria haver uma sistematização de princípios gerais, em detrimento dos particularismos” (SOARES, 1999, p. 27). Já o direito inglês

não conheceu nem a renovação pelo direito romano, nem a renovação pela codificação, que são características do direito francês e dos outros direitos da família romano-germânica. Desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo apenas de forma limitada a influência de contatos com o continente europeu (DAVID, 1993, p. 283).

Não obstante, mesmo na família anglo-saxônica, distinguem-se os sistemas do *common law* (direito criado pelo juiz⁶³) e do *statute law*, pois neste o direito é criado pelo legislador. É resultante dos *enactments of*

legislature, como tratados internacionais, constituições federal e estaduais, leis ordinárias federais e estaduais, regulamentos administrativos federais, estaduais e locais etc. Assim, há diferença entre o *case law* (precedente judiciário – *judge-made law*) e o *statute law* (decisões dadas com base na lei – *statutory relief* –, remédios previstos na lei escrita). E, embora o *case law* represente a principal fonte de direito, pode ser modificado pela lei escrita, que lhe é hierarquicamente superior, circunstância que caracteriza a conversão de um *case* em *statute* (*reversed by statute*).

É importante lembrar, contudo, que, enquanto em nosso sistema os operadores do Direito apoiam-se na lei e, subsidiariamente, na jurisprudência, no sistema da common law o caminho é inverso: a primeira fonte é o *case* e, havendo lacuna, a lei escrita; o *case law* é a regra e o *statute*, a exceção de direito, atuando, portanto, de forma integrativa. Aliás, nesse particular, há uma profunda distinção entre o sistema norte-americano e o inglês, pois neste, diferentemente daquele, desconhece-se a primazia de uma constituição escrita, nem se tem a ideia da primazia da *statute law*⁶⁴.

Ademais, no sistema da *civil law*, a jurisdição voluntária representa importante atividade judicial (e até mesmo jurisdicional, segundo autorizada doutrina⁶⁵), talvez como reflexo do controle mais direto do Estado na resolução de conflitos (que, no entanto, mesmo entre nós tem sido atenuado, a ponto de permitir-se, agora, divórcio, separação e inventário administrativos), mas é desconhecida no sistema da *common Law* (SILVESTRI, 2004, p. 51), provavelmente pela liberdade conferida aos cidadãos para a resolução, por seus próprios meios, de questões dependentes apenas de sua vontade, sem necessidade de atividade ou participação estatais.

⁶³ Na Inglaterra, “pertencem ao domínio da *Common Law* as seguintes matérias: o direito criminal, todo o direito dos contratos (originalmente originário na *Equity*) e o da responsabilidade civil (*torts*), nos quais se especializaram os *common lawyers* e nos quais a atuação do *jury* é de sua essência” (SOARES, 1999, p. 35).

⁶⁴ V., a respeito, Soares (1999, p. 37-39).

⁶⁵ Por todos, Dinamarco (2001a, v.1, p. 377 et seq.; 2009, v. 1, p. 319 et seq.).

Finalmente, toda sentença inglesa é ato de um juiz singular, ao passo que, nos tribunais de segunda instância, os juízes podem colaborar tão decisivamente em sua elaboração que ela vem pronunciada como sentença do tribunal. Mas é comum, nos tribunais de apelo, que um juiz elabore sozinho a sentença e os demais juízes se limitem a confirmá-la. É equivocado supor-se, porém, que o concurso dos demais juízes represente mera formalidade, pois sua concordância representa um endosso ao julgamento monocrático.

5.1 Sabido, como já afirmado, que o principal defeito do processo civil inglês era o excesso de atividade forense, dominada pelas partes e por seus advogados, buscou-se reduzi-la, mediante o controle da ação judicial pelos tribunais. Agora estes decidem todas as questões incidentais do processo, com a observância de cronogramas rigorosos e de procedimentos econômicos para disputas simples; em relação às mais complexas, determinam as fases processuais que as partes deverão ou poderão executar e o tempo a ser despendido para tanto.

Enquanto nos países que adotam o sistema da civil law, o juiz desempenha papel ativo na audiência, no processo civil norte-americano (e igualmente no inglês, ao menos até o advento, em 1999, das Civil Procedure Rules), ele exerce papel passivo durante o julgamento, exceto quando provocado pelas partes, pois é dos advogados a decisão e a produção das provas que entendam necessárias. Ademais, também aos advogados cabe o interrogatório das testemunhas, mas nos processos da civil law tal tarefa compete, exclusiva ou predominantemente, ao juiz que preside a audiência. Com a adoção das Civil Procedure Rules, na Inglaterra tornou-se mais próxima a convergência common law/civil law, diante das profundas alterações

por elas introduzidas, ao atribuírem maior poder de direção ao juiz, no pre-trial, e lhe conferirem maior poder para controlar o julgamento, ordenar as provas requeridas pelas partes e o modo da respectiva apresentação em juízo⁶⁶.

O controle sobre os feitos e seu andamento resulta da adoção de nova filosofia processual, com o abandono da anterior, segundo a qual a principal função dos juízos e tribunais era a de "fazer justiça com exame do mérito", ou seja, decidir as causas com base na verdade dos fatos e na legislação aplicável e, não, a de solucionar as questões formais do processo. Como consequência dessa filosofia de trabalho, os órgãos judiciais preocupavam-se apenas com a "justiça de mérito", desconsiderando o não cumprimento de normas processuais pelas partes, do que resultavam a protelação e a complicação do trâmite processual por elas e seus patronos. Ou, por outras palavras, como a "filosofia da justiça de mérito" priorizava a obtenção de uma decisão justa em detrimento de considerações sobre justiça tempestiva e custos razoáveis, tornou-se necessário reformulá-la, estabelecendo-se um novo equilíbrio entre as dimensões da justiça, do custo e da duração do processo, ou seja, a atenção à "filosofia da justiça distributiva"⁶⁷.

Essa nova filosofia parte das premissas de que os recursos da administração da justiça civil são finitos e devem ser distribuídos de forma justa entre aqueles que buscam ou necessitam de justiça, de que na distribuição justa desses recursos devem ser consideradas as características das causas individuais, a merecerem alocação sensata de tempo e atenção dos juízos e tribunais e, finalmente, de que a responsabilidade do Poder Judiciário vai além de fazer justiça em causas individuais, sendo responsável,

⁶⁶ Cf. Chase (2003, p. 135-138).

⁶⁷ V., a respeito, Crifò (2000, p. 512).

isto sim, pela administração da justiça civil como um todo, pelos recursos do sistema e por sua distribuição imparcial e justa⁶⁸.

Por conta disso, nas *Civil Procedure Rules* foram adotados, com lastro nas sugestões apresentadas no relatório de Lord Woolf (1996), os seguintes princípios que devem estar presentes em um sistema civil garantidor do acesso à justiça: (a) ser justo nos resultados que proporciona; (b) ser imparcial na forma de tratar os litigantes; (c) oferecer procedimentos apropriados a custos razoáveis; (d) lidar com os casos em velocidade razoável; (e) ser compreensível àqueles que o utilizam; (f) ser responsável com as necessidades daqueles que o utilizam; (g) fornecer tanta certeza quanto a natureza particular do caso possibilitar; (h) ser efetivo: com recursos adequados e organizados.

Assim, as cortes passam a ter a responsabilidade final pela determinação do procedimento adequado para cada caso, estabelecendo programações realistas e garantindo que os procedimentos e as programações sejam compatíveis entre si. Os *defendant cases* (casos de defesa) devem ser alocados para uma jurisdição de pequenas causas expandida, com limite financeiro de 3.000 libras, adotado o procedimento de *fast track* para casos acima de 10.000 libras, com procedimentos estritamente limitados, programação fixa de 20 a 30 semanas para o julgamento e custos fixos; finalmente, a adoção de uma nova via para casos acima das 10.000 libras, com o fornecimento de ajuda individual, por meio de equipes judiciais, para os casos mais complexos e ajuda padrão para os casos em que ela seja apropriada, mais financiamento público para as partes que gozem dos benefícios da assistência judiciária.

Ademais, as demandas judiciais deverão ser evitadas sempre que possível, com o encorajamento

das pessoas a valer-se das vias judiciais apenas em situações extremas, mediante a utilização de outros meios mais apropriados para a resolução dos conflitos; assim, antes de dar início ao litígio, ambas as partes deverão fazer ofertas de acordo relacionadas à íntegra ou a parte da pretensão e, havendo necessidade de decisão judicial, será levada em consideração eventual recusa imotivada de qualquer das partes à tentativa de utilização desses meios alternativos, ou o comportamento desarrazoado no curso deles.

Para os litígios judicializados, estabeleceu-se um conjunto único de normas simples aplicáveis para a *High Court* e para os juízos distritais; as normas especiais, para tipos específicos de litígios, foram reduzidas ao mínimo. Determinou-se, ainda, que todos os procedimentos terão início por petição inicial, com a exposição da causa de pedir, fática e jurídica, ao réu cabendo expor a responsabilidade detalhada do demandado pela demanda, além de deixar claras as reais questões entre as partes; estas deverão certificar que conhecem os conteúdos das respectivas peças processuais (*statements of case*), às cortes competindo aplicar duras sanções aos litigantes que não obedeçam aos procedimentos ou à sua duração.

Um ponto de contato entre as reformas processuais inglesa e brasileira é a informatização do processo: lá, as cortes têm acesso à tecnologia necessária para monitorar o progresso do litígio e os litigantes podem comunicar-se com elas de forma eletrônica, inclusive por meio de vídeo, facilitada a conferência telefônica; aqui, já se encontram em fase de implantação os critérios e técnicas do assim denominado processo eletrônico (Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006).

Certamente uma das alterações mais significativas foi a introdução de regimentos/protocolos de *pre-action*, representativos de uma fase prévia, anterior ao

⁶⁸ Cf. Michalik (1999, p. 139 et seq.).

processo litigioso, tendente a disciplinar as formas de autocomposição. Por outras palavras, trata-se de método de trabalho destinado a constituir e a aumentar os benefícios da realização de acordos em fase precoce e com boa base de informação para ambas as partes, de modo a satisfazê-las genuinamente em uma disputa. Os propósitos da *pre-action* são, portanto: (a) chamar a atenção dos litigantes para as vantagens da resolução de uma disputa sem a instauração de um processo judicial; (b) permitir-lhes a obtenção de informações sobre a razoabilidade das exigências para a aceitação de um acordo apropriado, ou, ainda, (c) apresentar uma oferta apropriada de acordo, de tal forma que haja consequências pecuniárias no caso de, diante da recusa da outra parte, o processo dever ser instaurado ou prosseguir; finalmente, (d) estabelecer as bases para acelerar os procedimentos judiciais, se e quando não houver acordo nessa fase prévia⁶⁹.

5.2 Após essas reformas do regime processual civil e da administração da justiça inglesa, é lícito afirmar-se que o modelo processual civil norte-americano é, atualmente, muito mais representativo do sistema da *common law*. Mas merece reflexão, nessa medida, o vaticínio de Ross (2000, p.117):

[...] a pressão do número esmagador de precedentes que ameaçam detonar as bibliotecas, os norte-americanos têm produzido uma série de *restatements*, ou seja, codificações no padrão europeu, porém desprovidas de autoridade oficial. Esses *restatements* são o produto de extensos trabalhos coletivos realizados por estudiosos do direito. Na Inglaterra, igualmente, os trabalhos

⁶⁹ As principais razões para a sistematização unitária do procedimento e a simplificação da linguagem processual (constantemente das CPRs) expressaram a preocupação de Lord Woolf (1996) com a insatisfação existente, pelas partes, de um sistema destinado a especialistas e incompreensível para aquelas; ademais, uma linguagem formalista e pautada por expressões medievais foi abandonada e substituída por termos técnicos, mas compreensíveis pelo leigo. Daí as Civil Procedures Rules estabelecerem que suas normas têm por objetivo principal permitir que a corte trate a causa segundo a justiça (*“Part 1 – Overriding objective: 1.1 (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly”*), o que implica, em última análise, dispensar tratamento igualitário às partes, evitar custos inúteis e tratar as causas levando em conta seu valor, sua importância, a complexidade das questões e a posição econômica das partes.

doutrinários de sistematização desempenham um papel crescente. A próxima etapa no desenvolvimento será, talvez, uma codificação detentora de autoridade, via legislação. Então desaparecerá a diferença real entre o direito da Europa continental e o anglo-americano, embora a doutrina do *stare decisis* permaneça inalterada.

Realmente, além de influenciado pelo direito comunitário, o modelo inglês prevalece em um Estado unitário (nessa medida, mais próximo dos países europeus continentais), enquanto nos Estados Unidos da América, federação composta por membros semiautônomos com instituições jurídicas, processuais e judiciais próprias, foram preservados os elementos processuais fundamentais derivados da base inglesa⁷⁰: a separação entre *common law* e *equity*; no âmbito da *common law*, o *adversary system* como método de dedução de pedido e de defesa pelas partes e o sistema processual dos *writs*.

Outra visível distinção entre os modelos processuais civis inglês e norte-americano reside no emprego do *jury*, por este, para decidir as questões de fato, instituto já abandonado naquele.

Diversamente do que ocorre em outros países de *common law*, nos quais o júri atua apenas em casos particulares, a participação desse colegiado nos processos penais e civis, constitucionalmente assegurada, representa a mais notável característica do processo norte-americano em primeiro grau de jurisdição.

Todos os Estados, com a exceção da Louisiana⁷¹, têm normas constitucionais assegurando o processo com júri; no sistema federal essa garantia vem assegurada pela Emenda VII.⁷² Em linhas gerais, a

⁷⁰ Cf. Hazard, Taruffo (1993, p. 17).

⁷¹ Estado que, por força da influência da colonização francesa, adota o sistema da *civil law*. V., a respeito, Friedman (2005, p. 105 et seq.).

⁷² “Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro”.

garantia do júri aplica-se a todos os processos em que se reclama condenação pecuniária por ressarcimento de dano; e somente se ambas as partes renunciarem à garantia do júri é que a causa será decidida por juiz singular.

Instituição notabilizada pela adoção de valores culturais dos norte-americanos, igualitária, populista e antiestatista, o júri civil atingiu enorme importância nos julgamentos, sem paralelo em qualquer outra parte do mundo.

O apego ao júri coloca em segundo plano a figura judicial na condução do processo, pois as normas que regulam a sua atividade apresentam variações que vão desde a total passividade ao quase predominante ativismo, pois o princípio fundamental em jogo é o da *razoável discricionariedade* do juiz ao definir os limites de sua participação, de forma a exercer, de um lado, as funções mínimas que dele se espera e, de outro, não assumir o papel de defensor. O juiz muito ativo encontra restrições à sua atuação, quando comparado ao juiz da *civil law*: normalmente ele não apresenta sua convicção sobre aspectos jurídicos da causa, restringindo-se a responder aos argumentos apresentados pelas partes; não indica os meios de prova, mas se limita a controlar a sua produção pelas partes; não conduz interrogatórios ou coleta de prova testemunhal. Se, ao final, entende que as provas produzidas pela parte são insuficientes, decide desfavoravelmente àquela que tinha o ônus probatório; se as provas são suficientes, mas débeis, remete a questão ao júri; se este não existe, decide diretamente a causa⁷³.

Tendo em vista que os júris podem determinar a quantia a ser concedida ao autor a título de danos compensatórios – e podem, até mesmo, outorgar-lhe danos punitivos independentes da indenização –, a perspectiva de grandes recompensas funciona

como estímulo para os advogados atuarem em causas cujos honorários estão condicionados ao sucesso; como ficam com uma porção da indenização, são incentivados a assegurar a indenização mais alta possível.

Em contrapartida, é muito intensa a atividade das partes na condução do processo.

A *discovery*, na fase do *pre-trial*, é conduzida por elas, que, por meio de seus advogados, tentam descobrir provas fora do tribunal, contando para tanto, não obstante, com a possibilidade de apoio judiciário em tal tarefa, quando reclamam a cooperação de adversários e testemunhas. Assim, a cada parte é reconhecido o poder de exigir do adversário, ou de testemunhas potenciais, que se submetam a interrogatório oral, sob juramento e sem a presença do juiz (*deposition*), que respondam sob juramento a perguntas escritas (*interrogatories*), que permitam a inspeção de seus arquivos etc. Essas práticas, consideradas indevidas por outros sistemas jurídicos, mormente os da *civil law* – na medida em que representam indevida invasão privada na esfera de interesses do adversário e de terceiros –, encontram sua razão de ser na necessidade de concentração das provas a serem submetidas ao júri civil, ante a inviabilidade de designação de sucessivas audiências para a apresentação e o debate das provas colhidas⁷⁴.

Há, pois, muitas razões pelas quais os custos das ações judiciais americanas são tão elevados: a produção de provas, os interrogatórios e a solicitação de documentos adicionais podem exigir enormes despesas, talvez até mais do que na Inglaterra, onde o custo do processo influiu decisivamente para a crise da justiça.

Finalmente, considerando que o sistema judiciário federal norte-americano é constituído pela Suprema Corte, pelas cortes de apelo federais (*Appellate Courts*)

⁷³ V. Hazard, Taruffo (1993, p.105,106).

⁷⁴ Cf. Chase (2003, p. 131).

e pelas cortes federais distritais – estas, representadas por juízes de primeiro grau, com competência sobre todas as matérias que caibam às cortes federais –, todas as causas, com raras exceções, são examinadas e julgadas por um juiz singular; a única exceção nas cortes federais é a existência de um colégio integrado por três juízes, com competência atualmente limitada, exclusivamente, ao exame da constitucionalidade de leis relativas às circunscrições eleitorais (HAZARD; TARUFFO, 1993, p. 52, 53).

Observa-se, por derradeiro, que o direito processual civil disciplina não apenas a resolução de controvérsias jurídicas entre partes privadas, mas, também, a solução de importantes controvérsias de direito público – ressalvadas as questões criminais. Assim, causas envolvendo direito público podem ser desde logo submetidas ao Poder Judiciário, seja pela via direta, seja pela via da impugnação de decisões de cunho administrativo.

Essa peculiaridade da função da justiça civil resulta, de um lado, do fato de a organização estatal norte-americana vir fundada na separação de poderes na União e nos Estados e, de outro, da estrutura federalista, na qual todos os Estados são subordinados ao Estado Federal (União), mas têm ampla autonomia de governo nas suas respectivas esferas de poder. Os limites da subordinação e o âmbito dos poderes autônomos são estabelecidos tanto pela Constituição, quanto pela legislação ordinária. No âmbito de seus poderes, o Estado Federal é juridicamente superior aos Estados singulares, condição que resulta da *Supremacy Clause*⁷⁵ da Constituição, segundo a qual o direito federal é a lei suprema do país.

Consequentemente, todos os juízes, federais ou dos estados, estão obrigados a tornar efetiva a posição de supremacia do direito federal. Ademais, a Constituição impõe outras limitações à autonomia

dos estados, na medida em que as respectivas cortes judiciais devem reconhecer a eficácia de pretensões jurídicas previstas no direito federal, ainda que eventualmente em confronto com a orientação do ordenamento jurídico do estado. Tal subordinação resulta da *Contract Clause* do texto original da Constituição, que considera inválida qualquer lei estadual que prejudique as obrigações derivadas de contrato e, principalmente, da 14^a Emenda, adotada após a Guerra Civil, que impede os estados de privar os cidadãos do justo processo legal e da igualdade de tratamento perante a lei.

6 O SISTEMA DA CIVIL LAW

As ideias até aqui expostas autorizam a afirmação de que os sistemas da *common law* e da *civil law* diferem, basicamente, apenas no que se refere à construção das normas de direito, não quanto à sua aplicação. No sistema da *civil law*, o precedente jurisprudencial atua, não como fonte de produção de direito, mas como instrumento de auxílio na busca da determinação do cânone legal a ser aplicado ao caso concreto, ou seja, ele esgota-se em sua condição de elemento de persuasão tendente à concessão de uma solução justa e adequada ao caso concreto.

A diferença entre os sistemas jurídicos europeu-continental (vale dizer, sistema da *civil law* considerado amplamente) e o anglo-americano não reside, portanto, no conteúdo substancial dos respectivos direitos, mas, antes, no modo como eles são aplicados: o direito europeu-continental é descoberto, declarado pela via dedutiva; o anglo-americano, pela indutiva. Enquanto no primeiro sistema o juiz encontra no direito codificado o seu ponto de apoio; no segundo o juiz busca amparo nos precedentes; naquele, estes não têm qualquer valor vinculante, ao passo que no segundo vigora o princípio do *stare decisis*, e somente em casos excepcionais é admitido o *overruling*, ou seja,

⁷⁵ "Article VI – Clause 2: This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding".

a substituição, por corte superior, de determinado precedente ultrapassado ou equivocado.

O juiz da *civil law* deve interpretar e aplicar a lei sem apego aos precedentes jurisprudenciais (ressalvadas, entre nós, as situações que serão objeto de exame oportuno no Capítulo III), pois ao legislador compete, com exclusividade, a criação do direito; já no sistema da *common law*, mesmo o direito regulado por lei será aquele estabelecido por precedentes, na medida em que sua interpretação adquire, no plano dos precedentes, caráter vinculante. Sob o ponto de vista da teoria do direito, a sentença judicial é, no sistema continental, um ato de aplicação do direito, ao passo que, no anglo-americano, é um ato de criação: no primeiro caso, o legislador tem o monopólio de estabelecer o direito; no segundo, legislador e juiz colaboram na descoberta dos princípios de direito para a resolução, em abstrato e concretamente, do litígio. Aqui, o direito será posto; lá, será encontrado⁷⁶.

Por isso mesmo, no sistema da *civil law*, a codificação contém a disciplina ampla e conclusiva de um setor jurídico, ao passo que na *common law* o direito desenvolve-se incessantemente em um processo experimental de *trial and error*. No primeiro, o direito está enquadrado em um sistema jurídico fechado; no segundo, encontra-se aberto aos problemas e inacessível a uma sistematização científica.

Vale lembrar, contudo, que, também no âmbito do direito anglo-americano, a legislação parlamentar tem superado em importância a *judge-made law*, embora ainda prevaleça, em linhas gerais, o princípio do *stare decisis* (KRIELE, 1988, p. 515, 516).

De fato, um

novo elemento muito importante [...] foi acrescentado ao conjunto de fontes a ser considerado pelo juiz em sua decisão. No passado, particularmente no campo do direito privado, os juízes consultavam essencialmente os precedentes jurisprudenciais. Raramente os atos legislativos

tinham influência sobre as decisões. O sistema da *common law* no mundo moderno, no entanto, precisa tomar em consideração a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes (RE, 1994, p. 51).

E, isto porque, a

legislação pode direta e abruptamente alterar ou repelir uma definição legal, princípio ou regra. Atualmente a legislação cobre tão extensamente quase todos os ramos do Direito, tanto público como privado, que não se pode mais pressupor que o ponto de partida seja um precedente judicial. Comumente o ponto de partida deve ser a política legislativa expressa num texto legal significativo. Os tribunais, naturalmente, devem interpretar e aplicar a legislação. O sistema, no entanto, exige que os tribunais examinem os precedentes judiciais que a interpretaram e aplicaram anteriormente. Neste ponto, no entanto, uma questão mais séria é introduzida no processo. Os Juízes podem tender a atribuir maior significado aos precedentes do que à legislação que aqueles precedentes pretenderam interpretar e aplicar (RE, 1994, p. 52).

Em suma, os modelos tradicionais encontram-se em crise, pois as transformações operadas nos últimos decênios fragmentaram os velhos esquemas e geraram “múltiplos fenômenos de ‘recomposição’ do direito processual, na base de interferências entre sistemas diversos, circulações de modelos e transplantes de institutos da mais variada natureza”⁷⁷, como se busca demonstrar a seguir.

6.1 Com a destruição do regime nazista (que, em 1933, modificara substancialmente o sistema jurídico então vigente), na Alemanha pós-guerra sobrevieram inúmeras reformas, merecendo menção a de 1974 (que estabeleceu a figura do juiz unipessoal), a do recurso de cassação, do ano seguinte, e a denominada *Lei de simplificação*, de 1º de julho de 1977, que teve entre seus objetivos o de reduzir a carga de trabalho dos tribunais e agilizar o processamento das causas⁷⁸.

⁷⁷ Cf. Taruffo (2003, p. 155).

⁷⁸ A respeito da evolução das reformas processuais na Alemanha consulte-se, por todos, Gottwald (1999, p. 226 et seq.).

⁷⁶ V., a respeito, Dinamarco (2001a, v.1, p. 40 et seq., esp. p. 54- 58).

Promulgada em 17 de dezembro de 1990, em 1º de abril do ano seguinte entra em vigor a nova lei de reforma para a simplificação da administração da justiça, sem, contudo, gerar os resultados esperados. Segue-se a lei de 11 de janeiro de 1993, com alterações no sistema recursal, igualmente não satisfatórias para a redução da carga processual, principalmente em razão da elevação do número de processos ocasionada com a reunificação das Alemanhas Ocidental e Oriental; mas essa reunificação já não mais explicava a sobrecarga constatada no final da década de noventa e início da seguinte, o que ocasionou a elevação do custo do processo e de sua duração e, por consequência, o reclamo de novas providências.

A linha reformista alemã teve três grandes vertentes: a ênfase à solução conciliatória, a modificação do sistema recursal e a reforma orgânico-funcional dos tribunais de primeira instância.

Em parte atingiu-se o objetivo de redução da carga judiciária, com a imposição de meios extrajudiciais, prévios e obrigatórios, de resolução de controvérsias; com essas medidas, já em 1996 o tempo de duração média de processos em primeiro grau fora reduzido para quatro meses e meio e, nos tribunais colegiados, para seis meses e meio.

Mesmo diante desses resultados (que, entre nós, representariam a concretização de um sonho), procedeu-se à reforma de 2000-2002, complementada em 2005. Deu-se, assim, a denominada "grande reforma da justiça civil"; em 1.º de janeiro de 2002, entra em vigor a ZPO reformada.

O sistema colegiado converte-se em sistema de juiz monocrático, unipessoal, com a possibilidade de instituição de tríplex instância, na medida em que a Lei Orgânica permite aos Estados federais autorizarem, por lei local, seus tribunais superiores a julgar apelações e demais recursos interpostos

de decisões de primeira instância. Explicitando: a instância inferior estaria representada pelos juízos, a instância recursal ordinária, pelos tribunais superiores e a recursal extraordinária, pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁹.

Seguiram-se outras reformas, em complementação: a de 2004, que alterou o § 321 da ZPO (reclamação por violação do direito de audiência), a primeira Lei de modernização da Justiça, de 2003-2004 e a Lei de aplicação de tecnologia para a comunicação dos atos judiciais, em vigor desde 2005.

Novamente não atingiram plenamente o escopo almejado pelo legislador (maior agilização do trâmite processual e descongestionamento dos tribunais colegiados), havendo resistência, ademais, à implantação de sistema de juiz único para todos os casos, pautada pelos argumentos de que somente soluções colegiadas permitem pleno controle da qualidade do resultado final da atividade judicial. No entanto, com a reforma de 2002, já se previram os casos em que os juízes membros dos tribunais colegiados deveriam assumir a plena direção do processo e a decisão final da causa, na condição de juiz único: de acordo com o § 348, 1, primeira oração da ZPO, a câmara do tribunal transfere a decisão da causa a um de seus juízes, que julga em nome dela, sempre que a decisão não couber na esfera de competência exclusiva daquele órgão colegiado.

A adoção do modelo monocrático nos órgãos de primeiro grau não representou medida particular e isolada na reforma alemã, como atesta a orientação tomada pela Itália, no mesmo sentido, com a criação dos juízos únicos; reconheceu-se, portanto, a desnecessidade de manutenção de órgãos colegiados para a exata e pronta distribuição da justiça. Considerando que os juízos monocráticos

⁷⁹ V., a respeito, Guinchard et all. (2003, p. 6-9).

de primeira instância existem no Brasil, com certeza, desde o período colonial, é lícito concluir que nosso modelo de organização judiciária não atua como fator de agravamento da crise de justiça.

Essa atribuição de competências originária e obrigatória ao juiz único centrou-se no pressuposto de que, sendo possível a resolução do conflito por meio de conciliação ou transação (§ 278), ou, impositivamente, em primeiro grau de jurisdição, essas duas possibilidades atuam como filtros para o acesso ao segundo.

Respeitadas as particularidades procedimentais e a diversidade de estruturas judiciárias alemã e brasileira, nossa lei processual civil confere maior ênfase a essa possibilidade de resolução do conflito por meio de conciliação ou transação, como revelam os arts. 125, V, 277 e 331. E, se entre nós essa técnica não produz resultados na intensidade almejada, tal se deve ao desinteresse das partes e de seus patronos na conciliação (postura de nítido caráter cultural, portanto), ao acúmulo de trabalho nos juízos inferiores (são raras as audiências de tentativa de conciliação fora da situação estabelecida pelo art. 331) e, por que não dizer, à falta de preparo específico dos juízes para induzirem as partes à resolução amigável da contenda judicial (em síntese, dificuldade de gestão processual e deficiência de formação profissional).

Ademais, no sistema alemão, o cabimento de recurso de sentença é definido de ofício pelo órgão *a quo* no momento em que a profere; no silêncio, entende-se que a decisão é irrecorrível. Assim, o recurso de apelação (*Berufung*) e o de cassação (*Revision*) só serão admissíveis se o órgão *a quo* previamente declarou sua impugnabilidade, em clara valorização das decisões monocráticas dos órgãos jurisdicionais inferiores. Reformas recentes converteram a apelação

em instrumento de controle, pela instância superior, apenas de falhas da inferior, ou seja, a segunda instância deixou de reexaminar matéria de fato, transformando-se prioritariamente em controladora de matéria de direito. Admissível contra sentenças definitivas dos AG e LG (§ 511 ZPO) e também, parcialmente, sentenças interlocutórias (§§ 280, 2 e 304, 2) e sentenças com reservas (§ 302, 3), não se admite apelação da sentença proferida contra réu revel, pois ele pode apenas valer-se da oposição (§ 514, 1).

Derradeira observação: relatório do Ministério Federal de Justiça, publicado em 17 de maio de 2006, demonstra que, embora o resultado geral da reforma tenha sido positivo, com o fortalecimento da atividade conciliatória, o melhoramento da eficiência com a elevação do número de juízes singulares e a transformação da alçada em instância de controle exclusivo de invalidades processuais, inadmitida nova discussão sobre matéria fática, entre outras modificações, de outra parte aumentou a duração média dos processos, em virtude, principalmente, de não ter sido exitosa a exigência prévia e obrigatória da tentativa de conciliação extrajudicial das partes.

Em relação à segunda instância, houve significativo descongestionamento, com a redução do tempo de duração do processo, de 5,5 meses, em média, no ano de 2002, para 4,9 meses em 2004, nos *Landgericht*, e de 8,7 meses para 7,7 meses, nos tribunais de apelação (*Oberlandesgerichte*).

6.2 No passado recente, o processo civil espanhol era regido pela *Ley Orgánica del Poder Judicial*⁸⁰ e pela *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*, de 1881, código antiquado que propiciava um processo notabilizado por tecnicidades procedimentais, dominado pelos advogados e restritivo dos poderes dos juízes, tudo a impor delongas excessivas em sua marcha, quando

⁸⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

não frustrada completamente a justa resolução da disputa judicial⁸¹.

Com o advento da Constituição de 1978, estabelecendo que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades são aquelas proclamadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10, n.º 2) e, por consequência, consagrando o direito à obtenção de tutela jurisdicional efetiva e sem dilações processuais indevidas (art. 24), houve a necessidade de reformular, na esfera civil, a *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁸².

Entre outras medidas relacionadas ao regime recursal, unificou-se o procedimento da apelação de decisões de primeira e segunda instância e afastou-se, no geral, sua admissibilidade de decisões interlocutórias.

A cassação civil ficou reservada apenas às decisões das Audiências Provinciais que infrinjam normas protetivas de direitos fundamentais, às que excedam vinte e cinco milhões de pesetas (ou cento e cinquenta mil euros) e, finalmente, à resolução do recurso que apresente interesse *casacional*, ou seja, (i) quando a decisão recorrida seja contrária à jurisprudência de tribunais superiores, (ii) resolva pontos ou questões sobre os quais exista jurisprudência divergente das Audiências Provinciais, ou (iii) aplique normas em vigor há menos de cinco anos – sempre que, nesse caso, inexista orientação jurisprudencial do Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de conteúdo igual ou similar (art. 477).

Em síntese, o recurso de *casación* tem por objeto apenas as sentenças oriundas, em grau originário, das Audiências Provinciais em matéria de direitos fundamentais, por infração de normas processuais (ressalvada, todavia, a competência do Tribunal

Constitucional), e, ainda, das sentenças proferidas em segunda instância por esses mesmos tribunais, quando resultem de infração de normas substanciais e o recurso apresente interesse transcendental.

Essa orientação legislativa valoriza os precedentes jurisprudenciais, não como fonte de direito ou de observância obrigatória, mas como instrumento de controle de legalidade das decisões judiciais; ademais, o interesse casacional atua como pressuposto de admissibilidade da cassação e lembra, em certa medida, respeitadas as peculiaridades próprias de um e outro sistema, a exigência da demonstração da repercussão da questão constitucional como pressuposto de admissibilidade de nosso recurso extraordinário.

Outra importante alteração respeita aos recursos destinados à proteção das garantias fundamentais estabelecidas pelo artigo 24 da Constituição espanhola, nelas incluídas as de natureza processual. Diferentemente do que ocorria sob a égide da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, que permitia o alongamento temporal do processo por meio de recursos sucessivos envolvendo variadas questões constitucionais e gerava conflitos de competência entre o Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional, atualmente sua admissibilidade fica subordinada à prévia interposição de recurso extraordinário por infração processual, quais sejam as indicadas no artigo 469, 1, da LEC.

6.3 Como a quase totalidade dos países europeus da família da *civil law*, a França também enfrenta problemas com a administração da justiça (CORNU, 1988, p. 167-170).

Complicações resultantes do dualismo de jurisdições⁸³ – a ensejar conflitos entre os respectivos

⁸¹ V., a respeito, as críticas formuladas por Díez-Picazo Giménez (1999, p. 395 et seq.) antes das reformas de 2000.

⁸² Ley 1/2000, de 7 de enero.

⁸³ Jurisdição judicial, organizada sob a autoridade da *Cour de Cassation*, e jurisdição administrativa, sob a autoridade do *Conseil d'État*.

órgãos – e de sua complexa organização judiciária⁸⁴, os custos processuais elevados, o aumento vegetativo dos quadros do Poder Judiciário, mais o crescimento do volume de ações judiciais, sem o correspondente aumento dos recursos financeiros, geram grande insatisfação popular, conforme demonstram pesquisas de opinião pública.

Em levantamento efetuado em 1991, 97% das pessoas pesquisadas consideravam o processo extremamente demorado, 85% consideravam-no muito difícil, 84% julgavam-no caro demais e 83% acreditavam ser inútil. Em 1995, levantamento conduzido pelo Ministro da Justiça demonstrou que o sistema judiciário vinha em último lugar na classificação dos serviços públicos. Opiniões populares similares foram refletidas em pesquisa realizada em 1997⁸⁵.

Apesar disso, a duração dos processos é, aparentemente, bastante razoável em todas as instâncias⁸⁶.

Renovadas pressões para a reforma do sistema judiciário civil definiram duas tendências notáveis: a primeira, no sentido de direcionar, cada vez mais, determinados procedimentos para juízes ou tribunais especializados; a segunda, a de transferir para o controle do juiz a liberdade das partes na condução processual, ou seja, delas retirar o amplo controle sobre o ritmo e a dimensão temporal do processo.

Apenas a partir de 1975, com a edição do *Nouveau Code de Procédure Civile* (NCPC), algumas modificações substanciais foram implantadas, entre as quais, a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, a promoção da cooperação entre ele e as partes, a simplificação dos procedimentos e a criação

de juízos especializados.⁸⁷ Também se ampliou a utilização do instituto da *évocation*, a permitir, nas instâncias recursais (e versando o recurso sobre incidente processual), seja avocado o processo, com o julgamento do mérito da causa (art. 568).

Outra regra processual notável, destinada à aceleração do processo, vem contida no artigo 562 do NCPC, conferindo ao tribunal o poder de, reconhecendo a nulidade da sentença em sede de apelo, conhecer diretamente do pedido e julgar a causa.

Essa ampliação do poder decisório dos tribunais, ligado à profundidade da devolução recursal, assemelha-se ao poder conferido aos tribunais brasileiros pelos §§ 3.º e 4.º do artigo 515 do Código de Processo Civil, que contemplam técnicas nitidamente informadas pelo princípio da duração razoável do processo.

O incremento da atividade dos juízos singulares não se deu, contudo, na grandeza desejada por segmento considerável da doutrina, ante a generalizada percepção de que toda decisão colegiada ostenta maior grau de acerto; há, ainda, a visão negativa e reducionista de que a unicidade de juízo atestaria a incompetência dos órgãos colegiados.⁸⁸ Todavia essa percepção e essa resistência ao juiz único em primeiro grau têm sido paulatinamente minimizadas, diante da constatação de que, na prática, a atuação dos juízes singulares, nos tribunais, não tem sofrido questionamentos.

Ademais, a partir da década de 70 do século passado, foi reconhecida aos presidentes dos Tribunais de Grande Instância a possibilidade de, exceto em se tratando de processo disciplinar ou de estado de pessoas, delegar o julgamento a um juiz único⁸⁹ (v. NCPC, arts. 801 a 805),

⁸⁴ V., a respeito, Cadiet (1999, p. 292-297).

⁸⁵ Cf. Cadiet (1999, p. 307).

⁸⁶ V., a respeito, Cadiet (1999, p. 309, 310).

⁸⁷ *Juge de la mise en état, juge-rapporteur, conseiller rapporteur, conseiller de la mise en état.* V., a respeito, Cadiet (1999, p. 315-318).

⁸⁸ Cf. Mestre (1996, p. 135 et seq.).

⁸⁹ Cf. Cadiet (1996, p. 6-22).

a este competindo, também, com a concordância dos patronos das partes, presidir solitariamente a instrução do processo (arts. 786 e 945-1).

Utilizam-se, ainda, em favor da ampliação das funções do juiz único, os argumentos de que ele propicia maior celeridade ao processo, tem maior controle sobre a prova⁹⁰ e exerce com particular talento a missão da conciliação, além de atuar como árbitro da sociedade e guardião da legalidade⁹¹.

Sopesados os argumentos favoráveis ao juiz único em ambas as instâncias, concluiu-se ter sido tímida a reforma representada pelo novo estatuto processual civil, notadamente quando comparada às profundas modificações, no que concerne à figura e à atuação desse juiz, levadas a cabo na Alemanha e na Itália.

Em suma, embora muito se tenha feito nos últimos anos para melhorar a administração da justiça civil francesa, o sucesso foi limitado. Como resultado, novas propostas foram apresentadas recentemente, mas persiste a resistência de parte dos que exercem a profissão jurídica, cujas objeções em interesse próprio revelaram-se um obstáculo nas reformas passadas. Apesar disso, novo projeto de reforma judiciária foi colocado em pauta no Parlamento, tendo por objetivos o fortalecimento dos *conseils départementaux de l'aide juridique* (conselhos departamentais de assistência judiciária), o aumento dos limites monetários fixados para o mais baixo juízo de primeira instância e a expansão dos meios alternativos para a resolução de disputas⁹².

6.4 Entre os países da União Europeia, a Itália enfrentou e ainda enfrenta grave crise de justiça, a exigir profundas e sucessivas modificações em

seu sistema processual civil. Deve-se reconhecer, todavia, que ao menos as modificações substanciais no regime recursal têm apresentado relativo sucesso, apoiado na premissa de que o princípio do duplo grau de jurisdição não é valor constitucional, mas simples diretiva para o legislador ordinário.

Assim, a impugnação da decisão judicial por meio de apelação não mais suspende, de *per se*, a executividade da sentença (CPC, art. 282), com o que se reforçou a eficácia das decisões de primeiro grau e afastou-se a intenção protelatória que antes movia a interposição do recurso. E, não obstante a ausência, como regra, do efeito suspensivo, o apelo é dotado de amplo efeito devolutivo, a permitir o reexame integral, pelo tribunal, de toda a matéria impugnada. Essa foi a fórmula encontrada na reforma de 1990, reservando-se ao grau de apelo, ademais, o reexame da causa, mas com a proibição de dedução de novas alegações e meios de prova sobre fatos já examinados no grau de origem (art. 354)⁹³.

Lastimavelmente, o legislador brasileiro ainda não se animou a adotar providência idêntica, persistindo o assim denominado efeito suspensivo da apelação na maioria dos casos (na verdade, a ineficácia natural da sentença no campo substancial de sua incidência⁹⁴), sendo esta uma das causas mais evidentes da indevida utilização desse recurso para fins procrastinatórios. De fato, à época em que julgava no então Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, constatei a brutal redução de apelos de sentenças de despejo, resultado da retirada do denominado efeito suspensivo pelo artigo 58 da Lei de Locação Predial Urbana.

⁹⁰ Cf. Pech (1996, p. 91, 92).

⁹¹ Cf. Putman (1996, p. 125-127).

⁹² V., a respeito, Cadet (1999, p. 318 et seq.).

⁹³ Cf. Comoglio, Ferri, Taruffo (2005, p. 607- 609).

⁹⁴ A respeito, confira-se Dinamarco (2003, p. 137-141). Encontra-se paralisado em seu trâmite o Projeto de Lei do Senado 136/2004, que tem por objetivo justamente retirar esse efeito da apelação.

Já o recurso de cassação não atribui à Corte de Cassação o poder de reexaminar os fatos da causa, nem de pronunciar-se sobre ela; ao contrário, cabe-lhe exclusivamente, nas hipóteses taxativamente enunciadas no artigo 360 do Código de Processo Civil, pronunciar-se sobre a legitimidade da sentença impugnada.⁹⁵ Pode dar-se *per saltum* e ser interposta, *no interesse da lei*, pelo procurador geral que oficia junto à Corte (art. 363).

Observa-se, a esta altura, que as mais importantes inovações dizem respeito à nova conformação judiciária de primeiro grau, com a adoção do modelo de juízo único, suprimido o ofício do pretor e transferida sua competência ao tribunal. E, se é certo que a unificação da *pretura* e do *tribunale* teve por objetivo melhorar a eficiência e a agilidade dos órgãos judiciais, certo é, também, que essa reformulação transformou o tribunal ordinário em ofício (órgão) judiciário substancialmente diverso daquele que então existia, principalmente porque agora julga, prevalentemente, em composição monocrática. Consequentemente, a figura do juízo único está diretamente relacionada à problemática da organização judiciária, ao passo que a do juiz monocrático diz respeito à composição do órgão julgador, de sorte que, substancialmente, com o juízo único de primeiro grau qualquer questão relativa a determinado âmbito territorial é decidida em primeira instância por um único ofício judiciário.

Essa significativa inovação, pertinente ao princípio da conformação e composição dos ofícios judiciais, resultou da circunstância de o tribunal haver adquirido dupla composição (monocrática e colegiada), transformando questões de competência em tema de composição do órgão julgador, ou seja, o tribunal ordinário passou a julgar em composição monocrática e, exclusivamente nos casos previstos

em lei, em colegiada.

Levou-se em consideração, para tanto, a incapacidade do Poder Judiciário em resolver rapidamente o volume de demandas e a constatação de que se mostrava inútil e onerosa a duplicidade dos ofícios da pretura e dos tribunais, pois, enquanto os pretores eram originalmente, ao lado dos conciliadores, órgãos judiciais monocráticos, todos os demais juízos tinham composição colegiada.

Figura já atuante no processo do trabalho, o juiz único integra o tribunal, mas processa e decide monocraticamente as causas que lhe são afetas. Concentraram-se nesse órgão, portanto, as funções instrutória e decidente, antes atribuídas, respectivamente, ao juiz instrutor e ao colegiado.

6.5 Portugal também tem reformado sua lei processual civil e sua organização judiciária, visando a racionalizar a distribuição da justiça, com a criação de novos órgãos judiciais e de instrumentos de aceleração do processo⁹⁶.

As mais recentes reformas remontam a 1995, merecendo realce, no que respeita ao sistema processual civil, a Lei n.º 33/95, de 18 de agosto (Lei de autorização de revisão do Código de Processo Civil), que, em seu artigo 7.º, ampliou os poderes do relator no que se refere a julgamento de recursos, autorizando-o, entre outras providências, a julgar sumariamente recurso que verse sobre questão já solucionada pela jurisprudência ou que se revele manifestamente infundado⁹⁷.

⁹⁶ V., a respeito, João Álvaro Dias (2004, p. 465 et seq.).

⁹⁷ Aliás, não é desarrazoado concluir-se que essa técnica de aceleração do processo, consistente no julgamento monocrático de recursos pelo relator com base em precedentes jurisprudenciais, característica do sistema da *common law* (precedentes persuasivos), nitidamente inspirou a edição, entre nós, da Lei n.º 9.756, de 1996, que deu nova (e atécnica) redação aos artigos 544, §§ 3.º e 4.º, e 557 do Código de Processo Civil.

⁹⁵ Cf. Comoglio, Ferri, Taruffo (2005, p. 649).

A Lei n.º 33/95 também instituiu o recurso *per saltum* da primeira instância para o Supremo Tribunal de Justiça, quando o valor da causa e da sucumbência superar a alçada da Relação e o recurso envolver exclusivamente questões de direito; restringiu o cabimento de agravo para o Supremo Tribunal de Justiça, entre outras providências.

Uma “distorção” da Constituição Federal brasileira permite que se recorra diretamente ao Supremo Tribunal de decisões inferiores, inclusive monocráticas, quando o recurso veicular matéria constitucional, ou seja, verdadeiro recurso *per saltum*, como ocorre com a interposição de recurso extraordinário das sentenças proferidas em embargos à execução fiscal de pequeno valor e dos acórdãos dos colégios recursais dos Juizados Especiais (Súmula 640 do STF). A distorção resulta da circunstância de que, sendo inadmissível, nesses casos, recurso de apelação aos tribunais ordinários em razão da pequena complexidade da causa ou do valor patrimonial em jogo, é, no entanto, constitucionalmente assegurada a utilização da via recursal extraordinária. Com a exigência da repercussão geral da questão constitucional como requisito de acesso àquela via, espera-se, agra, seja limitada ou até mesmo afastada essa possibilidade.

Igualmente importante é o Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, que, entre outras medidas, alterou a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 38/87), ampliou a possibilidade de recurso das decisões que contrariem jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça e regulamentou o recurso *per saltum* para esse mesmo Tribunal. Também manteve a dualidade de recursos cabíveis das decisões finais de mérito (apelação e revista, respectivamente de sentenças de primeiro grau e das Relações) e aquelas envolvendo questões de índole processual (agravo).

Nota-se, aqui, a diversidade de soluções trazidas pelas legislações portuguesa e brasileira: entre nós, restringiu-se o acesso aos tribunais quando a sentença vier fundada em orientação sumulada (CPC, art. 518, § 1.º), com os argumentos de que assim se prestigiam decisões consolidadas dos tribunais superiores, se evitam decisões contraditórias e se valoriza a celeridade processual; lá, ampliaram-se as vias de acesso à segunda instância, como instrumento adequado ao controle, pelos tribunais, da legalidade das decisões dos órgãos inferiores frente às da Corte Superior.

A possibilidade de utilização do recurso *per saltum* da primeira instância para o Supremo Tribunal de Justiça, em substituição da apelação para a Relação, resultou da constatação de que, “quando, segundo as regras gerais, a causa for susceptível de recurso até àquele Tribunal e as partes apenas tiverem suscitado questões de direito, que se configurem como objecto idóneo do recurso de revista”⁹⁸, não se justificaria a manutenção de três graus de alçada. No entanto, diferentemente do regime adotado pelo direito alemão para o mesmo recurso, condicionando sua admissibilidade *per saltum* à concordância das partes (ZPO, § 566), no português ele representa direito potestativo de qualquer delas e “pode ser unilateralmente exercitado sempre que o objecto do recurso se circunscreva à discussão de questões de direito referentes ao mérito da causa, susceptíveis de constituírem objecto idóneo de recurso de revista”⁹⁹.

Por derradeiro, o Decreto-Lei n.º 375-A/99, de 20 de setembro, eliminou o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões proferidas em feitos cautelares e das decisões das Relações em matéria de fato (art. 712, n.º 6), exceção feita às hipóteses indicadas no artigo 678.

⁹⁸ Conforme exposição de motivos do diploma legal sob exame.

⁹⁹ *Idem*.

Em 7 de setembro de 2006, o Conselho de Ministros aprovou proposta de lei que autoriza o Governo a alterar o regime dos recursos cíveis, objetivando, em síntese, a sua simplificação, a maior celeridade e economia processuais e a racionalização de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça (PORTUGAL, 2006).

A primeira providência resultaria da supressão do agravo, coexistindo apenas os recursos ordinários de apelação e revista. A segunda, basicamente com a supressão de atos burocráticos (*v.g.*, o regime dos “vistos”), revisão do regime de arguição de vícios processuais e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Essa racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça teria como base a ampliação da alçada das Relações para 30.000 euros, a inadmissibilidade da revista de decisão da Relação conforme com a jurisprudência uniformizada daquela Corte Superior, a consagração do direito de recurso das decisões contrárias a essa mesma jurisprudência (independentemente do valor da causa e da sucumbência) e a introdução de recurso extraordinário de uniformização de jurisprudência para o Pleno das seções cíveis do Supremo, sempre que esse tribunal proferir, em seção, “acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito”.

Independentemente dessas relatadas providências, o fato é que os recursos aos tribunais superiores agora se sujeitam a controle mais rígido, pois deixa de ser automático o recurso da segunda instância para o Supremo quando o acórdão da Relação confirmar a decisão da primeira instância (regra da *dupla conforme*). Por outras palavras, se o acórdão desse tribunal ordinário confirmar a decisão da primeira instância, as partes ficam impossibilitadas de recorrer, ressalvadas, apenas, duas situações: quando houver

voto vencido na Relação ou o Supremo Tribunal de Justiça entender que se trata de caso de relevância jurídico-social.

6.6 O *Código de Procedimiento Civil* uruguaio, vigente desde 1877 e inspirado na antiga *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, era formal, ritualístico, secreto, burocrático e conseqüentemente lento. O processo civil pautava-se pela total ausência de contato direto do juiz com as partes, com a delegação de importantes funções jurisdicionais a órgãos auxiliares e pela existência de uma multiplicidade de estruturas processuais. Apesar das reformas parciais a que foi submetido ao longo do tempo, representativas de certo avanço, elas não lograram acelerar sensivelmente o curso do processo, não apenas afetando gravemente a imagem do sistema judiciário perante a opinião pública, mas, sobretudo, afastando-se de seus reais objetivos, transformando a forma em um fim em si mesmo.

Essa situação levou à elaboração de projetos de Códigos Modelos para a Ibero-América.

Entre outros temas relevantes, o anteprojeto focou a necessidade de abreviação dos trâmites processuais, mediante a adoção, entre outros mecanismos, do princípio da oralidade, da ampliação do número de juízes e de seus órgãos auxiliares, da ampliação dos poderes diretivos, instrutórios e decisórios do juiz, da responsabilização civil dos juízes por danos causados às partes em razão da demora injustificada do processo, da redução dos atos de comunicação processual e da variedade dos processos especiais, da imposição de penas por litigância de má-fé, da redução das causas de nulidade processual e seu saneamento, quando relativa.

Quanto aos recursos, preconizou-se o estabelecimento de hipóteses de cabimento das sentenças e decisões interlocutórias, a possibilidade de recurso adesivo e a proibição de *reformatio in pejus*,

a unificação e a simplificação das vias recursais, a instituição do duplo grau de jurisdição e, principalmente, a efetividade imediata da sentença, salvo se o recorrente prestasse caução que garantisse o pagamento dos prejuízos impostos à parte contrária.

Em 1988 foi editado o *Código General del Proceso do Uruguay*¹⁰⁰, recepcionando fielmente o Código de Processo Civil Modelo, que tem, como características fundamentais, o estabelecimento de princípios gerais informativos do processo (arts. 1.º a 11), a exigência de maior ativismo judicial, com a conferência de poderes aos juízes – como, por exemplo, a rejeição de plano de demandas manifestamente defeituosas e a correção, no curso do processo, de defeitos formais, de tal sorte que ele seja depurado durante todo o seu trâmite, a permitir o correto julgamento do mérito, a ampliação do poder instrutório (art. 24) –, a exigência de tentativa de conciliação prévia antes da instauração do processo (facultadas a conciliação ou a transação em qualquer fase processual – arts. 223 e 293 a 298), a eficácia imediata das sentenças definitivas (art. 252, n.º 2) e a unificação das estruturas processuais em ordinária ou comum – destinada à generalidade dos casos –, extraordinária – destinada àquelas causas dotadas de alguma especialidade – e monitória, exitosa há mais de um século (arts. 348 e ss.).

Permaneceu intocada a complexa estrutura orgânica do Poder Judiciário, estabelecida pela Constituição Política, de 1967 (arts. 239 a 249), e regulamentada pela *Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales* (Ley n.º 15.750, de 24 de junho de 1985). Apesar da manutenção das diversas classes de recursos, há a previsão de julgamento, em única instância, de causas de menor valor, a conferir maior efetividade às sentenças e a reduzir significativamente o tempo de duração do processo.

Essas reformas geraram resultados muito interessantes, mormente quando comparados com os obtidos em nosso país.

A duração média de um processo perante *Juzgado Letrado de Familia* é de oito meses; no entanto, nos *Juzgados de Paz Departamentales* da Capital, que têm, ao lado da competência conciliatória, também competência civil, comercial e fazendária, os resultados não foram tão animadores, pois somente 55% dos processos tiveram duração inferior a um ano. Já nos *Juzgados Letrados en lo Civil y Comercial*, 50% dos processos duraram menos de um ano, cerca de 40% duraram entre um e dois anos e o restante, dois anos.

Dados estatísticos gerais revelam que 40% dos feitos têm duração de 6 meses ou menos, 37%, de 6 meses a 1 ano e 13%, de um ano a 18 meses. Vale dizer, 77% das causas são julgadas em tempo inferior a um ano, e as restantes, entre um ano e um ano e meio.

O sucesso da reforma resultou da consagração dos princípios da imediatidade, celeridade, concentração, boa-fé, lealdade e veracidade, publicidade, igualdade real entre as partes e direção do processo pelo tribunal. Mas a pedra de toque da reforma é representada pela audiência preliminar, na qual prevalece o princípio da imediatidade, a possibilitar a comunicação direta do juiz com as partes – facilitando a tentativa de conciliação – e seu contato também direto com o material probatório, a permitir a formação de convencimento muito mais seguro a respeito dos fatos essenciais da causa.

Mesmo diante desses resultados, prosseguem os movimentos de reforma, com a melhoria dos recursos humanos e materiais, a melhor capacitação dos servidores da justiça, a redução da carga tributária, a implantação da justiça de pequenas causas, o estabelecimento de mecanismos de proteção de interesses coletivos e de maior participação popular na administração da justiça.

¹⁰⁰ Ley 15.982, 18 de octubre.

Descontadas as distintivas características do Uruguai (principalmente a reduzida população e o elevado grau de desenvolvimento socioeconômico-cultural) em relação a outros países latino-americanos, é notável o sucesso obtido com a introdução do atual modelo processual civil. Não houve modificações profundas na organização judiciária e no regime recursal, mas pequenas (porém importantíssimas) providências fizeram toda a diferença: a ampliação do poder dos juízes de primeiro grau, a quase obsessiva observância da oralidade, a exigência de tentativa prévia de conciliação e a imediata efetividade das sentenças de primeira instância, tudo a justificar o elevado grau de confiabilidade da justiça pela população.

Entre nós, é quase irrealizável a tentativa de conciliação a qualquer tempo do trâmite processual (CPC, art. 125, inc. IV), sobrecarregadas que estão as pautas de audiência de instrução; pelo mesmo motivo, a previsão do artigo 331, inspirada no Código Modelo e estabelecida pela Lei n.º 8.952, de 1994, foi prejudicada pelas modificações e inserções trazidas pela Lei n.º 10.444, de 2002. Esses problemas (entre outros), aliados à regra da suspensividade da eficácia das sentenças de mérito sujeitas à apelação, justificam, ainda hoje – e não obstante todos os demais esforços no sentido de dinamizar o processo civil – o desencanto da opinião pública com a nossa justiça e, por que não dizer, o desalento dos próprios juízes, principalmente os de primeira instância, com a ineficiência de suas decisões definitivas, quase sempre impugnadas em sede recursal. E, não por acaso, ainda perdura a situação que pode causar estranheza ao observador externo: por vezes mais vale uma decisão provisória antecipatória de tutela, pautada por cognição

sumária e superficial dos elementos de convicção trazidos ao conhecimento judicial, que a definitiva, fundada no conhecimento integral da causa e obtida com a observância das garantias mínimas do devido processo legal.

São estas as considerações que submetemos à reflexão do leitor.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil, processo e constituição. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 195-204.

ATYIAH, Patrick S. Judgments in England. In: **LA SENTENZA in Europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. 617 p.

BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. Trad. de J.C. Barbosa Moreira (sem indicação do título original). **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 111-122, jul./set. 2007.

BERIZONCE, Roberto Omar. Luces y sombras del proceso civil contemporáneo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 83-94, ago., 1983.

_____. Recientes tendencias en la posición del juez: relación general. In: BERIZONCE, Roberto Omar (Coord.). **El juez y la magistratura: tendencias em los albores del siglo XXI**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzone Editores, 1999. p. 15-60.

BIAVATI, Paolo. Il giudice unico nel Tribunale di primo grado delle Comunità Europee. **Rivista di diritto processuale civile**, Padova: CEDAM, v. 55, n. 1, p. 104-129, gen./mar. 2000.

BLANKENBURG, Erhard. Civil Justice: access, cost and expedition: the Netherlands. In: Zuckerman, Adrian (Ed.). **Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 442-463.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Título original: *l'eta dei diritti*.

BRASIL. Decreto nº 6.185, de 13 de Agosto de 2007. Autoriza a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 14 ago. 2007. Seção 1, p. 253.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.237-8, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de março de 2005. *Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, v. 27, n. 319, p. 486-508, jul. 2005.

BUONAJUTO, Antonio. *Relazione per la Inaugurazione dell'Anno giudiziario 2007 nel Distretto della Corte d'Appello di Perugia*. Perugia: [s.n.], 2007. Disponível em: <www.tribunalediperugia.it/Comunicazioni/presidente-corteappello-relazione-2007.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2007.

CADIET, Loïc. Civil Justice reform: access, cost, and delay: the French perspective. In: Zuckerman, Adrian (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 291-346.

_____. Les juges uniques ... In: BOLZE, Christian ; PÉDROT, Philippe (Coord.). *Les juges uniques: dispersion ou réorganisation du contentieux?* Paris: Dalloz, 1996. p. 6-22. (Thèmes et commentaires).

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil: segun el nuevo codigo*. Traducción por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América-EJEA, 1986. 3 v. Tradução de: Istituzioni di diritto processuale civile, secondo il nuovo codice.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. xv, 176 p. (Breviarios de derecho ; v 60). Título original: Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato, 1968.

_____. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. Título original: Proceso e ideologie, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. 168 p. Título original: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report, 1978.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, c1958. 440 p. (Trattato del processo civile).

CARPI, Federico. Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, v. 54, n. 1, p. 105-126, gen./mar. 2000.

CHASE, Oscar G. A "excepcionalidade" americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 110, p. 115-139. 2003.

CHIARLONI, Sergio. Civil Justice and its paradoxes: an Italian perspective. In: Zuckerman, Adrian (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 263-290.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo, Saraiva, 1969. v. 1. Título original: Istituzioni di diritto processuale civile.

_____. Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Reimpressão. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3. p. 95-121.

CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In: *ESPERIENZE e prospettive della giustizia italiana*. Roma: Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza», 2002. Disponível em <www.associazionedeicostituzionalisti.it>. Acesso em: 22 fev. 2007.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório anual: 2002*. [Washington, DC: Organização dos Estados Americanos], 2003. Disponível em <www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/cap.3d.htm>.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 151, n. 32, p. 72-98, set. 2007.

_____. Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. 57, p. 706 et seq. 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: Il processo ordinario di cognizione*. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Adoção de critérios para definição de prazo razoável para julgamento art. LXXVIII da Constituição Federal. [Brasília, DF: s.n., 2006]. Disponível em: <www.cnj.gov.br.>.

CONTE, Gian Antonio. *La durata non ragionevole del processo: Legge Pinto nº 89/2001: tutela tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e rimedi interni italiani*. Milano: [s.n.], 2001. Disponível em <www3.ordineavvocatimilano.it>. Acesso em: 22 fev. 2007.

CORNU, Gérard. *La sentence en France*. In: **LA SENTENZA in Europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. p. 162 et seq.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: < www.global.org.br/docs/sentencaximenesportugues.doc>. Acesso em: 19 out. 2007.

CRIFÒ, Carla. *La riforma del processo civile in Inghilterra*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, v. 54, n. 2. p. 512 et seq., giugno. 2000.

CUNHA, Luciana Gross. *Segurança Jurídica: performance de instituições e*

desenvolvimento. In: DI SARNO NETO, Andrea [et al.]. **Poder Judiciário e desenvolvimento do mercado de valores imobiliários brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 131-143. (Série Direito em debate). Prêmio BOVESPA – Direito GV 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 556 p. (Ensino superior). Título original: *Les grands systemes du droit contemporains: droit compare*.

DAVIES, G. L.. *Civil justice reform in Australia*. In: ZUCKERMAN, Adrian (Ed.). **Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure**. New York: Oxford Universty Press, 1999. p. 166-207.

DE STEFANO, Maurizio. *La lunghezza della durata dei processi in Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*. *Rivista Impresa commerciale industriale*, n. 12, p. 1900-1902, dic. 2001. Disponível em <www.dirittiuomo.it>. Acesso em: 23 fev. 2007.

DIAGNÓSTICO DO PODER JUDICIÁRIO. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

91 p. Disponível em <www.mj.gov.br/reforma>. Acesso em: 3 mar. 2007.

DIAS, João Álvaro. *Simplificação das formas processuais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite de (Coord). **O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 465-475.

DÍES-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Civil justice in Spain: present and future: access, cost, and duration*. In: Zuckerman, Adrian (Ed.). **Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure**. New York: Oxford Universty Press, 1999. p. 385-412.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Aceleração dos procedimentos*. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. v. 2. p. 894 et seq.

_____. *Direito e processo*. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. v. 1. p. 731 et seq

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. 2 v.

_____. **Instituições de Direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2009. v. 1.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2001b. 341 p.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. 327 p.

_____. *Procedimentos especiais de jurisdição voluntária*. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. v. 1. p. 377 et seq.

DOMINIK, Érik Campos. *Mitos e verdades sobre o risco Brasil e o custo Brasil*. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 50, jul. 2005. Disponível em: <www.espacoacademico.com.br> Acesso em: 14 set. 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. (Ensino superior). Título original: *Law's Empire*.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of american law**. 3rd. ed. New York: Touchstone, 2005. 620 p.

GELSI BIDART, Adolfo. *El tiempo y el proceso*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 110 et seq., jul./set. 1981.

GELSI BIDART, Adolfo, et al.. *Código General de Proceso de la República Oriental del Uruguay y leys orgánicas*. 9. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005. 424 p.

GOTTWALD, Peter. Civil Justice reform: access, cost, and expedition: the german perspective. In: Zuckerman, Adrian (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 207-234.

GUINCHARD, Serge et al.. *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*. 2. ed. Paris : Dalloz, 2003.

HAZARD, Geoffrey C.; Taruffo, Michele. *La giustizia civile negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 1993. 270 p.

INQUISITORIAL system. In: *West's encyclopedia of american law*. Minneapolis/St. Paul, MN : West Pub. Co., [2005].

ITÁLIA. Ministero della giustizia. *Movimento dei procedimenti civili: anno giudiziario 2005/2006*. [Roma: s.n. 2006?]. Disponível em <www.giustizia.it/statistiche/organizzazione>.

ITÁLIA. Ministero della giustizia. Direzione Generale di Statistica. Disponível em: <www.giustizia.it/statistiche/statistiche_dog/2001/relazione_civile>. Acesso em 09 fev. 2007.

JOLOWICZ, John Anthony. Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 52, n. 2, p. 281-295, apr. 2003. Disponível em <<http://iclj.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/52/2/281>>.

_____. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversary system? Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 328, p. 61-68, out./dez. 1994. Título original: Common Law d'un siècle à l'autre.

KRIELE, Martin. Il Precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano. Trad. it. de G. Zaccaria. Título original: Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis. In: *LA SENTENZA in Europa: metodo, tecnica e stile*. Padova: CEDAM, 1988. p. 515-528.

MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 159 p.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; GOMES, Conceição; PEDROSO, João. The portuguese system of civil procedure. In: Zuckerman, Adrian (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 413-441.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. 430 p.

MEIER, Isaak. Swiss Civil Justice: with an emphasis on the laws of the canton of urich. In: Zuckerman, Adrian (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 464 et seq.

MELLO FILHO, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75. p. 43-53, abr. 2004.

_____. Reforma do judiciário: drama ou preconceito? *Revista Jurídica Consulex*, v.1, n. 9, p. 48-49, set. 1997. Disponível em <<http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-022.htm>>.

MESTRE, Jacques. Rapport de synthese. In: BOLZE, Christian; PÉDROT, Philippe (Coord.). *Les juges uniques: dispersion ou réorganisation du contentieux?* Paris: Dalloz, 1996. p. 135 et seq.

MICHALIK, Paul. Justice in crisis: England and Wales. In: ZUCKERMAN, Adrian (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 117-165.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Dois cientistas políticos, três economistas e a Justiça brasileira. In: _____. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 401-413.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367-380.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39-54.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 104 p.

PECH, Jean Pierre. Les juges uniques ...In: BOLZE, Christian; PÉDROT, Philippe (Coord.). *Les juges uniques: dispersion ou réorganisation du contentieux?* Paris: Dalloz, 1996. p. 91 et seq.

PINHEIRO, Armando Castelar. A Reforma do Judiciário: uma análise econômica. In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL "SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO"*, 1998. São Paulo. Disponível em: <<http://www.raceadm3.nuca.ie.ufrj.br/buscare/Docs/acpinheiro2>> .

- PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. [Referência de 7 de setembro de 2006]. Disponível em: www.portugal.gov.pt/.../GC17/Conselho_de_Ministros>.
- PUTMAN, Emmanuel. Les juges uniques... In: BOLZE, Christian; PÉDROT, Philippe (Coord.). **Les juges uniques: dispersion ou réorganisation du contentieux?** Paris: Dalloz, 1996. p. 125 et seq.
- RE, Edward D. Stare decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 73, p. 45-54, jan./mar. 1994.
- REPORTE SOBRE EL ESTADO DE LA JUSTICIA EN LAS AMERICAS: 2002-2003. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Americas-CEJA, 2003. Disponível em <www.cejamerica.org/reporte/muestra_seccion>. Acesso em 20 fev. 2007.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000. Título original: On Law and Justice.
- SILVESTRI, Elisabetta. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2004. 248 p. 45 et seq.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: Introdução ao Direito nos EUA**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 197 p. (RT Didáticos).
- STORME, Marcel. Comment and questionnaire for the International Congress on Procedural Law. In: DIAS, João Alvaro (Coord.). **Os Custos da justiça: actas do colóquio internacional "Os custos da justiça"**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 459 et seq. Reimpressão da edição de julho, 2003.
- TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de 'civil law' e 'common law'. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 110, p.144 et seq., abr./jun. 2003.
- TARZIA, Giuseppe. La durata del processo civile e la tutela dei deboli. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p.133 et seq.
- TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à emenda constitucional n. 45/04**. São Paulo, Saraiva, 2005. 196 p.
- TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2. p. 229-257, 2007. Disponível em: <<http://www.portal.revistas.bvs.br/index.php?issn=0011-5258&lang=pt>>.
- VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do Processo Civil na Itália. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 142-148, jul. / set. 1986.
- WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: _____. (coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985, p. 1-7.
- WOOLF, Harry, Sir. **Access to justice: final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales**. London: HMSO, 1996. 370 p. Disponível em: <www.dca.gov.uk/civil/final/intro.htm>. Acesso em: 27 maio, 2007.
- ZUCKERMAN, Adrian A.S. (Ed.). **Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure**. New York: Oxford University Press, 1999. viii, 485 p.
- _____. Costs of litigation. In: DIAS, João Alvaro (Coord.). **Os Custos da justiça: actas do Colóquio Internacional "Os custos da justiça"**. Coimbra: Almedina, 2005. 575 p. Reimpressão da edição de julho, 2003.
- _____. Justice in crisis: comparative dimensions of Civil Procedure. In: ZUCKERMAN, Adrian (Ed.). **Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 3-52.



Crônicas

EPISÓDIOS PITORESCOS

Breves Relatos

Manoel de Christo Alves Filho
Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado do Pará

Ao longo de minhas andanças pelo interior do Estado, onde passei 20 anos na expectativa de acesso à capital, após o que, afortunadamente, consegui chegar ao TJPA, vivi episódios pitorescos, que sempre me vêm à mente. Passarei a narrar alguns deles na esperança de agradar aos leitores desta conceituada Revista da ESM.

Na realidade, os episódios narrados em breves relatos fazem parte de minha autobiografia, escrita e destinada apenas a meus filhos e netos, como forma de estar sempre presente na lembrança de quem tenho amado por toda vida, e que agora ofereço aos leitores de nossa revista *A Leitura*.

I

Nasci em Curuçá, sou feliz da minha origem, não só pela destinação cristã de minha terra natal (Curuçá significa cruz grande), como pelo seu futuro promissor que se avizinha, como cidade portuária, em razão da excelência do superporto do Espardarte, o melhor da América Latina, na opinião dos entendidos, situado no ponto mais avançado do Norte para o Oceano, estrategicamente benéfico para o Brasil, como irreversível escoadouro das riquezas nacionais, em demanda do mercado consumidor, mas principalmente pelos vínculos afetivos que me prendem a essa cidade interiorana. Então imaginem só...

Esse episódio ocorreu em Bujaru, onde me iniciei na Judicatura como Pretor.

Recebia em audiência uma senhora que se queixava da vizinha, porque ela falava horrores da filha da querelante, acusando-a até de infidelidade conjugal. Mandeí chamar a querelada, para ser ouvida no dia seguinte, mas a querelante logo ponderou:

- Não faça isso, Doutor, porque pode ser tarde! Chegando bem perto de mim, me falou em voz sussurante, bem baixinho, quase em meus ouvidos:

- Doutor, estou com medo dessa mulher, sabe, eu descobri que ela é de Curuçá, e lá... hum! só tem macumbeiros.

II

Outro episódio, este ocorrido em Gurupá, quando eu já era Juiz de Direito.

Houve uma briga em festa dançante. Os brigões foram presos.

No dia seguinte, o Delegado, antes de ouvir a única testemunha ocular, fez-lhe as advertências de lei, dizendo-lhe que prestasse bem atenção no que ia falar, porque, baseado no seu testemunho, o Juiz iria julgar o caso. Portanto, disse-lhe: fale a verdade, só a verdade, caso contrário, o senhor poderá ser preso por falso testemunho.

A testemunha era um homem já idoso.

A delegacia estava repleta de curiosos, pois todos eram bastante conhecidos.

Com a palavra, o velho, que depois de consertar a garganta, pigarrear, olhar os circunstantes, assim falou:

- Seu Delegado, sabe..., eu não assisti à briga, eu só escutei a zoada...

III

Este aconteceu em Faro, onde, quando Presidente do Tribunal, fiz a restauração da comarca, extinta há 92 anos.

Faro é um município limítrofe com o Estado do Amazonas. Terra de filhos dignos, entre os quais o Monsenhor José Maria do Lago, que já dorme o sono dos justos, sacerdote que me lavou com as águas lustrais do Batismo, e da Professora Bina, de saudosa memória, que me ensinou a 5ª série complementar.

Atualmente, Faro desfruta de relativo progresso, antes, porém, passou por lamentável decadência, por isso grande parte da população mudou-se para o então Distrito de Terra Santa, que hoje é município.

Nessa época, chegou à cidade de Faro um caixeiro viajante da loja Africana que, desembarcando do transporte em que viajara, passeava pela primeira rua da cidade, à época muito abandonada.

Eram duas horas da tarde, não havia viva alma na rua.

O visitante, ao deparar-se com uma senhora de aparência tristonha, debruçada à janela, contemplando o mar, em frente, falou-lhe:

- Minha Senhora, quando esta cidade morreu?

Ela lhe respondeu de pronto:

- Não faz tempo, não... O senhor é o primeiro urubu que chega aqui!

Moral da história: Quem diz o que quer, ouve o que não quer.





Resenhas

O CNJ E OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Por Ricardo Augusto Dias da Silva*



* Advogado. Mestre em Direito. Professor universitário. E-mail: ricardo.dias@advassociados.com.br

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 452 p.

A vantagem da forma literária de apresentação do pensamento, no âmbito do processo cultural de uma sociedade, reside na possibilidade constante de revisitar a obra que se deseja, perguntar sobre sua atualidade, seus valores e, fundamentalmente, se as ideias nela fomentadas encontraram eco no tempo.

Com todo o avanço tecnológico, onde os meios virtuais são a tônica da sociedade contemporânea, ainda não foi superada a sensação do contato mais próximo que o livro impresso possibilita a quem o manuseia, o folhear com um ruído que o tablet e o e-book não conseguem reproduzir na fruição não apenas sonora, mas, sobretudo, tátil.

Essas observações iniciais importam ser referidas no sentido de que o livro “O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde”, lançado dia 20 de outubro de 2011, no Tribunal de Justiça do Estado, guarda essas características, de persistência em meio impresso, a estampar o pensamento jurídico que nele se encerra.

Para registrar o trajeto de concepção dessa obra, importante destacar que quando surgiu a ideia de publicar uma obra coletiva sobre a temática do direito à saúde e os passos percorridos pelo Judiciário na direção de sua efetivação, mirou-se na relativamente recente atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nesta área, vindo imediatamente a lume o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, instituído através da Resolução nº 107, de 06/04/2010, e instalado em 03/08/2010, no Plenário do CNJ.

Foi a partir das atividades da Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação à época e do Comitê Executivo Nacional, cujas atribuições contemplam a coordenação do Fórum Nacional e a organização dos encontros do Fórum, respectivamente, que se estruturou o I Encontro do Fórum Nacional, realizado em São

Paulo, nos dias 18 e 19 de novembro de 2010, com o slogan “a Justiça faz bem à saúde”, contando com a participação de Magistrados, membros do Ministério Público e especialistas em direito e na área da saúde, oriundos de vários Estados.

Esse I Encontro, além de precursor, revestiu-se de momento ímpar, notadamente para o Judiciário, na caminhada que o CNJ empreende ao encontro do ideário da efetivação do direito à saúde, considerando-se, sobretudo, que na oportunidade foram constituídos os embriões dos Comitês Estaduais, com a finalidade de alcançar maior eficiência na prestação jurisdicional referente a tão fundamental direito.

Logo, reconhecida a importância e o valor científico dos trabalhos apresentados naquele evento, não representou grande dificuldade a ideia de consolidá-los e reuni-los, juntamente com outras colaborações, na coletânea publicada, agregando significativa parte do pensamento contemporâneo produzido sobre o direito à saúde, considerando a sua fundamentalidade, relacionada ao foco da atuação do Poder Judiciário, no fenômeno denominado de judicialização.

É de clareza meridiana que a obra reúne autores vinculados aos diversos segmentos das ciências jurídicas e da saúde, com seus artigos do mais alto nível, contribuindo para a messe que a sociedade brasileira tanto espera do Poder Público, que venha a traduzir-se na efetiva melhoria da saúde pública do país.

Cuidou-se de organizar a coletânea, agrupando os artigos de conformidade com o assunto tratado por seus autores, de tal modo que: Sobre “Controle jurisdicional da gestão pública na saúde” tratou Ingo Wolfgang Sarlet; A respeito de “Escolhas públicas e protocolos clínicos – O orçamento, as renúncias necessárias e novos Projetos de Lei” abordaram

Gustavo Amaral e Maria Inez Gadelha; O tema “A ANS e a efetividade de sua missão: Dificuldades, perspectivas, controle eficaz dos fornecedores” foi tratado por Luiz Arnaldo Pereira da Cunha e Angélica Carlini; Sobre “Os desafios da Vigilância Sanitária como sistema nacional, análise e registro de medicamentos, produtos, informação, prevenção, postos, aeroportos, fronteiras, pesquisa em saúde” debateram os artigos de Dirceu Barbano, Ediná Alves Costa e Eloísa Machado de Almeida; A temática “Ações Coletivas x Ações Individuais e alternativas de solução de conflitos no SUS e Planos Privados” foi abordada por Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva e Vitore André Zílio Maximiano; Discorreram sobre “Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor. Principais questões geradoras de conflito e análise econômica” Fátima Nancy Andrighi, José Cechin, Luciano Benetti Timm e Eudes de Freitas Aquino; Sobre “Entidades privadas sem fins lucrativos com atuação na saúde, limites, resultados sociais obtidos, bases constitucionais para esta atuação” abordou Luciane Barzotto; Em relação à “Ética na saúde – Conflito de interesses – Dupla militância (Leis Stark)” mereceu estudo de José Renato Nalini e Newton de Lucca, além dos artigos dos coordenadores versando sobre judicialização da saúde e os desafios do CNJ na sua efetivação, respectivamente, e de Nelson Tomaz Braga, abordando as vertentes legais do direito social à saúde.

O propósito de apresentar uma resenha do livro “O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde”, cuja forma de coletânea composta por vinte e um artigos, foi assumido sem a pretensão de resumir, ou ainda que de maneira simplificada, formular uma breve apresentação de cada texto, o que não instigaria à leitura, diante do conteúdo marcante neles expresso.

Por outra face, não se pode afastar da apresentação

de uma obra, discorrer minimamente sobre o elenco das principais questões norteadoras que a permeia e que, por muitas maneiras, lhe conferem significação para os fins colimados de conhecimento e alcance.

Nesse diapasão, é possível concluir que o eixo nuclear desse livro perpassa, sem desvios, pelo olhar jurídico-contemporâneo do processo de judicialização incidente sobre o direito à saúde, que possui sede constitucional.

Sob essa perspectiva fenomenológica da judicialização, a coletânea transita entre postulados, premissas jurídico-científicas adotadas nas decisões judiciais, oscilando, de acordo com denominação doutrinária, entre as teorias ou princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, quando da apreciação das demandas pelo Judiciário em seu mister da prestação da tutela jurisdicional, seja nos pedidos formulados na esfera do Sistema Único de Saúde, seja nos que versem sobre saúde suplementar.

Ainda nesse particular, a obra aborda o denominado ativismo judicial, mas fundamentalmente amplia o debate no que concerne ao leque de elementos jurídicos a serem considerados, não apenas pelo Judiciário, mas também pelos demais Poderes constituídos em suas respectivas áreas de competência, trazendo à baila o controle da gestão pública e a iniciativa privada na área da saúde, seus conflitos e desafios.

Logo após o lançamento desse livro, com imensa alegria comemorou-se a instalação dos Comitês Estaduais do Judiciário para as demandas na área da saúde em todos os Estados da Federação, cabendo, portanto, à toda sociedade, notadamente ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, imprimir-lhes funcionalidade a serviço de seus propósitos.

Rui Barbosa em frase lapidar, que bem espelha a conduta atual do Judiciário diante da conjuntura

de judicialização da saúde em sentido lato, afirmava que “a ninguém importa mais do que à magistratura fugir do medo, esquivar humilhações, e não conhecer covardia.”

Destarte, esse livro, antes de tudo, tem o impulso de coragem, de contribuir no debate maduro e, sobretudo, imperioso da efetivação do direito à saúde estabelecido no artigo 196, da Carta Política brasileira, apresentando pontos de vista diversos e por vezes discrepantes, concepções arrimadas em postulados científicos sólidos e sindicáveis, que estão a disposição de todos, notadamente dos membros do Poder Judiciário, na nobre e árdua missão de prestar a tutela jurisdicional.

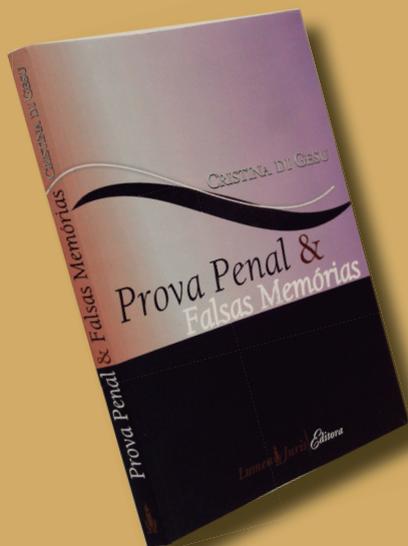
Por derradeiro, é imperioso aduzir que a relevância maior dessa obra coletiva, repousa, fundamentalmente, em oportunizar aos operadores do direito, aos especialistas nas ciências da saúde, para além de um momento de reflexão a partir dos expressivos referenciais apresentados, o fomento à necessária e inadiável iniciativa de transformação que todos devemos ter diante do quadro da saúde no país.

Compartilhar a coordenação dessa obra com o desembargador Milton Nobre, revestiu-se em grande honra, remontando aos meus primeiros passos na vida jurídica, a um tempo profícuo de aprendizado, que a todos os operadores do direito deve apresentar-se com ares permanentes de renovação.

Com efeito, sem hesitação, à obra impõe-se uma detida e apurada leitura, diante de sua essencialidade para aqueles que abraçam o direito à saúde como direito fundamental, sabedores de que a concretização de sua efetividade, mais do que previsões legais, necessita de um mergulho nos cânones constitucionais, guiado pelo farol da dignidade da pessoa humana, no desiderato constitucional a que todos devemos persistir de construir uma sociedade fraterna.

PROVA PENAL & FALSAS MEMÓRIAS

Por Raimundo Wilson Gama Raio*



* Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM/TJPA). Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. raimundo.raio@tjpa.jus.br

GESU, Cristina di. Prova penal & falsas memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 218 p.

O conteúdo da obra, resultante, com o mesmo título, da dissertação de mestrado de sua autora, na área do direito, envereda pela abordagem transdisciplinar das questões concernentes à memória, inclusive sob os vieses neurológico, antropológico, filosófico e social, mostrando o fenômeno da falsificação da lembrança ou da recordação e sua repercussão no campo da ciência jurídica, notadamente, no processo penal, particularmente, no que tange à prova penal.

A autora, depois de enunciar “não ser a lembrança igual à realidade”, atribui a Izquierdo a advertência em relação a uma problemática praticamente ignorada pelos processualistas, qual seja, a de que “a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade”, ao que acrescenta que o estudo da percepção, do mesmo modo, justifica a tese da impossibilidade de reconstrução do “todo”, do ideal de “busca da verdade”, no processo, explicitando que entre a realidade das experiências e a formação da memória e entre esta e a posterior evocação há um processo de tradução (p. 81-82).

Na obra, a memória é definida, sob o viés neurológico, “como a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos” e que também remete à lembrança e à reminiscência, bem como, segundo Isquierdo, é a “aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações”, para quem essa *aquisição* pode ser chamada de aprendizagem, pois somente se grava aquilo que foi apreendido, e, diferentemente, a *evocação* se relaciona à recordação, à lembrança e à recuperação (p. 83).

No que se refere à *percepção*, embora esta se torne mais exata, permitindo a distinção de detalhes, quando se conhece determinado objeto ou pessoa, salienta que a *percepção precedente* pode fomentar erros, o que ganha relevância no processo, principalmente no reconhecimento prévio por fotografia, enquanto ato preparatório

do reconhecimento pessoal, dando como exemplo o da vítima ou testemunha que não poderá identificar o imputado, por não conhecê-lo e, por isso, não ter sua imagem guardada na memória, mas que, se for uma ou outra daquelas personagens do processo, induzida por fotografia, talvez se recorde não da pessoa envolvida no delito, porém da que lhe foi mostrada no álbum (p. 84).

A memória, ainda sob o ângulo neurológico, como consta da obra, pode ser *declarativa*, segundo classificação de Izquierdo, isto é, a memória de fatos, eventos, de pessoas, de faces, de conceitos e de ideias, e subdivide-se em *episódicas* ou *autobiográficas*, respeitantes a eventos dos quais as pessoas participam ou os presenciam, e em *semânticas*, relacionadas estas a acontecimentos gerais (p. 85). Vale anotar que as *memórias declarativas* se formam primeiramente em uma região do lobo temporal, o hipocampo, na estrutura cerebral, como explica Izquierdo (p. 87).

Por outro lado, de acordo com a Teoria do Traço Difuso existe a *memória literal* que, consistindo na codificação precisa de informações cujos detalhes são registrados e armazenados de maneira episódica, é mais suscetível ao esquecimento e à interferência do que a *memória de essência* que, por sua vez, armazena somente informações inespecíficas (p.85-86).

Além dessas, as memórias podem ser *implícitas*, capazes de durar a vida inteira, em contraposição às *memórias de trabalho*, ou *explícitas*, passíveis de durar alguns minutos ou algumas décadas (p. 86).

Ainda dentro da esfera neurológica, há, na obra, a afirmação de que a memória guarda emoções e que o evento se armazena em diferentes locais do cérebro, sendo buscada a demonstração disso por meio do exemplo (colhido de Izquierdo) concernente à queda de um teto sobre a cabeça de algumas pessoas em que a *parte informacional* ou *cognitiva do episódio* (visão dessa

queda, fuga do local etc.) está registrada no *hipocampo*, na estrutura cerebral, e armazenada como *memória declarativa*, porém, a *parte emocional* (susto e horror do acontecimento) fica guardada em outro segmento da referida estrutura (amígdala e córtex cortiomédial da área pré-frontal).

Sem sair dessa esfera, levando em conta a influência da emoção para quem funciona como testemunha ou é vítima de um delito, observa-se, segundo a obra, que a tendência da mente humana é guardar a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a *memória cognitiva* que, por seu turno, seria provida de detalhes técnicos e despida de contaminação decorrente de emoção, subjetivismo ou juízo de valor (p. 89). Ao lado disso, o estresse, ao se intensificar, provocaria a piora das lembranças, possivelmente, para sua fragmentação, como explica Stein (p. 89).

Alude a obra à ideia de “representação aproximativa”, que é explicada por Antônio Damásio argumentando haver provas concretas de que a recordação de um dado objeto, um rosto ou uma cena não se obtém mediante uma reprodução exata, mas uma interpretação ou nova versão reconstruída do original e que, além disso, à medida que a idade e a experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem (p. 90). Daí que a memória é essencialmente dinâmica. Por isso estudo há que demonstra que, pelo uso da prova oral, no processo penal, as testemunhas contem o que viram, ouviram ou sentiram acerca de um fato delituoso, o armazenamento da memória não é absoluto ou completo e, portanto, a capacidade de reprodução do acontecimento é deficitária (p. 90).

A obra abstrai da análise da memória, sob o viés antropológico-filosófico que, por mais sejam respeitadas as regras do *due process of law*, há, no que diz

respeito à prova testemunhal, dificuldade para “cindir o real do imaginário, ou seja, o acontecimento fático das posteriores contaminações feitas pela memória, pela emoção, pela indução e pelas falsas memórias” (p. 91-92). Contém, em consequência, a assertiva de que a realidade do crime é percebida de uma forma, mas pode ser transmitida de outra (p. 92).

Ao analisar o assunto sob o viés social, a obra aponta a íntima relação da memória com o esquecimento, segundo as teses de Ost e de Virgílio, acentuando que para este “a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento” (p. 105).

Na explicitação do que significam as falsas memórias, a obra destaca a contribuição de Elizabeth Loftus, mediante a utilização da técnica consistente na “inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito ‘falsa informação’, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa” (p.106-107).

Ademais, a obra enfatiza que Loftus realizou pesquisas cujos resultados revelam que “a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos”, acrescentando que “também pode haver modificação dos fatos realmente vivenciados” (p. 108).

A autora da obra sob comento traz a lume a comparação entre as pesquisas realizadas por Loftus e as concretizadas por outros pesquisadores, para demonstrar as afinidades destas com as falsas memórias.

Assim, reporta-se ao que Gorphe classifica como *erros de invenção* e *erros de compreensão*, o primeiro dos quais resvala para a deturpação de um conjunto ou de uma parte notável da declaração, embora não incidindo sobre alguns detalhes ou elementos mais ou

menos importantes, ao invés dos segundos em que há uma falsa interpretação do fato, vindo a se constituir, quando predominante e inclinada ao excesso, em uma categoria situada entre a invenção e a ilusão (p. 110-111). Afirma, conseqüentemente, que ambos os erros se afinam com as falsas memórias.

De outra monta, vale assinalar que o mecanismo da *confabulação*, que consiste em preencher inconscientemente as lacunas da memória com recordações fantásticas ou com representações estranhas, lógicas e habituais, produtos de associações, de inações e de sugestões que se lhe adaptam automaticamente, é pinçado das lições de Gorphe pela autora da obra resenhada, que, em síntese, vislumbra, sob essa ótica, características que se assemelham muito às das falsas memórias (p. 111-112). Na esteira disso, suscita a hipótese segundo a qual uma testemunha pode introduzir inconscientemente na narração de um delito elementos obtidos de um livro que estava lendo por ocasião daquele fato.

Reproduz a autora o entendimento de Loftus no sentido de existirem dois tipos de falsas memórias: “as ocorridas de fatos que não existiram e o ressurgimento de lembranças recalçadas a partir da inflação da imaginação” (p. 112).

Corresponde ao primeiro desses tipos o da *implantação da falsa memória*, como ocorre no caso de recordação de acontecimentos fictícios da infância em que a fonte de informação foi esquecida e, também, no caso em que o participante se familiariza com os detalhes (p. 112).

Agredora de esclarecimento ao primeiro desses casos se afigura a assertiva de Loftus lembrada pela autora (p. 112):

“o fato de imaginar um acontecimento o torna mais familiar, e a familiaridade é então falsamente associada às lembranças

da infância. Uma confusão como essa – esquecer a fonte de uma informação – pode ser típica de experiências infantis”.

No tocante ao segundo dos referidos casos, há que se considerar bem explicitadora a afirmação de Loftus, transcrita pela autora (p. 112):

“as falsas lembranças são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. Durante o processo, os participantes ficam suscetíveis a esquecer a fonte da informação. É um exemplo clássico de confusão de fonte, em que conteúdo e fonte estão dissociados”.

A autora coloca sob esse enfoque a assunção da culpa, mediante confissão escrita, como decorrência de induzimento a relatar acontecimentos não experimentados, e a possibilidade de uma testemunha ou vítima apresentar um relato não verdadeiro, com base na falsificação da recordação, bem como a situação em que, por falta de vestígios ou quando forem apagados pelo tempo, a testemunha, como único meio elucidativo, pode sofrer induzimento por parte de parentes, amigos, policiais ou julgadores (p. 113).

A autora faz a distinção entre as falsas memórias e as mentiras, valendo-se do discernimento de Miranda quanto à que nas primeiras as pessoas realmente

acreditam em que algo aconteceu, mas nas segundas há um processo consciente de inventar ou escamotear a realidade (p. 114).

Como corolário da preocupação da autora com o tema relacionado à prova penal e falsas memórias, sobreleva citar algumas de suas observações:

- a) “as garantias processuais, por si sós, não são suficientes para contornar a problemática das falsas memórias” (p.137);
- b) a colheita da prova em prazo razoável minimiza as contaminações a que está sujeita, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) sobre a memória e resguardá-la de influências externas, oriundas da vítima, seus parentes, testemunhas, mídia etc. (p. 173);
- c) a adoção de técnicas de interrogatório e entrevista cognitiva, pois permitem obter informações quantitativa e qualitativamente superiores a das entrevistas tradicionais e altamente sugestivas (p. 173);
- d) gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual, principalmente por assistentes sociais e psicólogos, permitindo ao juiz dispor de um completo registro eletrônico dos fatos (p.173).

Enfim, a obra, incluindo três estudos de casos (cap. IV), serve como precioso elemento de consulta a respeito da valoração da prova penal.







Papel produzido
a partir de fontes
responsáveis

FSC® C0C004279

Papel certificado pelo FSC, que garante que a origem da madeira é correta,
proveniente de florestas plantadas e sustentadas.