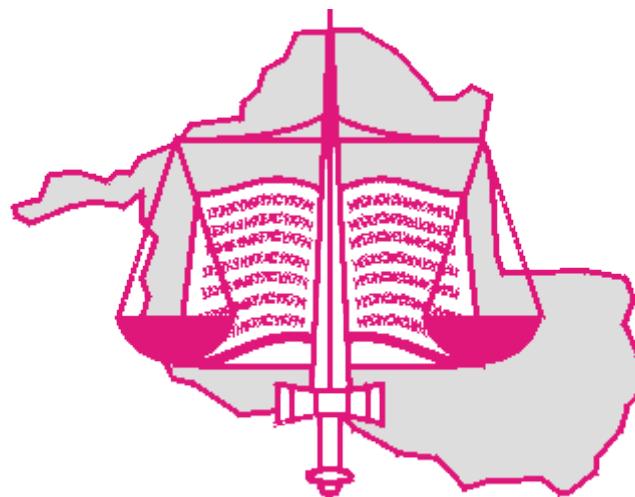


**ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**



EMERON

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**

(Criada em agosto de 1996)

Ano 2005 - Nº 13

Porto Velho - Rondônia

Diretor Des. RENATO MARTINS MIMESSI
Vice-Diretor Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia
**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**

Conselho Editorial

Des. Renato Martins Mimessi

Des. Dimas Ribeiro da Fonseca

Des. Eurico Montenegro Júnior

Des. Gabriel Marques de Carvalho

Des. Eliseu Fernandes de Souza

Des. Francisco César Soares Montenegro

Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia

Juiz Francisco Prestello de Vasconcelos

Juiz Alexandre Miguel

Juiz Cesar Rubens de Sousa Lima

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON

Av. Rogério Weber, 1872 - Fone (069) 3217-5034

CEP 78916-050 - Porto Velho - Rondônia

www.tj.ro.gov.br - emeron@tj.ro.gov.br

ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
DO ESTADO DE RONDÔNIA - BIÊNIO (2004-2005)

Presidente Des. VALTER DE OLIVEIRA

Vice-Presidente Des. ROWILSON TEIXEIRA

Corregedor-Geral

da Justiça Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA

COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DO TRIBUNAL

Des. VALTER DE OLIVEIRA

Des. EURICO MONTENEGRO JÚNIOR

Des. ELISEU FERNANDES DE SOUZA

Des. RENATO MARTINS MIMESSI

Des. GABRIEL MARQUES DE CARVALHO

Des. SEBASTIÃO TEIXEIRA CHAVES

Des^a. ZELITE ANDRADE CARNEIRO

Des. CASSIO RODOLFO SBARZI GUEDES

Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA

Des^a IVANIRA FEITOSA BORGES

Des. ROWILSON TEIXEIRA

Des. SANSÃO BATISTA SALDANHA

Des. WALTER WALTENBERG SILVA JÚNIOR

Des. PAULO KIYUCHI MORI

Des. MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA

CORPO DOCENTE DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

PORTO VELHO

Dr. Alexandre Miguel

Direito Administrativo

Dr. Álvaro Kalix Ferro

Direito Ambiental

Direito do Consumidor

Dr. Edenir Sebastião A. da Rosa *Direito Civil*

Des. Sansão Saldanha *Direito Constitucional*

Dr. Francisco Borges Ferreira Neto

Prática de Audiência

e Sentença Criminal

Dr. Ilisir Bueno Rodrigues *Direito Agrário, Hermenêutica e Deontologia*

Dr. João Adalberto Castro Alves

Prática de Audiência e

Sentença Cível

Dr. Jorge Luiz dos Santos Leal *Direito Processual Civil*

Dr. Guilherme Ribeiro Baldan *Direito Empresarial*

Dr. José Antônio Robles *Direito Processual Penal*

Dr. Francisco Borges Ferreira Neto *Direito Penal*

Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia *Direito Tributário*

JI-PARANÁ

Dr^a. Ana Valéria de Queiroz Santiago *Direito Administrativo*

Dr. Aureo Virgílio de Queiroz

Direito do Consumidor

Hermenêutica

Dr. Edewaldo Fantini Júnior *Direito Constitucional*

Dr. Edson Yukishigue Sassamoto *Direito Tributário*

Dr. Glauco Antonio Alves *Direito Civil*

Dr. José Antonio Barreto *Prática de Audiência e Sentença Cível*

Dr. Haruo Mizusaki *Direito Empresarial*

Dr^a Maria Abadia de C. M. S. Lima *Prática de Audiência e Sentença Criminal*

Dr. Renato Bonifácio de Melo Dias *Direito Processual Civil*

Dr. Oscar Francisco Alves Júnior *Direito Penal*

Dr. Silvio Viana

Direito Agrário, Deontologia

e Direito Ambiental

Dr. Valdecir Ramos de Souza *Direito Processual Penal*

APRESENTAÇÃO

Prefaciando esta revista desde a publicação de n. 9 incluindo mais duas especiais, período em que estive à frente da Escola da Magistratura de Rondônia como diretor, venho acompanhando, com satisfação, a melhoria da editoração e a seleção dos conteúdos.

A cada edição, há a preocupação de valorizar autores de nosso Estado, sem perder de vista contudo, autores de todo o Brasil e também estrangeiros, que versam temas de grande relevância e interesse para o público-leitor.

Colocando em suas mãos mais esta a de n. 13, tenho a certeza de mais um dever cumprido com sucesso.

Na oportunidade, quero agradecer aos leitores e aos autores de artigos até então publicados, e, ao mesmo tempo, solicitar-lhes novas contribuições para as próximas publicações.

Des. **RENATO MARTINS MIMESSI**

Diretor

01 - A Humildade do Juiz

A HUMILDADE DO JUIZ

José Renato Nalini

**Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional
pela USP, Coordenador dos Cursos de Aperfeiçoamento da Escola Paulista da
Magistratura e Diretor Adjunto da Escola Nacional da Magistratura**

A HUMILDADE DO JUIZ

José Renato Nalini

"A vida só é possível reinventada"

Cecília Meirelles¹

I - Atualidade da reflexão ética

Se a postura ética deve ser preocupação permanente de cada profissional, a responsabilidade ética do juiz brasileiro é potencializada. O Judiciário vem sendo constantemente atacado como instituição corporativista, insensível ao clamor do povo por Justiça, distanciado da realidade de um Estado pobre e que não consegue resolver os efeitos perversos da globalização. Efeitos que se traduzem no crescimento da miséria, na multiplicação do desemprego, na disseminação da violência, das drogas e do desencanto perante valores a cada dia mais postergados.

O Judiciário Brasileiro tem uma tradição de se considerar integrante do Estado. Os problemas do governo não o atingem, pois situa-se acima e além do aparato governamental. Alie-se a tal a denominada cultura do repasse. As falhas de que a Justiça vem sendo acusada não são tributáveis aos juízes. Estes são vítimas do Executivo, que lhes não dá meios materiais, do Legislativo, que lhes fornece leis defeituosas e dos *mass media*, que incitam a comunidade a não compreendê-los.

Isso explica em parte o distanciamento entre a sociedade e o juiz, a severidade na crítica que lhe destina a mídia e enfatiza a complexa missão dos juízes novos, na tentativa de reverter este quadro.

Diante desse quadro, intensifica-se a necessidade de uma reflexão ética.

A Ética, em si mesma, não responde a todas as questões. Todavia, ela auxiliará o juiz a meditar sobre a função e o impregnará de condições pessoais de melhor resistir ao enfrentamento.

(1) - Meirelles Cecília . "Flor de Poemas", 8^a ed.: Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983, poema "Reinvenção", p. 94.

Na vastidão do estudo ético, destaca-se para o juiz a preocupação permanente com o cultivo de uma virtude: a virtude da humildade.

II - A primeira virtude: a humildade

O juiz brasileiro deve cultivar uma primeira e básica virtude: a humildade. Ela não deve ser atributo apenas dos juízes novos, mas destes há de merecer cultivo continuado, até para que se não transformem nos hoje criticados modelos antigos: o juiz arrogante, presunçoso e crente de estar acima de todos os semelhantes.

A Magistratura propicia um natural distanciamento do juiz com o mundo real. Convivendo apenas com os iguais, alvo de reverência dos funcionários e de tratamento respeitoso dos advogados e das partes, o magistrado tende a nutrir noção ilusória da sociedade. Corre sempre o risco de se acreditar especial, imune a defeitos, merecedor de privilégios e superior ao universo dos destinatários de sua função. Daí a atualidade extrema de se imbuir de sadia humildade. E essa humildade há de se traduzir em concreto.

a) A humildade intelectual

Atente-se, primeiro, para a humildade intelectual. O recrutado a julgar é um intelectual. Trabalha intelectualmente, analisa o caso, procura soluções na lei, decide somente depois de adequadamente interpretá-la. Toda a sua atuação é algo que se desenvolve na esfera do intelecto.

Como operador intelectual, o juiz há de repetir sempre: só sei que nada sei. Embora asserto incorreto - se de nada sei, nem isso poderia saber - a expressão vale como exercício permanente. E como estímulo para procurar saber alguma coisa.

O primeiro compromisso ético do juiz é colocado em relação ao seu aprendizado permanente. O estudo sistemático, na continuidade da escolarização e seus vários graus, mas também - e principalmente - o estudo solitário. O encontro diuturno com o ensinamento dos livros, e dos *CD-rooms*, e das *internets* e das infovias.

Humildade intelectual para não ser detentor da verdade e para reconhecer que pode existir parcela de verdade na posição contrária àquela que se defende. A tradução da verdade pode ser multi

forme. A formação da vontade judicial é um processo que passa pelo exame de todos os argumentos apresentados ao julgador. E ele pode extrair de cada qual uma parcela de convencimento para bem decidir. Sem humildade intelectual, não encontrará tais parcelas do verdadeiro em todos os partícipes da cena judiciária.

Humildade intelectual para acreditar que nem sempre a sua inclinação é a correta. Para reconhecer os valores do pluralismo. Disposto a debruçar-se sobre as lições dos mais doutos, para analisar a jurisprudência e para encontrar nela as lições que poderão convencê-lo do acerto e do eventual desacerto de sua convicção íntima.

O autor da lógica da retórica, Chaïm Perelman, lembra que "toda visão da realidade é em certa medida subjetiva, e isto ainda mais quando se trata antes de uma reconstituição do que de uma visão direta".

Daí que:

... o juiz íntegro será, mesmo involuntariamente, levado a fazer coincidir, em sua apreciação dos fatos, o direito e seu sentimento íntimo da justiça. Baseando-se em certos indícios ou negando-lhes a importância, levando em conta certos fatos ou interpretando-os de modo que se esvaziem de qualquer significado, o juiz pode fornecer uma imagem diferente da realidade e dela deduzir uma aplicação diferente das regras de justiça².

O juiz sabe que ele julga como quer. É fácil encontrar argumentos contra ou a favor de qualquer das teses. Fundamental se torna a sua profunda honestidade intelectual, fomentada pela humildade intelectual, para que, no ato de julgar, não prevaleçam as idiossincrasias, os preconceitos, o comodismo ou qualquer outro subjetivismo, sobre a missão de fazer justiça.

Essa virtude da humildade intelectual não se confunde com o servilismo doutrinal ou com o servilismo

pretoriano. O primeiro, a satisfazer o julgador com a citação erudita das lições produzidas pelos juristas; o

(2) - PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 29.

segundo a tipificar o compilador de jurisprudência. O juiz que não tem opinião, mas curva-se - em aparente humildade - ante as decisões dos Tribunais, poupando-se de ter de tomar partido.

A doutrina e a jurisprudência podem auxiliar o juiz a decidir. Nunca devem substituí-lo nessa tarefa, que é a única a legitimar sua atuação. O juiz é preordenado a julgar. Ninguém, em seu lugar, pode fazê-lo. E julgar é analisar prós e contras, todos os pontos de vista expostos ou não, examinar a lei e extrair dela a melhor aplicação/interpretação, aferir sua compatibilidade com a norma fundante para então decidir-se. Aí então, é válida a invocação à jurisprudência ou à doutrina. Mas alinhar-se ao lado da orientação dominante, sem o empenho em convencer-se, não é digno de um *decideur*. O juiz é quem deve decidir, ninguém mais por ele. Fosse suficiente a aplicação automática da jurisprudência e os computadores poderiam suprir com vantagens a falta de juízes.

b) A humildade profissional

Humildade profissional, para se reconhecer um servidor do povo, de cuja contribuição provêm os seus vencimentos. Num país detentor da façanha de ver crescer a massa dos miseráveis, o juiz ainda é um privilegiado. Há milhões de excluídos de qualquer bem da vida - alimentação, vestuário, teto e trabalho - e há milhões de desempregados, produto cruel da reengenharia e da globalização.

É natural que o juiz pretenda uma remuneração digna. Ela está vinculada à sua independência. Mas, há de ter a consciência permeável à realidade de sua nação. Os vencimentos não são talvez os mais adequados, mas são os possíveis. E existe ainda um aspecto de relevo para os juízes jovens: a Magistratura não é compulsória. É juiz quem quer. Todo aquele que se sentir injustiçado e suficientemente capaz de disputar no mercado de trabalho uma posição que melhor reconheça seus méritos, não deve hesitar. A Magistratura, como emprego, pode ser sofrível. Como missão, todavia, é insubstituível. Nela deverão permanecer apenas os verdadeiramente vocacionados. O mercado saberá absorver os valores predestinados a outras tantas nobilitantes funções.

Uma outra ordem de cogitações deve importunar a consciência do juiz íntegro. A cada Magistrado corresponde um investimento considerável de toda a sociedade brasileira. Formação básica, formação ética, formação cultural e formação técnico-profissional. Isso demandou sacrifícios, disponibilidade, renúncia. Nem sempre só do juiz, embora todo Magistrado, num país como o Brasil, possa considerar-se um vencedor.

A manutenção do equipamento judicial é dispendiosa. O juiz não trabalha só. Precisa de secretaria, antigamente chamada cartório. Um grupo de servidores conferirá operacionalidade à sua atuação. A cada cargo de juiz corresponderá um cargo de promotor de justiça. Exigir-se-ão dependências adequadas, e correspondente reflexo nas atividades auxiliares: polícia civil, polícia militar, repartições administrativas e técnico-científicas. Enfim, tudo isso custa dinheiro, principalmente num Estado mergulhado na pobreza.

A que pretexto tais observações? A humildade profissional também fará com que o juiz se preocupe com o retorno desses investimentos. Há uma equação econômica de custo/benefício a ser considerada. Cada juiz há de propiciar à sociedade que o formou e que o remunera o máximo em efetivo retorno de préstimos.

Injetou-se em cada juiz brasileiro uma soma não desprezível até viesse a integrar a Magistratura. Continua a ser mensalmente injetado outro montante razoável para um Estado de miseráveis. Sem se fazer o cálculo do investimento permanente, em termos de edifícios, equipamentos e viaturas. O juiz não pode descuidar-se do resultado econômico desse investimento. Ele existe para produzir justiça. E se não estiver produzindo satisfatoriamente, já não se justificam os investimentos e são compreensíveis as alternativas de fuga do Judiciário, procurando cada qual dispor de uma justiça particular, mais eficiente, célere e descomplicada do que a justiça convencional.

Por humildade profissional, entenda-se o juiz considerar-se integrante de uma carreira: a Magistratura. É dela que ele sobrevive e é nela que deverá investir. Tudo o mais deve ser acessório em sua existência.

É louvável a pretensão de continuar os estudos, mas tudo centrado na profissão juiz. O talentoso conseguirá também ensinar, fazendo carreira docente. Outros podem mesmo escrever, ou envolver-se em atuação associativa, seja institucional, social, sindical ou esportivo-recreativa. Tudo isso, porém, deve ser um *plus*. A atividade básica e essencial é a de julgar.

Uma concepção adequada da profissão de juiz leva-lo-á a posturas muito simples, mas que se refletem no produto final de sua atuação. O cumprimento ao horário e a assiduidade. A disponibilidade para atender a quantos o procurem. A dedicação plena à solução dos processos, com a recusa à participação de eventos que não condigam com o excesso de feitos a seu cargo. A renúncia a elaborar peças jurídicas de expressão, pois todos são capazes de fazê-lo, para decidir rápida, objetiva e singelamente. À parte interessa que alguém diga em oportuno o seu direito. Não que essa dicção venha envolvida em exercício de erudição e em invocação à doutrina e jurisprudência nacional e alienígena.

No conceito de humildade profissional, inserem-se preceitos de relacionamento do juiz com os colegas, com o Ministério Público, advogados, funcionários, auxiliares da Justiça, com as partes e com a cidadania.

b.1) O juiz e os demais juízes

A Magistratura não tem hierarquia. Cada juiz é igualmente detentor dessa parcela da hoje relativizada soberania estatal e dispõe de maneira idêntica do terrível poder de prender, de separar filhos dos pais, de despejar inquilinos ou ocupantes de áreas em conflito, de reduzir patrimônios. O poder de modificar substancialmente o destino das pessoas.

Um dos apanágios da Magistratura é a ausência desse nível hierárquico. Juiz não tem chefe. Está subordinado apenas à lei e à sua consciência. E justamente por não estar subordinado à chefia é que dele se exige uma conduta respeitosa para com todos os colegas. Ele é fruto de um concurso extremamente rígido. Presumivelmente capaz de recrutar alguém que pode viver independentemente de outrem lhe recordar seus deveres.

Parece estar faltando, às vezes, apenas uma boa educação de berço. Pequenas regras singelas - e é necessário redescobrir a eficácia da simplicidade - hão de ser recordadas. O relacionamento cortês, mais do que polido. O exercício da solidariedade. O banimento da maledicência³.

A postura da prudência, da serenidade, da paciência e da alegria.

Dos juízes dever-se-ia poder dizer, como em relação aos primeiros cristãos - "Vede como se amam"! Não se concebe que seres chamados a decidir problemas alheios, preparados para as novas técnicas da conciliação, da persuasão e da argumentação, possam amesquinhar-se e ostentar conduta entre colegas que não seja pautada no respeito mútuo, no companheirismo e na solidariedade.

Respeito se deve a cada ser humano, independentemente de sua posição no conjunto de convenções que disciplina a sociedade. O que não exclui posição respeitosa do menos idoso em relação ao mais velho, do novato no que tange ao mais experiente, da precedência que se convencionou conferir à mulher. Nem elimina a reciprocidade de tratamento. O mais antigo não se desprestigia se for atencioso para com o mais novo. Desprestigia-se, isto sim, tratar-se com desatenção os menos experientes, imbuindo-se da tática das homenagens. Assim se pode chamar o ritual do servilismo em relação aos poderosos de plantão, a bajulação aos transitórios detentores do poder, enquanto a indiferença preside o relacionamento com os menores.

(3) - Sobre maledicência, há mais de trezentos anos Baltasar Gracian (1601/1658), em "Oráculo Manual e Arte de Prudência", considerado compêndio da arte da política e da diplomacia, já assinalava: "Não ser um registro ambulante de antecedentes criminais. Ocupar-se da infância alheia é sinal de se ter gasto a fama própria. Há quem queira com as manchas dos outros encobrir ou até lavar as suas; ou então servem-lhe de consolo, mas é um consolo de tolos... Nessas matérias, quem mais remexe, mais se enlameia. Poucos escapam de ter algum defeito específico, quer aparente, quer encoberto. Não são conhecidos os defeitos dos desconhecidos. Fuja a pessoa atenta de ser um registro de infâmias, pois tornar-se-ia um péssimo exemplo, desalmado, embora vivo" ("op. cit.", Ed. Ahimsa, São Paulo, 1984, n. 125, pp. 84/85).

b. 2) O juiz e o Ministério Público

O promotor exerce função essencial à administração da Justiça⁽⁴⁾. É um parceiro do juiz na concretização do justo. Em vários Estados, juízes e promotores formam uma só Magistratura, cursando única e mesma preparação à carreira, na qual as funções respectivas são intercambiáveis⁽⁵⁾.

O juiz deve ter a humildade profissional de reconhecer que ambas as funções têm sua relevância e suas atribuições específicas, cumprindo-lhe respeitar a atuação ministerial, não opor-lhe embaraços, mas também não se converter em um refém do promotor. Isso acontece com os juízes que, seja por não dominarem certos temas - meio ambiente, direito do consumidor e ações civis públicas em geral - ou por certo comodismo, ainda que gerado pelo excesso de trabalho, acompanham fielmente o Ministério Público e não ousam contrariá-lo.

Assim como não existe hierarquia entre juízes, ela também inexiste na relação juiz/promotor. Uma postura ética deve se preocupar com a eliminação de eventuais conflitos, pois, no confronto entre os detentores dessas funções, o prejuízo maior é na realização da Justiça.

Não existe desvantagem no cultivo de uma sadia e cordial convivência. Baseada no respeito mútuo, na aceitação das diferenças, na aberta, franca e elevada discussão. Preceito de ouro é a preservação do relacionamento, cuja subsistência íntegra é imprescindível à mais adequada administração do justo.

A parceria privilegiada entre juiz e promotor, cada qual atuando no espaço jurídico preordenado pela Constituição, é um experimento

(4) - Art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

(5) - Assim é em Portugal, França e Itália, onde os juízes da operação mãos limpas são, de fato, promotores. Nos dois primeiros países e no Japão, uma única instituição oficial de ensino se encarrega da preparação dos Magistrados, que tanto integram o Poder Judiciário como o *Parquet*. Na França o Magistrado *du siège* pode, no decorrer da carreira, exercer funções da Magistratura *du Parquet* e vice-versa. Há uma integração, aqui inexistente, que não redunda em falência da administração da Justiça naqueles Estados.

concreto da teoria cooperatória do processo. Visão hodierna, prospectiva, que altera a fisionomia tradicional da pugna civilizada para o esforço comum e direcionado à restauração da harmonia.

b. 3) O juiz e o advogado

O advogado também, pela vontade constituinte, é indispensável à administração da Justiça⁶. De maneira idêntica à relação juiz/promotor, inexistem hierarquia entre juiz e advogado. Este, às vezes, tende a considerar o promotor um parceiro privilegiado, incumbindo ao juiz demonstrar que, na condição de partes, ambas têm seus representantes igualmente eqüidistantes do julgador.

Humildade profissional reclama do juiz uma atenção efetiva para com o causídico. Sem ele, o destinatário da Justiça não obtém o pronunciamento judicial. Juiz eticamente íntegro dispensa ao advogado todo o respeito, aí incluída a disponibilidade plena para atendimento, evidentemente autônoma quanto a deferir ou não seu pleito⁷. O tratamento apenas polido, ou mesmo ríspido, gera uma reação em cadeia. O cartorário também não respeita o advogado e o atende de má vontade. A consequência é o desprestígio da carreira jurídica, a qual todos - juiz, promotor e advogado - estão a integrar.

Existe uma vinculação íntima entre a Advocacia e a Magistratura. Esta é composta de integrantes daquela, recrutados por concurso. Além disso, o quinto constitucional propicia a renovação de idéias dos órgãos superiores da jurisdição, mediante preenchimento de vagas por advogados e promotores. Cada qual com sua função, protagonizam o mesmo drama judiciário e da posição respeitosa e cooperativa entre todos depende a qualidade da função humana da justiça.

(6) - Art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil.

(7) - Parece injustificável a designação de horário para atendimento de advogado. Este deve ter livre acesso ao juiz de maneira permanente. Ou o juiz se compenetra de que a Justiça é serviço público essencial, cuja prestação não pode ser interrompida, ou se admitirá, remotamente, a possibilidade de ser uma função descartável, como já se fala na doutrina.

b. 4) O juiz e o funcionário

O êxito da atuação jurisdicional está condicionado à qualidade dos serviços da secretaria. Antigamente, os quadros funcionais eram recrutados na elite intelectual e os serventuários eram padrões de excelência humana. O juiz novo era um verdadeiro aprendiz, entregue às mãos respeitosas e seguras dos velhos escrivães.

A estrutura alterou-se e nem sempre se consegue hoje selecionar as primícias do gênero humano para o desempenho de funções de apoio. A baixa remuneração nem sempre assegura a permanência dos melhores. O padrão de qualidade do gênero humano parece comprometido com certa dissolução moral, com o abrandamento de freios inibitórios, com o sofrível grau da ensinança.

Mesmo assim, o juiz dispõe de matéria-prima que, a depender de seu talento pessoal, boa vontade e desprendimento, poderá se converter em valioso aliado na consecução de seus objetivos. Os funcionários, adequadamente motivados, removem obstáculos e constroem catedrais⁽⁸⁾.

É mais fácil afirmar-se que o estabelecimento de uma carreira funcional está condicionado a fatores externos à vontade do juiz. Assim como ele não pode efetivamente resolver os problemas de baixa remuneração do pessoal que o auxilia. Mas, depende exclusivamente dele motivá-lo. Demonstrando que a realização da justiça é tarefa das mais relevantes. E que cada qual, na aparente insignificância de sua tarefa, contribui igualmente para a consecução desse objetivo.

O juiz não é ontologicamente mais do que seu funcionário. Apenas tem funções diferentes e desempenha uma tarefa de maior responsabilidade, pois proferirá o ato final para o qual está preordenado no processo. É dele o ato decisório. E isso é da essência da vida em sociedade.

Em geral, um regime só é viável se cada membro de sua classe superior é defrontado com suas responsabilidades e se os direitos que se lhe concedem resultam de encargos que

(8) - Vem-me à memória a história do pedreiro que, inquirido por um viandante sobre o que fazia, respondeu orgulhoso: Estou construindo uma catedral! Todos são igualmente necessários para edificar a catedral da Justiça. O juiz pode ser o arquiteto, mas a sua concretização depende dos obreiros bem orientados e estimulados.

se lhe impõem. Quando direitos particulares não coincidem com responsabilidades especiais, o regime não tardará, graças à arbitrariedade generalizada, a degenerar num favoritismo sistematizado, numa república de amigos⁹.

Mostra insegurança o juiz que maltrata seus subalternos, quase sempre com a mesma desenvoltura com que se mostra servil para com os que considera superiores. O juiz não é o patrão dos funcionários. Juiz e funcionários têm o mesmo patrão: o povo. O juiz é o coordenador dos serviços da secretaria, é o estimulador de uma parceria cooperatória entre todos os encarregados de realizar a justiça e não perderá sua autoridade e respeito, se for um verdadeiro amigo de seus funcionários.

Essa lição que a reengenharia na empresa privada está a endereçar ao Judiciário. O acréscimo da produtividade, com a redução dos custos e com incremento da qualidade só se conseguirá com equipe motivada. O juiz não tem o direito de não ser um líder entre seus funcionários. Se não dispuser de talento inato, deverá investir para despertar seus atributos de administrador, de psicólogo, de assistente social mas, principalmente, de ser humano sensível e acessível, o mais igual dentre os iguais, aquele que comprehende as aflições e angústias humanas e que sabe compartilhar com os outros suas alegrias e pesares.

Até para a preservação de sua saúde - ele que trabalha na UTI social que é o Judiciário, que se impregna um pouco das dores e sofrimentos de cada processo - ele deverá manter um clima sereno, hígido e amigo nas dependências onde exerce seu trabalho. Se assim não fizer, enfrentará um ônus adicional no cumprimento das funções: além de solucionar os problemas alheios, precisará encaminhar os problemas próprios, pois são responsabilidade sua as dificuldades do cartório.

b. 5) O juiz e os auxiliares da justiça

Na categoria auxiliares da Justiça, incluem-se todos aqueles que,

de qualquer forma, contribuem para com o juiz na tarefa de oferecer a prestação jurisdicional.

(9) - PERELMAN, Chaïm. "Ética e Direito", cit., pp. 27/28.

Os peritos - médicos, engenheiros, contabilistas e outros especialistas - merecem toda a consideração do juiz. Quase sempre dominam a sua área de conhecimento, à qual investiram longos anos de aprendizado. São profissionais de idêntico nível ao do juiz e não há sentido em fazê-los aguardar, retardando o atendimento para as audiências de esclarecimento, enquanto o Magistrado está no café, ao telefone ou em conversa com colegas. Da mesma forma, o assistente técnico é merecedor desse mínimo de urbanidade, cuja consecução não deve influir o fato de ter sido indicado pelas partes.

Há de o juiz ter presente que, sem os conhecimentos especializados dos expertos, não poderá realizar a verdadeira Justiça. O direito é cada vez mais interdisciplinar. O Magistrado não é onisciente e deve, com verdadeira humildade, confiar nos seus qualificados auxiliares técnicos, tratando-os como cooperadores eficazes na missão de concretizar o justo. O clima de respeito recíproco entre os partícipes da cena judiciária é imprescindível para o atingimento dos objetivos da Justiça.

Idêntico tratamento e consideração estão a merecer os policiais, atentando-se à rudeza de sua função, exercida na linha de frente da delinquência. Quando os agentes de segurança vêm a ser chamados em juízo, deve-se cuidar para a sua mais rápida liberação. Policiais fora da rua estão aumentando a potencialidade de cometimento de infrações, pois basta a sua presença preventiva para coibir a ação dos pequenos delinqüentes.

As testemunhas podem ser consideradas também, para este efeito, auxiliares da Justiça. O juiz humilde saberá atuar psicologicamente em relação àqueles circunstâncias que, tendo tomado conhecimento dos fatos, são chamados a esclarecer o julgador para que ele chegue à melhor decisão.

O tratamento a ser dispensado à testemunha é o devido a um importante colaborador da Justiça. Muitas pessoas ainda cultivam grande resistência a depor em juízo, seja pelo orgulho provinciano de nunca haver ingressado no Fórum, seja por desconhecerem os percalços a que sujeitos aqueles que têm o seu encontro com a Justiça. O juiz arrogante, distante e impermeável imprimirá temor ainda maior a tais

testemunhas. Advertidas com rispidez sobre o compromisso de se aterem à verdade, poderão - até inconscientemente - sonegar dados valiosos à formação hígida de uma vontade judicial conseqüente.

A testemunha, quando segura de se encontrar diante de pessoa de princípios, provida de urbanidade e de substância idêntica à de qualquer outro ser humano e que a ela dispense tratamento digno, será eficiente cooperadora do juiz. Por isso é saudável a técnica do psicodrama, já adotada pelas Escolas da Magistratura em vários países europeus, permitindo que o juiz desempenhe todas as demais funções no processo, inclusive a de testemunhar e a de ser parte.

Somente estando no lugar da testemunha, o juiz poderá se imbuir dos sentimentos que a envolvem quando sentada à frente de um dos detentores da soberania estatal. Experiência que lhe é em tese recusada, pois, na condição de juiz, ao eventualmente depor como testemunha, em regra é alvo de tratamento privilegiado de parte do condutor do processo, que se relaciona com ele como colega, não como depoente.

b. 6) O juiz e as partes

Na estrutura cooperatória do processo, todos são parceiros igualmente interessados na consecução da Justiça. Lembro-me das palavras do Conselheiro Acácio Leandro, dirigidas há pouco para os Juízes Federais de São Paulo:

As partes reconhecer-se-ão entre si como sujeitos de direito, uma delas com o direito prevalecente, ambas igualmente providas de dignidade, nenhuma delas objeto de violência¹⁰ .

A parte é alguém que sofre muitas vezes. Suporta uma lesão em seu patrimônio - seja material, moral ou jurídico - e deve enfrentar

(10) - Conselheiro Armando A. Gomes Leandro, Diretor do Centro de Estudos Judiciários de Portugal, em palestra aos novos Juízes Federais Substitutos, no auditório da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, em 26/11/96.

as angústias do processo. Sofre com a lentidão da Justiça, com a imprevisibilidade dela, com a intraduzível complicação das formas, com as mentiras semeadas ou produzidas no curso da demanda e com a aparente incompreensão do juiz.

É muito difícil para o jejuno entender os problemas da Justiça. "A Justiça é uma noção prestigiosa e confusa", lembra Chaïm Perelman¹¹.

Nem sempre - ou quase nunca - a razão está inteiramente com uma das partes. Não é raro cada qual detenha uma parcela ponderável de razões.

E o juiz, com freqüência, consegue desagravar ambas as partes.

Ao dirigir-se ao utente da Justiça, o juiz não pode se esquecer de que o processo é repositório de aflições. Os autos não podem constituir, para o julgador, mero calhamaço de papéis, com que se depara até com repúdio, quando não indiferença ou enfado. Para a parte, o processo é a documentação mais importante do mundo.

É dever do juiz tratar a parte com urbanidade, com certo carinho até, compreendendo sua angústia, mostrando-se inteirado do processo. É desrespeito à parte o juiz compulsar o processo no momento da audiência ou formular indagações impertinentes. O estudo dos autos há de ser feito previamente à audiência, para não comprometer ainda mais a combalida imagem que a Justiça ostenta na comunidade.

A humildade do juiz em relação à parte deve estar mergulhada sempre na consciência da imperfeição da Justiça. O juiz não é um semideus ou um super-homem, imune a erros e situado acima do bem e do mal. Em relação à parte, ele deve analisar bem quais as consequências de sua decisão e procurar tornar-se claro na decisão, renunciando, por humildade, a tendência à erudição e ao hermetismo, os fundamentos concretos, mas compreensíveis pelo jejuno, de ter sido aquela e não outra a solução conferida à lide.

A Justiça é obra imperfeita, realizada por homens imperfeitos.

Essa imperfeição de todo sistema de Justiça, a parte inevitável de arbitrariedade que contém, deve sempre estar presente na mente de quem quiser aplicar suas mais extremas

(11) - Perelman Chaim, "Ética e Direito", cit., "idem", p.66.

conseqüências. É somente em nome de uma Justiça perfeita que seria moral afirmar *pereat mundus, fiat justitia* (faça-se justiça e pereça o mundo).

Mas, todo sistema normativo imperfeito, para ser moralmente irrepreensível, deveria aquecer-se no contato de valores mais

immediatos e mais espontâneos. Todo sistema de justiça deveria não perder de vista sua própria imperfeição e disso concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é Justiça¹².

Importante observar que o reconhecimento da imperfeição da Justiça não deve atuar como fator de resignação ou conformismo, senão como provocação e incentivo a que se arredem dela muitos de seus vícios. E isso é viável, conforme já se tem assinalado em milhares de diagnósticos¹³.

Não é verdade, ainda que a parte não possa ter acesso ao juiz. Esse distanciamento vem custando ao Judiciário graves deformações de sua imagem. Ao contrário, a lei determina que o juiz atenda "aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência"¹⁴. Para conhecer, efetivamente, se o caso reclama e admite solução urgente, o juiz deverá atender a todos¹⁵. E isso em nada reduz a sua independência e imparcialidade. A distância, quase sempre, traduz insegurança. Juiz seguro não teme contato com os destinatários de sua função. Assim como sobrecessos tenebrosos não equivalem à honestidade.

A virtude da humildade significa sabedoria de vida. A certeza da contingencialidade das posições. A convicção de que o juiz poderá

(12) - Perelman, Chaïm , "Ética e Direito", cit., "idem", p. 67.

(13) - Ver sobre a Reforma do Judiciário, José Renato Nalini, "Proposta concreta para um novo Judiciário", *in* Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, LEX Editora S/A., vol. 208/5 e, sobre a possibilidade de o juiz pessoalmente conferir salto qualitativo à prestação jurisdicional, José Renato Nalini, "O Juiz e o Acesso à Justiça", Ed. RT, São Paulo, 1994.

(14) - Art. 35, inc. IV, da Lei Complementar n. 35, de 14/03/79, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

(15) - Sobre os deveres deontológicos do juiz, consultar "Curso de Deontologia da Magistratura", José Renato Nalini *et alii*, Saraiva, São Paulo, 1991.

um dia ser parte. Algo muito menos raro nestes tempos de judicialização extrema dos conflitos. E que, então, lhe seria extremamente confortador defrontar-se com um julgador humano, desperto para a regra áurea que recomenda tratar os outros como a nós mesmos, e cujas formulações mais conhecidas são:

Ama teu próximo como a ti mesmo. Não faças a teu semelhante o que não gostarias que ele te fizesse. Age para

com teu semelhante como gostarias que ele agisse para contigo. Age do modo que gostarias que agissem teus semelhantes¹⁶.

b. 7) O Juiz e a cidadania

O ser humano chamado a julgar não é diferente dos demais. Apenas assina sob seus julgamentos, o que não ocorre com a totalidade do gênero. Todas as pessoas estão continuamente a proferir julgamentos.

Escolhendo entre o certo e o errado, definindo o que é bom e o que é mau, dizendo o que é feio e o que é bonito.

As angústias colhidas no trato de matéria-prima estressante podem ser amenizadas mediante consciente engajamento a várias das cruzadas ora em curso. Cada qual selecionará a alternativa mais adequada

à sua ideologia, à sua filosofia de vida, ao seu temperamento e personalidade.

Todavia, é lição de humildade o juiz não se sentir desvinculado dos destinos da nação ou, mais concretamente, do destino de seus irmãos. Ele não é um ser especial que sobrepara acima da miséria, da fome e da exclusão social. Algo de trágico está acontecendo quando, para atravessar as praças e passeios, somos obrigados a desviar de seres humanos marginais e nossa consciência não nos atormenta mais.

Percorrendo nossas cidades, o ser humano sensível poderá indagar, como o poeta:

Venho de caminhar por estas ruas.

Tristeza e mágoa. Mágoa e tristeza.

Tenho vergonha dos meus sonhos de beleza...⁽¹⁷⁾.

(16) - Perelman, Chaïm "Ética e Direito", cit., "idem", p. 161.

(17) - Meirelles , Cecília "Transeunte", in "Flor de Poemas", cit., p. 127.

Numa sociedade que convive com extremos paradoxos, mas que tem a pretensão de construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos⁽¹⁸⁾, o juiz não tem o direito de permanecer isolado.

Em cidadania não há neutralidade. E quem não estiver construindo essa sociedade nova, está preservando a sociedade velha e iníqua. Em termos de reforma da sociedade, quem não é parte da solução é parte do problema.

Os caminhos são múltiplos. Não há receita única e infalível. Somente não há mais lugar para a omissão. José Geraldo de Souza Júnior, analisando a cidadania e a crise do direito, entende que "o papel dos operadores do direito não é fazer com que os outros tenham consciência do que é cidadania. É antes nós nos colocar sob a fórmula: nós mesmos temos a consciência - que eles já têm - de que isto é direito"⁽¹⁹⁾? De fato, para técnicos formados sob concepções dogmáticas do século XIX, é muito difícil raciocinar em termos de cidadania, o direito a ter direitos titularizado por qualquer ser humano.

O juiz, por integrar uma das expressões da antiga soberania estatal, não deixa de ser cidadão. Não é um cidadão de segunda classe. Precisa atuar em seu meio, como agente transformador da sociedade, não como mantenedor inerte da situação de iniquidade e exclusão.

Não pode esquecer de que a atuação judicial é essencialmente política. O fenômeno da politização do jurídico e da judicialização do político envolveu toda a sociedade neste final de milênio. Cabe meditar sobre a advertência do corajoso sociólogo Herbert de Souza:

Se eu fosse juiz pensaria: sou Juiz, mas também sou cidadão! Então, tenho minhas tarefas como Juiz e como cidadão. Às vezes, a pessoa usa o cargo como escudo, para manter a isenção! Isenção diante da injustiça?! Isso não existe! Isso vira cumplicidade, co-autoria²⁰.

(18) - *Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/88.*

(19) - Souza Júnior, José Geraldo de. Cidadania e a crise do Direito, in "Direito e Cidadania", n. 2, set./out. 1996, p. 12.

(20) - Souza, Herbert de. A ordem é abrir novos caminhos, Sempre", in "Direito e Cidadania", cit., "idem", p. 11.

O pluralismo é o ideal e se compatibiliza com uma democracia moderna. Juízes há que se sentem melhor apenas no exercício da jurisdição. Mas, mesmo aí, devem desempenhar um papel político, na consecução do objetivo fundamental da nação brasileira. Toda decisão concreta há de ser avaliada como suscetível de aproximação ou de afastamento dessas metas.

O juiz também é destinatário dos comandos constitucionais, notadamente da principiologia adotada pela Carta.

Outros podem atuar nas associações de classe. Muitos, exercendo função docente em sentido estrito, pois docência qualquer juiz exerce com suas decisões. Também há espaço para atuar perante à mídia, as organizações não governamentais e a denominada sociedade civil, estabelecendo-se parcerias saudáveis, para que o Judiciário mostre sua fisionomia e não continue a ser ignorado pela população.

O juiz também tem o dever de aprimorar o aparelhamento judicial, seja mediante propostas concretas aos órgãos de cúpula, seja através de sugestões ao parlamento ou, ao menos, de atuação concreta em sua unidade. Instaurando ali uma nova ordem, um novo clima e tentando realizar uma justiça mais efetiva.

Somente não há lugar para o juiz omissو e ausente. Trabalhar nos processos é condição necessária para alguém ser juiz. É obrigação dele enfrentar os pleitos e outorgar, de maneira oportuna e adequada, a prestação jurisdicional. Mas ela não é condição suficiente ao *design* do juiz do próximo milênio. Ele precisa também exercitar a sua parcela cidadã, envolvendo-se, efetivamente, na resolução dos problemas brasileiros, dos quais a Justiça é apenas uma das faces.

III - A humildade interior

Assumir uma nova identidade política e social independe de recursos materiais, de modificações legislativas ou de reengenharia interna. A única reengenharia necessária é a da consciência. Ouso dizer que o juiz precisa se converter para essa causa.

Aceitar-se, humildemente, um ser privilegiado e que, por lhe terem sido atribuídos mais talentos, mais contas haverão de prestar à História, ao futuro, à eternidade.

A viabilidade da Justiça, no próximo milênio, está a depender dessa reforma da consciência do Juiz. Pois a

recusa à aceitação da



própria responsabilidade tornar-lo-á o juiz cada vez mais isolado, desprotegido, vulnerável e descartável na sociedade pós-moderna.

O exercício contínuo da humildade mostra-se essencial para aceitar esse fato.

Humildade como ausência do espírito de competição e de vanglória²¹. Humildade como aquela parte da virtude "que plasma e contém o ânimo a fim de que não vise, sem medida, às coisas mais altas", mas, "fortalece o ânimo contra o desespero e impele-o a perseguir as grandes coisas, de acordo com a reta razão"²². Virtude que, embora forneça o sentimento da debilidade, fraqueza não é. Ao contrário, é força para lutar contra a injustiça.

O humilde é desapegado das aparências, das coisas vãs e das vaidades.

Só o humilde pode enfrentar as contradições, suportar, sem desorientar-se, todas as defecções e desprezos, reconhecer o valor das censuras que lhe fazem, admirar sem inveja as

qualidades alheias, dar a cada um o lugar que lhe compete e ajudá-lo a se elevar²³.

A verdadeira humildade interior verá no cargo, serviço. No poder, compromisso. No título, responsabilidade. Libertando-se da tentacular projeção do eu, retificando sua escala de valores e adquirindo assim a ciência fundamental, o juiz revestirá a humildade verdadeira. E ela, "longe de o diminuir e o tornar pusilânime, preparou-o para pensar com grandeza, querer com energia e ousar com coragem"²⁴.

É necessário, enfim, não ter o coração empedernido, mas revestido de mansidão. Quem o conseguir, não precisará dizer:

"Oh! quanto me pesa este coração, que é de pedra"²⁵.

(21) - São Paulo, Epístola aos Filipenses, II, 3-11.

(22) - Tomás de Aquino "Summa Theologica", II, 2, q. 161, a.1.

(23) - LebretL. J. , Dimensões da Caridade, 3^a ed.. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1959.

(24) - LebretL. J., *Dimensões da Caridade*, cit., "idem", "ibidem".

(25) - Meirelles, Cecília , *Flor de poemas*, cit., poema "Metal rosicler", n. 14, p. 284.

02 - Transação Penal e o Princípio da Discricionariedade Regrada

TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA

Gilson Ely Chaves de Matos

Advogado militante, pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná.

TRANSAÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA

Gilson Ely Chaves de Matos

RESUMO

A persecução penal tem evoluído de forma a atender aos verdadeiros interesses sociais, justificando a grave medida estatal, da qual o Ministério Público é titular, de forma a se demonstrar útil ao próprio direito penal. Neste diapasão, surge o conceito de transação penal no texto da Carta Magna de 1988 e de crime de menor potencial ofensivo nos termos da Lei n. 9.099/95, alterado pela Lei n. 10.259/01. Importante que a doutrina e principalmente os Tribunais dêem correta interpretação sobre o conceito dos novos institutos penais criados, principalmente porque sua definição reflete significantemente no próprio processo penal.

Palavras-chave: Transação penal; princípio da oportunidade regrada; direito subjetivo do acusado.

1. INTRODUÇÃO

O direito penal, a partir do Iluminismo, sofreu grandes transformações, preocupando-se sempre em tornar mais eficiente o sentido da ação penal e a conseqüente punição, mormente com a obra de Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, publicada em 1764, *Dei Delitti e delle Pene*. Esta obra se traduz num verdadeiro marco da filosofia aplicada ao direito penal, reclamando em tempos que a justiça era exercida conforme a conveniência dos poderosos, visando sempre e unicamente a satisfação deles. Esta obra deflagra o que podemos chamar de direito penal moderno.

Outros jus filósofos do século das luzes contribuíram para a humanização da pena, a publicidade do processo, a individualização da punição, o direito à defesa e outros princípios basilares hoje aplicados ao direito penal e processual penal, que foram se desdobrando de tempos em tempos em outros princípios que tomaram *status* constitucional sempre exigidos num Estado Democrático de Direito, aliás, a traduzir-se na administração das leis preterindo a administração dos homens.

Após o Iluminismo, várias escolas penais surgiram e, conforme o foco de seus estudos, foram prestando sua contribuição para o direito penal. Dentre as que se destacaram temos: a Escola Clássica no séc. XIX; Escola Positiva; Escola Crítica por volta de 1891; Escola Moderna Alemã; Escola Penal Humanista; Escola Técnico-Jurídica; Escola Correcionalista; e o movimento Defesa Social em 1945.

Hoje o processo penal é informado por vários princípios, quais sejam, legalidade ou reserva legal, irretroatividade da lei penal, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, adequação social e insignificância. Mais do que um direito subjetivo estatal, o processo penal é verdadeira garantia do indivíduo, impondo ao Estado a estrita observância da Lei.

Dentro da evolução dos princípios do direito penal, surge em nosso ordenamento pátrio atual o conceito de crimes de menor potencial ofensivo, que encontra um tratamento diferenciado pelo Estado, que passa a visar primordialmente a composição dos danos e o caráter educativo da intervenção estatal nos conflitos sociais.

Neste aspecto, interessante avaliarmos a natureza da transação penal e da suspensão condicional do processo previstas nos arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, os princípios que a formam frente o princípio da obrigatoriedade ou legalidade que vigora em nosso ordenamento processual penal.

2. TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal em crimes de menor potencial ofensivo está prevista no inc. I, art. 98, da Constituição Federal de 1988.

Essa inovação constitucional alterou substancialmente o princípio da obrigatoriedade ou legalidade da ação penal, dando margem a uma discricionariedade regrada do Ministério Público, titular da ação penal pública e pública condicionada, surgindo o princípio da oportunidade regrada.

Esse princípio se encontra claramente presente no *caput* do art. 76 da Lei n. 9.099/95 e seus §§.

A propósito, o magistério de Mirabete dá-nos conta do surgimento deste novo princípio, *verbis*:

A transação é medida de caráter penal e, portanto, a regra que a criou, que favorece o autor do fato nas infrações penais de menor potencial ofensivo, é dotada de retroatividade e deve ser aplicada inclusive aos feitos em andamento por ocasião do início da vigência da Lei n. 9.099/95.

Essa iniciativa, decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, é hipótese de discricionariedade limitada, ou regrada, ou regulada, cabendo ao Ministério Público a atuação discricionária de fazer a proposta, no caso em que a lei o permite, de exercitar o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo. Essa discricionariedade é a atribuição pelo ordenamento jurídico de uma margem de escolha ao Ministério Público, que poderá deixar de exigir a prestação jurisdicional para a concretização do *ius puniendi* do Estado. Trata-se de opção válida por estar adequada à legalidade, no denominado espaço de consenso, vinculado à pequena e média criminalidade, e não ao espaço de conflito, referente à criminalidade grave. (*in loco*)¹.

Damásio E. de Jesus, comentando a Lei dos Juizados Especiais Criminais, preleciona, *verbis*:

Princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública.

(1) - MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação, 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 84.

Permanecem em nossa legislação como regra. A transação, prevista no dispositivo, com fundamento no princípio da 'discricionariedade regulada', constitui exceção à regra, mitigada pelo controle jurisdicional.

Princípio da oportunidade.

Adotou-se o princípio da 'oportunidade regrada'. O Ministério Público aprecia a conveniência de não ser proposta a ação penal, oferecendo ao autor do fato o imediato encerramento do procedimento pela aceitação de pena menos severa. Esse mister, entretanto, não é absoluto. Não existe, p. ex., em relação a todas as infrações penais. Sujeita-se à regras legais.²

Assim, constatando-se que o crime praticado é de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei n. 9.099/95, alterado pela Lei n. 10.259, de 12 de janeiro de 2001³, o *Parquet* deverá oferecer a transação penal, desde que presentes os demais requisitos legais.

A seu turno, divergindo do entendimento de que a Lei n. 9.099/95, acabou por mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. O autorizado Promotor de Justiça, Afrânio Silva Jardim, sustenta que não vigora, nos Juizados Especiais Criminais, o princípio da oportunidade regrada ou regulada, vejamos o seu magistério, *in verbis*:

Não aceitamos dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada.

(...)

Destarte, 'presentes os requisitos' do § 2º do art. 76, poderá o Ministério Público exercer a ação penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, após atribuir ao réu a autoria ou participação de

(2) - JESUS, Damásio E. de. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 776.

(3) - É oportuna a leitura dos artigos O novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, de autoria do Dr. Victor Eduardo Rios Gonçalves e Breves notas acerca do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo frente a Lei n. 10.259, de 12/01/2001, de autoria do Dr. Fábio Ramazzini Bechara, ambos disponíveis no site www.damasio.com.br.

uma determinada infração penal, ou apresentar a denúncia oral. Nas duas hipóteses, estará o Ministério Público manifestando em juízo uma pretensão punitiva estatal. Assim, a discricionariedade que existe está estrita apenas entre exercer um tipo de ação penal ou outro. Faltando um daqueles requisitos, não cabe proposta e o Ministério Público terá o dever de oferecer a denúncia, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal.⁴

Com a devida vênia à opinião do combatido Promotor e estudioso Professor acima colacionada, ousamos discordar e acompanhamos o entendimento que vem da doutrina majoritária e jurisprudência firmada ao largo da vigência da lei especial, pois, esforçando-se para sustentar a inviolabilidade do princípio da obrigatoriedade ou legalidade da ação penal. O Prof. Afrânio Silva Jardim elabora uma interpretação sistemática do ordenamento processual penal vigente; acreditamos que não deve a Lei n. 9.099/95 ser interpretada à luz do ordenamento processual penal vigente à época de seu surgimento, mas, sim, à luz da Constituição Federal de 1988, pois é a Carta Magna que prevê a transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo. Ademais, num Estado Democrático de Direito, conforme próprio ensinamento do ilustre Promotor, o direito processual não vige apenas para garantir o direito subjetivo do Estado na persecução penal, mas, ainda, para ser verdadeiro óbice ao desejo de Justiça do Estado, pois, conforme Mirabete, "melhor absolver um culpado do que condenar um inocente"⁵.

Lado outro, o Prof. Afrânio da Silva Jardim, ainda, reconhece que, em relação ao *sursis* processual previsto no art. 89, da Lei 9.099/95, houve a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal.⁶

Desta forma, verifica-se que o princípio da oportunidade regrada, com o advento da Constituição de 1988 e da Lei n.9.099/95, veio mitigar o princípio da obrigatoriedade ou indisponibilidade da ação penal pública e pública condicionada.

(4) - JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001, pp. 107 e 108.

(5) - Idem, op. cit., p. 84.

(6) - Ibidem, op. cit., p. 108.

verbis:

Exceção ao princípio da indisponibilidade _ 1. O princípio da obrigatoriedade convive harmonicamente com o procedimento do Juizado Especial e com o instituto da suspensão do processo; já o princípio da indisponibilidade não é respeitado na fase preliminar e no procedimento sumaríssimo (se ocorrer a conciliação). Na suspensão o referido princípio é atendido.⁷

3. TRANSAÇÃO PENAL _ DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO

Sendo a transação penal informada pelo princípio da oportunidade regrada, temos que não pode o Promotor deixar de oferecer a proposta de transação, ou até mesmo a suspensão condicional do processo a seu alvedrio.

Trata-se de direito subjetivo do acusado e, no caso de entender o *Parquet* não ser cabível a apresentação da proposta, este deverá justificar fundamentadamente as razões que o levaram a concluir pela não oferta.

Nesse diapasão, já se manifestou a Confederação Nacional do Ministério Público: "Exigência de justificativa na não-propositura de proposta _ 5. A manifestação do Promotor de Justiça, no sentido de não propor a transação penal, deve ser sempre fundamentada.⁸"

Também a jurisprudência já contemplou a obrigatoriedade da proposta ou sua não-propositão justificadamente, *in verbis*:

Inadimissibilidade de oferecimento da denúncia _ A aplicação imediata da pena impede a instauração de ação penal e, como esta somente se instaura com o recebimento da denúncia, não há como recebê-la antes de se fazer a proposta prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95 ao infrator.⁹

(7) - Apud, Júlio Fabbrini Mirabete. Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação, 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1998, op. cit., p. 85.

(8) - Apud, Júlio Fabbrini Mirabete, op. cit., p. 85.

(9) - TACRSP _ RJDTACRIM 32/475.

Outra não é a posição firmada na melhor doutrina, conforme valorosa lição de Júlio Fabbrini Mirabete, *verbis*:

Ressalte-se que, sendo uma faculdade 'limitada' concedida ao titular da ação penal, a decisão de não

apresentar a proposta de transação deve ser justificada pelo Ministério Público, em obediência ao que se dispõe no art. 129, VIII, última parte, da Constituição Federal, art. 43, III, da Lei n. 8.825/93 e art. 169, VII, da Lei Complementar n. 734/93. Evita-se, com a necessidade de ser expressa a motivação, que se negue a oferecer, sistemática ou indiscriminadamente, a proposta.¹⁰

Em que pese o entendimento do Professor Mirabete acerca de não se tratar a transação penal de um direito público subjetivo do autor do fato, de modo a possibilitar que seja apresentada contra a vontade do Ministério Público, verificamos que pelos elementos colhidos no bojo de sua própria obra Juizados Especiais Criminais e acima reproduzida, bem como o que podemos aferir da Conclusão da Confederação Nacional do Ministério Público e recentes jurisprudências de nossos Tribunais pátrios, se tem e se trata, sim, de um direito público subjetivo do autor do fato *in tese* criminoso. Pois, uma vez não oferecida a proposta pelo *Parquet* de forma fundamentada, o que não é o caso de não concordância pelo Magistrado com as razões ofertadas, deve o Magistrado remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, em analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal, apesar de alguns entendimentos sustentarem que deve ele próprio oferecer a proposta, em respeito aos direitos constitucionais da pessoa humana, mormente o princípio da legalidade, posição com a qual não coadunamos.

Melhor seria, na verdade, que se aplicasse a norma prevista para a ação civil pública, remetendo os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, mas tal providência somente seria possível com alteração da Lei n. 9.099/95, uma vez que de caráter penal enquanto àquela de caráter civil.

Seja como for, a Constituição de 1988 acabou por criar um direito subjetivo ao acusado, prevendo em seu bojo a transação penal,

(10) - MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação, 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1998, *op. cit.*, p. 85.

além do princípio da inocência e outros que acabam por criar garantias contra a atuação enérgica estatal. Ademais, o princípio maior da legalidade que vincula toda a persecução penal como também o próprio objetivo da Lei n. 9.099/95 são óbices à negativa injustificada do oferecimento da transação penal ao acusado, o que acaba por estabelecer verdadeiro direito subjetivo deste último.

Acerca do direito subjetivo do autor da infração, nossos tribunais assim já se manifestaram, *in verbis*:

Constatada a incidência da Lei n. 9.099/95, não fica ao arbítrio do representante do MP oferecer ou não as

propostas alternativas à condenação previstas nos arts. 76 e 89 daquela lei. Em que pese a equivocada redação desses dispositivos, o vocábulo 'poderá', tal como na exegese já pacífica do art. 77 do CP, deve ser entendido como alusivos às hipóteses em que o acusado não satisfaça a todos os requisitos legais para usufruir do benefício. Observe-se que todos os benefícios previstos na Lei n. 9.099/95 constituem direitos públicos subjetivos do acusado _ ainda que o tempo verbal em que alguns foram formulados esteja eventualmente no condicional _ ensejando a sua denegação, presentes os requisitos autorizadores, a impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança para a sua imediata restauração. Não é dado, assim, ao representante do MP propor ou não, ao seu alvedrio, acordo com o acusado visando à aplicação da pena restritiva de direito ou multa (art. 76) ou a suspensão do processo (art. 89). Presentes todos os pressupostos legais, não há como recusar o acordo; por outro lado, verificada a ausência de algum desses requisitos, cumpre ao MP, ao oferecer a denúncia, submeter à decisão do juiz suas razões para não apresentar a proposta. Ordem concedida para que se ofereça à paciente proposta de suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.¹¹

(11) - TACRSP - RT 733/575. No mesmo sentido, TACRSP: RJDTACRIM 31/316-7, 199, 32/409.

4. CONCLUSÃO

Entendemos, resguardado o devido respeito à opinião de conceituados juristas, que a transação penal, instaurando o princípio da oportunidade regrada, mitigando, por sua vez, o da obrigatoriedade, acabou por criar um direito subjetivo do infrator, o beneficiário imediato da lei processual em questão.

A recusa injustificada da proposta ou até mesmo a simples omissão do Ministério Público lesa sem sombra de dúvidas o Direito Constitucional do acusado.

A evolução do direito penal não nos permite outra interpretação, pensar diferente não é só enfrentar a própria razão dos princípios informadores do direito penal, mas também fechar os olhos para as instituições criadas pelo crime nas dependências de nossas casas prisionais sempre superlotadas.

Contudo, o mais grave é permitirmos que um benefício legal seja subtraído do cidadão por omissão ou entendimento pessoal do Promotor de Justiça, o que lesa, de plano, a própria dignidade da pessoa humana.

Desta forma, concluímos ser a transação penal e o *sursis* processual previsto na Lei n. 9.099/95 um direito subjetivo do acusado.

5 _ REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 154.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.1275.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001, p.165.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.154.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.304.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.804.
- PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: RT, 1995, p.212.

03 - Filiação e Paternidade Temporária

FILIAÇÃO E PATERNIDADE TEMPORÁRIA

Raduan Miguel Filho
Juiz de Direito do Estado de Rondônia



FILIAÇÃO E PATERNIDADE TEMPORÁRIA

Raduan Miguel Filho

Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele e ter a inteligência e o coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos Pretórios não é meramente intelectual e abstrata, deve ter um cunho prático e humano. (Carlos Maximiliano, *in Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. 1996, p. 60).

Há tempos temos convivido com fatos muito interessantes, nos apresentados pelas nuances da vida cotidiana, com respeito à inusitada situação de uma pessoa assumir ou reconhecer como seu, filho de sua companheira ou esposa, e ao término da entidade familiar, busca desconstituir a relação de parentesco que voluntária e espontaneamente fez surgir. A questão tem despertado a atenção de juristas, operadores do direito e tribunais, porquanto cada caso apresentado tem merecido solução diversa, o que enseja intransqüilidade jurídica.

Sobre o assunto já me referi, com trabalho de mesmo nome¹, publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, n. 5, Editora Síntese, p. 59, abr/mai/jun/2000, oportunidade em que comentei decisão unânime do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais², em que foi relator o Desembargador Rubens Xavier Ferreira.

Tal situação, à época, constituía novel assunto para o direito, mas que, até agora, ainda desperta a atenção dos juristas porque traz aparente conflito entre o direito positivo - as normas de direito biológico, ainda nascendo no Direito Brasileiro - e questões de afeto, despertando como elemento vinculante e preponderante para a definição da filiação.

A questão exprime, sem sombra de dúvidas, prova viva do dinamismo do direito e sua constante evolução. Aliás, na Revista Brasileira de

(1) - Filiação e Paternidade Temporária.

(2) - TJMG- Ac 114.581/2 _ DJMG 30/11/1999.

Direito de Família de n.3, esse mesmo assunto já foi objeto de comentário, pelo ilustre Professor Zeno Veloso. A insistência do tema demonstra sua importância. É que ele justamente vai ao encontro, repito, de uma nova concepção da paternidade. Isto revela também a mudança de um marco teórico das relações paterno-filiais. Talvez estejamos mesmo caminhando para a compreensão mais profunda do preconizado por João Baptista Villela, já na década de 70 ao escrever sobre a desbiologização da paternidade.

Na prática, atentos às questões de relacionamento sócio-familiar, encontramos casos e situações que merecem estudo na busca de solução justa, amparada pelo direito positivo, que, à guisa de exemplo, os resumos da seguinte forma, sustentando a indagação final:

Caso 1- Certo senhor constitui família³ e voluntariamente reconhece como seu⁴, perante o registro civil⁵, filho de sua companheira _ ou esposa, sabendo não ser pai biológico. Findando a relação familiar, busca as vias judiciais para desconstituir o vínculo de parentesco advindo pelo registro civil.

Caso 2- Certo senhor constitui família e voluntariamente reconhece como seu, junto ao registro civil, filho de sua companheira _ ou esposa, pensando ser o pai biológico. Findando a relação familiar, busca as vias judiciais para desconstituir o vínculo de parentesco advindo do registro civil.

A indagação é saber se estamos diante de casos idênticos e se merecem atenção jurisdicional igual e, em caso negativo, se o assento de nascimento pode ser modificado via judicial diante da prova de não parentesco biológico.

A decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sobre a qual comentei em trabalho publicado no volume 5 da Revista Brasileira de Direito de Família, enfrentou uma situação muito interessante. Contempla situação do inconformismo da apelante, menor assistida pela mãe, contra decisão de primeiro grau que acolheu a pretensão do autor/apelado

(3) - Independente ser por casamento ou união estável.

(4) - Art. 1.609 do CCB.

(5) - A conhecida adoção à brasileira.

em ação que buscava a declaração negativa de paternidade. O apelado, após ir viver com a mãe da apelante, declarou voluntária e espontaneamente no registro civil respectivo que a apelante era sua filha, reconhecendo-a assim em tal condição pela emissão de declaração falsa; finda a relação de conjugalidade entre o apelado e a mãe da menor, este procurou desconstituir a relação jurídica que criou.

Sobre o reconhecimento voluntário e espontâneo da paternidade, leciona Luiz Edson Fachin⁶ que se trata de ato pessoal, sendo também, em regra, um ato unilateral. Em determinados casos, a lei estabelece duas realidades que podem turvar o caráter de unilateralidade do reconhecimento. Se o filho for maior de 21 anos, o próprio Código⁷ e a Lei n. 8.560/92 exigem o consentimento do filho maior para que seja reconhecido. Se o filho é menor, havendo o reconhecimento, abre-se a possibilidade de, em se tornando maior, impugnar o reconhecimento⁸ nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação⁹. Em dois momentos, a vontade do reconhecido é levada em conta. Quando se trata de um filho maior, faz-se necessário auferir seu consentimento. Em se tratando de filho menor, é possível depois postular o desligamento.

Afinal, ninguém pode ser reconhecido contrariamente à própria vontade, e evitam-se reconhecimentos que não correspondam à realidade biológica ou a sócio-afetiva, dado que, se não se pudesse obstar o reconhecimento, qualquer um poderia reconhecer outrem; e é aí que a situação se complica, porque se permite também a desconstituição dos vínculos de parentesco até quando o interesse do pai se sobressair, e a partir daí, não havendo mais interesse na continuidade da paternidade, ela simplesmente se extingue, ou seja, é possível que alguém seja pai pelo tempo necessário que lhe seja conveniente. E é isso que condenamos. É preciso que se estabeleça uma ponte de equilíbrio entre a faculdade ou dever de reconhecer e o direito de ser reconhecido, para que não seja imputada uma filiação a alguém que só poderá desatar-se deste vínculo pelo procedimento judicial.

(6) - In *Elementos Críticos do Direito de Família*. Editora Renovar, 1999, pp. 208/210.

(7) - Hoje previsto na primeira parte do art. 1.614 do CCP.

(8) - Art. 198, inc. I, do CCB.

(9) - Art. 1.614 do CCB.

Há pouco tempo nossas Cortes de Justiça apenas admitiam a contestação da paternidade quando presentes se achavam uma das situações então referidas no art. 340 do revogado Código Civil de 1916¹⁰, quando então, suplantando tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça¹¹ pôs uma "pá de cal" na questão ao dizer que:

As normas jurídicas hão de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações porque passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do art. 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação.

Alguns Tribunais Pátrios acolhem as declaratórias negativas de paternidade para anular o registro civil de nascimento sob o argumento de estar comprovada falsidade ideológica¹², ou ao argumento da ocorrência de algum dos vícios de consentimento¹³.

A questão tratada pela decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a que me refiro, afasta de pronto a existência de eventuais vícios de consentimento, pois, segundo conta, foi o próprio apelado que buscou, em primeiro grau, a declaração negativa de paternidade para anular o assento de nascimento feito por ato voluntário e espontâneo,

(10) - Se se provasse que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher, em certo tempo, ou que estavam os cônjuges legalmente separados.

(11) - REsp 194.866, Rio Grande do Sul, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, em 14/6/1999.

(12) - V.g. STJ, REsp 140.579/AC, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, em 03/11/1998 e mais recentemente o REsp 139.118/PB, Rel. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, em 25/8/2003.

(13) - V.g. TJMG, AR 121.374/3, 1^a G.C.Civ., Rel. Des. ORLANDO CARVALHO.

sem a ocorrência de qualquer dos vícios próprios do consentimento. Impossibilitar seja aduzida a torpeza em benefício próprio já constitui princípio de direito e motivo suficiente para afastar a possibilidade jurídica do pedido do apelado.

Aliás, o Código Civil Pátrio, em seu art. 1.604, consagra a supremacia do que consta do assento civil de nascimento, ressalvando exatamente a possibilidade de erro ou falsidade do registro.

Por reiterada jurisprudência, o ato da pessoa dirigir-se voluntariamente ao cartório do registro civil e fazer a declaração de vontade - visando o reconhecimento de paternidade - constitui inequivocamente uma verdadeira "adoção à brasileira", ato que é hoje, além de reconhecido, abrandado pela lei¹⁴ ou pelos tribunais.

E o novo direito, sustentado no que dispõe o art. 1.610 do Código Civil, reafirma a solução que já vinha sendo dada pelos doutrinadores de que o reconhecimento da filiação não pode ser revogado.

Admitir o contrário é permitir a criação de absurda figura no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, a da paternidade temporária, que, independente da vontade do filho ou da mãe, o pai assim o será até quando bem lhe aprouver; cessados as razões que o levaram a reconhecer-se e assumir como tal, simplesmente deixaria de sê-lo.

Aliás, conforme ensinamento de Pontes De Miranda:

O ato de reconhecimento é irrevogável, isto é, o seu autor não pode retirar a expressão que motivou o ato do reconhecimento de paternidade, ou maternidade, nem de desdizer, com o fim de pedir o seu cancelamento. O único meio é a alegação de nulidade, anulabilidade, ou ineeficácia, como vimos no parágrafo anterior¹⁵.

De acordo com Carvalho Santos, a irrevogabilidade, no caso, é a regra, por importar o reconhecimento em confissão¹⁶.

(14) - Podendo o juiz deixar de aplicar a pena - parágrafo único do art. 242 do Código Penal.

(15) - Tratado de Direito Privado, ed Revista dos Tribunais, tomo IX, 4 ed., top 973,1.

(16) - Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos S.A., vol. V, 6^a ed.,

comentários ao art. 357.

Assim, não basta a prova de negativa da paternidade advinda de qualquer dos meios probantes admitidos (v.g., exames periciais), e muito menos a alegação de que o assento de nascimento advém de falsa declaração de relação jurídica. Veja quanto o legislador pátrio inovou nesta situação que fez inserir no art. 1.602 do Código Civil que não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

Muitas Cortes de Justiça têm admitido a modificação da paternidade com a simples prova médico-pericial do exame de DNA afirmando não ser aquele pai biológico da criança, ou prova processual de que inexiste vínculo biológico entre pai e filho, ao argumento já bastante utilizado até no Superior Tribunal de Justiça, de que a preocupação com a insegurança para as relações de parentesco deve ceder diante do 'dano que decorre da permanência de registro meramente formal, atestando uma verdade que sabidamente não corresponde ao mundo dos fatos. Relega-se assim, a plano inferior, efetiva situação de fato, donde surgem laços de afetividade muito fortes entre o pai e o pretenso filho, cuja ruptura do vínculo de parentesco, levada na sua grande maioria por sentimentos entre os companheiros¹⁷, atinge o filho, deixando nele marcas permanentes.

A questão em estudo está na certeza de o pai saber que a criança (ou jovem) poderia não ser efetivamente seu filho; na decisão julgada pelo Tribunal Mineiro, o pai, à época do registro, não tinha dúvidas de que ela – a menor – não era sua filha biológica e nem foi induzido a tal raciocínio pelos diversos vícios do consentimento¹⁸ ou como especificamente se refere o código para vindicar situação diversa do que resulta do registro de nascimento¹⁹, isto é, provando a ocorrência de erro ou de falsidade do registro.

Acompanhamos na operacionalização cotidiana do direito um sistema novo no âmbito da família, que dá ênfase à verdade, ao que efetivamente ocorre nas relações humanas e não a uma ficção criada pelo direito. Mas, *in casu*, a busca da verdade real deve merecer relativa consideração ante a declaração inequívoca de vontade tendente ao reconhecimento voluntário de filiação.

(17) - simples conviventes ou cônjuges.

(18) - Arts. 138 a 184 do Código Civil.

(19) - Art. 1604 do CCB.

É de se salientar e registrar que no referido acórdão do Tribunal de Justiça Mineiro²⁰:

... o apelado, voluntária e conscientemente, procurou o registro

civil e declarou que a apelante é sua filha, prescindindo de formalidade legal, que seria a escritura pública de adoção (art. 375, do CC). Porém, falta da escritura pública não enseja a anulação do ato, pois a vontade foi manifestada perante oficial e em instrumento público, equiparável à escritura pública que o Código Civil exige...²¹.

Hoje, a forma para o reconhecimento de paternidade é aquela referida no art. 1609 do Código Civil Brasileiro.

A decisão da Corte Mineira tem relevante importância ao Direito de Família Brasileiro porque aborda e traz solução a um assunto que, repito, tem despertado muitas controvérsias, não só pretoriana, mas também entre alguns doutrinadores.

Sempre na vanguarda de assuntos, leciona a Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²², que:

... quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência de união estável estabelece uma filiação sócio-afetiva que produz os mesmos efeitos que a doação, ato irrevogável.

Após estas considerações, e sem divorciar da solução a que inicialmente nos propomos, é imperativo atentar aos princípios Constitucionais contemplados pela Carta de 1988 na proteção da criança e do adolescente, e consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, outorgando a ele a paternidade afetiva como bem maior da que resulta da

(20) - TJMG - AC 114.581/2, *in* DJMG 13/11/1999.

(21) - O artigo citado refere-se ao Código Civil de 1916, já revogado.

(22) - TJRS, E1 599.277.365, 4º G.C.Cív., Rel^a Des^a MARIA BERENICE DIAS, DJRS

21/10/1999.

paternidade biológica. O elemento forte a ensejar o acolhimento de eventual pretensão negatória da paternidade está no erro que possivelmente possa ter sido o pai induzido a manifestar vontade que, se soubesse de fato anterior, não o teria declarado a paternidade; de outro lado, sabendo o pai que a criança, efetivamente não é seu filho biológico, e que faz a declaração de reconhecimento da paternidade²³ levado por vários motivos _ v.g. = altruísmo, afeição, afeto, paixão, amor, piedade, relevante fator social, carência, amparo material, carinho, etc. _ sem que sua manifestação de vontade esteja viciada pelo erro, a pretensão está fadada ao insucesso por lhe faltar elemento jurídico que ampare seu eventual direito, não podendo se falar em erro capaz de anular sua voluntária e consciente manifestação de vontade.

A falsidade do registro como elemento constitutivo para demonstrar fato diverso daquele exposto no registro de nascimento, a que se refere o art. 1.609 do Código Civil, é tão-somente aquele que o interessado não deu causa e não tenha participado diretamente ou indiretamente na sua consecução, sob pena de admitir o Direito Brasileiro a alegação de torpeza em benefício próprio, o que é reprovável.

Exposto assim, o art. 1.604 do Código Civil resolve o dilema das várias ações negatórias de paternidade que são diariamente intentadas e algumas até com prova médico-pericial de exame de DNA pré-constituída. Carece, ao pai interessado, a possibilidade jurídica para o provimento de ação negatória de paternidade, se foi ele mesmo que, voluntária e espontaneamente, fez declaração de vontade para o reconhecimento de filiação, sabendo não ser seu filho biológico, manifestação esta que no mundo jurídico produz os mesmos efeitos que a adoção, sendo, portanto, irrevogável e irretratável por inequívoca ausência de vício material ou formal capazes de ensejar a desconstituição do ato jurídico e dos efeitos por ele produzidos.

Controle Jurisdicional nos Concursos Públicos

Lenoar Bendini Madalena

Escrivão Judicial, Ex-assessor jurídico-municipal, ex-aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Pós-graduado em Direito pela FURB.

Controle Jurisdicional nos Concursos Públicos

Lenoar Bendini Madalena

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Necessidade de controle dos poderes; III. Concurso Público (natureza jurídica); IV. Ato discricionário e vinculado; V. Controle de legalidade; e VI. Conclusão.

I _ Introdução

Observa-se nos meios jurídicos, não raro, o julgamento prematuro e temerário de inúmeros Mandados de Segurança, inclusive alguns sem apreciação de mérito, pelos nossos mais variados Pretórios, em razão da impossibilidade _ segundo sustentam eles - da intromissão do Poder Judiciário na correção de questões de concurso público.

Fulminam o Mandado de Segurança, lamentavelmente, utilizando-se de precedentes jurisprudenciais e excertos doutrinários inaplicáveis na grande maioria das vezes. Citam-se, para uma melhor compreensão, alguns:

O critério de correção de provas e atribuição de notas estabelecido pela banca examinadora não pode ser admitido pelo Judiciário, limitando-se à atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo (RSTJ 22/156).¹

Ou:

A competência do Poder Judiciário, no exercício do controle

jurisdicional dos atos administrativos, restringe-se à legalidade do procedimento, sendo-lhe vedada a apreciação concernente ao mérito, conveniência e oportunidade. (ACMS n. 1999.018648-2 _ Relator Desembargador Luiz César Medeiros).²

(1) - Mandado de Segurança n. 2004.000512-1 _ TJSC.

Ainda:

Atos administrativos discricionários _ seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 383).³

Não se questiona, aqui, o conteúdo dos excertos acima transcritos, mas apenas quanto à sua aplicabilidade, posto que, salvo melhor juízo, somente são aplicáveis quando se tratar de ato administrativo discricionário. Ao revés, no que tange aos atos administrativos vinculados, sempre deve reinar o princípio da legalidade (Art. 37, *caput*, da C.F.), cabendo ao Poder Judiciário, de forma indeclinável, realizar o controle jurisdicional nos casos de flagrante transgressão normativa.

Assim, o singelo estudo demonstrará, respeitando os que profligam diferentemente, que o concurso público, por tratar-se de processo administrativo, é formado pelo concatenamento de vários atos administrativos, alguns discricionários e outros, na grande maioria, vinculados.

Demonstrará, também, que, dentre estes últimos (vinculados), estão englobados os atos proferidos pelas Comissões de Concursos, notadamente os que dizem respeito ao resultado (gabarito oficial) das questões do certame, competindo ao Judiciário, dessa forma, fazer o controle de legalidade.

Em suma, o artigo analisará se:

- Pode o Judiciário entrar no mérito de uma questão de concurso público para verificar o acerto, ou não, da

resposta dada pela comissão;

- Para verificar o acerto, ou não, da alternativa assinalada pelo candidato (quando existir mais de uma resposta correta);

- Ou ainda, para verificar se a matéria ventilada numa determinada questão está, ou não, contemplada no edital.

II _ Necessidade de controle dos poderes

A nossa Constituição Federal, com o propósito de garantir o equilíbrio, a independência e a harmonia entre os poderes da república (Judiciário, Executivo e Legislativo), formou um sistema mútuo de controle/fiscalização, evitando-se, com isso, a supremacia de um poder sobre o outro (sistema de pesos e contrapesos).

Em outras palavras, esse sistema faz com que se limite o poder pelo próprio poder, assegurando a convivência harmônica entre eles, conforme estabelece o art. 2º da Carta Magna, inclusive com *status* de cláusula pétreia (art. 60, § 4º, III, da CF).

Além disso, essa tripartição, nas palavras de seu idealizador (Barão de Montesquieu), visa impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.

Na prática e de um modo geral, o controle dos poderes é exercido sobre os atos que cada um profere, quais sejam, administrativos, legislativos e judiciais.

Assim, sinteticamente, passa-se a analisar cada qual.

1) Respeitante aos atos administrativos

O Poder Legislativo tem por incumbência, auxiliado pelos Tribunais de Contas, a fiscalização dos atos administrativos, consoante preconiza o art. 49, X, da CF.

Por sua vez, ao Poder Executivo foi conferido o poder de revogar ou anular tais atos, desde que por ele próprio praticados. A primeira situação exsurge quando o ato tornar-se inconveniente ou inóportuno para a Administração Pública. A segunda, amparada no princípio da autotutela, ocorre quando for detectada alguma ilegalidade nos aspectos formadores do ato administrativo (competência, forma, finalidade,

motivação e objeto), consoante súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais".

Por fim, cabe ao Poder Judiciário, tão-somente, fazer o controle jurisdicional, anulando o ato administrativo malferido pela ilegalidade. A matéria, por ser o objeto primordial do presente estudo, terá uma maior abordagem.

Convém ressaltar, por oportuno, que tais atos (administrativos) podem ser proferidos tanto pelo Poder Executivo (função primordial), como também pelo Legislativo e Judiciário, quando, excepcionalmente, estejam no exercício de funções administrativas, atípicas em relação às suas funções normais, como, por exemplo, na instauração de concurso público para provimento de seus próprios cargos.

Com efeito, tanto o Legislativo como o Judiciário, quando investidos em funções administrativas, têm a possibilidade de revogarem ou anularem seus próprios atos administrativos, da mesma forma que o Executivo, consoante já acima explanado.

2) No tocante aos atos legislativos (leis em sentido *lato*)

O próprio Poder Legislativo, dentro de sua competência legiferante, pode revogar uma determinada lei, substituindo-a por outra, mais conveniente e oportuna.

Ao Poder Judiciário, quando provocado (ante o princípio da inércia da jurisdição), compete declarar ineficaz o ato legislativo por meio do controle de constitucionalidade, tanto pelo sistema difuso como concentrado. No primeiro caso, a arguição é realizada incidentalmente dentro de um processo judicial litigioso. No segundo, a ação tem por objeto fundamental e exclusivo a própria declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, como por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3) Em relação aos atos judiciais

Estando o Poder Judiciário escalonado de forma vertical, cujo ápice é o Supremo Tribunal Federal (onde seus ministros são escolhidos pelo chefe do Executivo Federal), todos os atos judiciais, isto é, sentenças e acórdãos, podem ser objeto de nova apreciação pela instância superior, mediante recurso da parte prejudicada, fenômeno pelo qual se dá o nome de efeito devolutivo.

Além disso, os provimentos judiciais são constantemente vigiados pelas partes, advogados e Ministério Público, órgão este autônomo mas integrante do Poder Executivo que, após a Carta de 1988, adquiriu enorme contingente de atribuições.

Conclui-se, assim, que os 03 (três) principais atos praticados pelo Poder Público, no exercício das suas funções primordiais, quais sejam, legislar, administrar e julgar, são contínua e harmonicamente fiscalizados pelos próprios Poderes da República.

III _ Concurso Público (natureza jurídica)

Trata-se, na essência, de um processo administrativo tendente a selecionar o candidato mais apto a ocupar um cargo ou emprego público, tanto da administração direta como indireta.

Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 392), ao classificar o concurso público como procedimento concorrencial, uma das espécies de processo administrativo, preleciona que:

Assim, a nomeação de um funcionário efetivo é a conclusão de um conjunto de atos ordenados em seqüência e que precedem necessariamente o ato final de provimento. Com efeito: a primeira providência, a dizer, o primeiro ato necessário, é a abertura de concurso para publicação dos editais. Depois disso, há a fase de recebimento das inscrições, em que alguns _ os que preenchem as condições previstas no edital como indispensáveis para concorrer _ são admitidos e outros liminarmente excluídos. Desta decisão cabem recursos, donde os atos decisórios pertinentes a eles. Vencida esta etapa, realizam-se as provas e correspondente atribuição de notas, das quais, aliás, também cabem recursos e correlatas decisões. Afinal, há a classificação dos candidatos e, por último, as nomeações dos habilitados, segundo a ordem das respectivas classificações.

O sempre festejado Hely Lopes Meirelles (p. 380), a respeito, anota que:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.

Por ter natureza de processo administrativo, consoante já exposto, o concurso público é formado pela sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos, podendo, em tese, cada qual se sujeitar ao controle jurisdicional, caso evidenciada alguma ilegalidade.

Portanto, todos os atos administrativos praticados no desenrolar do certame público, incluindo aí, evidentemente, o gabarito oficial divulgado pela comissão de concurso, ficam adstritos aos princípios constitucionais, às leis e ao próprio edital, sob pena de serem invalidados pela própria Administração Pública ou, em última instância, pelo Poder Judiciário.

A propósito, Walter Ceneviva (p. 122) adverte que "O edital, enquanto notícia pública do concurso, vincula a administração, ao mesmo tempo em que determina as regras da disputa e dos elementos de fato que a caracterizam."

É evidente que, em certas situações, nas quais se exigem, para uma melhor solução, a utilização de critérios de conveniência e oportunidade, a lei e o edital podem conferir à comissão de concurso uma margem de discricionariedade para a prática de determinados atos. Somente em relação a essa discreção, denominada "mérito do ato administrativo", é que se torna incabível qualquer intervenção jurisdicional.

Ponto crucial, por conseguinte, é estabelecer quais atos são emanados em decorrência do poder discricionário e, em contrapartida, os atos vinculados (= sem qualquer poder de liberdade), justamente para se averiguar quais situações comportam o controle jurisdicional. Essa diferenciação será objeto de estudo logo adiante.

IV _ Ato discricionário e vinculado

No Estado de Direito, como o nosso, os particulares (administrados) podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, enquanto o Poder Público, em obediência ao princípio da legalidade insculpido no art. 37 da Carta Magna, só pode agir quando houver permissão legal.

Assim, devem os atos administrativos estar sempre embasados em alguma norma legal permissiva, que os precede, numa espécie de subsunção entre a lei e o ato.

Ocorre que, dependendo da situação, a norma legal pode outorgar, ou não, uma certa liberdade à prática do ato administrativo.

Quando inexistir nenhuma margem de liberdade para a prática do ato, isto é, quando a norma jurídica tipificar o único possível comportamento da Administração Pública, diz-se que há vinculação e, por conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 810), nesta mesma linha, arremata que:

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista.

Por outro lado, quando a norma jurídica conferir à Administração Pública mais de um caminho legítimo, dando uma certa liberdade de escolha segundo a sua própria conveniência e oportunidade, fala-se em poder discricionário, cujo implemento faz exsurgir um ato discricionário.

Este renomado autor, de forma categórica, assim define:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada

caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade



legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Esse poder discricionário, conferido pela lei, possibilita ao administrador agir com maior dinamismo diante de um caso concreto, tornando-se, inclusive, instrumento imprescindível e necessário em certas situações. Daí a razão da sua existência.

Nesse mesmo sentido, prossegue o aludido autor (p. 811):

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inúmeras variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.

Essa diferenciação (entre ato vinculado e discricionário) é de suma importância, uma vez que tornará perceptível, diante de um caso concreto, quais atos administrativos estão sujeitos à intromissão do Poder Judiciário por meio do controle jurisdicional ou de legalidade.

Ao Poder Judiciário, por imposição constitucional, foi conferido o dever indeclinável de fulminar qualquer ato atentatório ao ordenamento jurídico vigente, principalmente quando violar direito individual garantido constitucionalmente, porquanto "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Carta Política)"

Destarte, quando a norma jurídica não der margem nenhuma de liberdade ao administrador, isto é, quando se tratar de ato vinculado, este deve estar em perfeita consonância com a lei, sob pena de ser invalidado pelo Poder Judiciário.

De outro lado, quando a norma conferir certa discrição ao ato administrativo, vale dizer, quando conceder ao expedidor do ato margem

de liberdade de avaliação ou decisão segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, denominado poder discricionário, incabível qualquer intervenção jurisdicional neste particular.

Esse poder, evidentemente, não é ilimitado e visa, sobretudo, proporcionar à Administração a adoção da melhor providência diante de um caso concreto, sempre alicerçado no interesse público almejado pela norma jurídica que lhe deu origem.

Com efeito, mesmo em se tratando de ato discricionário, é possível a intervenção do Judiciário quando evidenciado algum desvirtuamento da finalidade abarcada pela lei (desvio de poder), bem como extrapolamento dos parâmetros nela preestabelecidos. A norma, e somente ela, é quem vai estabelecer, diante de uma situação concreta, a área limítrofe de atuação da Administração Pública, podendo ser mais dilatada ou não.

Calha bem, por oportuno, a lição do mestre deveras citado (p. 827):

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

Nesse sentido, disserta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (p. 202-203):

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada pela lei. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou

os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Poder Judiciário invalidar [por ilegalidade] o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Portanto, não só o ato administrativo vinculado, mas também o discricionário nos casos supracitados, pode ser objeto de invalidação pelo Poder Judiciário, o qual tem por função indelével a proteção do princípio da legalidade.

V _ Controle de legalidade

Com supedâneo em tudo aquilo que já foi esposado, resta então a análise do objeto central do nosso estudo, qual seja, a possibilidade de controle jurisdicional nas provas de concurso público.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, sem sombra de dúvida, o resultado (gabarito oficial) divulgado pela comissão de concurso é ato administrativo vinculado. Isto porque, indubitavelmente, a única opção da comissão fica limitada em emitir a "resposta correta/verdadeira" à questão formulada ao candidato.

A lei, prestigiando a finalidade do concurso, qual seja, selecionar o candidato mais apto, não dá e nem pode dar nenhuma margem de liberdade à comissão, sob pena de ser declarada inconstitucional por violação de inúmeros princípios constitucionais, dentre os quais o da igualdade, moralidade, imparcialidade, etc.

Da mesma forma, o edital, que é a lei do concurso, não pode conferir nenhuma margem de discricionariedade à comissão, no que se refere também ao resultado (gabarito oficial) do certame.

Além disso, sua vinculação em proferir a resposta correta/verdadeira encontra respaldo, igualmente, no princípio da moralidade pública (art. 37, *caput*, da Carta Política). Para comprovar, faz-se a seguinte indagação: seria moral a comissão emitir resposta incorreta? É evidente que não!

É de conhecimento comum que qualquer ato administrativo que atentar contra os princípios constitucionais, principalmente aqueles elencados no art. 37, está sujeito à invalidação.

Nesse raciocínio, não resta dúvida que se a comissão emitir como resposta aquela que não for a verdadeira, estará ferindo frontalmente o princípio da moralidade pública, tornando o ato imoral e passível de invalidação.

Se não bastasse o argumento acima, a finalidade do concurso resta também lesionada caso a comissão profira resposta não verdadeira. Já se disse que o ato administrativo deve respeitar a finalidade abarcada pela lei, sob pena de estar-se diante de um evidente desvio de poder.

Pois bem. A finalidade do concurso, como já salientado inúmeras vezes, é justamente selecionar o candidato com maior número de conhecimentos científicos, isto é, o maior conhecedor de verdades científicas.

Em sendo assim, a comissão está obrigada a emitir a resposta correta/verdadeira, pois, do contrário, estar-se-ia selecionando o candidato menos apto, fugindo por conseguinte da finalidade do concurso público.

Tem-se conhecimento que não existe norma legal, de forma expressa, impondo a qualquer Comissão de Concurso a emitir resposta correta/verdadeira à pergunta que formulou, contudo, essa conclusão extrai-se implicitamente daquilo que foi dito acima, isto é, em razão do princípio da moralidade e da finalidade do concurso público.

Por ilação, não há que se cogitar em ato administrativo discricionário, com todo respeito àqueles que pensam diversamente. Como já se assentou aqui, o poder discricionário exsurge quando a norma conferir mais de um caminho legítimo ao administrador.

Tal hipótese é inaceitável, porquanto qualquer outro resultado divulgado pela comissão, que não seja o correto/verdadeiro, estaria trilhando um caminho manifestamente ilegítimo, bem como ilegal.

Ademais, o poder discricionário tem por justificativa existencial dar ao administrador a escolha da melhor

providência a ser tomada diante de um caso concreto, o que o torna totalmente incompatível e inaplicável quando se está diante de resultado de questão de concurso público.

Portanto, resta à comissão proferir um único ato, qual seja, publicar a resposta correta à questão posta ao candidato. Por exemplo: se uma determinada questão indagar qual é a soma dos algarismos 02 (dois) e 03 (três), não resta à comissão outra alternativa senão publicar a resposta 05 (cinco). Trata-se, evidentemente, de um exemplo esdrúxulo, mas foi aqui utilizado de forma proposital para uma melhor compreensão.

A resposta divulgada pela comissão, entretanto, deve estar sempre amparada nos conhecimentos científicos, tanto nas ciências exatas (álgebra, física, química etc.) quanto nas sociais (história, sociologia, direito etc.), comumente encontradas nas obras literárias.

Isto porque somente o conhecimento científico é quem pode dar uma relativa exatidão e certeza sobre a realidade. Nesse mesmo raciocínio, esclarece João Álvaro Ruiz (p. 131) que:

Tanto os processos de pesquisa científica como os resultados finais alcançados gozam de exatidão relativamente aos outros modos de conhecer. Essa exatidão característica da ciência, relativa às suas conclusões, decorre da possibilidade de se demonstrar, por via de experimentação ou evidência dos fatos objetivos, observáveis e controláveis, o mérito de seus enunciados. (...) Embora os enunciados científicos possam ser passíveis de revisões pela sua natureza "tentativa", no seu estado atual de desenvolvimento, a ciência fixa degraus sólidos na subida para o integral conhecimento da realidade.

Dirimida tal controvérsia, passa-se à análise, de forma individualizada, das 03 (três) situações levantadas na introdução.

1) Questão com resposta incorreta

Em se tratando de comportamento vinculado, pois a comissão está obrigada a proferir somente a resposta correta; qualquer outra alternativa, que não seja a verdadeira, importa em ilegalidade, passível de controle jurisdicional, consoante já alhures analisado.

Em notável decisão⁴, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Acórdão n. 00342803, relatado pelo Desembargador José Raul Gavião de Almeida, de 20/03/2001, ao apreciar Mandado de Segurança em que se discutia o uso da crase na frase "ficava exposto a chuva", assim sintetizou:

(4) - Disponível em:, acessado em agosto de 2004.

V _ Acresça-se, ainda mais uma vez antes de enfrentar o mérito do *mandamus*, ser possível ao Judiciário examinar o acerto do resultado adotado para determinada questão, apreciando o mérito do ato administrativo avaliatório.

Pode o Judiciário examinar o ato administrativo que expresse uma ilegalidade. Reserva-se ao Judiciário o controle pleno da legalidade do ato administrativo, à qual está sujeito o administrador por força do art. 37 da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte ...

E constitui ilegalidade atribuir resultado errado a questão em concurso público. Assim não o fosse, poderia o administrador atribuir classificação pessoal aos candidatos, independentemente do mérito de cada um deles.

VI _ No que concerne ao mérito da impetração, a crase, de origem grega, tem o significado de junção de duas vogais iguais.

Assim, a fusão do artigo definido feminino "a" com a preposição "a" resulta na grafia da vogal "a" com o acento indicativo da crase (à). Em princípio, portanto, na frase "ficava exposto à chuva" a expressão expõe exige a preposição, na medida em que se o faz à consideração de algo, e a palavra chuva, substantivo feminino, não exclui ser precedida do artigo definido feminino.

Por sua vez, é regra gramatical da língua portuguesa a não incidência do acento indicativo da crase antes de substantivo feminino tomado em sentido genérico ou indeterminado (Pasquale Cipro Neto e Ulisses Infante, em Gramática da Língua Portuguesa, p. 30, ed. Scipione).

Por isso, a solução da questão levada ao concurso deveria ser alcançada como a correta qualificação da palavra chuva. Se genericamente considerada, abolida restaria a crase, e se, ao contrário, tratar-se de precipitação pluviométrica certa, imporia o uso do acento indicativo da crase.

O contexto em que a frase quando voltava para casa foi colocada tem sentido indeterminado e, por isso, o erro de correção não pode ser reconhecido. Não se tratando, repita-se, de chuva certa, mas da generalidade delas, a crase não ocorria.

Assim, o Poder Judiciário não só pode, como tem o dever de entrar no mérito de questão de concurso público, a fim de averiguar-se se a resposta divulgada pela comissão está ou não correta, nomeando-se, caso necessário, perito para tal tarefa, na forma dos arts. 420 e seguintes do Código de Processo Civil.

Em agindo assim, o Judiciário não estará intervindo no mérito do ato administrativo, isto é, na sua conveniência e oportunidade, como pode parecer, pois isto não se trata de ato discricionário, mas, sim, vinculado.

Em suma: a comissão não pode, ao seu bel-prazer, escolher qualquer resposta à questão formulada. Se assim o fizer, estar-se-á perpetuando a ilegalidade, mal que deve ser combatido de todas as formas pelos órgãos jurisdicionais.

Na questão aritmética acima aludida, onde se indagou o somatório dos algarismos 02 (dois) e 03 (três), qualquer outra resposta dada pela comissão, que não seja 05 (cinco), configura ato manifestamente ilegal, pois "dizer que é certo quando está incorreto, denota ilegalidade".

Cabe, assim, ao Judiciário, quando provocado, anular a resposta dada pela comissão, determinando-se que outra seja proferida ou, então, que seja considerada como correta a alternativa assinalada pelo candidato, quando, neste último caso, ela for verdadeira e estiver comprovada nos autos.

2) Questão com mais de uma resposta correta

Por outro lado, quando a questão comportar mais de uma resposta como correta, deve o Judiciário, da mesma forma, aprofundar-se



em seu mérito e, se for o caso, reconhecer como verdadeiras também aquelas não contempladas pelo gabarito.

Isto porque, em se tratando de ato administrativo vinculado, a comissão está obrigada a emitir a resposta correta/verdadeira, mesmo que haja mais de uma para a questão que formulou ao candidato. Em outras palavras, sua vinculação consiste em proferir como resposta todas aquelas que forem corretas e verdadeiras.

Por exemplo: se uma questão indagar qual dos números a seguir é "par", dando como alternativas 01, 02, 03, 04 e 05, não resta dúvida que, dentre elas, existem duas corretas.

Insistindo a comissão em apenas uma delas (02 ou 04) como corretas, mesmo após a interposição de recurso administrativo, cabe ao Judiciário examinar a alternativa assinalada pelo candidato que, injustamente, não foi contemplada pelo gabarito.

Concluindo o Judiciário pela sua exatidão, compete a este anular toda a questão ou, alternativamente, determinar à comissão que se reconheça como verdadeira também a alternativa assinalada, porquanto "dizer que é incorreto quando na verdade está certo, exprime ilegalidade"

Ademais, quando o gabarito enuncia como correta apenas uma delas, por questão de lógica, todas as outras estão excluídas, ou melhor, a comissão as considera incorretas.

Questão intrigante, mas, com solução, evidencia-se quando houver divergência na questão formulada ao candidato.

Sabe-se que, consoante já salientado, não existe verdade absoluta, principalmente quando se está diante das ciências sociais, incluindo-se aí o Direito. As divergências doutrinárias e jurisprudenciais são comumente visualizadas nos meios jurídicos.

Para tal solução, deve-se utilizar da verdade relativa, isto é, verossímil, facilmente encontrada por meio do Princípio da Razoabilidade. Quando numa questão houver dissidência, a comissão deve aceitar como resposta (correta/verdadeira) todas aquelas que forem razoáveis e verossímeis, pois, do contrário, se estaria prejudicando o candidato que optou por uma das correntes também aceitáveis.

Se porventura a comissão não contemplar todas as teses verossímeis/razoáveis e negar, posteriormente, o recurso administrativo do



candidato prejudicado, tem este a possibilidade de invocar a tutela jurisdicional para que, com base no princípio da razoabilidade, o Poder Judiciário anule toda a questão ou reconheça como verdadeiras todas as teses, desde que razoáveis e verossímeis.

É evidente que tal tarefa não é fácil, mas o Judiciário não pode curvar-se diante de lesão ou ameaça de direito. Essa razoabilidade e verossimilhança, naturalmente, demandam análise diante de um caso concreto, todavia, não se pode deixar de reconhecê-las quando a tese estiver amparada em um número aceitável de adeptos. Por outro lado, quando ela mostrar-se totalmente desarrazoada, sem qualquer fundamento nas ciências, deverá ser imediatamente descartada.

3) Questão em desacordo com o edital

Para algumas situações preestabelecidas, evidentemente, há possibilidade do edital conferir certo poder discricionário à comissão para a prática de atos segundo a sua conveniência e oportunidade, viabilizando sobremaneira o transcurso do certame público.

Como exemplos mais freqüentes, pode-se citar o local de realização das provas; a sua duração; a quantidade e formulação das questões; os critérios de correção e avaliação; atribuição de notas; entre outros.

Tratando-se de atos discricionários, portanto, incabível qualquer interferência jurisdicional em seu mérito, notadamente no que diz respeito a sua conveniência e oportunidade, conforme já salientado anteriormente.

Entretanto, caso o edital tenha regulado essas matérias, o ato a ser implementado deixa de ser discricionário para se tornar vinculado, uma vez que a comissão fica integralmente sujeita às suas diretrizes, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, pois o edital é a lei e o comando do concurso.

É justamente por isso que, em havendo indagações sobre matérias não contempladas no edital, se anula toda a questão. Antes disso, contudo, compete ao Judiciário analisar comparativamente a essência da questão com o conteúdo programático previsto no edital.

Nesse aspecto, a jurisprudência mostra-se, ao revés, mais contundente. Confira-se o precedente:

209995 _ CONCURSO PÚBLICO _ QUESITO DE PROVA OBJETIVA _ ADMISSIBILIDADE DE ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS EXCEPCIONAIS _ INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS AOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS _ LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO _ INEXISTÊNCIA _ Excepcionalmente, restando demonstrado que a resposta considerada correta pela banca examinadora está, objetivamente, em desacordo com o ramo de conhecimento investigado, houver erro material ou vício na formulação da questão, é admissível o Poder Judiciário anular questão de concurso. (...). Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação dos autores parcialmente provida. Apelação da União e remessa oficial improvidas. (TRF 5^a R. _ AC 106.703 _ (96.05.27664-0) _ PE _ 3^a T. _ Rel. Des. Fed. Conv. Manoel Erhardt - DJU 24.10.2002 - p.888)⁵

Resta claro, assim, que nesta parte a jurisprudência se mostra mais evoluída, ao ponto de anular questões de concurso em desacordo com a matéria expressamente prevista no edital.

VI - Conclusão

Existe ainda, infelizmente, muita resistência por parte da jurisprudência pátria no tocante à matéria *sub examine*. Nossos Pretórios, quase que, unanimemente, entendem haver intromissão indevida do Judiciário nos demais Poderes da República, razão pela qual inadmitem o controle jurisdicional ou de legalidade no que tange às questões de concurso público.

Utilizam-se, para justificar a injustificável omissão, de precedentes jurisprudenciais e excertos doutrinários inaplicáveis quando se está diante de um ato integralmente vinculado. Confira-se:

(5) - *In Banco de Dados Eletrônico Juris Síntese Millennium, n. 46.*

100406031 _ ADMINISTRATIVO _ CONCURSO PÚBLICO _ IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO INVADIR A DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA NA CORREÇÃO DAS PROVAS OBJETIVAS _ 1) O autor pretende a anulação de três questões objetivas, relativas ao Bloco de Economia e Contabilidade, da prova, para ingresso na carreira de AFTN. 2) A sentença julgou improcedente o referido pedido por não caber ao Julgador substituir a Banca Examinadora, passando a considerar correta resposta diversa do Gabarito Oficial. 3) Segundo entendimento jurisprudencial dominante, o critério de correção de provas, a corrente científica adotada e a atribuição de notas são incumbências específicas da banca examinadora, insusceptível de controle judiciário, salvo se ficar demonstrada evidente ilegalidade. 3) Apelação do Autor improvida.(TRF 2^a R. _ AC 97.02.26466-9 _ 2^a T. _ Rel. Des. Fed. Reis Friede _ DJU 07.08.2003 _ p. 103)⁶

Ocorre que, consoante já analisado, o gabarito oficial divulgado

pela comissão de concurso, na verdade, trata-se de ato administrativo vinculado, razão pela qual está ela sempre obrigada a emitir como resposta a alternativa correta/verdadeira.

Por esta razão, compete ao Judiciário, de forma indeclinável, realizar o controle jurisdicional quando evidenciada alguma ilegalidade, uma vez que é esta a sua finalidade e a razão pela qual foi criado.

Destarte, três situações diferentes podem exsurgir:

a) Quando o resultado (gabarito oficial) estiver incorreto.

Neste caso, compete ao Judiciário, quando provocado, anular a resposta noticiada pela comissão, determinando-se que outra seja proferida ou, então, que seja considerada como correta a alternativa assinalada pelo candidato, se verdadeira e comprovada nos autos.

b) Quando a questão comportar mais de uma resposta correta, tendo o gabarito oficial eleito apenas uma delas.

(6) - **Idem.**

Nesta hipótese, anula-se toda a questão ou, alternativamente, determina-se à comissão que se reconheça como verdadeira também a alternativa assinalada pelo candidato que, injustamente, não foi contemplada pelo gabarito.

c) Por fim, quando a matéria ventilada na questão não estiver prevista no conteúdo programático do edital.

Anula-se toda a questão, após uma análise comparativa entre a essência da questão e o conteúdo programático previsto no edital.

Nada impede, todavia, que essas três soluções, não obstante

tenham sido analisadas, levando-se em conta questões objetivas _ de múltiplas alternativas, sejam também aplicadas em questões discursivas ou dissertativas.

Para aqueles que pensam de forma divergente, é imperioso ressaltar que, segundo discorre o mestre J.J. Gomes Canotilho, quando se está diante de um aparente conflito de princípios constitucionais, deve prevalecer, após criteriosa ponderação, aquele com maior peso em face do caso concreto. De suas palavras, colhe-se:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso.⁷

Assim, mesmo em não se aceitando a tese aqui defendida, é plenamente razoável, quando em confronto uma suposta "indevida ingerência de poderes" e a "proteção de direito líquido e certo", a

preponderância e a prevalência desta última, posto que, aplicando-se o sistema de ponderação de princípios à presente proposição, o equilíbrio e a independência dos Poderes da República restam, sem sombra de dúvida, minimamente atingidos no caso concreto, se comparados com os efeitos nefastos a que ficarão sujeitos os candidatos inabilitados em qualquer Concurso Público.



Referências Bibliográficas:

CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e dos Registradores Comentada. 3^a edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 12^a edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 22^a edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 14^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia Científica _ Guia para eficiência nos estudos, 3^a edição. São Paulo: Atlas, 1992.

05 - A Concepção Híbrida do Erro de Tipo Permissivo

Controle Jurisdicional nos Concursos Públicos

Lenoar Bendini Madalena

Escrivão Judicial, Ex-assessor jurídico-municipal, ex-aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Pós-graduado em Direito pela FURB.

Controle Jurisdicional nos Concursos Públicos

Lenoar Bendini Madalena

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Necessidade de controle dos poderes; III. Concurso Público (natureza jurídica); IV. Ato discricionário e vinculado; V. Controle de legalidade; e VI. Conclusão.

I _ Introdução

Observa-se nos meios jurídicos, não raro, o julgamento prematuro e temerário de inúmeros Mandados de Segurança, inclusive alguns sem apreciação de mérito, pelos nossos mais variados Pretórios, em razão da impossibilidade _ segundo sustentam eles - da intromissão do Poder Judiciário na correção de questões de concurso público.

Fulminam o Mandado de Segurança, lamentavelmente, utilizando-se de precedentes jurisprudenciais e excertos doutrinários inaplicáveis na grande maioria das vezes. Citam-se, para uma melhor compreensão, alguns:

O critério de correção de provas e atribuição de notas estabelecido pela banca examinadora não pode ser admitido pelo Judiciário, limitando-se à atuação deste ao exame da legalidade do procedimento administrativo (RSTJ 22/156).¹

Ou:

A competência do Poder Judiciário, no exercício do controle

jurisdicional dos atos administrativos, restringe-se à legalidade do procedimento, sendo-lhe vedada a apreciação concernente ao mérito, conveniência e oportunidade. (ACMS n. 1999.018648-2 _ Relator Desembargador Luiz César Medeiros).²

(1) - Mandado de Segurança n. 2004.000512-1 _ TJSC.

Ainda:

Atos administrativos discricionários _ seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 383).³

Não se questiona, aqui, o conteúdo dos excertos acima transcritos, mas apenas quanto à sua aplicabilidade, posto que, salvo melhor juízo, somente são aplicáveis quando se tratar de ato administrativo discricionário. Ao revés, no que tange aos atos administrativos vinculados, sempre deve reinar o princípio da legalidade (Art. 37, *caput*, da C.F.), cabendo ao Poder Judiciário, de forma indeclinável, realizar o controle jurisdicional nos casos de flagrante transgressão normativa.

Assim, o singelo estudo demonstrará, respeitando os que profligam diferentemente, que o concurso público, por tratar-se de processo administrativo, é formado pelo concatenamento de vários atos administrativos, alguns discricionários e outros, na grande maioria, vinculados.

Demonstrará, também, que, dentre estes últimos (vinculados), estão englobados os atos proferidos pelas Comissões de Concursos, notadamente os que dizem respeito ao resultado (gabarito oficial) das questões do certame, competindo ao Judiciário, dessa forma, fazer o controle de legalidade.

Em suma, o artigo analisará se:

- Pode o Judiciário entrar no mérito de uma questão de concurso público para verificar o acerto, ou não, da

resposta dada pela comissão;

- Para verificar o acerto, ou não, da alternativa assinalada pelo candidato (quando existir mais de uma resposta correta);

- Ou ainda, para verificar se a matéria ventilada numa determinada questão está, ou não, contemplada no edital.

II _ Necessidade de controle dos poderes

A nossa Constituição Federal, com o propósito de garantir o equilíbrio, a independência e a harmonia entre os poderes da república (Judiciário, Executivo e Legislativo), formou um sistema mútuo de controle/fiscalização, evitando-se, com isso, a supremacia de um poder sobre o outro (sistema de pesos e contrapesos).

Em outras palavras, esse sistema faz com que se limite o poder pelo próprio poder, assegurando a convivência harmônica entre eles, conforme estabelece o art. 2º da Carta Magna, inclusive com *status* de cláusula pétreia (art. 60, § 4º, III, da CF).

Além disso, essa tripartição, nas palavras de seu idealizador (Barão de Montesquieu), visa impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.

Na prática e de um modo geral, o controle dos poderes é exercido sobre os atos que cada um profere, quais sejam, administrativos, legislativos e judiciais.

Assim, sinteticamente, passa-se a analisar cada qual.

1) Respeitante aos atos administrativos

O Poder Legislativo tem por incumbência, auxiliado pelos Tribunais de Contas, a fiscalização dos atos administrativos, consoante preconiza o art. 49, X, da CF.

Por sua vez, ao Poder Executivo foi conferido o poder de revogar ou anular tais atos, desde que por ele próprio praticados. A primeira situação exsurge quando o ato tornar-se inconveniente ou inóportuno para a Administração Pública. A segunda, amparada no princípio da autotutela, ocorre quando for detectada alguma ilegalidade nos aspectos formadores do ato administrativo (competência, forma, finalidade,

motivação e objeto), consoante súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais".

Por fim, cabe ao Poder Judiciário, tão-somente, fazer o controle jurisdicional, anulando o ato administrativo malferido pela ilegalidade. A matéria, por ser o objeto primordial do presente estudo, terá uma maior abordagem.

Convém ressaltar, por oportuno, que tais atos (administrativos) podem ser proferidos tanto pelo Poder Executivo (função primordial), como também pelo Legislativo e Judiciário, quando, excepcionalmente, estejam no exercício de funções administrativas, atípicas em relação às suas funções normais, como, por exemplo, na instauração de concurso público para provimento de seus próprios cargos.

Com efeito, tanto o Legislativo como o Judiciário, quando investidos em funções administrativas, têm a possibilidade de revogarem ou anularem seus próprios atos administrativos, da mesma forma que o Executivo, consoante já acima explanado.

2) No tocante aos atos legislativos (leis em sentido *lato*)

O próprio Poder Legislativo, dentro de sua competência legiferante, pode revogar uma determinada lei, substituindo-a por outra, mais conveniente e oportuna.

Ao Poder Judiciário, quando provocado (ante o princípio da inércia da jurisdição), compete declarar ineficaz o ato legislativo por meio do controle de constitucionalidade, tanto pelo sistema difuso como concentrado. No primeiro caso, a arguição é realizada incidentalmente dentro de um processo judicial litigioso. No segundo, a ação tem por objeto fundamental e exclusivo a própria declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, como por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3) Em relação aos atos judiciais

Estando o Poder Judiciário escalonado de forma vertical, cujo ápice é o Supremo Tribunal Federal (onde seus ministros são escolhidos pelo chefe do Executivo Federal), todos os atos judiciais, isto é, sentenças e acórdãos, podem ser objeto de nova apreciação pela instância superior, mediante recurso da parte prejudicada, fenômeno pelo qual se dá o nome de efeito devolutivo.

Além disso, os provimentos judiciais são constantemente vigiados pelas partes, advogados e Ministério Público, órgão este autônomo mas integrante do Poder Executivo que, após a Carta de 1988, adquiriu enorme contingente de atribuições.

Conclui-se, assim, que os 03 (três) principais atos praticados pelo Poder Público, no exercício das suas funções primordiais, quais sejam, legislar, administrar e julgar, são contínua e harmonicamente fiscalizados pelos próprios Poderes da República.

III _ Concurso Público (natureza jurídica)

Trata-se, na essência, de um processo administrativo tendente a selecionar o candidato mais apto a ocupar um cargo ou emprego público, tanto da administração direta como indireta.

Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 392), ao classificar o concurso público como procedimento concorrencial, uma das espécies de processo administrativo, preleciona que:

Assim, a nomeação de um funcionário efetivo é a conclusão de um conjunto de atos ordenados em seqüência e que precedem necessariamente o ato final de provimento. Com efeito: a primeira providência, a dizer, o primeiro ato necessário, é a abertura de concurso para publicação dos editais. Depois disso, há a fase de recebimento das inscrições, em que alguns _ os que preenchem as condições previstas no edital como indispensáveis para concorrer _ são admitidos e outros liminarmente excluídos. Desta decisão cabem recursos, donde os atos decisórios pertinentes a eles. Vencida esta etapa, realizam-se as provas e correspondente atribuição de notas, das quais, aliás, também cabem recursos e correlatas decisões. Afinal, há a classificação dos candidatos e, por último, as nomeações dos habilitados, segundo a ordem das respectivas classificações.

O sempre festejado Hely Lopes Meirelles (p. 380), a respeito, anota que:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.

Por ter natureza de processo administrativo, consoante já exposto, o concurso público é formado pela sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos, podendo, em tese, cada qual se sujeitar ao controle jurisdicional, caso evidenciada alguma ilegalidade.

Portanto, todos os atos administrativos praticados no desenrolar do certame público, incluindo aí, evidentemente, o gabarito oficial divulgado pela comissão de concurso, ficam adstritos aos princípios constitucionais, às leis e ao próprio edital, sob pena de serem invalidados pela própria Administração Pública ou, em última instância, pelo Poder Judiciário.

A propósito, Walter Ceneviva (p. 122) adverte que "O edital, enquanto notícia pública do concurso, vincula a administração, ao mesmo tempo em que determina as regras da disputa e dos elementos de fato que a caracterizam."

É evidente que, em certas situações, nas quais se exigem, para uma melhor solução, a utilização de critérios de conveniência e oportunidade, a lei e o edital podem conferir à comissão de concurso uma margem de discricionariedade para a prática de determinados atos. Somente em relação a essa discreção, denominada "mérito do ato administrativo", é que se torna incabível qualquer intervenção jurisdicional.

Ponto crucial, por conseguinte, é estabelecer quais atos são emanados em decorrência do poder discricionário e, em contrapartida, os atos vinculados (= sem qualquer poder de liberdade), justamente para se averiguar quais situações comportam o controle jurisdicional. Essa diferenciação será objeto de estudo logo adiante.

IV _ Ato discricionário e vinculado

No Estado de Direito, como o nosso, os particulares (administrados) podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, enquanto o Poder Público, em obediência ao princípio da legalidade insculpido no art. 37 da Carta Magna, só pode agir quando houver permissão legal.

Assim, devem os atos administrativos estar sempre embasados em alguma norma legal permissiva, que os precede, numa espécie de subsunção entre a lei e o ato.

Ocorre que, dependendo da situação, a norma legal pode outorgar, ou não, uma certa liberdade à prática do ato administrativo.

Quando inexistir nenhuma margem de liberdade para a prática do ato, isto é, quando a norma jurídica tipificar o único possível comportamento da Administração Pública, diz-se que há vinculação e, por conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 810), nesta mesma linha, arremata que:

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista.

Por outro lado, quando a norma jurídica conferir à Administração Pública mais de um caminho legítimo, dando uma certa liberdade de escolha segundo a sua própria conveniência e oportunidade, fala-se em poder discricionário, cujo implemento faz exsurgir um ato discricionário.

Este renomado autor, de forma categórica, assim define:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada

caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade



legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Esse poder discricionário, conferido pela lei, possibilita ao administrador agir com maior dinamismo diante de um caso concreto, tornando-se, inclusive, instrumento imprescindível e necessário em certas situações. Daí a razão da sua existência.

Nesse mesmo sentido, prossegue o aludido autor (p. 811):

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inúmeras variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.

Essa diferenciação (entre ato vinculado e discricionário) é de suma importância, uma vez que tornará perceptível, diante de um caso concreto, quais atos administrativos estão sujeitos à intromissão do Poder Judiciário por meio do controle jurisdicional ou de legalidade.

Ao Poder Judiciário, por imposição constitucional, foi conferido o dever indeclinável de fulminar qualquer ato atentatório ao ordenamento jurídico vigente, principalmente quando violar direito individual garantido constitucionalmente, porquanto "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Carta Política)"

Destarte, quando a norma jurídica não der margem nenhuma de liberdade ao administrador, isto é, quando se tratar de ato vinculado, este deve estar em perfeita consonância com a lei, sob pena de ser invalidado pelo Poder Judiciário.

De outro lado, quando a norma conferir certa discrição ao ato administrativo, vale dizer, quando conceder ao expedidor do ato margem

de liberdade de avaliação ou decisão segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, denominado poder discricionário, incabível qualquer intervenção jurisdicional neste particular.

Esse poder, evidentemente, não é ilimitado e visa, sobretudo, proporcionar à Administração a adoção da melhor providência diante de um caso concreto, sempre alicerçado no interesse público almejado pela norma jurídica que lhe deu origem.

Com efeito, mesmo em se tratando de ato discricionário, é possível a intervenção do Judiciário quando evidenciado algum desvirtuamento da finalidade abarcada pela lei (desvio de poder), bem como extrapolamento dos parâmetros nela preestabelecidos. A norma, e somente ela, é quem vai estabelecer, diante de uma situação concreta, a área limítrofe de atuação da Administração Pública, podendo ser mais dilatada ou não.

Calha bem, por oportuno, a lição do mestre deveras citado (p. 827):

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

Nesse sentido, disserta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (p. 202-203):

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada pela lei. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou

os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Poder Judiciário invalidar [por ilegalidade] o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Portanto, não só o ato administrativo vinculado, mas também o discricionário nos casos supracitados, pode ser objeto de invalidação pelo Poder Judiciário, o qual tem por função indelével a proteção do princípio da legalidade.

V _ Controle de legalidade

Com supedâneo em tudo aquilo que já foi esposado, resta então a análise do objeto central do nosso estudo, qual seja, a possibilidade de controle jurisdicional nas provas de concurso público.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, sem sombra de dúvida, o resultado (gabarito oficial) divulgado pela comissão de concurso é ato administrativo vinculado. Isto porque, indubitavelmente, a única opção da comissão fica limitada em emitir a "resposta correta/verdadeira" à questão formulada ao candidato.

A lei, prestigiando a finalidade do concurso, qual seja, selecionar o candidato mais apto, não dá e nem pode dar nenhuma margem de liberdade à comissão, sob pena de ser declarada inconstitucional por violação de inúmeros princípios constitucionais, dentre os quais o da igualdade, moralidade, imparcialidade, etc.

Da mesma forma, o edital, que é a lei do concurso, não pode conferir nenhuma margem de discricionariedade à comissão, no que se refere também ao resultado (gabarito oficial) do certame.

Além disso, sua vinculação em proferir a resposta correta/verdadeira encontra respaldo, igualmente, no princípio da moralidade pública (art. 37, *caput*, da Carta Política). Para comprovar, faz-se a seguinte indagação: seria moral a comissão emitir resposta incorreta? É evidente que não!

É de conhecimento comum que qualquer ato administrativo que atentar contra os princípios constitucionais, principalmente aqueles elencados no art. 37, está sujeito à invalidação.

Nesse raciocínio, não resta dúvida que se a comissão emitir como resposta aquela que não for a verdadeira, estará ferindo frontalmente o princípio da moralidade pública, tornando o ato imoral e passível de invalidação.

Se não bastasse o argumento acima, a finalidade do concurso resta também lesionada caso a comissão profira resposta não verdadeira. Já se disse que o ato administrativo deve respeitar a finalidade abarcada pela lei, sob pena de estar-se diante de um evidente desvio de poder.

Pois bem. A finalidade do concurso, como já salientado inúmeras vezes, é justamente selecionar o candidato com maior número de conhecimentos científicos, isto é, o maior conhecedor de verdades científicas.

Em sendo assim, a comissão está obrigada a emitir a resposta correta/verdadeira, pois, do contrário, estar-se-ia selecionando o candidato menos apto, fugindo por conseguinte da finalidade do concurso público.

Tem-se conhecimento que não existe norma legal, de forma expressa, impondo a qualquer Comissão de Concurso a emitir resposta correta/verdadeira à pergunta que formulou, contudo, essa conclusão extrai-se implicitamente daquilo que foi dito acima, isto é, em razão do princípio da moralidade e da finalidade do concurso público.

Por ilação, não há que se cogitar em ato administrativo discricionário, com todo respeito àqueles que pensam diversamente. Como já se assentou aqui, o poder discricionário exsurge quando a norma conferir mais de um caminho legítimo ao administrador.

Tal hipótese é inaceitável, porquanto qualquer outro resultado divulgado pela comissão, que não seja o correto/verdadeiro, estaria trilhando um caminho manifestamente ilegítimo, bem como ilegal.

Ademais, o poder discricionário tem por justificativa existencial dar ao administrador a escolha da melhor

providência a ser tomada diante de um caso concreto, o que o torna totalmente incompatível e inaplicável quando se está diante de resultado de questão de concurso público.

Portanto, resta à comissão proferir um único ato, qual seja, publicar a resposta correta à questão posta ao candidato. Por exemplo: se uma determinada questão indagar qual é a soma dos algarismos 02 (dois) e 03 (três), não resta à comissão outra alternativa senão publicar a resposta 05 (cinco). Trata-se, evidentemente, de um exemplo esdrúxulo, mas foi aqui utilizado de forma proposital para uma melhor compreensão.

A resposta divulgada pela comissão, entretanto, deve estar sempre amparada nos conhecimentos científicos, tanto nas ciências exatas (álgebra, física, química etc.) quanto nas sociais (história, sociologia, direito etc.), comumente encontradas nas obras literárias.

Isto porque somente o conhecimento científico é quem pode dar uma relativa exatidão e certeza sobre a realidade. Nesse mesmo raciocínio, esclarece João Álvaro Ruiz (p. 131) que:

Tanto os processos de pesquisa científica como os resultados finais alcançados gozam de exatidão relativamente aos outros modos de conhecer. Essa exatidão característica da ciência, relativa às suas conclusões, decorre da possibilidade de se demonstrar, por via de experimentação ou evidência dos fatos objetivos, observáveis e controláveis, o mérito de seus enunciados. (...) Embora os enunciados científicos possam ser passíveis de revisões pela sua natureza "tentativa", no seu estado atual de desenvolvimento, a ciência fixa degraus sólidos na subida para o integral conhecimento da realidade.

Dirimida tal controvérsia, passa-se à análise, de forma individualizada, das 03 (três) situações levantadas na introdução.

1) Questão com resposta incorreta

Em se tratando de comportamento vinculado, pois a comissão está obrigada a proferir somente a resposta correta; qualquer outra alternativa, que não seja a verdadeira, importa em ilegalidade, passível de controle jurisdicional, consoante já alhures analisado.

Em notável decisão⁴, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Acórdão n. 00342803, relatado pelo Desembargador José Raul Gavião de Almeida, de 20/03/2001, ao apreciar Mandado de Segurança em que se discutia o uso da crase na frase "ficava exposto a chuva", assim sintetizou:

(4) - Disponível em:<<http://www.tj.sp.gov.br>>, acessado em agosto de 2004.

V _ Acresça-se, ainda mais uma vez antes de enfrentar o mérito do *mandamus*, ser possível ao Judiciário examinar o acerto do resultado adotado para determinada questão, apreciando o mérito do ato administrativo avaliatório.

Pode o Judiciário examinar o ato administrativo que expresse uma ilegalidade. Reserva-se ao Judiciário o controle pleno da legalidade do ato administrativo, à qual está sujeito o administrador por força do art. 37 da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte ...

E constitui ilegalidade atribuir resultado errado a questão em concurso público. Assim não o fosse, poderia o administrador atribuir classificação pessoal aos candidatos, independentemente do mérito de cada um deles.

VI _ No que concerne ao mérito da impetração, a crase, de origem grega, tem o significado de junção de duas vogais iguais.

Assim, a fusão do artigo definido feminino "a" com a preposição "a" resulta na grafia da vogal "a" com o acento indicativo da crase (à). Em princípio, portanto, na frase "ficava exposto à chuva" a expressão expõe exige a preposição, na medida em que se o faz à consideração de algo, e a palavra chuva, substantivo feminino, não exclui ser precedida do artigo definido feminino.

Por sua vez, é regra gramatical da língua portuguesa a não incidência do acento indicativo da crase antes de substantivo feminino tomado em sentido genérico ou indeterminado (Pasquale Cipro Neto e Ulisses Infante, em Gramática da Língua Portuguesa, p. 30, ed. Scipione).

Por isso, a solução da questão levada ao concurso deveria ser alcançada como a correta qualificação da palavra chuva. Se genericamente considerada, abolida restaria a crase, e se, ao contrário, tratar-se de precipitação pluviométrica certa, imporia o uso do acento indicativo da crase.

O contexto em que a frase quando voltava para casa foi colocada tem sentido indeterminado e, por isso, o erro de correção não pode ser reconhecido. Não se tratando, repita-se, de chuva certa, mas da generalidade delas, a crase não ocorria.

Assim, o Poder Judiciário não só pode, como tem o dever de entrar no mérito de questão de concurso público, a fim de averiguar-se se a resposta divulgada pela comissão está ou não correta, nomeando-se, caso necessário, perito para tal tarefa, na forma dos arts. 420 e seguintes do Código de Processo Civil.

Em agindo assim, o Judiciário não estará intervindo no mérito do ato administrativo, isto é, na sua conveniência e oportunidade, como pode parecer, pois isto não se trata de ato discricionário, mas, sim, vinculado.

Em suma: a comissão não pode, ao seu bel-prazer, escolher qualquer resposta à questão formulada. Se assim o fizer, estar-se-á perpetuando a ilegalidade, mal que deve ser combatido de todas as formas pelos órgãos jurisdicionais.

Na questão aritmética acima aludida, onde se indagou o somatório dos algarismos 02 (dois) e 03 (três), qualquer outra resposta dada pela comissão, que não seja 05 (cinco), configura ato manifestamente ilegal, pois "dizer que é certo quando está incorreto, denota ilegalidade".

Cabe, assim, ao Judiciário, quando provocado, anular a resposta dada pela comissão, determinando-se que outra seja proferida ou, então, que seja considerada como correta a alternativa assinalada pelo candidato, quando, neste último caso, ela for verdadeira e estiver comprovada nos autos.

2) Questão com mais de uma resposta correta

Por outro lado, quando a questão comportar mais de uma resposta como correta, deve o Judiciário, da mesma forma, aprofundar-se



em seu mérito e, se for o caso, reconhecer como verdadeiras também aquelas não contempladas pelo gabarito.

Isto porque, em se tratando de ato administrativo vinculado, a comissão está obrigada a emitir a resposta correta/verdadeira, mesmo que haja mais de uma para a questão que formulou ao candidato. Em outras palavras, sua vinculação consiste em proferir como resposta todas aquelas que forem corretas e verdadeiras.

Por exemplo: se uma questão indagar qual dos números a seguir é "par", dando como alternativas 01, 02, 03, 04 e 05, não resta dúvida que, dentre elas, existem duas corretas.

Insistindo a comissão em apenas uma delas (02 ou 04) como corretas, mesmo após a interposição de recurso administrativo, cabe ao Judiciário examinar a alternativa assinalada pelo candidato que, injustamente, não foi contemplada pelo gabarito.

Concluindo o Judiciário pela sua exatidão, compete a este anular toda a questão ou, alternativamente, determinar à comissão que se reconheça como verdadeira também a alternativa assinalada, porquanto "dizer que é incorreto quando na verdade está certo, exprime ilegalidade"

Ademais, quando o gabarito enuncia como correta apenas uma delas, por questão de lógica, todas as outras estão excluídas, ou melhor, a comissão as considera incorretas.

Questão intrigante, mas, com solução, evidencia-se quando houver divergência na questão formulada ao candidato.

Sabe-se que, consoante já salientado, não existe verdade absoluta, principalmente quando se está diante das ciências sociais, incluindo-se aí o Direito. As divergências doutrinárias e jurisprudenciais são comumente visualizadas nos meios jurídicos.

Para tal solução, deve-se utilizar da verdade relativa, isto é, verossímil, facilmente encontrada por meio do Princípio da Razoabilidade. Quando numa questão houver dissidência, a comissão deve aceitar como resposta (correta/verdadeira) todas aquelas que forem razoáveis e verossímeis, pois, do contrário, se estaria prejudicando o candidato que optou por uma das correntes também aceitáveis.

Se porventura a comissão não contemplar todas as teses verossímeis/razoáveis e negar, posteriormente, o recurso administrativo do



candidato prejudicado, tem este a possibilidade de invocar a tutela jurisdicional para que, com base no princípio da razoabilidade, o Poder Judiciário anule toda a questão ou reconheça como verdadeiras todas as teses, desde que razoáveis e verossímeis.

É evidente que tal tarefa não é fácil, mas o Judiciário não pode curvar-se diante de lesão ou ameaça de direito. Essa razoabilidade e verossimilhança, naturalmente, demandam análise diante de um caso concreto, todavia, não se pode deixar de reconhecê-las quando a tese estiver amparada em um número aceitável de adeptos. Por outro lado, quando ela mostrar-se totalmente desarrazoada, sem qualquer fundamento nas ciências, deverá ser imediatamente descartada.

3) Questão em desacordo com o edital

Para algumas situações preestabelecidas, evidentemente, há possibilidade do edital conferir certo poder discricionário à comissão para a prática de atos segundo a sua conveniência e oportunidade, viabilizando sobremaneira o transcurso do certame público.

Como exemplos mais freqüentes, pode-se citar o local de realização das provas; a sua duração; a quantidade e formulação das questões; os critérios de correção e avaliação; atribuição de notas; entre outros.

Tratando-se de atos discricionários, portanto, incabível qualquer interferência jurisdicional em seu mérito, notadamente no que diz respeito a sua conveniência e oportunidade, conforme já salientado anteriormente.

Entretanto, caso o edital tenha regulado essas matérias, o ato a ser implementado deixa de ser discricionário para se tornar vinculado, uma vez que a comissão fica integralmente sujeita às suas diretrizes, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, pois o edital é a lei e o comando do concurso.

É justamente por isso que, em havendo indagações sobre matérias não contempladas no edital, se anula toda a questão. Antes disso, contudo, compete ao Judiciário analisar comparativamente a essência da questão com o conteúdo programático previsto no edital.

Nesse aspecto, a jurisprudência mostra-se, ao revés, mais contundente. Confira-se o precedente:

209995 _ CONCURSO PÚBLICO _ QUESITO DE PROVA OBJETIVA _ ADMISSIBILIDADE DE ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS EXCEPCIONAIS _ INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS AOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS _ LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO _ INEXISTÊNCIA _ Excepcionalmente, restando demonstrado que a resposta considerada correta pela banca examinadora está, objetivamente, em desacordo com o ramo de conhecimento investigado, houver erro material ou vício na formulação da questão, é admissível o Poder Judiciário anular questão de concurso. (...). Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação dos autores parcialmente provida. Apelação da União e remessa oficial improvidas. (TRF 5^a R. _ AC 106.703 _ (96.05.27664-0) _ PE _ 3^a T. _ Rel. Des. Fed. Conv. Manoel Erhardt - DJU 24.10.2002 - p.888)⁵

Resta claro, assim, que nesta parte a jurisprudência se mostra mais evoluída, ao ponto de anular questões de concurso em desacordo com a matéria expressamente prevista no edital.

VI - Conclusão

Existe ainda, infelizmente, muita resistência por parte da jurisprudência pátria no tocante à matéria *sub examine*. Nossos Pretórios, quase que, unanimemente, entendem haver intromissão indevida do Judiciário nos demais Poderes da República, razão pela qual inadmitem o controle jurisdicional ou de legalidade no que tange às questões de concurso público.

Utilizam-se, para justificar a injustificável omissão, de precedentes jurisprudenciais e excertos doutrinários inaplicáveis quando se está diante de um ato integralmente vinculado. Confira-se:

(5) - In Banco de Dados Eletrônico Juris Síntese Millennium, n. 46.

100406031 _ ADMINISTRATIVO _ CONCURSO PÚBLICO _ IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO INVADIR A DISCRICIONARIEDADE DA BANCA EXAMINADORA NA CORREÇÃO DAS PROVAS OBJETIVAS _ 1) O autor pretende a anulação de três questões objetivas, relativas ao Bloco de Economia e Contabilidade, da prova, para ingresso na carreira de AFTN. 2) A sentença julgou improcedente o referido pedido por não caber ao Julgador substituir a Banca Examinadora, passando a considerar correta resposta diversa do Gabarito Oficial. 3) Segundo entendimento jurisprudencial dominante, o critério de correção de provas, a corrente científica adotada e a atribuição de notas são incumbências específicas da banca examinadora, insusceptível de controle judiciário, salvo se ficar demonstrada evidente ilegalidade. 3) Apelação do Autor improvida.(TRF 2^a R. _ AC 97.02.26466-9 _ 2^a T. _ Rel. Des. Fed. Reis Friede _ DJU 07.08.2003 _ p. 103)⁶

Ocorre que, consoante já analisado, o gabarito oficial divulgado

pela comissão de concurso, na verdade, trata-se de ato administrativo vinculado, razão pela qual está ela sempre obrigada a emitir como resposta a alternativa correta/verdadeira.

Por esta razão, compete ao Judiciário, de forma indeclinável, realizar o controle jurisdicional quando evidenciada alguma ilegalidade, uma vez que é esta a sua finalidade e a razão pela qual foi criado.

Destarte, três situações diferentes podem exsurgir:

a) Quando o resultado (gabarito oficial) estiver incorreto.

Neste caso, compete ao Judiciário, quando provocado, anular a resposta noticiada pela comissão, determinando-se que outra seja proferida ou, então, que seja considerada como correta a alternativa assinalada pelo candidato, se verdadeira e comprovada nos autos.

b) Quando a questão comportar mais de uma resposta correta, tendo o gabarito oficial eleito apenas uma delas.

(6) - **Idem.**

Nesta hipótese, anula-se toda a questão ou, alternativamente, determina-se à comissão que se reconheça como verdadeira também a alternativa assinalada pelo candidato que, injustamente, não foi contemplada pelo gabarito.

c) Por fim, quando a matéria ventilada na questão não estiver prevista no conteúdo programático do edital.

Anula-se toda a questão, após uma análise comparativa entre a essência da questão e o conteúdo programático previsto no edital.

Nada impede, todavia, que essas três soluções, não obstante

tenham sido analisadas, levando-se em conta questões objetivas _ de múltiplas alternativas, sejam também aplicadas em questões discursivas ou dissertativas.

Para aqueles que pensam de forma divergente, é imperioso ressaltar que, segundo discorre o mestre J.J. Gomes Canotilho, quando se está diante de um aparente conflito de princípios constitucionais, deve prevalecer, após criteriosa ponderação, aquele com maior peso em face do caso concreto. De suas palavras, colhe-se:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso.⁷

Assim, mesmo em não se aceitando a tese aqui defendida, é plenamente razoável, quando em confronto uma suposta "indevida ingerência de poderes" e a "proteção de direito líquido e certo", a

preponderância e a prevalência desta última, posto que, aplicando-se o sistema de ponderação de princípios à presente proposição, o equilíbrio e a independência dos Poderes da República restam, sem sombra de dúvida, minimamente atingidos no caso concreto, se comparados com os efeitos nefastos a que ficarão sujeitos os candidatos inabilitados em qualquer Concurso Público.



Referências Bibliográficas:

CENEVIVA, Walter. Lei dos Notários e dos Registradores Comentada. 3^a edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 12^a edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 22^a edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 14^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia Científica _ Guia para eficiência nos estudos, 3^a edição. São Paulo: Atlas, 1992.

NOTAS SOBRE O NOME DE PESSOA NATURAL

Francisco Prestello de Vasconcellos

Juiz de Direito do Estado de Rondônia



NOTAS SOBRE O NOME DE PESSOA NATURAL

Francisco Prestello de Vasconcellos

SUMÁRIO I- NA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS; II- Dificuldades Ortográficas; III- Da Importância do Nome; IIIa- Sobrenome do Cônjuge; IV- COTEJO AMERICANO; IVa- Procedimentos; IVb- Implementação da Mudança; IVc- Mudança na Identificação e Registros; IVd- Mudança do Nome por Divórcio; IVe- Nomes dos Filhos ;V- MUDANÇA DE NOME NA CALIFÓRNIA; Va- A Exceção do Casamento;Vb- Limites quanto ao Novo Nome; Vc- Procedimentos Judiciais; Vd - Mudança dos Nomes de Menores; VI- ROMA;VII- CURIOSIDADES;VIII- CONCLUSÕES; Referências Bibliográficas.

I- NA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS

Em vários artigos, a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973) regra sobre o nome, principalmente em seu Capítulo IV, do nascimento: 54 (explicita o conteúdo do assento de nascimento), 55 (falta de declaração de nome completo e proibição de prenomes ridículos), 56 (alteração do nome no ano seguinte à maioridade), 57 (alteração posterior e procedimento), 58 (definitividade do prenome e proibição de apelidos proibidos em lei), 59 (autorização do pai em reconhecimento de filho ilegítimo), 60 (nome do pai ou da mãe, quando declarante), 61 (nome do exposto), 62 (registro de menor abandonado), 63 (gêmeos), 64 (registro de nascidos em navio brasileiro), 65 (providências em terra no nascimento a bordo), 66(filho de militar ou assemelhado).

Não obstante a ordem nomes e prenomes dos pais, avós e testemunhas, lida no art. 54, quando da lavratura do assento, ao referir os da criança, pratica-se no País a ordem inversa, vindo antes o prenome e depois os nomes. Não se lê, por exemplo, o nome como mencionado nas referências bibliográficas ou como o observado na Itália, em que o cidadão

Antonio Martini se apresenta como Martini Antonio, assim registrado em todos os documentos pessoais.

Fato é que a polissêmica palavra nome pode denotar tanto o prenome quanto o nome inteiro. Popularmente, nome chama à tona o prenome ou o nome completo; dificilmente uma pessoa questionada sobre seu nome, dirá o patronímico.

Esta constatação não avalia distinções, quando a lei apenas menciona nome, tal não se dando quando refere exclusivamente prenome, como no art. 63, ou nome e prenome (art. 54), ou nome completo (art. 55).

Parece-me que a restrição não se autoriza no art. 57, regulando alteração posterior de nome com a vênia do acatado Walter Ceneviva, ao doutrinar sobre o dispositivo: "Este se refere apenas ao nome, não envolvendo o prenome". (Lei dos Registros Públicos Comentada, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 132). Lembrou caso de político querendo aditar a seu nome o apelido Jacaré; não mexeria no patronímico, mas no prenome, para satisfazer a proibição de não prejudicar os apelidos de família, observando o art. 56.

Igual completude ocorrerá no art. 60: "O registro conterá o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante". Já se vê que o nome aqui está a englobar prenome e patronímico, pois não seria razoável conste só o apelido de família ou prenome do declarante.

II- DIFICULDADES ORTOGRÁFICAS

Nota-se certo descaso por parte dos servidores dos ofícios registrais na utilização dos acentos, quanto à observância das normas relativas à acentuação gráfica, com tanto ocasionando transtornos para as pessoas nomeadas.

Assim, o nome Nélson, pela norma ortográfica, exige acento agudo por se tratar de palavra paroxítona finda em n: claro está que a sílaba tônica, a mais enfática, é NEL. A alternativa é pronunciar-se o nome como Nelson, tornada tônica a última sílaba, SON, quase a se confundir com o afetivo Nelsão.

Ainda, a pronúncia das palavras que terminam em e, não as oxítonas, faz desta última letra um i: para exemplificar apenas, lê-se alegre como alegri; em partes do País, a pronúncia cinge-se ao escrito, afeição notada mais em estados do Sul. No nome Gisele, como exemplo, o e final pronuncia-se i; às vezes o serventuário escreve tais nomes e assemelhados exatamente assim, com i no fim. Dá-se que as palavras terminadas em i são oxítonas por norma, o que obriga a se enfatizar a sílaba LI como tônica, resultando no desconforto da pessoa em ter seu nome desta forma pronunciado. A alternativa que se põe fica: ou a pessoa admite esta pronúncia, com LI tônica, ou haverá de providenciar a retificação, para LE, normalizando a escrita. Atentou para o deslocamento mencionado a pessoa que requereu alteração de Suziani para Suziane.

O grego clássico tem todas as palavras acentuadas, em contraposição ao latim em que inexiste acento gráfico de qualquer tipo. Uma regra, entretanto, de acentuação grega é que nas palavras escritas só com letras maiúsculas não se emprega acento; dá-se o mesmo em espanhol. Houvesse tal orientação em português não restaria problema com nomes escritos em maiúsculas. Vejam-se, para ilustração, os cartões de crédito e identificação eletrônica, em que nomes se escrevem com maiúsculas, sem acentos. Realmente, o vezo pela ortografia na comunicação informática manifesta-se até mesmo em observações do tipo "desprezar acentos e ç"; nos sítios portugueses, ao contrário, em sua maioria, o lembrete é de se observarem as normas de acentuação. Tais situações são de fácil comprovação nos acessamentos informáticos lá e aqui.

Os nomes próprios de origem estrangeira, festejados os ingleses, propõem a possibilidade de tê-los em sua versão original ou aportuguesados. O nome Sandwich vulgarizou-se no comum sanduíche, com perfeita e anosa aclimatação a nossa língua. O w pronunciado como u manteve-se u mesmo. Imagine-se Washington a seguir a mesma regra! Quanto ao y, vem à tona Kelly: de certa maneira, não se agrande em maior problema, podendo, sem o dito mal-estar, grafar-se Kelli, com dois ou um só l. Problema haverá sem o acento agudo, pois inevitável o deslocamento da tônica para a sílaba final, LI. Preferida, pois, na grafia Keli: imprescindível se faz o acento, para manter a pronúncia original com a tônica na primeira sílaba. Casos foram vistos em que a grafia se fez como Quele, perfeito aportuguesamento do próprio inglês. Quis a reforma orto

gráfica derradeira que se mantivesse o letrário indígena, mas a influência do idioma dos mais salientes prepondera mesmo nos nomes próprios, menosprezando a aportuguesação.

Observação marcada na gramática histórica portuguesa está na unificação das consoantes dobradas, desde a origem vocabular latina às formas atuais. Aplica-se a lei do menor esforço, de notável incidência na evolução lingüística de todas as línguas, inclusive as neolatinas se a dobra se pronunciar como a consoante simples. Alguns idiomas há em que a consoante dobrada tem pronúncia certa, diferenciada da consoante simples, podendo levar a confusão se desprezada a repetição, sendo caso bem conhecido o do italiano. Cappello se pronuncia bem diversamente de capello, chapéu, cabelo. Notadamente em certos países ou regiões da América Hispânica o ll se pronuncia diversamente do l simples, sendo intensa a resistência que o espanhol, em termos gerais, mantém quanto a invasões de outras línguas. Dependerá do nome e de seu portador a manutenção do original ou sua adaptação ao português.

Não se conhecem decididas razões, entretanto, para a preferência pelas dobradas, como no exemplo Yahha Yraaci, simplificados em Yara Iraci. Por outro lado, é de manter-se o s dobrado, para se evitar o som de z: Jusara, com s sibilante, se escreverá Jussara.

III - DA IMPORTÂNCIA DO NOME

Euclides de Oliveira, em artigo publicado Caderno de Doutrina de março de 1999, com extrema propriedade, consignou:

Constitui-se o nome num dos mais importantes atributos da personalidade, ao lado da capacidade e do estado civil. É a etiqueta ou o sinal exterior pelo qual a pessoa será conhecida e chamada durante toda a sua existência e mesmo depois da morte, servindo de permanente símbolo de identificação como sujeito de direitos e obrigações na ordem social.

À vida segue-se o nome, identificador da pessoa, bem imediato que se lhe entrega. Depende de série de fatores, principalmente escolha dos pais ou do pai, este que, as mais das vezes, decide como se chamará



seu rebento. Tal transcendência marcará a pessoa pela vida afora. Quê dizer da insatisfação do nomeado quando percebe e vive infelicidades pelo uso do nome? Ferreteado pela imutabilidade, perdurará constrangido. Razões há que nascem e permanecem na mente do cidadão; outras se impõem pelo meio em que vive, familiar ou social. A República tem como fundamento também a dignidade da pessoa humana, na leitura do art. 1º da Constituição Federal. Esta dignidade fundamenta-se na consciência de bem viver, na conformidade das imposições sociais. Não se discute da relevância do esforço pessoal para a construção do sentido da vida humana, mas não será o único elemento cimentador da dignidade. Muito pretende o Estado no alimentar e prover, com meios eficientes, o cidadão em suas empreitadas. O meio familiar tem a primeira preponderância neste caminhar. O meio social, em que necessariamente se desenvolvem a personalidade e a vida, igualmente projeta-se essencial nas conquistas individuais. Vale ressaltar que a individualidade se projeta no meio de vida através do nome, ao qual se agregam outros elementos provindos da modernidade, números quantas vezes! Poderá a identificação recorrer a cifras e códigos, sempre desaguando no nome, conjunto de partes que vão personalizar o cidadão. É preciso harmonizar constrangimentos com a imposição da norma vinda na Lei n. 9.708, de 18 de novembro de 1998, cujo art. 1º alterou o art. 58 da Lei n. 6.015, lendo-se: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. § único. Não se admite a adoção de apelidos proibidos em Lei."

Lembra Fustel de Coulanges:

Na idade média, até ao século doze, o nome verdadeiro era o de baptismo, ou nome individual, e os nomes patronymicos só apareceram bastante tarde, como nomes de terras, ou como sobrenome. Entre os antigos foi precisamente o contrário. Ora esta diferença relaciona-se, se observarmos bem, com a diferença das duas religiões. Para a antiga religião domestica, a familia era o verdadeiro corpo, o verdadeiro ser vivo do qual o individuo era apenas um membro inseparável: assim o nome patronymico foi o primeiro em data e o primeiro em importância. A nova religião, pelo

contrário, reconhecia ao individuo uma vida propria, uma liberdade completa, uma independencia inteiramente pessoal e não lhe repugnava de modo nenhum isola-lo da familia: por isso, o nome de baptismo foi o primeiro e durante muito tempo o unico. (A Cidade Antiga, 2^a ed., vol. 1º, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1919, p. 187).

Definido o prenome como o que antecede o nome de família, ensina Walter Ceneviva (Lei dos Registros Públicos Comentada, 13^a ed., SP, Saraiva, 1999, p. 135), normalmente não é ele substituído, mas aumentado com o apelido notório, em qualquer tempo, a depender apenas da iniciativa do interessado. Os exemplos de conhecimento público mostram que usualmente o prenome se mantém, seguido do apelido. Sendo duplo o prenome, com a agregação, torna-se triplo ou quádruplo, sem limitação. Criticou o mesmo publicista a redação legal (*ibidem*), que preferiu o qualificativo definitivo ao imutável, lido no diploma anterior; afirmou mais que de definitivo nada tem o prenome, sendo a inalterabilidade dosada pelos pretórios. Aquele novo dispositivo não revogou o art. 57 da Lei: "Qualquer alteração posterior do nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa". Nem o art. 56: "O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa." Neste a pretensão será deduzida em juízo no curso dos 21 anos de idade, não após; na regra do art. 57, admitir-se-á mudança a qualquer tempo, motivadamente, por iniciativa do interessado.

Vê-se, pois, que a alteração do prenome, englobado no nome, viabiliza-se perfeitamente para evitar situações constrangedoras. Este constrangimento provém quase inteiramente da consciência do ser humano; ele é quem sofre com o apelativo com que o chamam, muitas vezes apresentando-se estranho tal sentir aos olhos de terceiros. Enfrentamos casos em que a mulher não se conformava com o nome Raimunda ou Benedita, não importando se movida por motivos raciais, sociais ou o quê.

Estava infeliz com seu nome, não o queria, não queria que a chamassem por Benedita ou Raimunda. Difícil a ponderação por outros que, insensíveis, não haveriam de entender as razões da infelicidade: Sebastiana preferiu Mariana Sebastiana; Júlio Bento não queria o segundo nome. Alguém não admitia Maria a seguir de José, homem, mal lembrado dos que ostentavam com orgulho José Maria ou Manoel Maria: eram infelizes com os nomes dados pelos pais e julgavam possível livrar-se do segundo do composto, desconhecendo-se que fato ou valor os impelia a ficarem apenas com José. Fato comprovado, entretanto, era que se evidenciava o mal-estar na utilização de Maria. Não se tratava apenas de desconforto suportável: Era mesmo um peso o nome composto de um masculino e um feminino, não o suportava o cidadão.

Caso freqüente vem com a indefinição de gênero do prenome, querendo a pessoa alijar hesitações. Dione, semelhante a Ivone e outros, passou a Johnny; Naurisvan, a Neurisvânia; Linley, a Lincoln; Chaiene, a Pablo; Gilande, a Giliardi; Francillani, a François; Ismaim, a Ismaíne; Francimiar, a Gabriel; Concilene, a Cristiano; Ednael, a Ednoel; Ivoney, a Ivaneide; Jade, a Jáder; Gilvane, a Vânia Gilvane; Jad, a Jaydson.

Mangações comprovadas e reiteradas, principalmente nas escolas, levaram alguns menores a requererem a substituição de Bráulio por Bruno; de Fritz, por Lucas. A relocação de nomes nas grafias usuais se deu em Claudioiucihón, relido como Claudioílson; Hemut, como Helmut.

O pai, apreciador de cinema e do desenho infantil com o ratinho Stuart, nominou seu filho de Stueth.

A interferência dos falares índios manifesta-se freqüente, tendo aparecido o nome Auraha Poromongayara, resumido em Aurahã.

Ao prenome, segue-se o patronímico, indicador da genealogia. O art. 56 da Lei dos Registros Públicos, após facultar a alteração no curso de um ano após a aquisição da maioridade, excetua: "desde que não prejudique os apelidos de família, ..." Alteram-se sempre os indicativos da família, quer com o casamento, quer nos casos permitidos. Percebe-se consciência da importância do patronímico, fato que levou a pedidos de alterações como Sousa para Souza, Estein para Stein, Matinez para Martinez, Delbani para Delboni, Moraes para Moraes, Oliveira para Anastassioy e outros tantos.

IIIa - Sobrenome de cônjuge

A oportunidade para incorporação do sobrenome do cônjuge é enquanto nubente, antes de ultimado o casamento na exata leitura do §2º do art. 1.565 do Código Civil: Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro. Nubentes são os que contraem núpcias, não os que já contraíram; mal comparando, seria o mesmo que equiparar casado a casante. Estender a condição do nubente a um momento posterior refoge à realidade do que determina o legislador; nem se afirme que fica ao arbítrio dos casados mexer em seus sobrenomes, por ser restrita a legislação pertinente. A oportunidade de incorporar sobrenomes é no processo de habilitação, com o emolduramento de toda a formalidade que cerca o ato. Daí falar a lei em nubentes, que não mais são os casados. Lá o momento de somar sobrenomes, não permitindo o ordenamento que o façam os interessados a seu bel prazer, quando queiram.

IV - COTEJO AMERICANO

Nos Estados Unidos da América, a competência para legislar sobre alterações de nomes está atribuída a cada estado federado, pela estrita observância do princípio federativo. Há, porém, certas normas comuns que podem resumir-se a:

- 1- Não se pode mudar o nome com intento fraudatório, ou seja, almejando fim ilegal. Por exemplo, não se pode legalmente alterar o nome para evitar pagamento de dívidas, para evitar ser processado ou livrar-se por prática de crime.
- 2- Não se pode interferir nos direitos de outrem, o que significa, em termos gerais, escolher nome de pessoa famosa com o intento de enganar. Por exemplo, a maioria dos juízes não aprovará um nome de George Bush ou William (Bill) Clinton a menos que exista uma razão convincente não relacionada aos políticos famosos.
- 3- Não se pode usar um nome com intento de confundir. Poderia ser o caso de uso de número ou pontuação, por exemplo "10," "III," ou "?".

4- Não se pode escolher nome que reflita insulto racial.



5- Não se pode utilizar nome que seja uma palavra agressiva, que implique ameaça ou seja obscena, ou palavra que incite a violência.

A Suprema Corte de Minnesota determinou, certa feita, que um cidadão que queria mudar seu nome para "1.069" não poderia legalmente obter a autorização, mas sugeriu que "Um Mil e Sessenta e Nove" seria aceitável. (Dengler, 287 NW2d 637 (1979).

IVa - Procedimentos

Com exceção de alguns poucos estados, princípios legais da *common law* autorizam a legalmente mudar o nome apenas pelo uso. A mudança de nome é completada por simples uso de um novo nome em todos os aspectos de sua vida pessoal, social e negocial. Não há necessidade de ação, nada custa e é legalmente válido, sendo exceções gerais a esta regra casos de menores e de detentos. Lembra o episódio em que Don Corleone, gravemente, diz a seu sobrinho: Doravante você será chamado Vincent Corleone, não mais Vincent Mancini. Assim, foi.

Entretanto, falando em termos práticos, no mundo após 11 de setembro, será necessário, para aceitarem um novo nome, um documento oficial da justiça para fins de órgãos do governo e muitas organizações privadas de importância, como bancos e companhias de títulos. Muita gente desconhece que a alteração de nome por uso é legal e está preocupada com a identidade de ladrões, pode insistir em ver algo por escrito, assinado por um juiz. Também poderá ser preciso uma ordem formal assinada por um juiz para alterar certos tipos de identificação, como passaportes, certidão de nascimento e cartão de seguro social. A única exceção é quando se altera o nome em razão de casamento, caso em que uma cópia da certidão de casamento deveria ser suficiente para ter os documentos de identificação alterados.

Mesmo que mudança de nome sob o sistema de uso seja legal em seu estado, a pessoa poderá ser bem servida se obtiver uma mudança de nome ordenada judicialmente.

Se ainda houver interesse no método de uso para alterar o nome, a pessoa poderá descobrir se pode fazer assim em seu estado ou se há exigência de obter ordem judicial para tanto. Ou, se o funcionário não der informação suficiente, poderá ser consultado o serviço *on line*.

IVb - Implementar a mudança de nome

Ou simplesmente alterando o nome ou por ordem do juiz, o mais importante será dar notícia aos outros de que foi tomado um novo nome. Mesmo que tomando algum tempo para contactar agências do governo ou negócios, não se intimide com a tarefa, pois é um procedimento comum. São os seguintes passos práticos para a implementação:

-Avisar oficiais e homens de negócios. Contactar as várias agências do governo e de negócios com as quais se relaciona e ter seu nome alterado.

-Contar com a ajuda de seus familiares e amigos. Dizer aos amigos e parentes que o nome foi alterado e que quer que somente o novo nome seja o utilizado. Pode levar algum tempo para que se acostumem ao novo nome. Alguns poderão até objetar ao uso do novo nome, talvez temendo que a pessoa que eles conheciam tão bem esteja se tornando uma outra. Ser paciente e persistente.

-Usar apenas o novo nome. Se a pessoa estiver empregada ou na escola, ir pelo novo nome. Apresentar-se para novos relacionamentos e contactos de negócios com o novo nome.

IVc -Mudando a identificação e registros

Para completar a mudança de nome, será necessário dizer aos outros sobre ela. Contactar as pessoas e instituições com que se trata e perguntar qual o tipo de documentação precisa para alterar o nome oficialmente em seus registros. Diferentes instituições terão diferentes regras e formulários; algumas irão exigir apenas uma chamada telefônica ou um imêil. Mas em nosso mundo mais e mais consciente de segurança, outras exigirão formulários especiais, uma cópia da ordem judicial dando o novo nome e, em alguns casos, até mesmo um encontro pessoal.

É geralmente recomendado que se obtenha uma licença de motorista, então o cartão de seguro social em

seu nome. Tendo tais documentos, é normalmente simples obter outros ou registros alterados para o novo nome.

Eis as pessoas e instituições para notificar mudança de nome:

-amigos e familiares;

-empregador;



- escolas;
- correios;
- departamentos de veículos;
- administração de seguro social;
- departamento de registros e estatísticas sociais (emissores de certidões de nascimento);
- bancos e outras instituições financeiras;
- credores e devedores;
- companhia telefônica e de utilidades;
- autoridade de tributação do Estado;
- agências de seguro;
- cartórios eleitorais;
- departamento de passaportes;
- escritório de assistência pública (bem-estar);
- administração de veteranos.

Se tiver testamento ou outra disposição de vontade, será melhor substituir o novo documento usando o novo nome. Seus beneficiários não perderão quinhões se não o fizer, mas a medida evitará confusões posteriores. Finalmente lembrar de alterar o nome em papéis legalmente importantes, por exemplo, procurações, disposições de vontade e contratos.

IVd - Mudança do nome por divórcio

Em muitos estados, pode ser requerido que o juiz que tenha decidido por seu divórcio expeça uma ordem formal restabelecendo seu nome anterior ou o de nascimento. Se seu documento de divórcio já contém tal ordem, nada mais é preciso. Será providencial que se obtenham cópias da ordem como prova de mudança de nome. Assim que tenha esta documentação oficial, poderá ser usada para ter o nome alterado em sua identificação e registros pessoais.

Se o documento de divórcio não mencionar mudança de nome, poderá retornar ao nome antigo sem muito esforço, especialmente se ainda tiver alguma prova do nome anterior, como certidão de nascimento ou passaporte antigo. Em muitos estados, poderá simplesmente ser usado o nome anterior consistentemente e requerer que seja alterado em seus



registros. Se estiver voltando a um nome de antes do casamento, mudando para um nome usado antes do casamento, a pessoa estará com menos risco do que se fosse adotar um nome totalmente novo, mas ainda terá que enfrentar algumas barreiras burocráticas para voltar ao nome anterior. Isto é especialmente possível se se tratar de imigração recente ou não tiver documentação confiável com o nome anterior. Mas antes de decidir que seja mais fácil requerer judicialmente, conferir se o decreto de divórcio pode ser modificado para incluir o nome anterior. Em alguns estados, isto é possível mesmo após a apreciação final. Na Califórnia, por exemplo, usa-se um formulário chamado de Pedido da Parte para Restauração do Nome Anterior depois de Protocolado o Pedido de Julgamento.

IVe - Quanto aos nomes dos filhos

Tradicionalmente os juízos determinam que os filhos continuem a usar o nome do pai se ele continuou a satisfazer ativamente seu papel de pai. Apesar de tal tendência, não é absoluta. O nome de uma criança pode ser mudado quando claramente em seu interesse. Os juízos consideram vários fatores, como o tempo em que foi usado o nome do pai, a força da relação mãe-filho, a necessidade de identificar a criança com o nome de nova família, se a mudança envolver recasamento. Os juízos precisam ponderar tais fatores em relação à intensidade da relação pai-criança, tudo para melhor apreciar qual o maior interesse da criança.

É preciso ter em mente que, mesmo que mude os nomes das crianças, não será legalmente permitido que se altere o nome do pai legalmente reconhecido. Também a mudança não alterará os direitos e deveres de qualquer dos pais, com relação às visitas, apoio do menor ou direitos de herança. Mudanças assim só se alteram por ordem judicial, por exemplo, em decreto de nova custódia ou adoção. Se o novo cônjuge adota o filho, o nome da criança pode ser alterado como parte do procedimento.

V - MUDANÇA DE NOME NA CALIFÓRNIA

O que há em um nome? Muito, se o número de pessoas que mudam o nome na Califórnia é de alguma significação. Fortunadamente,

as mudanças de nome não são complicadas, mesmo assim recomendamos enfaticamente que na maioria dos casos se usem os procedimentos judiciais, o método em juízo, melhor que o método de mudança pura de uso, para alteração de nome. Foi bastante simples escolher o novo nome e começar a usá-lo e comunicar às agências para que o alterem. Após alguns anos, seu novo nome tornar-se-á seu nome legal oficial. Hoje, pelos furtos de identidade e medo de terrorismo, muitos órgãos vão exigir uma ordem judicial antes de alterar seu nome nos registros.

Va - A exceção do casamento

A única exceção para usar o método judicial é se a mudança advém de casamento ou sociedade de fato. Neste caso, basta a certidão de casamento ou verificação de sociedade de fato e preencher um simples formulário, o que também pode ser feito perante a administração do seguro social. Em todos os demais casos, porém, será preferível o recurso aos tribunais.

Vb - Limites quanto a novo nome

Pode ser mudado o nome ou o nome de sua criança pelo método judicial. Qualquer nome serve, observadas poucas exceções:

- não pode ser mudado para o nome de pessoa famosa se tal estiver sendo feito em intento fraudulento ou para benefício financeiro, ou se for afetado o nome da pessoa famosa negativamente;
- não pode ser usado nome fictício protegido por lei (Harry Potter ou R2D2);
- não pode ser usado nome agressivo à raça ou palavras que levem a disputas.

Pode ser usado o método judicial para restabelecer o nome depois de divórcio, mas só se o nome não tiver sido restabelecido como parte do divórcio, o que é bem mais fácil.

Vc - Procedimentos judiciais

Para mudar o nome, será preciso preencher alguns formulários em juízo, publicar o pedido de alteração em um jornal da imprensa local por quatro semanas. Depois, poderá ou não ser chamado no tribunal, sendo



que alguns juízes exigem a presença pessoal, enquanto outros assinarão a ordem com base apenas nos documentos apresentados.

Após a mudança do nome, a ordem judicial servirá para todos os órgãos e instituições que têm registro, aos quais se requererá que mudem o nome em seus registros oficiais.

Vd - Mudança dos nomes de menores

Observe que, se nome de menor estiver sendo mudado e haja outro pai ou mãe, será necessária a permissão do outro genitor para fazer a mudança ou intimar o outro para apresentar perante o juiz qual a razão da alteração em interesse do menor.

VI - ROMA

Nomen est quod unicuique personae tribuitur, quo quaeque proprio et certo vocabulo appellatur. (Cícero).
Nome é aquilo que se atribui a cada pessoa, com cujo vocábulo próprio e certo se chama. Os gregos não tinham senão um só nome, mas os romanos tinham até três e mesmo quatro, principalmente se adotados.

Praenomen, nomen, cognomen, agnomen.

Praenomen: prenome que servia para distinguir cada pessoa, como Marcus Lucius, Publius.

Nomen: era o nome próprio que designava a raça donde saíra, como Pompeus, Manlius, Cornelius.

Cognomen: marcava a família da qual saíra, como Scipio, Lentulus, Dolabella, ramo da raça dos Cornelius.

Agnomen: dado ou por adoção, ou por uma grande ação e mesmo por algum defeito, correspondendo ao *sobriquet* francês. *Non enim Romani Graecorum ritu unico a patribus decepto nomine appellantur, sed tria sere singulis ut pauciora, plura etiam imponuntur nomina.* (Pausânias).

Os autores se dividem sobre a questão de saber se este costume de tomar vários nomes se originou dos romanos ou se o receberam dos povos vizinhos. De qualquer modo, não é fácil de se decidir a questão, sabe-se, entretanto, que este era o costume desde o começo da República, o de ter dois nomes, certo que

todos os reis tinham dois nomes, à exceção



de Rômulo, cuja mãe se chamava Rea Silvia. Em seguida, tomaram um terceiro tirado de alguma parte do corpo ou de alguma qualidade do espírito. *Nec ita dudum etiam tertium addi coeptum est quibusdam quo magis agnoscerentur ex aliqua nota corporis, aut virtute animi.* (Apíeno). Nota-se que, subsistente a República, os romanos conservaram o nome da família da qual descendiam. O mais velho mantinha o nome de seu pai, como na família dos Cladianos, Fabianos e Cornelianos. Os mais novos tomavam indiferentemente outros nomes. Sobretudo após Antonino Caracala ter publicado uma lei considerando cidadãos romanos a todos os súditos do Império, esqueceu-se totalmente o costume e qualquer um tomava o nome de acordo com sua fantasia. As mulheres tinham também um nome particular que se escrevia com as iniciais invertidas; assim M e C invertidas indicavam tratar-se de Caia e Márcia, não nomes masculinos. Este costume se perdeu e elas não portavam senão o nome da família. Se eram filhas únicas, usavam o nome no diminutivo afetivo, como Tulíola em vez de Túlia; se eram duas, distingua-se com as palavras mais velha e caçula; se eram em maior número, acresciam-se primeira, segunda, terceira, às vezes no diminutivo segundilha, quartilha, por exemplo. (*Dictionnaire des Antiquités Romaines, Samuel Pitiscus, Paris, tome seconde, MDCCLXV*).

A parentela entre os romanos se dividia em gente e família. A gente (que podemos indicar com o nome de casado) era o complexo de várias estirpes provenientes de uma cepa comum: cada uma destas mesmas estirpes, considerada de per si, chamava-se família. Tal diferença aparece clara na seguinte breve definição de Festo: *Gens appellatur quae ex multis familiis conficitur.* Assim, por exemplo, a gente Cornélia compreendia as famílias dos Cipriões, Lentulos, Sillas, Cinas, Cássios, Dolabelas. Todos os membros de uma mesma gente chamavam-se seus gentiles e aqueles e os de uma mesma família, agnati.

Nos primeiros tempos de Roma, era privilegio só dos patrícios *habere gentem* que implicava no direito de consultar os auspícios e ocupar funções sacerdotais, magistraturas, juízos, enfim toda a administração da república; os plebeus eram *homines sine gente*, ignóbeis, porque não podiam *cire patrem*, isto é, mostrar genealogia. Mas, com o correr dos tempos, tendo a plebe atingido a plenitude de direitos civis e políticos, teria

também os direitos das próprias gentes. Os patrícios foram chamados *maiorum gentium*, sendo os primeiros pais ou senadores nomeados por Rômulo, os outros sendo *minorum gentium*; descendiam dos *patres conscripti*, ou seja, os senadores dos primeiros cem da criação de Rômulo.

Assim, nos romanos tinha-se atenção também à família, com três nomes para designar um homem:

- o prenome, que era próprio de uma pessoa;
- o nome, comum a toda uma gente;
- o cognome que indicava uma família em particular de uma gente.

Vezes se juntava ainda um sobrenome, dito *agnomen*, seja para distinguir as várias linhas em que, porventura, fosse dividida a família, seja por conservar a memória de algum fato ou circunstância particular. Assim o nome Aulo Virgílio Cornélio Cipião Africano e Quinto Fábio Massimo Temporeggiatore, Africano e Temporeggiatore recordavam fatos gloriosos operados pelas duas personagens.

VII- CURIOSIDADES

Em alguns países da Ásia, todos os bebês chamam-se ao nascer de Pequeno Sorriso. Só após seis meses de vida dá-se-lhes o prenome definitivo. Há certa vontade de não se nominar o que não existe ainda por inteiro. Deixa-se a criança afirmar seus tratos, seu caráter, seu modo de ser. Mesmo tão jovem, começa a ser um indivíduo e escolhe-se seu prenome em função do que mostra de si. É consideravelmente reduzida a parte subjetiva. Fica a escolha à criança, enumerando prenomes e observando-se como reage ao enunciado, esperando-se um sinal de aceitação. Partindo-se do princípio de que comprehende a demarche, é ela que tem o livre arbítrio; qualquer sinal, ínfimo que seja, é então reinterpretado pelos circunstantes para se escolher o nome do nascido.

Em certos países árabes, a escolha do prenome dá-se no sétimo dia após o nascimento, jamais antes.

Na França, promulgou-se a Lei de 8 de janeiro de 1993. Até então, somente se escolhia prenome dentre os constantes de calendários de santos, os de uso no País ou no estrangeiro. Após 1993, o oficial de registro civil lavra o assento com os prenomes escolhidos livremente pelos



país, exceção feita aos que parecem contrários ao interesse da criança. Neste caso, comunica ao procurador da república que pode recorrer ao tribunal para modificar o prenome. São visados os prenomes com aparência ou som ridículo, pejorativo ou grosseiro, os difíceis de se pronunciar ou que tenham referência à personagem desconsiderada na História.

VIII-CONCLUSÕES

Os reflexos imponentes dos recursos informáticos têm ocasionado a supremacia dos números e códigos, sobrepostos aos nomes completos; acarretam, nos registros da administração pública, a quase irrelevância dos apelidos familiares. Insiste o indivíduo em sua singularidade, pelo que conquistou ou pela cepa de que proveio. De pouco valem os esforços, pois há que se recorrer aos dígitos dos cadastros. Somente nos serviços de registro civil fazem-se as pesquisas pelos nomes, mas, mesmo neste plano, invade a informática, tudo resumindo e numerando.

Distinguem-se as pessoas que querem alterar nomes por não se contentarem com eles daquelas outras que buscam algum benefício ilícito, como os referidos nas normas estrangeiras, mencionadas acima. Os primeiros sentem-se mal, constrangidos com seus nomes, por motivos que às vezes fogem à compreensão comum; os dolosos querem ver-se livres de pena a cumprir, de dívidas a pagar, de envolvimentos quiçá escusos.

Enquanto no regulamento americano, em cujo ordenamento o interesse público é sublinhado, prestigia-se a pessoa, em outros mais se fala em interesse público, que não sacramenta qualquer caso de forma eficaz e racional. Se a pessoa jurídica pode alterar sua denominação, tratando-se de mesma espécie, difícil de se entender a vedação quase absoluta ou a dificultação extrema imposta às pessoas físicas.

Mais e mais procuram o foro cidadãos interessados em alterar prenome e nome, pessoas humildes e pessoas de projeção. Em todos os casos há que se dar a devida atenção, pouco importando a reação primeira do apreciador do pedido. Não pode haver prejulgamentos, bem que casos se vêem em que a pretensão é de deferimento imediato.

Como princípio se apresenta a afirmação de Ronald Dworkin:

É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (O Império do Direito, São Paulo:Martins Fontes, 1999, p. 492).

BIBLIOGRAFIA

As menções a normas americanas e francesas refletem traduções de textos encontráveis nos sítios *e* www.psychopsych.com. As referências ao direito romano, igualmente tradução, são do livro mencionado no texto.

07 - O Contexto Constitucional do Código Civil de 2002

O CONTEXTO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Lidiany Mendes Campos de Melo

Professora Especializada em Direito Civil e Mestranda em Ciências Penais, Goiânia-GO

O CONTEXTO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Lidiany Mendes Campos de Melo

Sumário: Introdução; Novo Paradigma; Princípios norteadores do Código Civil; O Pós-positivismo e os princípios civis constitucionais; A força normativa da Constituição no Direito Civil; Considerações Finais; Bibliografia.

Introdução

A comunidade jurídica brasileira recebeu com expectativas diversas a notícia da promulgação do Código Civil de 2002, depois de 25 (vinte cinco) anos de tramitação pelas duas casas legislativas do Congresso Nacional.

Foram tantas as polêmicas, antes mesmo de sua entrada em vigor, que houve quem acreditasse que o novel diploma civil não teria vigência, todavia, apesar das críticas, venceu o bom senso e, em 10 de janeiro de 2003, o Brasil já dispunha na prática de um novo Código Civil.

Com uma estrutura similar ao Código Civil de 1916, o novo Código Civil é composto de 2046 artigos, dividido em Parte Geral e Parte Especial, contando a primeira parte com três livros e a segunda com cinco livros, mais um livro complementar que versa sobre as Disposições Finais e Transitórias.

Assim, o novo Código Civil inova e legaliza diversas situações que antes já eram abordadas pela doutrina e até mesmo pela jurisprudência, deixando, ainda, margem para sua aplicação nas novas situações que forem surgindo dada a sua nova concepção de linguagem e abordagem do Direito Civil, o qual agora se pode afirmar que é um ramo do Direito em sintonia com a lei maior, ou seja, com a Carta Política Brasileira.

O presente artigo tem por objetivo apresentar um panorama da contextualização constitucional do novo Código Civil, sem qualquer

pretensão de esgotar a temática proposta, uma vez que se tem consciência da profundidade e abrangência do tema em discussão.

Desta maneira, o primeiro item apresenta o paradigma adotado pelo novo Código Civil, mostrando que sua adoção não foi uma livre escolha da Comissão elaboradora da nova lei, mas, sim, um imperativo do Estado Democrático de Direito.

O segundo item cuida dos princípios informadores do vigente Código Civil, sem, contudo, descuidar dos aspectos constitucionais e da forma normativa própria nos princípios constitucionais num cenário pós-positivista.

Em total sintonia com o item anterior o terceiro item versa sobre o pós-positivismo trazendo a sua evolução histórica e inserindo em sua dinâmica o Direito Civil.

Por fim, buscou verificar a força normativa da Constituição no Direito Civil, por se tratar a Constituição da lei de maior hierarquia no ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Pela força de sua Carta Magna, denomina-se um Estado Democrático de Direito e, como tal, deve zelar para que todas as normas infraconstitucionais sigam os seus ditames expressos por seus princípios.

NOVO PARADIGMA

O Código Civil de 2002 não consistiu em apenas mais uma nova lei no ordenamento jurídico brasileiro, antes consistiu na mudança de paradigma, aqui compreendido segundo a concepção de Habermas (*apud* SOARES, p. 15), para quem:

A expressão paradigma compreende as visões paradigmáticas, as imagens-modelo, que uma determinada comunidade jurídica acolhe para a questão de como podem ser realizados o sistema de direitos e os

princípios do Estado de direito no contexto percebido de uma dada sociedade.

Pois bem, o Código Civil atual ,seguindo este raciocínio, dispensa o paradigma construído em cima de um modelo fechado _ muito apropriado para uma sociedade iniciante da luta pela consolidação de direitos fundamentais individuais e coletivos, mas pouco funcional numa sociedade como a atual.

Assim, o Código Civil de 2002 foi construído num sistema aberto de direito, o que exige do jurista uma posição mais atuante que a de um mero operador do direito. Diante do novo sistema, não basta conhecer a lei, é preciso, antes de qualquer coisa, conhecer o sentido da norma. Com o novo Código Civil, surge o jurista com um papel ativo na análise, interpretação e determinação das normas abertas, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, presentes em vários de seus dispositivos.

No entanto, para falar com acerto sobre o paradigma do Código Civil de 2002, é preciso compreender a situação do Direito Civil ao longo de sua história no mundo romano-germânico, até o surgimento do Estado de Direito Liberal nos séculos XVIII e XIX e do Constitucionalismo no século XX.

Isto tudo, porque, como nos ensina a Professora Judith H. Martins Costa:

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos (2000, p. 01).

De todos os ramos do direito, sem menção de dúvidas, o Direito Civil é o mais antigo. Segundo Gagliano e Pamplona Filho, "a História das civilizações ocidentais nos conta que o Direito Civil nos foi transmitido pelo Direito Romano, em que significava o direito da cidade que regia os cidadãos independentes (*jus civile*)". (2003, p. 34).

Daí se abstrai que o Direito Civil teve, por um longo período, sua determinação baseada na Teoria Jusnaturalista, segundo a qual o que vale é o direito natural, ou seja, o direito inerente ao homem enquanto tal.

Desde a Roma antiga, há mais de dois mil anos, embora a história narre evoluções e mudanças nas diversas sociedades, o direito civil permaneceu tal qual como no início, ou seja, indiferente às novas ordens políticas e sociais vigentes a partir do século XX.

O ápice do Direito Civil enquanto "direito fundamental" ou "direito comum" a todos os homens (REALE, 2003, p. 357), foi o processo de codificação liberal.

Desta forma, o Direito Civil tradicional foi formulado no Código Napoleônico, que serviu de modelo para as demais codificações ocorridas no século XIX, em pleno Estado Liberal, que garantia a proteção ao indivíduo contra a limitação de sua liberdade, limitando a intervenção do Estado e acreditando na auto-regulação, o que justificava a inserção do Direito Civil no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, com total prevalência dos interesses econômicos sobre os sociais.

No século XX, consolida-se o movimento constitucionalista que se inicia com a promulgação da primeira Constituição escrita em 16 de dezembro de 1633, na Inglaterra, e que, a partir de então, se alastra para os demais países como Carta Política manancial de Direitos Fundamentais garantidores e limitadores da vida em sociedade.

Assim, segundo Paulo Bonavides:

Interesses, há menos de meio século, reputados exclusivamente individuais e aparentemente intangíveis tomaram, com o tempo, notável transcendência social, ocasionando, como efeito, sua ordenação subsequente pelo Direito Constitucional. (2004, p. 49).

Vale ressaltar que não se contesta aqui a relevância do Direito Civil, mas, sim, a demarcação em espaços distintos e até mesmo contrapostos dos interesses individuais e sociais, proclamada por inúmeros doutrinadores com a tradicional divisão do direito em público e privado.

Embora a história do Direito relate que os Códigos Civis foram mais estáveis que as Constituições (REALE, 2003, p.358), não se pode prescindir da interpretação da lei civil conforme os ditames constitucionais.

Aqui é preciso destacar que, diante da complexidade da vida contemporânea, há muito as relações entre particulares deixou a rigidez das regras do antigo Código Civil, exigindo normas multidisciplinares que, por seus aspectos sociais relevantes, extrapolaram o individualismo jurídico até então reinante, deixando de subordinarem-se exclusivamente ao Direito Civil.

Desta maneira, antes mesmo da promulgação e vigência do Código Civil de 2002, o Direito Civil já vinha passando por um processo de constitucionalização decorrente da mudança do Estado Liberal para o Estado Social, principalmente após a Constituição de 1988 e a consequente proliferação dos chamados microssistemas, ou sistemas multidisciplinares, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros.

No novo Código Civil, as normas disciplinam algumas atividades da vida social, idôneas a satisfazer os interesses dos indivíduos e de grupos organizados, por meio de certos instrumentos jurídicos, ou seja, hoje a defesa da posição do indivíduo frente o Estado é matéria constitucional, tendo o Estado de liberal passado a intervencionista e regulador, não mais admitindo o exercício da atividade econômica de forma individualista e absoluta (MORAES, 2004).

Diante do que foi dito, é preciso ressaltar que:

... independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado.(LÔBO, 2004 , p. 02).

Isso significa que a mudança de paradigma do Direito Civil não o exclui do Direito Privado, apenas retira da posição central do sistema os códigos civis, dando a eles o seu devido lugar, o de normas infraconstitucionais obedientes aos ditames da Carta Política do País.

Outro ponto relevante do novo paradigma é a repersonalização, isto porque a patrimonialização das relações civis presente no antigo Código



Civil era incompatível com os valores fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, adotado, explicita ou implicitamente, pelas Constituições modernas, inclusive pela Brasileira (art. 1º, III).

Segundo a análise possível, a partir do mencionado princípio, a pessoa é quem deve estar no centro do Direito Civil e não o patrimônio, que deve ocupar o lugar de coadjuvante, desde que necessário.

Por fim, é possível afirmar que o Código Civil de 1916 teve como paradigma o cidadão desde que dotado de patrimônio, de forma que para o antigo Código, o direito se ocupava apenas das pessoas enquanto proprietário, seguindo o ideal iluminista de que "livre é quem pode deter gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado" (LÔBO, 2004, p. 03).

Já perante o novo paradigma, eleito pelo Código Civil de 2002 e construído ao longo de um Estado Democrático de Direito, para o qual todas as formas de abusos dos direitos fundamentais se encontram nas desigualdades sociais geradas pelas condições econômicas, sociais e políticas e cuja superação só é possível mediante a participação de todos os cidadãos e o fortalecimento das instituições democráticas (SOARES, 2001, p. 304), são os valores existenciais que, por terem sido privilegiados pela Constituição, se tornaram prioritários no âmbito do Direito Civil (MORAES, 2004).

Assim, a constitucionalização do Direito Civil teve início no exato momento em que foi reconhecida pela sociedade a posição hierarquicamente superior da Constituição frente o Código Civil; momento em que se inferiu que cabe à Constituição indicar os princípios e fundamentos de todo o ordenamento jurídico, sendo que as normas infraconstitucionais, inclusive as de ordem do Direito Civil, cabem respeitar tais parâmetros constitucionais.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO CIVIL

Embora o desejo inicial da "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil", criada em 1969, fosse aproveitar a maior parte do Código Civil de 1916, tal desiderato vislumbrou-se impossível, uma vez que novos princípios e valores nortearam a codificação de 2002.

Todavia, antes, de falar especificamente sobre os princípios norteadores do Código Civil de 2002, faz-se necessário discorrer sobre as normas e princípios constitucionais, já que o que se pretende é justamente a contextualização constitucional do novo Código Civil.

Por princípio constitucional, compreende-se a disposição fundamental que serve de critério para o exato entendimento do sistema normativo (MELO *apud* SILVA, 2004, p. 91). Já por normas, compreendem-se os preceitos que facultam às pessoas ou entidades a realização de certos interesses por ato (ação ou omissão) próprio ou de outrem, e também aqueles que os vinculam à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem (SILVA, 2004, p. 91).

Nesse sentido, conforme o entendimento de Luís Roberto Barroso, "as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa" (2003, p. 89).

Segundo a doutrina mais balizada (SILVA, 2004), são princípios constitucionais positivos os que se traduzem em normas da Constituição ou que dela se inferem; logo se dividem em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais.

Os primeiros manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em "normas-princípio" que visam definir e caracterizar a coletividade política e o Estado, além de enumerar as principais opções político-constitucionais conformadoras da Constituição. São chamados de princípios explícitos.

Já os segundos são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica racional. Decorrem de certas normas constitucionais, isso quando não constituem desdobramentos dos fundamentais, logo são também conhecidos como princípios implícitos da Constituição.

É importante considerar que os princípios fundamentais ou explícitos têm como função imediata principal, funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema.

De acordo com o ensinamento de Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas, quais sejam:



- A Jus-naturalista _ segundo a qual os princípios se constituem em verdades objetivas derivadas da lei divina e humana;
- A Jus-positivista _ que conferiu aos princípios o caráter programático supra-legal, sem qualquer normatividade, logo, é irrelevante juridicamente;
- A Pós-positivista _ na qual há o reconhecimento da normatividade dos princípios. Tal é a sua importância que será abordada especificamente no próximo tópico.

Tendo por base o que foi dito sobre a normatividade dos princípios, ainda sob o ensinamento de Paulo Bonavides, ancorado no pensamento de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, pode-se afirmar que os princípios são normas e que as normas compreendem igualmente os princípios e as regras (2004, p. 243).

Assim, diante de tudo o que foi exposto quanto aos princípios e normas constitucionais, cabe ressaltar que os princípios constitucionais se constituem no fundamento de toda a ordem jurídica.

Neste cenário principiológico, surge uma outra categoria de princípios que é apresentada por Karl Larenz (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 244) que são os princípios abertos, ou seja, são os princípios que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, que postulam concretização na lei e na jurisprudência. Aqui está o berço dos princípios norteadores do Código Civil de 2002.

Todas as mudanças verificadas no Direito Civil, principalmente quanto aos contratos, à propriedade e à família, tiveram sua origem nos valores decorrentes das transformações sociais ocorridas nos últimos tempos, assim, tais valores foram convertidos em princípios e regras constitucionais que, por sua vez, direcionaram à codificação civil vigente.

Tais valores foram positivados em forma de princípios fundamentais no texto da Constituição de 1988 que delineou o Estado Democrático de Direito, sendo que este tem por seus fundamentos e objetivos a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, em que a pobreza deve ser erradicada e a valorização da pessoa humana é o vértice de todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, as normas constitucionais são dotadas de supremacia, elegendo-se como as principais normas do sistema, o que significa que não podem ser contrariadas por nenhuma regra jurídica, logo têm fundamental importância na teoria das fontes do Direito Civil (MORAES, 2004).

De acordo com Miguel Reale (2002), são três os princípios norteadores fundamentais do atual Código Civil, quais sejam: o princípio da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

No que se refere ao princípio da eticidade, este surge da necessidade inafastável da participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem contanto descuidar da técnica jurídica adquirida ao longo de séculos de experiência.

Tal princípio confere ao magistrado maior poder para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa para o conflito *sub judice*. Isso porque o princípio da eticidade encontra-se fundado no valor da pessoa como fonte de todos os demais valores (GONÇALVES, 2002, p. 05).

Nesse sentido, Miguel Reale (2002) afirma ser essa uma das razões da opção, na redação dos dispositivos do Código Civil vigente, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação com o excessivo rigorismo conceitual _ marca do antigo Código _ a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, visando com isso a contínua atualização dos preceitos legais, em total consonância com o sistema jurídico aberto, do qual fala com precisão a professora Judith H. Martins Costa (2000).

Outro princípio significativo é o da socialidade, que se traduz a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, todavia sem perder o valor fundamental do sistema que é a pessoa.

O caráter social do vigente Código Civil é com certeza o aspecto que mais contrasta com o Código de 1916, que era eminentemente individualista.

Tal princípio é facilmente observado no que concerne à propriedade e ao contrato, quando o novel diploma civil exige de ambos o cumprimento de sua função social.

É ainda, em consequência desse princípio que os §§ 4º e 5º do art. 1.228 conferem ao juiz o poder expropriatório, desde que presente o interesse de ordem social, ressaltando que tal disposição não é consagrada em nenhuma outra legislação. (CASTRO, 2004).

O terceiro e último princípio a merecer o necessário destaque é o da operabilidade. Esse princípio leva em consideração o fato de que o Direito é feito para ser efetivado, todavia, para tanto é preciso estabelecer soluções normativas capazes de facilitar sua interpretação e aplicação.

Visando tal finalidade, o atual Código Civil foi redigido e organizado de forma a eliminar todas as imprecisões que pudessem causar dúvidas na aplicação ou interpretação da norma.

Um bom exemplo desse posicionamento foi a adoção de um critério seguro para distinguir prescrição de decadência, solucionando assim a interminável dúvida do Código anterior.

O princípio da operabilidade está estreitamente ligado ao entendimento de que o Direito só se realiza no caso concreto, logo, tanto na enunciação quanto na aplicação da norma devem ser levados em consideração os elementos de fato e de valor, ressaltando que tal entendimento requer maior comprometimento dos magistrados para que o Direito seja realmente Concreto.

Por fim, diante do exposto, observa-se que a efetividade do novo Código Civil depende do prévio conhecimento de seus princípios norteadores, pois só assim será possível interpretá-lo e aplicá-lo corretamente.

O PÓS-POSITIVISMO E OS PRINCÍPIOS CIVIS CONSTITUCIONAIS

Antes de falar sobre o Direito Civil e o Pós-positivismo, faz-se necessário compreender o que vem a ser o pós-positivismo, como e por que surgiu no cenário jurídico mundial e qual a sua influência no ordenamento

jurídico brasileiro.

Assim, para se compreender o pós-positivismo, deve ser entendido o contexto histórico do Direito desde o jusnaturalismo até esta nova corrente do pensamento jurídico.

Pois bem, o jusnaturalismo consistente na corrente filosófica de maior incidência sobre o Direito, fundado na existência de um direito natural inerente a todos os homens, foi aplicado em diversas fases históricas, desde a antiguidade clássica até os dias atuais, com algumas variantes quanto ao conteúdo.

Durante a Idade média, o jusnaturalismo esteve fundado na idéia de que todo o direito natural emanava de uma autoridade divina; já a Idade Moderna colocou a razão humana no centro das coisas, logo, neste período, o jusnaturalismo era fundado na crença de que o direito natural emanava da razão humana.

A importância dessa corrente do pensamento jurídico é tão grande que, no Estado Moderno, foi a responsável pelas revoluções liberais que se fundavam na crença de que o homem possui direitos individuais, os quais devem ser respeitados pelo Estado, tais como a liberdade, a vida, etc.

Segundo Luís Roberto Barroso (2001, p. 15):

O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil Francês _ o Código de Napoleão _ , que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se "domesticado e ensinado dogmaticamente" (*Apud* LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História. 2000, p. 188).

A codificação, como se vê, trouxe para o jusnaturalismo um paradoxo, uma vez que, ao mesmo tempo em que houve a sua consolidação nos códigos, houve, também, a sua superação histórica, isto porque, ao serem incorporados aos ordenamentos positivos, os direitos

naturais deixaram de ser elementos de revolução para se tornarem elementos de conservação, assim "o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX." (BARROSO, 2001, p. 16).

O positivismo filosófico, e por conseqüência o positivismo jurídico, é fruto do amadurecimento do pensamento racional humano, o qual acreditava que o único conhecimento válido é aquele obtido a partir da ciência e livre de qualquer interferência teológica ou metafísica. Assim, o conhecimento científico é objetivo, baseia-se no método descritivo que consiste na observação e experimentação do objeto independente da área de conhecimento. A crença na neutralidade científica era o ponto alto dessa corrente de pensamento.

Como se vê, o positivismo jurídico tem início com a codificação, já que, a partir de então, não se admitia outro direito que não fosse aquele estabelecido nos códigos, logo a interpretação da norma codificada ou a simples utilização de princípios ou normas externas ao sistema do direito positivo eram consideradas ilegítima.

Enfim:

Em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que, em seu curso de filosofia positiva (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada lei dos três estados, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico. (BARROSO, 2001, p. 16).

O positivismo jurídico impunha que o Direito, assim como as demais ciências, deveria fundar-se em juízos de fato e não em juízos de valor, ou seja, basta conhecer a realidade, não sendo necessário posicionar-se diante dela. Com esse raciocínio, o positivismo retirou do âmbito do Direito as discussões acerca da legitimidade e da justiça.

É importante ressaltar que, assim como o jusnaturalismo, o positivismo jurídico comportou algumas variações, tendo seu ponto culminante com o normativismo de Hans Kelsen.(BARROSO, 2001, p. 17).

Não se pode contestar a importância do positivismo para o Direito enquanto ciência, todavia é preciso reconhecer que o império da lei e do legalismo desprovido de qualquer interpretação crítica serviram de disfarces perfeitos para regimes autoritários, já que a positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida, seja ela qual for.

Assim, na narrativa de Luis Roberto Barroso:

(...) a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. (...) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um (*sic*) estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (2001, p. 18).

Como se vê, depois da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo jurídico que se converteu em instrumento de dominação, iniciaram-se as reflexões acerca do Direito e da sua função social e da necessidade de sua interpretação tendo em vista a Justiça. Assim, surge o pós-positivismo que, segundo Barroso (2001, p. 19), "é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais".

Desta maneira, observa-se que, a partir da metade do século XX, já não havia espaço para o positivismo jurídico, muito embora o Direito estivesse impregnado pelo discurso científico, o que impedia a simples volta ao jusnaturalismo. Logo, o pós-positivismo surge não como uma corrente de pensamento de superação ou desconstrução do

positivismo jurídico, mas, sim, como uma corrente de pensamento que permite a flexibilização do conhecimento científico obtido a partir do positivismo com a reintrodução no ordenamento jurídico das idéias de justiça e de legitimidade.

Neste contexto, o Direito Constitucional moderno prevê o retorno dos valores, com a reaproximação entre Direito e ética, compreendendo que esses valores se materializam em princípios que devem ser abrigados no texto constitucional, seja explícita ou implicitamente.

Aqui é preciso ressaltar que o pós-positivismo não cria os princípios, uma vez que sua origem remonta aos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, desde a mais remota antiguidade, o que o pós-positivismo traz de novo é a compreensão de que os princípios são admitidos definitivamente como normas, ou seja, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos, daí a necessidade de interpretar os Códigos à luz da Constituição, sob pena de ir contra o ordenamento jurídico estabelecido pela Lei Maior.

Quanto aos princípios, afirma Luis Roberto Barroso (2001, p. 20):

(...) Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Diante do exposto, um dos sustentáculos do pós-positivismo é a distinção entre regras e princípios enquanto espécies do gênero norma. Tal distinção é indispensável para que se verifique a superação do positivismo legalista, em que as normas se restringem às regras jurídicas.

No contexto ora delineado a Constituição passa a ser um sistema aberto de princípios e regras, em que há a interferência de valores

suprapositivos, e cujo objetivo principal é a efetivação da justiça e a concretização dos direitos fundamentais e humanos.

Alexy, numa citação de Paulo Bonavides (2004, p. 277), distingue princípios e regras da seguinte maneira: "os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade".

Isto vale dizer que os princípios têm a ver com valor, enquanto que as regras têm haver com validade, tal percepção é possível quando do confronto entre princípios e do confronto entre regras.

Quem melhor explica sobre a generalidade encontrada em regras e princípios é Boulanger, também citado por Bonavides (2004, p. 266), segundo o qual a regra pode ser entendida por geral, dada a razão de que é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, ao mesmo tempo em que é específica por ser editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já os princípios são gerais por comportarem uma série indefinida de aplicações.

Dworkin (*apud* BONAVIDES, 2004, p. 281), também, contribui para esta distinção ao estabelecer dois critérios baseados nas idéias do tudo ou nada e do peso ou da importância.

Diante desses critérios, as regras jurídicas são ou não aplicáveis, ou seja, havendo os pressupostos de fato aos quais a regra se refira e sendo ela válida, esta deverá ser aplicada. O mesmo não ocorre com os princípios, uma vez que não são aplicados automaticamente, mesmo quando presentes as condições necessárias para a sua aplicação.

Já os princípios, de acordo com o segundo critério, possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas, qual seja, a dimensão do peso ou da importância, que só será possível estabelecer no caso de

conflictos entre dois princípios.

Como se vê, para Alexy, o conceito de princípio é bem mais amplo do que para Dworkin, no que se refere a sua abrangência material.

Ainda quanto a critérios de distinção entre princípios e regras, Canotilho dá a sua contribuição estabelecendo cinco critérios, que foram transcritos por Ruy Samuel Espíndola em sua obra *Conceito de Princípios Constitucionais*. (2002, p. 70):

- a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) "Proximidade da idéia de direito": os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "idéia de direito" (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem *a ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso uma função normogenética fundamentante.

Vale ressaltar que, segundo Ruy Samuel Espíndola, a partir do pensamento de Eros Grau e Noberto Bobbio, os princípios estão compreendidos tanto no conceito de lei como no de princípios gerais do direito, logo se pode falar em princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos na ordem jurídica vigente.

Frente o exposto, têm-se, então, princípios gerais do direito e princípios constitucionais. Neste sentido, segundo Carmem Rocha (*apud* ESPÍNDOLA, 2002, p. 82):

Os princípios gerais do direito são geradores de outros princípios e regras, logo é essa generalização que possibilita

a Constituição cumprir o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei.

Antes de passar adiante, é importante mencionar que nem sempre a distinção entre princípios e regra será pacífica, uma vez que a própria redação da norma ocasiona dificuldades de distinção. É o que ocorre com as regras que contêm termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, nessas hipóteses "a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada." (BARROSO, 2001, p. 23).

No patamar infraconstitucional, a situação acima delineada é perceptível na redação do Código Civil de 2002, que, embora seja em alguns aspectos cópia do Código Civil Italiano de 1942, está em total consonância com a perspectiva pós-positivista do Direito.

Ressalvada a importância dos princípios, é preciso compreender que, embora o Direito do novo milênio esteja fundado num sistema aberto de valores, os princípios presentes no sistema jurídico não comportam uma enumeração taxativa, o que ocorre é a enumeração exemplificativa a partir daqueles que são considerados principais por sua influência na discussão política, filosófica e jurídica do século passado. (BARROSO, 2001, p. 23).

No que se refere ao Direito Civil, pode-se falar em princípios civis constitucionais, o que significa aceitar e reconhecer a norma constitucional como sendo a força propulsora do Novo Direito Civil. Desta maneira cabe à Constituição instrumentalizar o Direito Civil para efetuar a restauração da pessoa humana enquanto interesse principal do sistema jurídico. Tal instrumentalização se verifica, sobretudo, nos princípios constitucionais explícitos e implícitos que visam enaltecer os valores não patrimoniais, os direitos sociais e a justiça social, assim como o livre desenvolvimento da personalidade.

Dentre os princípios constitucionais que têm aplicação no vigente Código Civil, convém ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF), e o princípio da função social do contrato. Além desses, não se pode esquecer dos princípios da liberdade, da igualdade, da probidade, da boa-fé, do devido processo legal substancial, da razoabilidade e/ou da proporcionalidade e da moral e da ética no comportamento e nas ações em geral.

Dado o objetivo do presente artigo, a partir de agora serão tratados alguns destes princípios dentro da ótica civil-constitucional, iniciando pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando que não se pretende exaurir neste ensaio os princípios constitucionais aplicáveis no âmbito civil.

Num percurso histórico que vai, mais recentemente, do Cristianismo à Segunda Guerra Mundial, pode-se afirmar que a preocupação com a pessoa em si mesma sempre esteve presente e, em muitos momentos, impulsionou as decisões que transformaram todo um período da humanidade.

Pois bem, embora todo o processo histórico do princípio em análise, o que se observa é que tanto o Brasil como o mundo ainda não o têm de maneira totalmente consolidada em sua doutrina. O que se sabe a seu respeito é que significa "um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo." (BARROSO, 2001, p. 26).

Segundo Ana Paula de Barcellos (2002, p. 110-111):

(...) o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.

A partir daí comprehende-se o porquê da humanidade ainda não estar segura quanto à aplicação e à efetividade deste princípio, afinal como nos ensina Luis Roberto Barroso:

Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.

Por fim, para demonstrar a pertinência do estudo do princípio da dignidade humana, menciona-se e, ao final, transcreve-se a ementa de um acórdão julgado na 7^a Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. (SANTOS, 2004, p. 01):

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (AC n. 408.550-5, de 01/4/2004).

Quanto ao princípio da função social da propriedade, o novel Código Civil em seu art. 1228, § 1º, positiva, em outras palavras, aquilo que a Carta Magna de 1988 já determinava no seu art. 5º, inc. XXIII. Ou seja, o direito à propriedade, ponto central do Código de 1916, já não pode ser exercido de forma plena e absoluta. De acordo com a nova ordem legal, a propriedade tem a obrigação de exercer uma função social. Vale dizer que a propriedade tem como condição de existência o cumprimento do dito princípio.

No que se refere à função social, vale mencionar o que diz Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p. 08):

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível, com a inutilidade, com a especulação.

Outro ponto destacado pelo vigente Código Civil e presente no texto Constitucional (art. 225), e de notável relevância quando se trata de função social da propriedade, diz respeito à preservação do meio-ambiente e significa que a propriedade deve ser utilizada, gozada e disposta de maneira que haja um desenvolvimento ecologicamente sustentável. Isto porque o meio ambiente é bem de uso comum do povo, logo não pode ser desconsiderado em nome do simples desenvolvimento econômico irresponsável ecologicamente.

Cumpre ainda destacar que o princípio da função social da propriedade não se restringe à propriedade imóvel urbana ou rural, compreende também "a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais." (LÔBO, 2004, p. 08).

No que se refere ao princípio da função social dos contratos, justifica-se sua relevância no fato de que toda a ordem econômica se realiza mediante "um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais." (LÔBO, 2004 p. 09).

Os ditames constitucionais acerca deste princípio encontram-se no art. 3º e no inc. VII do art. 170, que dispõem que a ordem econômica

tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, reduzindo as desigualdades sociais e regionais existentes entre todos os brasileiros.

Ainda segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 09):

(...) Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.

É importante mencionar que é no âmbito do Direito do Consumidor que este princípio e os que dele decorrem têm realizado maiores feitos, uma vez que, por regular relações de consumo, sua abrangência é enorme. Todavia, cumpre destacar que o Direito do Consumidor integra um dos microssistemas em que se multifacetou o Direito Civil desde a promulgação da Constituição de 1988, por meio do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90.

O art. 421 do vigente Código Civil, seguindo os imperativos constitucionais, dispõe que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", ressalvando o art. 422 que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Por princípio de probidade e boa-fé, compreende-se a limitação da liberdade de contratar pela limitação da autonomia da vontade, destacando que, segundo Judith H. Martins Costa (2000, p. 07), a boa-fé presente no Código Civil vigente, ao contrário da idéia que se fazia dela antes por meio de doutrina e jurisprudência, é objetiva, o que equivale dizer que:

08 - Porte de Arma Branca: Um Fato Atípico

PORTE DE ARMA BRANCA: UM FATO ATÍPICO

Franklin Vieira Dos Santos

Juiz de Direito da 1^a Vara Criminal da Comarca de Ariquemes,

Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Ulbra/Porto Velho-RO



PORTE DE ARMA BRANCA: UM FATO ATÍPICO

Franklin Vieira Dos Santos

Um assunto que tem chamado a atenção é a atuação do legislador infraconstitucional, que vem modificando substancialmente a avaliação acerca da conduta de portar arma de fogo.

Fazendo uma retrospectiva histórica, temos que a conduta era tratada como mera infração contravencional, recebendo penas amenas.

Pretensamente, atendendo aos reclames da sociedade, com a Lei n. 9.437/97, o legislador modificou o entendimento passando tratar a conduta como criminosa, culminando com o surgimento da Lei n. 10.826/03, denominado Estatuto do Desarmamento, onde aquela mesma conduta que, originalmente era tida como contravenção, passou a ser tratada como inafiançável, levando a considerar-se como delito especial gravidade.

Não obstante objeções acerca do aspecto material do princípio da reserva legal _ notadamente no que se refere à adequação social da conduta _ que considero pertinente, a discussão que pretendo estabelecer neste artigo é de outra monta.

Refere-se ao aproveitamento da infração contravencional prevista no art. 19, para abarcar outras situações que o legislador não pretendeu quando criou aquele tipo: o porte de arma branca.

Antecipando-me à conclusão deste trabalho, filio-me entre aqueles que acreditam ser o porte ou posse de arma branca fato atípico.

O tipo em discussão traz a seguinte grafia:

Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena - prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa.

§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição:

- deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;
- permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;
- omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

Outros juristas, analisando o tipo acima transcrito, defendem que o legislador não teve a intenção de incluir na norma proibitiva a arma branca, pois o § 2º, descrevendo outras condutas perigosas, quando faz referência à "(...) arma ou munição (...)" demonstra que o *caput* se refere à arma de fogo e somente não constou assim expressamente por descuido do legislador.

Confirmando esse posicionamento, temos notícias de projetos de lei propondo a tipificação da conduta. Como exemplo, temos a Proposição PL-2.967/2004, do Deputado Federal Lincoln Portela - PL/MG, com o seguinte teor:

Art. 1º. Fica proibido o porte de arma branca em via pública. Pena _ detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Entende-se como arma branca todo instrumento, constituído de lâmina de qualquer material cortante ou pêrfuro-cortante, tendo dez ou mais centímetros de comprimento.

§ 2º Não constitui o crime tipificado no *caput* o transporte de objeto, que possa ser considerado arma

branca, entre o seu local de depósito e o local de sua adequada utilização e vice-versa.



A justificação apresentada pelo Parlamentar _ "Até o presente momento, o ordenamento jurídico brasileiro não conta com uma lei que proíba o porte de armas brancas" _ confirma o entendimento do fato ser atípico.

Temos também notícia da Proposição PL 3.429/1997, do Deputado Remi Trinta-PL/MA, apresentada em 23/07/1997, que foi arquivada "...estabelecendo que a autorização de porte de arma funcional (...), definindo como infração o porte de arma branca em lugar habilitado, em suas adjacências ou em via pública".

Não obstante a evidência da atipicidade da conduta discutida, conforme a justificativa alhures, a maioria dos julgadores vem reiteradamente permitindo o processamento de denúncias e termos circunstanciados e, mais ainda, aplicando sanções para quem é surpreendido portando tais instrumentos.

Apesar de concordar com os doutrinadores que sustentam a posição acima, este trabalho busca outro fundamento para concluir ser o fato atípico, no que se refere à arma branca. Senão vejamos.

O art. 19 do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, traz em seu bojo o que a doutrina denomina norma penal em branco, pois ela reclama a existência de outra norma (lei, decreto, regulamento, portaria etc) para que possa ser aplicada a fato concreto.

A parcela "em branco" do dispositivo é a que se refere à "autoridade" com capacidade para conceder a licença.

No que se refere à arma de fogo, existia dispositivo legal regulamentando de que forma e quem seria a autoridade com poderes para conceder a licença.

Na esfera Federal, o último dispositivo de que se tem notícia é o Decreto n. 92.795, de 18 de junho de 1986, que "dispõe sobre o registro e autorização federal para porte de arma de fogo, de uso permitido no território nacional", que teve a pretensão de regulamentar a norma contravencional, exclusivamente no que se refere à arma de fogo. O Decreto em comento, em seu art. 2º, expressamente ressalvava a autonomia dos Estados-Membros, no que coubesse, permitindo que estes estabelecessem quem seria a *autoridade* para conceder a licença em seu âmbito de atuação.

Normalmente esse encargo era cometido pelos Estados-Membros na pessoa da *autoridade policial*, qual seja, o Delegado de Polícia, com atribuições específicas para tal desiderato. Em Rondônia, quem tinha atribuições para expedir tais licenças eram os Delegados que funcionavam nas Delegacias de Ordem Política e Social as conhecidas DOPS.

Já no que se refere à arma branca, não se tem e nunca se teve notícia de quem seria a *autoridade* com atribuições para conceder a autorização reclamada pelo art. 19. Em outras palavras, a norma complementar reclamada nunca foi expedida ou, ainda, se existe tal complementação, não se tem notícia dela.

Sobre a matéria, o que se tem notícia é o Decreto n. 3.665/2000, com a duvidosa pretensão de "estabelecer as normas necessárias para a correta fiscalização das atividades exercidas por pessoas físicas e jurídicas, que envolvam produtos controlados pelo Exército", que introduziu no mundo jurídico norma discriminando o significado de arma branca, definindo-a no "art.3º . XI - arma branca: artefato cortante ou perfurante, normalmente constituído por peça em lâmina ou oblonga". Entretanto, nada se falou sobre a "autoridade" reclamada pelo tipo contravencional.

Essa circunstância tem influência decisiva, pois em sua falta o dispositivo contravencional não tem e nunca teve nenhuma aplicabilidade, no que se refere à arma branca.

Essa circunstância parece de somenos importância e me parece tão evidente que, confesso, me surpreendi por não tê-la vislumbrado anteriormente. O sobressalto aumentou quando, chamado a decidir sobre o porte de arma branca, verifiquei que a jurisprudência é maciça no sentido de confirmar as condenações pela conduta.

É verdade. Pessoas têm sido presas e condenadas pelo delito com confirmação efetiva nos tribunais de apelação.

Tome-se como exemplo o julgado do nosso Tribunal de Justiça:

EMENTA. TESTEMUNHOS DE POLICIAIS. VALIDADE. ARMA BRANCA. PORTE. CONTRAVENÇÃO FORMAL. DANO EM CONCRETO. DESNECESSIDADE. A prova testemunhal

obtida mediante testemunho de policial é suficiente a sustentar o édito condenatório, mormente se a declaração do miliciano se harmoniza com os demais elementos probatórios e, principalmente, se confirma a



confissão prestada em juízo. A contravenção do porte de arma é crime formal ou de mero perigo, sendo desnecessária a ocorrência de um dano em concreto, bastando o potencial. (Apelação Criminal n. 02.000512-1. Relatora: Desembargadora Zelite Andrade Carneiro).

Temos também recente decisão do STJ:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 19 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENais. REVOGAÇÃO PARCIAL. ART. 10 DA LEI n. 9.437/97. SUBSISTÊNCIA DA CONTRAVENÇÃO QUANTO AO PORTE DE ARMA BRANCA. 1. Com a edição da Lei n. 9.437/97 (diploma que instituiu o Sistema Nacional de Armas e tipificou como crime o porte não autorizado de arma de fogo), o art. 19 da Lei das Contravenções Penais foi apenas derrogado, subsistindo a contravenção quanto ao porte de arma branca. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 549056/SP. Publicado no DJ do dia 01/03/2004, à p. 194. Relatora: Ministra Laurita Vaz).

É bem verdade que não é comum as pessoas andarem na rua com tais objetos, mas existem aqueles que têm a necessidade profissional (açougueiros, cabeleireiros, feirantes, peões etc.) ou até aquelas que utilizam canivetes e facas por comodidades diversas. Pretendendo utilizar uma faca, terçado, canivete, navalha etc, a quem deve dirigir-se o cidadão para pedir autorização? Quem é a autoridade competente para conceder a licença de porte, uso ou transporte? Não existe nenhum regulamento discriminando a possibilidade.

Essa discussão é ainda mais relevante na área rural, onde as pessoas costumam portar esses objetos para fins diversos como trabalho, como defesa própria e de sua família etc.

Assim, mesmo reconhecendo a existência, a especificidade e a taxatividade do termo jurídico "arma branca", é forçoso concluir que

enquanto não se expedir a norma complementar regulamentando quem seria a autoridade para conceder a licença para porte de arma branca, o cidadão tem o direito de portar ou transportar tais instrumentos sem o receio de estar cometendo ilícito penal, quando muito, um delito civil ou administrativo, pois estes não atendem à exigibilidade da reserva legal. Defendo que é possível enquadrar-se como delito civil, tendo em vista que existe um certo senso comum de que existem lugares próprios para cada ferramenta sem ofender ou causar medo em outras pessoas, notadamente nos centros urbanos, onde o uso deve ser discreto, diferentemente da zona rural, onde o uso ostensivo é comum.

Com a tomada de posição pela atipicidade da conduta, algumas questões devem ser resolvidas.

Caso a pessoa seja surpreendida na rua portando uma arma branca, como devem comportar-se os agentes da autoridade? Nesses casos, as armas deverão ser apreendidas pelos agentes da autoridade policial como forma de precaução, dependendo da situação; mas não deverá o proprietário ser preso por porte ilegal de arma, pois não há legislação que restrinja o seu porte.

E o perigo em potencial representado pelas pessoas que poderiam andar armadas? Deve-se levar em consideração que o juízo de periculosidade é próprio da medida de segurança quando o juiz, após avaliar um fato cometido por um inimputável, leva em consideração a possibilidade de ele voltar a cometer condutas ilícitas. Esse juízo de periculosidade (probabilidade de agir) não deve ser estendido para casos que reclamam a efetiva ofensa ao tipo ilícito, cuja responsabilização exige um juízo de culpabilidade.

Poder-se-ia argumentar qual o enquadramento que se daria quando uma pessoa, de posse de uma arma branca falar que vai matar uma pessoa e dirigir-se para o local onde ela se encontra. Dever-se-ia aguardar o início da execução do homicídio? Neste caso, é pertinente esclarecer

que o enquadramento seria o mesmo que uma pessoa, de posse de uma gaveta de armário, afirmar que pretende matar alguma pessoa e dirigir-se até o local onde ela se encontra. Noutras palavras, enquanto tais pessoas não começarem a execução do crime, o fato é atípico.

Poderia o juiz ficar inerte a tais situações de perigo social, quando existe a possibilidade de punir tais condutas aproveitando-se do dispositivo em discussão? A conduta do juiz não deve substituir a inércia do legislador. Pelo contrário, suas decisões, reconhecendo a atipicidade de tais condutas, poderiam indicar que o sistema exige a tipificação e regulamentação desta conduta.



BIBLIOGRAFIA

1. BITTENCOUT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
2. CAMACHO, José Márcio. *O Porte de Arma Branca*. Artigo disponível no site: <http://www.camachoknives.com.br/história/textos/porte.htm>.
3. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal Parte Especial*. São Paulo: Atlas, 2003.
4. PEREIRA, Marcelo Matias. *Dos crimes de arma de fogo em espécie* . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 319, 22 maio 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5155>.

09 - A Decisão Judicial na Medida dos Direitos Fundamentais

A DECISÃO JUDICIAL NA MEDIDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sansão Saldanha

Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia,

Mestre em Direito Constitucional - UFMG



A DECISÃO JUDICIAL NA MEDIDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sansão Saldanha

O nosso tema diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais, em especial à efetivação por meio de decisão judicial. Primeiro, teremos uma idéia geral do Estado democrático de direito, da função jurisdicional, da responsabilidade social de o Judiciário justificar as suas decisões na solução dos conflitos sociais e da obediência ao princípio da certeza do direito; por fim concluir que a previsibilidade da sentença judicial é modo de efetivar os direitos fundamentais.

A relação direito-sociedade tem preocupado bastante o cidadão.

Essa preocupação vem desde os gregos. Os romanos resumiram essa reflexão dos gregos em poucas palavras, transformando-a em fórmula jurídica: onde há sociedade, há direito *Ubi societas, ibi ius*.

Aristóteles afirmou que a natureza fez do homem um animal cidadão, referindo-se à sociabilidade natural da espécie humana.

De fato, quase não podemos conceber outro modo de ser da sociedade, senão o modo político e o jurídico. Na verdade, somos incapazes de imaginar uma sociedade de seres humanos na qual não exista o direito ou o Estado.

As implicações daí decorrentes conduzem ao mundo constitucional e a enormes expectativas do cidadão. Essas expectativas muitas vezes são frustradas. Vejamos o caso da jurisdição.

Primeiramente, as decisões da justiça são demoradas. Isso ninguém contesta. E também ninguém contesta que, quando um processo é decidido, parece que o julgador (o juiz, o tribunal) não considerou a realidade dos fatos.

São muitas as decisões que destoam dos propósitos dos envolvidos, ou até mesmo do sentido prático que as pessoas têm do mundo.

Essa situação contradiz vários princípios da Constituição. A pretensão constitucional, ou seja, a pretensão da sociedade é assegurar o exercício e a efetividade dos direitos sociais e individuais. O exercício e a efetividade dos direitos são valores indispensáveis para uma sociedade fraterna, solidária e livre.

O desacordo entre a decisão judicial, os propósitos sociais e os princípios constitucionais decorrem do fato de o Judiciário ainda permanecer preso às velhas teorias do direito e do Estado, em especial ao legalismo exagerado e ao liberalismo puro. O resultado disso são juízes indiferentes a valores da sociedade e apegados a anacrônicos formalismos.

O quadro de desolação como acima desenhado tem gerado desconfiança no Judiciário e no direito. E o que é mais sério, tem gerado uma crise de insegurança geral na sociedade, que é, na verdade, uma crise do Estado como instituição encarregada de resolver com racionalidade os conflitos sociais.

A crise de que se fala é a situação que a psicanálise classifica de angústia coletiva. Hoje o Estado é um mundo onde há uma enorme sensação de invisibilidade, o que leva cada vez mais o indivíduo a sentir mais medo e mais insegurança. Na visão do homem e da mulher simples, como constatou a psicanálise, é como que ficar fora de algo, mas não se saber exatamente do que. É como se sempre houvesse uma festa imperdível em algum lugar e ninguém conseguisse encontrar o local.

O indivíduo atualmente tem motivos de sobra para insegurança, diante de problemas que vão da ameaça nuclear, guerras bactericidas, degradação do meio ambiente a catástrofes ecológicas. E, até mesmo, o tráfico, o desemprego e pequenas violências entre vizinhos, na família, das autoridades públicas. Isso tudo, entretanto, leva a um ponto: leva ao Direito, como tábua de salvação.

O ponto de partida são os direitos fundamentais a serem trabalhados pelo Judiciário. A Constituição apresenta esses direitos ao cidadão como garantias. No art. 5º *caput* está o rol: garantia à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade. Nos incisos desse artigo, estão os termos dessas garantias, ou maneiras como se efetivam os direitos.

A crise de cada etapa da vida da pessoa humana, manifestada na angústia, traduz-se em aspiração de certeza. A certeza é uma



necessidade humana, no sentido de obter ou atingir objetivos, ou fins específicos. A certeza do direito é uma necessidade da pessoa humana, gerada a partir do que está escrito na Constituição. O que está na Constituição é o que o Estado tem se comprometido a assegurar com o exercício das funções básicas; legislativa, executiva e jurisdicional.

Perguntamos se a decisão jurisdicional tem de fato satisfeito os direitos garantidos na Constituição. É claro que não. Por que?

Examinando a Constituição, constatamos a clara intenção de ser adotado um Estado democrático de direito. Esse é o perfil político-jurídico mencionado antes, sem o qual não sabemos viver. Significa que o Estado é estruturado e guiado pelas relações populares e pela norma jurídica, ou seja, os órgãos que exercem as funções estatais consideradas principais e básicas (legislativa, executiva e jurisdicional) aplicam a lei em todas as suas ações, condutas e ordens, deixando sempre aberta uma via para a participação do indivíduo.

A isso chamamos de estado constitucional: guiar-se pelo direito, sob o controle do povo.

Em razão disso mesmo, é idéia geral que as decisões públicas sobre interesses individuais ou coletivos devem sempre mostrar, de modo simples e fácil de entender, o procedimento adotado para chegar a essas decisões, ou imposição de deveres ou reconhecimento de direitos.

Os poderes devem sempre procurar atingir os objetivos e princípios apontados na Constituição. Há o dever especial de manter a ordem jurídico-social pela argumentação e justificação racionais. Só assim as decisões serão consistentes e aceitáveis.

O indivíduo tem o direito de tomar conhecimento e controlar as ações, comportamentos e atitudes dos poderes, especialmente do resultado das deliberações, a fim de conferir se estão conforme seus fins sociais, econômicos e jurídicos. Por isso, na hipótese do julgamento judicial, devem as decisões explicar adequadamente a escolha do ponto de vista jurídico dentre as várias opções possíveis, para a solução de um caso, deixando objetivamente demonstrados o arrazoamento e o raciocínio jurídico.

Essa é regra que decorre da Constituição que, por sua vez, representa a síntese de um catálogo de ideais.

Na Constituição, encontra-se subentendido o dever de o Judiciário proferir decisão que seja previsível, racional e razoavelmente correta. O que socorre o julgador, nesse caso, é o princípio da certeza do direito.

Aqui é que entra a jurisdição como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

O princípio da certeza do direito é da natureza primária do Estado democrático de direito. Por ele, as decisões do Judiciário deverão ser transparentes, acessíveis e compreensíveis, a ponto de fornecerem todos os elementos úteis ao controle pelo povo e pelo próprio indivíduo pessoalmente interessado. É com a acessibilidade à decisão judicial que o interessado poderá fazer as correções devidas, usando as ações judiciais, ou recursos processuais, como as ações populares, civis, administrativas e penais, ou recursos de agravo, de apelação, ou reclamações.

Segundo o princípio da certeza do direito, toda pessoa enfrentando um conflito social, além de esperar uma proteção jurídica estatal, pressupõe que as decisões proferidas serão precisas, claras, ponderadas e bem planejadas.

O princípio da certeza do direito tem o sentido restrito e o sentido amplo. No sentido restrito, diz respeito à estruturação das instituições jurídicas; é nesse caso externo à decisão judicial; e significa que toda pessoa tem o direito básico de contar com a proteção jurídica estatal e os órgãos públicos, todos eles têm o dever de dar uma resposta imediata quando for requerida uma proteção.

É, por isso, que a nossa legislação afirma que o Poder Judiciário não pode eximir-se de decidir uma questão que lhe for requerida (CPC, art. 126). Outros exemplos são as garantias de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) e de proteção dos direitos adquiridos (CF, art. 5º, XXXVI).

No sentido amplo, o princípio da certeza do direito compreende a exigência de que seja evitado o arbítrio judicial e que a decisão jurisdicional seja "correta" (Aarnio, 1991:26, 27). Deve compreender-se que evitar o arbítrio judicial significa que as decisões sejam racionalmente justificadas. Arbítrio é o mesmo que o

azar: não há imprevisibilidade de resultado. Isso leva a que a certeza jurídica pressupõe a previsibilidade do conteúdo da decisão judicial.



Para que se feche o quadro de compreensão inicial, é necessário completar que a certeza jurídica contém, afora a eliminação do arbítrio, outros dois aspectos: a decisão tem de ser conforme o direito e estar em concordância com outras normas sociais distintas das normas jurídicas, até porque a certeza do direito é um fenômeno cultural. Noutras palavras, é um assunto que está vinculado aos nossos jogos de linguagem, ao nosso dia-a-dia e, por isso, fazendo parte da nossa forma de pensar e, em última instância, fazendo parte de nossa existência social.

Em obediência ao princípio da certeza do direito, o Poder Judiciário tem de comportar-se de maneira tal que os cidadãos possam planificar sua própria atividade sobre bases racionais. Em muitos casos, as decisões jurídicas são a única razão propriamente dita de um plano para o futuro. Por outro lado, a planificação racional é uma condição necessária para a preservação da sociedade. É um requisito da coerência social. Quando impõe a imprevisibilidade, a sociedade vira uma anarquia, o que é contrário a toda fundamentação justa e jurídica (Aarnio, 1991:26).

Nos dias atuais, é amplamente debatido o desequilíbrio entre a sociedade e o direito. É uma tensão que decorre da validade do direito diante dos fatos da vida real, o que leva à angústia do cidadão, tal qual afirmado antes.

Fazendo parte de nossas vidas, contamos com as decisões do Judiciário. O Judiciário pode resolver essa tensão por meio de suas decisões, interpretando e justificando o direito de cada um que o procure.

Da prestação jurisdicional sobressai a importância da certeza do direito, porque é nela que se aplicam os métodos viáveis para o cumprimento e demonstração da justificação da escolha de uma interpretação adequada para cada caso julgado. Isso é percebido nas várias decisões de casos complexos, nas quais sempre há mais de uma opção de interpretação igualmente bem fundamentada. É, por isso, que o julgador deve motivar cada ponto de vista jurídico. Não é válida uma decisão sobre liminar, que, por exemplo, apenas afirme: "indefiro a liminar porque ausentes os pressupostos legais".

Nas modernas constituições, como na Constituição Brasileira de 1988, a norma jurídica passou a ter a estrutura mais aberta, dividida em regras e princípios. Para a aplicação de ambos é grande a necessidade

de recorrer-se a valores e valorações, o que dá um caráter discricionário ao juiz na escolha da melhor decisão.

A garantia dos direitos fundamentais exige que o juiz explique o como e o porquê do ponto de vista jurídico da decisão jurisdicional escolhida para resolver um caso. Só explicando a decisão é que ela se torna aceitável pelos destinatários e sua comunidade.

A partir desse ponto, considerando a teoria dos direitos fundamentais, afirma-se que é da natureza do Estado democrático de direito dar proteção jurídica ao cidadão, de modo que, no caso da jurisdição, deve o Poder Judiciário proferir decisão revestida de conteúdo suficiente que faça gerar a confiança no ordenamento jurídico, bem assim que satisfaça a expectativa de resposta ajustada ao paradigma democrático de direito.

Sob essa perspectiva é que, nas novas teorias do direito e do Estado, são enfocadas a justificação e a previsibilidade da decisão dos órgãos julgadores, bem como a fundamentação em direito válido e o seu inter-relacionamento com outras normas sociais, como meios de efetivar os direitos fundamentais.

A sociedade hoje não admite mais a aplicação mecânica do direito, dos tempos do Estado liberal, nem a exclusiva fundamentação resultante da hermenêutica clássica _ teleológica, sistemática e histórica _ peculiar ao paradigma do Estado social. A sociedade reconhecidamente complexa¹ exige democratização do sistema jurídico, com transparência e participação do cidadão, nos moldes da "comunidade de intérpretes da Constituição" (Häberle).

É verdade que não se defende a existência de uma única decisão correta para cada caso, mas defende-se a exigência social de o juiz despender todo esforço para encontrar a melhor decisão possível, para solucionar uma questão jurídica.

No Estado democrático de direito, o sistema jurídico é o resultado da participação consciente do indivíduo, refletindo seus valores nas

(1) - A sociedade complexa faz supor mais do que mera complicaçāo. A expressāo dā a idéia da existēcia de verdadeiros sistemas, cada um com sua própria vida; lembra tambēm da existēcia de fluxo e refluxo de comunicaçāo, bem assim do enredo decorrente da proximidade íntima entre os vŕios nŕveis institucionais. Sociedade complexa é algo assim inerente às relações sociais, econômicas e burocráticas, no sentido de sistema estatal.

normas e princípios. Na aplicação da lei, o juiz deve estar consciente de uma teoria de justificação que faça a decisão se aproximar o máximo possível do justo direito e, ao mesmo tempo, tornar-se aceitável pela comunidade civil e jurídica.

Da crise surgida da relação entre a sociedade e os detentores do poder vem a exigência de que as opiniões jurídicas sejam justificadas. A exigência da justificação dos fatos da decisão substitui a fé no poder. A fé no poder é peculiar das autoridades que não precisam justificar as suas tomadas de decisão, como o são as decisões dogmáticas das igrejas.

Para que uma decisão seja racional são indispensáveis os pressupostos: uma autoridade devidamente constituída, um procedimento destinado a um fim e as razões fáticas da escolha da decisão.

É inadmissível atualmente falar-se em decisão fundada só no argumento de autoridade. Do mesmo modo é ultrapassado recorrer à alegação do livre convencimento como motivação para uma deliberação jurisdicional. Ambos fatores são contrários ao Estado democrático de direito.

A sociedade dispensa, para a decisão jurisdicional, a força dos coronéis, hoje chefes políticos, dispensa a intuição dos gurus e os passes dos pais-de-santo, porque esses, sim, decidem sem explicar nem o como nem o porquê da decisão. Também o livre convencimento tem uma carga enorme de subjetivismo preso ao perfil religioso, político e grupal do julgador.

No Judiciário é depositada uma grande parte dos interesses da sociedade, por isso a decisão judicial deve ser na mesma medida dos direitos e garantias individuais.

A sociedade democrática de direito precisa de advogados, juízes e intérpretes ousados e, em sentido positivo, criadores, e não como costuma acontecer, quando o profissional busca refúgio no texto estrito da lei, ou em premissas erradas, especialmente quando o problema requer um enfoque mais valente.

Como afirma um jurista finlandês, Aulis Aarnio, "aqueles que não têm consciência de sua responsabilidade, aqueles que cegamente praticam a sua profissão de intérprete do direito constituem uma ameaça para o desenvolvimento da sociedade". (*Lo racional como razonable*, 1991:16).

10 - A Ciência do Direito Informático

A CIÊNCIA DO DIREITO INFORMÁTICO

Mário Antônio Lobato de Paiva

Advogado em Belém, sócio do Escritório Paiva & Borges Advogados Associados; Professor da Universidade Federal do Pará; Sócio-Fundador do Instituto Brasileiro da Política e do Direito da Informática - IBDI; Membro do Conselho Editorial da Editora Oficina de Livros em Brasília; Presidente da Comissão de Estudos de Direito Informático da OAB-PA; Autor e co-autor de oito livros jurídicos e uma centena de artigos publicados em revistas especializadas nacionais e estrangeiras

A Ciência do Direito Informático

Mário Antônio Lobato de Paiva

"O Direito Informático só busca um lugar ao sol como um escravo que tenta alcançar sua libertação."

SUMÁRIO: - I- Resumo; II- Introdução; III- O Direito Informático; IV- Conceito de Direito Informático; V- O Direito da Informática como ramo autônomo da ciência do direito; VI- Natureza jurídica do Direito Informático: Direito Público ou Direito Privado? VII- Relação do Direito Informático com outros ramos do Direito; a) Com o Direito Constitucional; b) Com o Direito Penal; c) Com os Direitos Humanos; d) Com a Propriedade Intelectual; e) Com o Direito Civil; f) Com o Direito Comercial; g) Com o Direito Administrativo; h) Com o Direito do Trabalho; VIII- Princípios norteadores; a) Princípio da existência concreta; b) Princípio da racionalidade; c) Princípio da lealdade; d) Princípio intervenção estatal; e) Princípio da Subsidiariedade; f) Princípio da efetividade; g) Princípio da submissão; IX- Conclusão; Bibliografia Consultada.

I - Resumo

Depois de alguns anos de leitura, debate e, principalmente, pesquisa em legislações e doutrina alienígena, ficamos encantados com as relações estabelecidas entre o direito e a informática. Decidimos, então, auto-especializar-nos em Direito Informático, estudando, simultaneamente, com colegas de diversos estados da Federação, mais intensamente com os membros do IBDI (Instituto Brasileiro da Política e do Direito da Informática), instituto nacional de maior respeito e importância, e pioneiro na pesquisa e desenvolvimento dessas relações, seus fundamentos e destino dessa estreita relação.

Em nível internacional, buscamos subsídios importantes para o estudo dessa matéria na OMDI (*Organización Mundial de Derecho e Informática*) presidida pelo Prof. Ms. Dr. Héctor Ramón Peñaranda Quintero que proporcionou contatos determinantes com estudiosos de inúmeros países. Adiciona-se a essa pesquisa a leitura dos sempre atuais artigos da revista REDI (*Revista Electrónica de Derecho Informática*) da qual somos colaboradores.

Assim, resolvemos inovar no estudo dessas relações. Após escrevermos uma série de artigos e co-autoria em livros enfocando pontos específicos do direito relacionados à informática, decidimos agora criar estruturas científicas sólidas que permitam a sedimentação do Direito Informático como ramo específico da ciência do direito, com o fulcro de aprimorar as relações jurídicas, permitindo uma melhor solução das lides que envolvam referidas questões.

Estamos certos de que realizamos alguma coisa, conhecendo nossas limitações e, tendo lealdade de admiti-las, partindo da convicção de que fizemos o melhor no momento e condições. O leitor sentirá que, mesmo com erros, falhas e incorreções, há no que escrevemos uma enorme vontade de acertar, de fazer e de ir ao melhor.

Não tememos a crítica construtiva, que nos dará estímulo para prosseguir; embora acreditemos _ parodiando KENNEDY _ que sempre se ouvirão vozes em discordância, expressando oposição sem alternativa, descobrindo o errado e nunca o certo, encontrando escuridão em toda a parte e procurando exercer a influência sem aceitar a responsabilidade.

Mais do que nunca, justo e atual o que escreveu J. M. F. de SOUZA PINTO, há mais de cento e cinqüenta anos em obra pioneira:

Sobre muito fastidioso, é este trabalho sumamente difícil: os defeitos hão de ser muitos, e mesmo talvez nele se notem grandes erros _ mas ninguém me poderá roubar o mérito de ter feito esforços por empregar utilmente meu tempo. Em todo o caso a censura que lealmente me for feita, por certo há de ser muito mitigada pelo censor, se ele chegar a ter consciência da minha boa vontade em acertar¹.

(1) - PINTO, J. M. F. de Souza. *Primeiras linhas sobre Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1850.

II - Introdução

Vários estudos e congressos já vêm sendo realizados no sentido de dar definições a estas relações no ambiente virtual. Nós, como conselheiros do Instituto Brasileiro da Política e do Direito da Informática, presidido pelo amigo Demócrito Reinaldo Filho e composto, dentre outros, pelos também amigos Renato Opice Blum, Alexandrel Jean Daoun, Sérgio Ricardo Marques Gonçalves, Ângela Brasil, Mauro Leonardo Cunha, debatemos vários aspectos jurídicos desta revolução em vários Estados, tendo trazido inclusive especialistas da Alemanha e Estados Unidos como no I Congresso Internacional de Direito da Informática, realizado em Recife em novembro de 2000 e coordenado pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito de Informática - IBDI. Juristas de escol debateram a revisão de aspectos legais clássicos frente as novas situações jurídicas decorrentes da informática nos diversos campos do direito brasileiro. Colocaram em pauta, na ocasião, a necessidade de serem repensados antigos dogmas jurídicos no intuito de adaptá-los a uma nova realidade.

Como muito bem lembrado por Opice Blum, especialista na área (nossa correspondente em São Paulo):

As relações virtuais e seus efeitos são realidade. A tendência é a substituição gradativa do meio físico pelo virtual ou eletrônico, o que já ocorre e justifica adequação, adaptação e interpretação das normas jurídicas nesse novo ambiente. Na grande maioria dos casos é possível a aplicação das leis já existentes, o que gera direitos e deveres que deverão ser exercidos e respeitados.

Nas diversas áreas do direito brasileiro, estudiosos desenvolvem novos modelos para a legislação frente a tecnologia e suas inevitáveis consequências no mundo jurídico: novos tipos penais, novos tipos tributários, envolvendo discussões sobre alguns dos seus

princípios fundamentais, como a territorialidade, o estabelecimento comercial e a competência, o *non olet* (cobrança dos rendimentos oriundos de serviços ilícitos, a subsunção tributária *nullum vectigal sine praevia lege*), disposições sobre o direito autoral, sobre a responsabilidade civil, sobre o direito comercial no que diz respeito à cartularidade, à literalidade e à autonomia das obrigações cambiais frente as transações eletrônicas e magnéticas, tipificação de novas modalidades de justa causa e contratos de trabalho, etc. Por outro lado, e com prioridade, estudam os casos concretos para corretamente adequá-los ao sistema legal já existente, porém incapazes de solucionar a grande maioria dos conflitos decorrentes.

No entanto, muito trabalho e estudo deverão ser levados a efeito tanto pela legislação quanto pela doutrina, porque nem sempre será possível a aplicação analógica das normas ora existentes às peculiaridades apresentadas, por exemplo, pelos contratos eletrônicos. Daí a necessidade urgente do estudo voltado para a construção do ramo da ciência que se preocupe exclusivamente com essas relações que, no caso, intitulamos como Direito Informático. Para isso, daremos o pontapé inicial, montando aos poucos a matéria que será uma das mais importantes, a nosso ver, da ciência do direito: dando assim sua conceituação, natureza jurídica, princípios e alguns outros elementos imprescindíveis para o nascimento de qualquer ramo da ciência jurídica.

III - O Direito Informático

Doutrinadores tradicionais negam de imediato a existência do Direito Informático como disciplina autônoma do Direito, devido tão-somente ao estatismo e a resistência ao desenvolvimento. Outros entendem que as novas situações que envolvem a informática devem ser compreendidas como um meio e não um fim, ou seja, não são mais que reflexos de condutas reguladas, razão pela qual se enquadram nas disciplinas jurídicas tradicionais, sem que requeira legislar sobre novas normas, postura que nem sempre é tão simples ou tão correta. Porém admitem que, independentemente da autonomia ou não do Direito da Informática, é indiscutível a urgente necessidade de regular aqueles campos da atividade informática que carecem de direito vigente

aplicável. Afirmar o contrário seria sintoma de um medo retrógrado de mudanças, a renovação, a adequação do sistema jurídico às novas realidades sociais, que não devem ser outra coisa senão o objeto do direito.

Pretendemos nos aprofundar na questão não apenas para demonstrar a necessidade de uma regulamentação sobre a matéria, mas também para demonstrar a necessidade da construção das bases e fundamentos do Direito Informático, com um argumento muito simples: os computadores como meio dotado de possibilidades ilimitadas, não existiam na Roma antiga, nem sequer na época em que foi forjado o Código de Napoleão ou quando lá viveram os exegetas.

Desta maneira, temos que a ciência informática e, por outro lado, a ciência do direito são disciplinas inter-relacionadas, mas que, porém, funcionam mais eficiente e eficazmente quando o direito em sua aplicação é auxiliado pela informática, com o que se conforma a informática jurídica. Todavia, a informática deve estar estruturada por certas regras e critérios que assegurem o cumprimento e respeito às pautas tecnológicas. Assim, pois, nasce o Direito Informático desde o ponto de vista da cibernetica, que trata da relação direito e informática até o ponto de vista do conjunto de normas, doutrina e jurisprudência, que venham estabelecer e regular em sua complexidade as ações, processos, aplicações e relações da informática.

Com efeito, a informática não pode julgar-se pura em sua simples exterioridade, com a utilização de aparelhos e elementos físico-eletrônicos já que, em seu modo de proceder, se criam relações intersubjetivas das pessoas naturais ou jurídicas e de entes morais do Estado, surgindo, então, um conjunto de regras técnicas conexas com o direito, que vem a constituir meios para a realização de seus fins e ética e legalmente permitidos; criando princípios e conceitos que institucionalizam a ciência informática com autonomia própria.

Esses princípios conformam as diretrizes próprias da instituição informática e vêm a constituir as pautas da inter-relação nacional-universal com normas mundiais supranacionais, cujo objeto será necessário reconhecer mediante tratados públicos que possibilitem o processo comunicacional em seus próprios fins

com validez e eficácia universal.

IV - Conceito de Direito Informático

A Informática Jurídica é a ciência que estuda a utilização de aparatos e elementos físico-eletrônicos, como o computador, no direito; isto é, a ajuda que este uso presta ao desenvolvimento e aplicação do direito. Em outras palavras, é o instrumental necessário à utilização da informática no Direito.

A Informática Jurídica constitui uma ciência que forma parte do âmbito informático, demonstrando desta maneira que a informática tem penetrado em uma infinidade de sistemas, instituições, etc. A prova disto é que tem penetrado no campo jurídico para servir de ajuda e fonte. Portanto, a informática jurídica pode ser considerada como fonte do direito, critério próprio que talvez encontre muitos tropeços devido à falta de cultura sobre informática que existe em nosso país.

O Direito Informático é mais complexo e não se dedica simplesmente ao estudo do uso dos aparatos informáticos como meio de auxílio ao direito delimitado pela informática jurídica, pois constitui o conjunto de normas, aplicações, processos, relações jurídicas que surgem como consequência da aplicação e desenvolvimento da informática, isto é, a informática é geral deste ponto de vista e regulada pelo direito.

Podemos então afirmar que o Direito Informático é o "conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador _ como meio e como fim - que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do *software*; o comércio eletrônico, e as relações humanas realizadas de maneira *sui generis* nas redes, em redes ou via *internet*".

Ao penetrar no campo do Direito Informático, percebe-se que este também constitui uma ciência, que estuda a regulação normativa da informática e sua aplicação em todos os campos. Porém, quando se diz Direito Informático, então, analisa-se que esta ciência forma parte do direito como ramo jurídico autônomo; assim como o direito é uma ciência geral integrada por ciências específicas que resultam de ramos autônomos, tal como é o caso do Civil, Penal e Trabalhista.

V - O Direito Informático como ramo autônomo da ciência do direito

A respeito, podemos fazer menção de encontros sobre Informática realizados em Faculdades de Direito do México e de alguns países da América do Sul a partir de 1986, nos quais sempre foram detectados problemas no momento de enquadrar o Direito Informático como ramo jurídico autônomo do direito ou tão-somente se o Direito Informático deve diluir-se entre os distintos ramos do direito, assumindo assim cada um destes a parte que lhes cabe.

O VI Congresso Iberoamericano de Direito e Informática, celebrado em Montevidéu, Uruguai, em 1998, expôs as razões pelas quais o Direito Informático é uma ciência autônoma do direito. Desde aquele momento surgiram diferentes critérios: alguns afirmavam que o Direito Informático nunca compreenderia um ramo autônomo do direito, porquanto dependia em sua essência de outros ramos do direito, outros argumentavam acerca do Direito Informático como um ramo potencial do direito, devido a sua insuficiência de conteúdo e desenvolvimento. Evidentemente não podiam faltar aqueles que temiam emitir algum tipo de opinião a respeito e, de outro lado, aqueles que consideraram o Direito Informático como um ramo autônomo do direito, simplesmente porque consideraram que o Direito Informático não é um ramo típico.

O problema da autonomia do Direito Informático tem ocupado de modo especial a atenção dos seus cultores, os quais, em sua maioria, não hesitam em proclamá-lo um direito autônomo, embora poucos se aprofundem no estudo da questão, satisfazendo-se, muitas vezes, com simples argumentos de autoridade.

Geralmente, o nascimento de um ramo jurídico surge em consequência das relações sociais refletidas em soluções normativas no transcurso dos anos. Porém resultam que, no caso do Direito Informático, não houve esse transcorrer do tempo concernente às relações sociais. O que houve foram transformações bruscas ocorridas em exíguo espaço temporal, como consequência do impacto da informática na sociedade, logrando-se sociedades altamente informatizadas, que sem a ajuda atual da informática entrariam em colapso.

Não obstante, apesar da situação, existem países desenvolvidos, como a Espanha, onde não deveria haver dúvidas acerca da verdadeira autonomia do Direito Informático, fazem ressalvas de que esta ciência constitua um ramo jurídico atípico, afirmando que este direito apenas nasce e se desenvolve sem limites em seu conteúdo e em seu tempo.

Para nós, o Direito Informático é constituído de conhecimentos e estudos específicos que entrelaçam a relação direito e informática, e que não são tão desenvolvidos como outros ramos do direito. Entretanto, só poderemos aprimorar conhecimentos específicos do saber humano que caracterizam um ramo do direito como autônomo, à medida em que forem realizados estudos, conferências, debates acerca da matéria envolvendo juristas de todos os outros ramos do direito.

Claramente se tem demonstrado a necessidade de legislação, doutrina, centros de investigação, campo docente, campo científico, ou seja, um tratamento específico destes conhecimentos determinados. E, desde esse primeiro momento, em que expomos as razões da autonomia do Direito Informático, encontre-se e visualize-se o conteúdo autônomo do Direito Informático, ou seja, que este tenha firmes bases.

Por exigências científicas, porquanto um conjunto de conhecimentos específicos entrelaçam a sua organização e ordenação, ou por razões práticas que levam à separação do trabalho em vias de organização, encontram-se uma série de normas legais, doutrina, jurisprudência, que têm sido catalogadas e publicadas em diversos setores ou ramos. Dita ordenação e organização do direito em diversos ramos têm em sua formação a influência de caráter das relações sociais ou de conteúdo das normas. Então vai se formando e delimitando em setores ou ramos, como os do Direito Civil, Penal, Constitucional, etc., sem poder estabelecer limites entre um ramo jurídico e outro, uma vez que existe uma zona comum a todos eles, integrando a esses campos limítrofes. De maneira que esta agrupação e ordenação em setores ou ramos da origem, há determinadas ciências jurídicas que se encarregam de estudar esse particular setor que lhes compete.

No caso do Brasil, são poucas as fontes encontradas para o estudo desta matéria, talvez sua aplicação limite-se fundamentalmente à

aparição de livros ou normativas (doutrinas) e comentários de Direito Informático. Assim, talvez seja mais fácil para os estudiosos buscar esta normativa em outros ramos do direito, por exemplo: a utilização do Código Civil para solucionar questões de pessoas (proteção de dados, direito à intimidade, responsabilidade civil, dentre outras).

Resulta, sem embargo, que esta situação não se acopla à realidade informática do mundo, já que existem outras figuras como os contratos eletrônicos, comércio eletrônico, firmas digitais e documentos eletrônicos, que correspondem a instituições próprias do Direito Informático por pertencerem a este ramo autônomo de direito.

VI - Natureza Jurídica do Direito Informático; Direito Público ou Direito Privado?

Distinguem-se no Direito dois ramos fundamentais: o público e o privado. A distinção foi conhecida pelos romanos, que consideravam direito público o que interessava à coletividade e direito privado o que dizia respeito a interesses particulares. Outra distinção, mais recente, considera o direito público como o campo das relações de subordinação e o direito privado como campo das relações de coordenação. O exclusivismo desses critérios foi temperado pela consideração de prevalência: no direito público consideram-se predominantemente (não exclusivamente) os interesses públicos, no direito privado consideram-se predominantemente (não exclusivamente) os interesses privados, ou pelo critério da tipicidade; no direito público, as relações típicas são de subordinação e, no direito privado, as relações típicas são de coordenação.

Devemos precaver-nos, no entanto, contra o rigorismo das distinções. A separação entre direito público e privado não é essencial: o objetivo da distinção é didático, imposto pela práxis, tratando-se de critério regulativo, e não de separação em compartimentos aprioristicamente impermeáveis. O Direito Informático é um ramo do direito que consiste no estudo do conjunto de normas, aplicações, processos, relações jurídicas, doutrina, jurisprudência, que surgem como consequência da aplicação e desenvolvimento da

informática, encontrando pautas para a consecução de fins específicos, como os seguintes:



Desenvolvimento adequado da indústria Informática, buscando a extensão e propagação da mesma. E de outra perspectiva, já não focando a regulação dos instrumentos informáticos, senão a regulamentação de sua aplicação; em outras palavras, se refere ao direito de manejamento lícito dos instrumentos informáticos.

Estes dois são os pontos de vista que em geral se identificam com o direito informático, uma vez que qualquer outra vertente que exista, ou poderá existir no futuro, é facilmente compreendida por estes.

Quando nos referimos à natureza jurídica do Direito Informático, deveremos realizar uma exaustiva análise sobre a utilização desse no campo do direito privado ou do direito público.

Ao tratar do ponto de direito público e do direito privado, encontraremos uma grande complexidade em seu desenvolvimento. Apesar do estabelecimento de certas pautas, que separam com pouca nitidez ambos os ramos gerais do direito, apresentam-se certas diferenças entre os ordenamentos jurídicos mundiais. Tanto assim que, por exemplo, o Direito penal na França é considerado direito privado quando se ocupa da sanção dos delitos, apesar de em muitos países ser compreendido como direito público, já que tem por objeto assegurar a ordem do Estado.

É neste ponto em que toda a informação anterior deve mesclar-se para poder determinar as respectivas conclusões.

Devemos partir do pressuposto do direito que, na sociedade em que vivemos, ou seja, na sociedade informatizada, o Direito Informático é indispensável para viver em uma sociedade harmônica. Atualmente, a introdução da informática tem sido altamente indispensável para a organização da sociedade atual, já que a população mundial tem avançado extraordinariamente, colocando os aspectos tecnológicos em uma categoria de poder.

Este poder a que se faz menção é aquele que permite ao Estado não só ter o controle de si mesmo e fazê-lo competitivo na comunidade mundial, mas também e inclusive dar-lhe soberania para que possa se auto-affirmar Estado ou Nação.

Assim, afirmamos que é indiscutível, estreita e tão importante, a relação que existe entre o Direito Informático e o Estado, produzindo consequências ao bem coletivo e geral, decorrendo daí a existência de uma espécie de Direito Informático Público ou, em outras palavras, o Direito Informático de caráter público.

Além disso, o Direito Informático como é natural, apesar de sua autonomia, como outros ramos do direito, não é igual tradicionalmente falando. Devido a sua amplitude, este direito necessariamente penetra em todos os outros ramos, assim como a informática tem penetrado em todos os âmbitos.

Da mesma forma, poderemos fazer referência ao Direito Informático Privado, ou seja, ao Direito Informático de caráter Privado, já que existem inúmeras situações que são de caráter privado como, por exemplo, o contrato eletrônico, o contrato informático, o comércio eletrônico, o documento eletrônico, e assim um sem número de figuras jurídicas pertencentes ao âmbito particular ou privado, em que se permite esse acordo de vontades, chave para determinar a existência do Direito Informático privado.

Podemos concluir então que, ao falar da natureza jurídica do Direito Informático, levando em conta que este constitui um ramo atípico do direito e que nasce como consequência do desenvolvimento e impacto que a tecnologia tem na sociedade, assim como a tecnologia penetra em todos os setores, tanto no direito público como no privado, igualmente sucede com o Direito Informático. Este penetra tanto no setor público como no setor privado, para dar soluções a conflitos e planejamentos que se apresentem em qualquer deles.

Acreditamos que o Direito Informático tem uma atribuição *tertium genus* além do direito privado e do direito público.

VII - Relação do Direito Informático com outros ramos do Direito

A relativa autonomia anteriormente assinalada não impede que o Direito informático, por vezes, se apresente no quadro geral do direito em posição de subordinação; em outras, em posição de coordenação com as demais disciplinas jurídicas.

Vejamos:

a) Com o Direito Constitucional

No que se refere ao Direito Constitucional, a relação é manifesta, mesmo sem nos fixarmos exclusivamente no direito positivo de cada país, inspirado, como necessariamente há de ser, nos princípios constitucionais vigentes.

O Direito Informático tem uma estreita relação com o Direito Constitucional, porquanto a forma e manejamento da estrutura e órgãos fundamentais do Estado são matérias constitucionais. Deve ser ressaltado que dito manejamento e forma de controlar a estrutura e organização dos órgãos do Estado se leva a cabo por meio da informática, colocando o Direito Informático na berlinda, já que com o devido uso que é dado a estes instrumentos informáticos se levará a uma idônea e eficiente organização e controle destes entes. De outro ponto de vista, a Constituição Federal de 1988 tem dado chancela à liberdade informática, quando estabelece em seu art. 5º, *caput*:

Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

'XII - é inviolável o sigilo da correspondência...'

A liberdade de comunicação via *internet* é uma das expressões fundamentais da liberdade de pensamento e sua reserva constitui-se uma das mais antigas modalidades de proteção à privacidade.

O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privativamente passe ilegitimamente ao domínio de terceiro. Portanto, qualquer norma ordinária, que disponha sobre faculdade, atribuída de forma genérica às pessoas jurídicas ou físicas, de violar o conteúdo das mensagens eletrônicas de terceiros, será considerada inconstitucional.

Assim, ao se corresponder por meio do correio eletrônico, o usuário do serviço compartilha, com o receptor, informações de cunho pessoal, as quais não podem ser violadas, sob pena de se incorrer em mácula ao direito de privacidade. A Lei Máxima tutela expressamente a intimidade e a vida privada de cada indivíduo.

Estes pontos serão tratados posteriormente em outros estudos. Por hora, só se deseja ressaltar a importância do Direito Informático, quando se é dado à categoria constitucional a liberdade informática, que se constituem figuras e instituições jurídicas específicas do Direito Informático, o qual sustenta algo mais: a teoria expressada nesta investigação acerca do Direito Informático como ramo autônomo do direito.

b) Com o Direito Penal

Nesta área podemos notar estreita relação entre o Direito Informático e o Direito Penal, porque o Direito Penal regula as sanções para determinadas ações que constituam violação de normas de direito e, neste caso do Direito Informático, em matéria de delito cibernetico ou informático, então se poderia começar a falar do Direito Penal Informático.

Igualmente com o direito penal guarda o Direito Informático estreitas relações tanto que alguns autores alemães afirmam a existência de um Direito Penal Informático. A verdade é que tão importante são as relações entre os dois ramos da ciência jurídica que, em razão da informática, novas figuras delituosas surgiram deixando desatualizados e inertes os tipos penais mencionados nos códigos penais.

Em face das lacunas oriundas da modernidade, a reprimenda aos novos crimes virtuais que afloram em nosso meio deverá acatar o princípio da reserva legal, conquanto verificada no art. 1º do Código Penal brasileiro e consagrado pelo art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Enquanto isso, o Direito Penal, tutelador dos bens jurídicos mais relevantes, quais sejam, vida e liberdade, deve ser regido pelas normas penais vigentes. A sociedade não pode submeter-se à falta de interpretação destas ou ficar à mercê do direito costumeiro e da analogia para definir a sua aplicação.

Nesta linha, emerge o Projeto de Lei n. 1.589/99 da Ordem dos Advogados do Brasil/SP, que, apesar de enfatizar muito mais a proteção da intimidade do usuário do que especificamente o combate ao crime, tem por escopo também disciplinar alguns dos 'novos tipos penais' oriundos da era digital.

Por intermédio dos mecanismos legais existentes e dos que estão por vir, deve brotar a resistência às condutas criminosas, anulando, assim, o desdém com que parte da sociedade prefere tratar as inovações 'eletrônicas' presentes cada vez mais em nosso meio.

c) Com os Direitos Humanos

Os direitos humanos são indispensáveis para defender os direitos fundamentais do homem, tais como: a vida, a igualdade, o respeito moral, vida privada e intimidade que o levam a ser digno e, por conseguinte, a ter dignidade, como o que permite catalogar as pessoas como íntegras, convivendo em ambiente de respeito, de liberdade e fazendo possível sociedades verdadeiramente civilizadas.

Que relação pode ter o Direito informático com os direitos humanos? Pois bem, é tão grande essa ligação que seria motivo de inúmeros livros e monografias; sem embargo, muito simples, brevemente, se pode mencionar a possibilidade de que exista, por intermédio do Direito Informático, esta regulamentação jurídica que apoie o bom funcionamento dos órgãos jurisdicionais. Só para dar um simples exemplo; é de imaginar, a eficácia e eficiência com que se manejam nossas leis que colaborariam em um alto grau à celeridade processual, ponto indispensável para defender os direitos humanos das pessoas que se encontram nos cárceres nacionais, declaradas estas em nível internacional, como centros violadores de direitos humanos. Então, ao existir celeridade, haverá possibilidade de evitar a superpopulação dos cárceres, fator que tem influenciado na constante violação desses direitos; por produzir esta superpopulação, escassez de alimento para os reclusos, assim como a carência de meios sanitários e de higiene mínima necessários.

Também se pode mencionar outras relações tratadas em matéria de direitos humanos como a de privacidade e intimidade, que poderiam ser burladas através da utilização ilícita dos meios informáticos.

d) Com a Propriedade Intelectual

Nesse ponto é fundamental a tomada de medidas, especialmente no Brasil, onde há necessidade, com urgência, de um melhor controle desta matéria, para penalizar os plágios, a pirataria, bem como qualquer delito contra os direitos do autor ou industriais produzidos contra e por meio de instrumentos informáticos.

Tal como ocorre com o direito autoral em geral, a tutela jurídica das bases de dados deriva do acúmulo de disposições normativas, regionais e nacionais.

No plano internacional, podemos verificar o Convênio de Berna para a Proteção das Obras literárias e artísticas de 1971 _ como é de esperar a partir da época de sua promulgação _ não se refere à base de dados. Não obstante, a linguagem ampliou alguns de seus preceitos (concretamente os arts. 2.1 e 2.5), permitindo estendê-las como coleções, suscetíveis de receber proteção equiparável a das obras literárias e artísticas em geral. Assim se expressou o Comitê de Expertos da OMPI durante sessão realizada em 1994.

Nesse mesmo ano, a OMPI emitiu o denominado "Acordo sobre os ADPIC" (Acordo sobre os Aspectos dos Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao comércio) cujo número 10.2 _ transcrito literalmente que passou atualmente art. 5º, do "Tratado da OMPI sobre direito do autor", adotado pela Conferência Diplomática sobre certas questões de direito do autor e direitos conexos, realizada em Genebra, em 20 de dezembro de 1996 e que, neste sentido, constitui o preceito internacional de maior interesse na matéria. Estabelece dita norma:

Art. 5º- Copilações de dados (bases de dados). As copilações de dados e outros materiais, em qualquer forma, que por razões de seleção ou disposição de seus conteúdos constituem criações de caráter intelectual, estão protegidas como tais. Essa proteção não compreende os dados materiais em si mesmo e se estende sem prejuízos a qualquer direito do autor que subsista a respeito dos dados ou materiais contidos

na copilação.

As bases de dados são indubitavelmente credoras de proteção jurídica outorgada às obras tecnológicas em geral, tutela que é distinta e independente do que a que se confere às aplicações empregadas para criá-las e administrá-las.

e) Com o Direito Civil

Iremos encontrar inúmeros pontos de convergência, no campo da doutrina, principalmente naquilo que diz respeito às obrigações. Revela notar que o Direito Informático não só aproveita princípios de Direito Civil, mas também influi sobre o próprio Direito Civil. Trata-se de uma disciplina nova que vai buscar noutra certos princípios e, depois de aproveitá-los, desenvolve e modifica-os. Essas modificações não só estruturam o novo direito, como também aperfeiçoam o direito-fonte, que se amolda em outras exigências.

O contrato, por exemplo, pode ser definido como a espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependente, para sua formação, do encontro da vontade das partes que cria para ambas uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados.

Esta definição é perfeitamente aplicável aos contratos eletrônicos, posto que do seu conteúdo se depreende inexistir qualquer elemento incompatível com esses. A natureza bilateral do negócio jurídico é perfeitamente identificável nos contratos eletrônicos, bem como a sua formação pressupõe o encontro da vontade emanada das partes contratantes, tal qual nos contratos em geral. Assim sendo, são eles perfeitamente aptos a produzirem os efeitos jurídicos inerentes aos contratos, fazendo lei entre as partes.

Estão presentes também nos contratos eletrônicos o elemento estrutural, que pressupõe convergência de duas ou mais vontade, e o elemento funcional pela composição dos interesses contrapostos de ambas as partes, com o fim de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Assim, verificamos um pequeno exemplo da correlação entre esses dois ramos da ciência jurídica.

f) Com o Direito Comercial

A economia está mudando. As transações de bens materiais continuam importantes, mas as transações de bens intangíveis, em um meio desta mesma natureza, são os elementos centrais de uma nova onda da dinamicidade comercial, a do comércio eletrônico. Uma nova legislação deverá abraçar um novo entendimento: de que as mudanças fundamentais são resultantes de um novo tipo de transação, exigindo novas regras comerciais compatíveis com o comércio de bens via computadores e similares. Nem a natureza do objeto, muito menos da transação, em computadores, são similares a compra e à venda de bens efetuados atualmente. As leis relacionadas à compra de imóveis, automóveis, torradeiras, etc., não são aplicáveis e apropriadas a contratos envolvendo a troca de banco de dados, sistemas de inteligência artificial, *software*, multimídia, e comércio de informações pela *Internet*.

As transações eletrônicas, atualmente, são governadas por uma complexa e inconsistente mistura de diferentes aspectos, envolvendo as jurisprudências, a aplicação da analogia (quando cabível) e várias instruções normativas, muitas destas relacionadas a assuntos diversos do comércio eletrônico que determinam flagrantemente a influência do Direito Comercial com o Direito Informático.

g) Com o Direito Administrativo

Note-se a intervenção do Estado por meio de seus órgãos administrativos, na fiscalização e controle da execução das relações envolvendo procedimentos informáticos.

No Brasil, podemos observar a criação de Certificados Eletrônicos da Secretaria da Receita Federal e do credenciamento de Autoridades Certificadoras para sua emissão pela Instrução Normativa SRF n. 156, de 22/12/1999.

Esta instrução normativa institui Cartórios Cibernéticos para conferir validade jurídica - pela emissão de Certificados Eletrônicos - às declarações anuais de imposto de renda enviadas pela rede mundial de computadores *internet*.

Referida Instrução Normativa, expedida pelo titular da Secretaria da Receita Federal, tem gerado uma série de debates acerca da verificação

do atendimento aos requisitos legais de validade da norma, bem como a apreciação das implicações da norma com outras disposições administrativas ou diplomas legais de superior hierarquia, haja vista que a regulada pela instrução normativa, além de ter residência no Direito Informático e do Direito Notarial, dentre outras.

Assim, a Informática Jurídica ainda dá seus primeiros passos no direito positivo brasileiro, estabelecendo vínculo forte entre o Direito Informático e o Administrativo.

h) Com o Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho, como todas as ciências, vem sofrendo, ao longo dos anos deste século, uma inacreditável mutação, mercê das máquinas cibernéticas, criadas em curto espaço de tempo, mas que ensejaram, sem sombra de dúvida, uma revolução instantânea, que marcará este século como o da civilização cibernética, não no sentido de submissão a ela, mas de dominação sobre ela.

É nítida a correlação entre o Direito Informático e o Direito do Trabalho nos seus mais variados aspectos que vão desde a automação das empresas até o poder hierárquico exercido pelo empregador, horário de trabalho e nas relações entre os próprios funcionários.

VIII - Princípios norteadores

Princípios são aquelas linhas diretrizes ou postuladas que inspiram o sentido das normas e configuram a regulamentação das relações virtuais, conforme critérios distintos dos que podem ser encontrados em outros ramos do direito.

Segundo Américo Plá Rodrigues, princípios "são linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções pelo que pode servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos" ².

Transpondo a noção de princípios gerais do direito, válidos em todo o direito, para os princípios do Direito Informático aplicáveis somente

(2) - RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, São Paulo: editora Ltr 5 tiragem 1997, tradução de Wagner Giglio, p. 16.

na área deste direito, podemos dizer que são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica virtual. São eles os seguintes:

a) Princípio da existência concreta

Revela a importância não só das manifestações tácitas durante a vigência do pacto, mas também o predomínio das relações concretas travadas pelas partes sobre as formas, ou da própria realidade sobre a documentação escrita ou virtual. O que deve ser levado em consideração nas relações virtuais é aquilo que verdadeiramente ocorre e não aquilo que é estipulado em, por exemplo, contratos virtuais. Significa referido princípio que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos e acordos, deve dar-se preferência ao que sucede nos terrenos dos fatos. O desajuste entre os fatos e a forma pode evidenciar a simulação de uma situação jurídica distinta da realidade viciada por um erro na transmissão de dados e informações.

b) Princípio da racionalidade

Consiste na afirmação essencial de que o ser humano procede e deve proceder nas suas relações virtuais conforme a razão. Os revolucionários burgueses acreditavam na força da razão. Por isso que a lei não passava, para eles, de norma descoberta pela atividade racional, razão pela qual não poderia ela atentar contra a justiça e a liberdade. Os revolucionários, neste caso, não faziam mais do que conciliar as lições pronunciadas pelos arautos do racionalismo iluminista: entre tantos, MONTESQUIEU e ROUSSEAU.

Sua característica essencial é a flexibilidade, já que é um critério generalizado, de natureza puramente formal, sem um conteúdo concreto e de forma nitidamente subjetiva.

A pertinência de um princípio dessa natureza parece resultar mais naquelas áreas em que a índole das praxes normativas deixam amplo campo para a decisão individual. Mas essa amplitude da margem de atuação derivada da impossibilidade mesmo das previsões que não podem confundir-se com a discricionariedade, nem com a liceidade de qualquer comportamento, por arbitrário que seja.

Trata-se, como se vê, de uma espécie de limite ou freio formal e elástico, ao mesmo tempo, aplicável naquelas áreas do comportamento em que a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e, sobretudo, onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis.

Em conclusão: na aplicação do direito, não há uniformidade lógica do raciocínio matemático, e sim a flexibilidade do entendimento razoável do preceito. É surpreendente observar que, já em 1908, nosso grande Covis Beviláqua tivera nítida percepção destas idéias, pois, ao expor as doutrinas hermenêuticas de sua preferência, assim as sintetizava nesta fórmula precursora: "Em conclusão, na interpretação da lei deve atender-se antes de tudo ao que é razoável, depois às consequências sistemáticas e, finalmente ao desenvolvimento histórico da civilização"³.

Recaséns Sinches, ao considerar os vários métodos modernos método teleológico, método histórico-evolutivo ou progressivo, "método da vontade da lei, mostra-nos que cada um deles encerra uma parte de verdade, mas que em sua síntese final, em cada caso concreto, será dada pelo "logos do razoável". Mal comparando, a operação interpretativa se assemelha à execução de uma partitura musical. Vários são os instrumentos _ no caso os métodos de interpretação _ mas eles devem formar um conjunto harmônico, sob a batuta do maestro, no caso, o logos do razoável, o qual, como veremos em breve, 'formado pela idéia básica do bem comum'" ⁴.

c) Princípio da lealdade

Todo homem deve agir em boa-fé, deve ser verdadeiro: *ex honestate unus homo alteri debet veritatis manifestationem*, e é este um princípio que foi incorporado pelo direito.

Muitas leis da nossa disciplina recolheram-no como um dos princípios dirigentes nas relações entre as partes. Conseqüentemente a boa fé e o respeito mútuo entre as partes para o fiel cumprimento das obrigações estabelecidas ou pactuadas.

(3) - SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: Seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. Editora Brasiliense, Brasília-DF, p. 147.

(4) - SINCHES, Recasens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Ed. Porrua, México, 1959.

11 - Destituição do Mandato Político por Violação a Direito da Cidadania

DESTITUIÇÃO DO MANDATO POLÍTICO POR VIOLAÇÃO A DIREITO DA CIDADANIA

Eliseu Fernandes de Souza

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia,

Membro da Câmara Especial



DESTITUIÇÃO DO MANDATO POLÍTICO POR VIOLAÇÃO A DIREITO DA CIDADANIA

Eliseu Fernandes de Souza

RESUMO: No estado democrático de direito, a sociedade exerce o poder por representantes eleitos, e, violadas as cláusulas do pacto democrático pelos mandatários, com suspeição generalizada, é possível a revogação do mandato pela via judicial, em nome da soberania popular.

Palavras-chave: Mandato eletivo. Estado democrático de direito. Sociedade-mandante. Pacto ficto. Violação. Destituição.

No estado democrático de direito, o cidadão é o legítimo titular do poder e, embora o exerça por representantes, constitui-se sujeito de direito do pacto da democracia, provedor de significativa parcela da Soberania do Estado.

Nessa condição, tem legitimidade para impor a destituição do mandato que outorgou ao representante, e cuja finalidade foi desvirtuada por conduta ilícita, especialmente se reveladora de organização criminosa dentro do poder, improbidade e peculato em proveito próprio, incompatibilizando o exercício da representação, momento em que o agente político passa a ser nocivo à soberania popular e ao estado democrático de direito.

Instalada, então, a infidelidade, rompe-se a cláusula de representatividade, o mandato perde a eficácia e o exercício do poder tornase ilegal. Do contrário, permitir-seia a transformação do cargo exercido pelo mandatário em reduto de ilícitos e conveniências pessoais, levando os postulados e princípios constitucionais que vela a administração pública à simples quimera, letra morta. Com efeito, deixa de haver confiança e fidelidade, rompendo todos os postulados da soberania cidadã, razão da própria existência do Estado.

Diante da hipótese em que sobre a totalidade ou quase totalidade dos membros se imputa o mesmo ilícito, caracterizando o impedimento ou suspeita, inviabilizando a investigação política, não se pode conceber como um poder de estado democrático possa "funcionar" sob o comando de agentes organizados com a finalidade fraudar o erário e a administração pública, na prática de crime.

Em tais circunstâncias, não se pode esperar eficácia do processo político, por não poder os investigados julgarem a si mesmos. Então, como fica? Continuam no poder, e não há solução? Não é bem assim.

Por inspiração de bom senso, não se pode considerar um impasse e deixar permanecer essa afronta ao direito da cidadania, à Constituição e à própria instituição da República.

Ora, a Constituição, ao estabelecer competência e atribuição aos poderes do Estado, implicitamente conferiu ao Poder Judiciário a cláusula do princípio dos poderes implícitos, que lhe permite a busca de meios para decidir e atingir os fins da justiça, quando o fato jurídico é lesivo a direito, e a composição do conflito não se encontrar prevista expressamente no ordenamento jurídico. Contudo, exige deliberação excepcional, em proteção ao interesse público, de acordo com a concepção inspirada pelo Juiz Marshal da Suprema Corte Americana, em 1805.

Nessa mesma linha, estabeleceu-se a máxima do Juízo: "dáme o fato e dardee o direito".

Refletindo acerca dos princípios e postulados constitucionais, fontes dos direitos e garantias da cidadania, detentora dos poderes do Estado, não há impasse para se elaborar uma solução de casos como a situação posta ao debate. Ora, se o poder emana do povo, que o exerce por mandato outorgado a representantes, sob compromisso de fielmente bem cumprilo, estabelecida a incompatibilidade de conduta que não permite ao mandatário permanecer no poder, e criado o impasse pelo impedimento de todos os parlamentares sob suspeita. Não tenho dúvida em afirmar a possibilidade de extinção do mandato pela via judicial, até pela impossibilidade de outra forma, ou inexigibilidade de outro meio. Frisese, ademais, que o mandato não constitui direito absoluto do mandatário, como de resto contra a ordem constitucional não há direito absoluto.

No âmbito do processo político, nenhuma dúvida há no tocante à extinção coletiva do mandato, que se dá com a dissolução do parlamento no sistema parlamentarista, em casos de revolução quando se instala o Poder Constituinte, e com o término do mandato de todos os parlamentares, são exemplos clássicos.

Há ainda outra hipótese de extinção coletiva, anômala, do mandato parlamentar, que ocorre quando a Suprema Corte declara inconstitucional lei estadual que haja criado um município e que já se encontra instalado, com a extinção deste, todos os cargos do Executivo e do Legislativo são extintos.

Em relação à extinção individual de mandato, em alguns países há o chamado *Recall*, que consiste na previsão constitucional de o eleitor desfazer ou revogar o mandato parlamentar daquele que não o honra.

Aliás, no Brasil as primeiras constituições de estados como Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, previam expressamente o *Recall*.

Insisto, contudo, que essa possibilidade existe por força dos enunciados e princípios da Constituição da República. O princípio da universalidade da jurisdição, estabelecido no inc. XXXV, art. 5º, o princípio da moralidade, o princípio da igualdade e o princípio da isonomia recomendam uma interpretação sistemática, de modo a admitir que, em sendo possível ao mandatário renunciar, não há como, em contrapartida, negar-se ao mandatocidadão o direito e a legitimidade para revogar o mandato outorgado pelo voto, quando ocorrer lesão ao direito da soberania do poder popular.

O que não se pode pensar é que a cidadania nada poderá fazer na hipótese de abuso por prática de corrupção notória, por membros do Poder Legislativo, e continuar assistindo à deturpação dos fins do mandato.

Salientese, ademais, que o direito não encerra em si mesmo e se projeta a bem da coletividade, por isso que a interpretação da norma tem por plataforma o texto legal, mas deve se propagar na realização de seus fins sociais.

O caso de estrangulamento do pacto democrático leva-nos não propriamente a uma comparação, mas à reminiscência à origem do *Bill of Rights*. Isto é, assistese a abusos, a desvios de finalidade



do mandato, à quebra da fidelidade, e o cidadão não dispõe de um remédio explícito para revogar o mandato que outorgou, por isso, necessário interpretar a Constituição.

Mandato (do latim = mãos dadas = *mandatus*), que significa a transmissão de poder a outrem para em seu nome agir, estabelece-se o poder soberano que permite extinguir o pacto firmado pela concessão do mandato, no qual estão implícitas a fidelidade e a confiança.

Esse pacto decorrente da transmissão do mandato contém cláusula contratual ficta com a cidadania, sociedade demandante e o mandatário, por isso o mandato eleitoral constitui pressuposto da construção da República, isto é, constitui o instrumento que a viabiliza.

Disso decorre que, no exercício do cargo político, se encontra depositada parte da soberania do Estado e, por isso, o mandatário não exerce direito próprio.

No sistema brasileiro, afirmase ser a irrevogabilidade o traço característico do mandato. Isto é, com a investidura, o cargo de representação política, de regra, não pode ser objeto de simples revogação.

Mas, no caso, o que desautoriza a revogação é o exercício regular do mandato que não pode - por simples insatisfação dos eleitores, como na hipótese de não cumprir de imediato promessas de campanha, por exemplo, às vezes até por não poder fazêlo, e, por não estar sujeito à instrução ou a ordens dos representados -, ser revogado.

Nessas hipóteses, é que o agente político tem a garantia da irrevogabilidade do mandato. Isso porque, como disse Norberto Bobbio, citando Beccaccia Versiani, o agente político, ou membro do parlamento, não é representante de seus eleitores, mas do povo em comum e, por isso, precisa de independência.

Contudo, a irrevogabilidade estabelece-se na órbita do pacto da democracia. Isto é, ela não pode decorrer de uma simples manifestação de vontade unilateral do mandante ou do mandatário, mas deve decorrer de uma razão ou motivos relevantes de ordem pública, interesse da cidadania, fundado no desvio de finalidade do exercício do mandato, que se traduz em violação ao direito social dos mandatários, podermundo a ser cumprido de forma lícita.

Com efeito, o mandato político estabelece o vínculo na outorga popular do exercício do poder, e a ruptura desse pacto, por infidelidade decorrente de desvio de conduta do mandatário, com a prática de crime, improbidade, corrupção etc, utilizando-se do poder delegado, torna incompatível a permanência do agente no exercício do mandato.

Disso decorre, que, como legítimo senhor de direito sobre o mandato e o poder delegado, havendo lesão a direito da cidadania, invalidando a cláusula de representação, instalase a anulabilidade do mandato. Ora, não há, como se sabe, direito ou garantia absolutos contra a ordem constitucional.

Lembro que no direito constitucional vigora o princípio do governo limitado, frente a supremacia da lei ou do direito natural, como lecionou Norberto Bobbio. Acresça ser da natureza do Estado democrático de direito a proteção aos cidadãos contra abuso do Estado e seus agentes.

Saliento ser relativa a irrevogabilidade do mandato, pois, se o próprio mandatário pode unilateralmente revogá-lo quando a ele renuncia, como admitir não possa o mandante revogá-lo quando configurada a incompatibilidade de conduta, cuja permanência do mandatário tornase inconstitucional? Ora, a renúncia é uma forma do gênero revogação, praticada unilateralmente pelo mandatário, por conveniência pessoal, como, então, dizer não possa o mandante, por fundados motivos, como lesão à ordem constitucional, ao direito sobre o mandato, propor sua extinção? Claro que sim, do contrário como ficaria a ordem constitucional, o direito de igualdade, a isonomia, a reciprocidade?

O exercício do mandato está condicionado, disso se sabe, dentre outros, ao princípio da moralidade, princípio da eficiência, e sua lesão não pode ser transformada em cápsula de minúcia.

Frise-se que a Constituição, nos direitos fundamentais, inc. XXXV do art. 5º, assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Vale dizer, nenhum ato ou conduta ilícita estará isento do crivo do Judiciário.

A consequência desse postulado fundamental, como já disse antes, é que nenhum direito é absoluto. Logo, a detenção do mandato político não constitui direito intocável do agente mandatário. Já se diz que, para a sobrevivência do regime democrático, todo direito não pode ser ilimitado, nem mesmo o tutelado pela Constituição.

Disso decorre, insisto, não ser razoável, no mandato eleitoral, admitirse manifestação unilateral de vontade tão só ao mandatário, pois, desse modo, estarseá diante de uma constitucionalidade que rompe o pacto da democracia e conturbará o estado democrático de direito.

Isso seguramente não é lícito, ético, justo, nem razoável, uma vez que não há lógica jurídica em ignorar ofensas a normas constitucionais fundamentais.

Saliento seguramente não estar a dizer simplesmente sobre a figura jurídica do *Recall* que não está expresso em nosso sistema, mas da extinção do mandato até por sua anulabilidade, em decorrência da infidelidade do mandatário, fruto de conduta incompatível com o exercício do cargo público, pela prática de crime, lesionando o direito.

Penso que o pedido poderá encaminhar-se por meio de uma Ação de Dissolução ou Extinção de Mandato, pelos fundamentos e princípios constitucionais que enfatizei, constitucionalidade do exercício do mandato, lesão ao direito da soberania do poder popular, ofensa a princípios, e a notória incompatibilidade de conduta do mandatário, pela prática de crime no exercício do cargo (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, especialmente, os princípios gerais e universais do direito etc).

Anotese ainda a hipótese de afastamento imediato com o ingresso da Ação Civil Pública, até mesmo por uma cautelar preparatória, fundada em relevantes motivos de constitucionalidade de ato ou conduta, art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, além do embasamento da jurisdição em sua universalidade e o princípio dos poderes implícitos.

Do exposto, conclui-se que a irrevogabilidade do mandato político está limitada ao exercício regular do cargo e, por isso, não é absoluta quando se choça com a constitucionalidade dos atos do mandatário praticados em desvio de finalidade e ofensa a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, as garantias dos poderes na Constituição foram estabelecidas tendo em vista o exercício das funções estatais, exercício de atos de soberania, mas sob o prisma do sistema de "freios e contrapesos".

Disso decorre que, se os agentes públicos praticam atos ilícitos em prejuízo da estrutura do poder, violando a ordem constitucional e comprometendo o estado de direito e a soberania do regime democrático, sua destituição do cargo é imperativo mesmo de ordem constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo:RT, 1968.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato Parlamentar Aquisição e Perda Antecipada*. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU, Charles. *O Espírito das Leis/HANS KELSEN. Teoria Pura do Direito/ VON IHERING, R. A Luta pelo Direito in Coleção Clássicos do Direito (3 em 1)*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

PEDROSA, Ronaldo L. *Direito em História*. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 1998.

REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

TEIXEIRA, Sálvio de F. Coord. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

12 - Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia

Tipicidade material, aborto e anencefalia

Paulo César Busato

O autor é doutorando em Problemas Actuales del Derecho Penal, pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilha; Mestre em Ciéncia Jurídica pela Univali - Universidade do Vale do Itajaí, Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Professor de Direito Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa.



Tipicidade material, aborto e anencefalia

Paulo César Busato

Resumo: Expõem-se os limites da questão jurídica do aborto do anencéfalo. Apresenta-se uma síntese do problema submetido à apreciação do STF. São feitas considerações comparativas entre as causas de justificação do aborto, procurando demonstrar sua pertinência nos casos de anencefalia. Em seguida, debate-se a questão médica da anencefalia, traçando um paralelo com a questão do transplante de órgãos. A seguir, trabalha-se o conceito jurídico penal de vida e sua proteção pela norma, dentro da perspectiva de tipicidade material. Finalmente, ataca-se a questão da atipicidade da interrupção da gestação do feto anencéfalo com base no conteúdo material do tipo penal de aborto.

Palavras-chave _ Aborto _ Anencefalia _ Direito Penal _ Causas de justificação _ tipicidade material.

sumário: 1. O problema. 2. A punibilidade do aborto como produto de uma orientação social. 3. O aborto e as hipóteses de justificação. 4. A questão médica. 5. O conceito jurídico de morte e por exclusão, de vida. 6. A vida como bem jurídico-penalmente relevante. 7. A dimensão material da tipicidade. 8. A ausência do bem jurídico protegido, e logo, da tipicidade material, na interrupção da gestação do anencéfalo. Conclusões. Referências Bibliográficas.

Introdução

Em recente decisão sob forma cautelar, o Ministro Marco Aurélio de Melo admitiu a realização de interrupção de gestação de

anencéfalo¹, o que gerou intensa polêmica em todo o país, movimentando distintos setores da sociedade, trazendo à baila, muito além de toda a questão jurídica, implicações morais, sociológicas e de diversas outras ordens.

O panorama de intenso debate e os pontos de vista conflitivos, amplamente cobertos pela mídia tornaram a questão penal apenas um detalhe, submersa em meio a um emaranhado de argumentos de outras ordens, perturbando uma apreciação técnica e adequada da matéria.

É claro que o nível de comoção que provoca a realidade da interrupção de uma gestação põe em cheque a capacidade de ordenarmos o raciocínio. É nesse sentido, de ordem de pensamento, que se pensa contribuir com estas linhas. A pretensão é de fazer um recorte do tema e situar adequadamente a matéria penal dentro do âmbito que lhe compete, que não é mais do que a representação da *ultima ratio* de controle social. Quer dizer, é necessário ressaltar, antes de tudo, que o Direito Penal só se ocupa dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social do indivíduo (princípio de intervenção mínima).

(1) - "O ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na argüição formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde, de descumprimento de preceitos fundamentais – da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade e do direito à saúde – consagrados pela Constituição Federal de 1988, concedeu liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, para sobrestrar os processos e decisões não transitadas em julgado e para reconhecer 'o Direito Constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto' e o 'risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados' (Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 54 – 8, Diário da Justiça, Seção 1, n. 147, de 2 de agosto de 2004, pp. 64/65)". FRANCO, Alberto Silva. "Um Bom Começo". In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 12, nº 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2. Na ação "a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, invocando o art. 1º da Lei n. 9.882 de 1999, propôs a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n. 54-DF), indicando como preceitos fundamentais descumpridos o art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), e os arts. 6º e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como ato do poder público causador da lesão, os arts. 124, 126, *caput*, e 128 I e II, do Código Penal". In VELLOSO, Carlos. "O aborto do feto anencéfalo". Folha de São Paulo, ed. do dia 4 de novembro de 2004, p. A3.

É partindo dessa premissa que pretendemos analisar a situação posta. Convém notar, pois, que não se propõe o abandono completo da intervenção jurídica, muito menos da intervenção do Estado por meios extrajurídicos na questão do aborto. O que se quer aqui é, simplesmente, interromper estes caminhos de discussão e seguir apenas a vertente penal, de modo a vislumbrar até que ponto ela ocupa, ou deve ocupar, algum lugar nessa discussão.

Assim, no âmbito penal convém demarcar duas premissas básicas

que, a priori, parecem estar orientadas ao problema. A primeira refere-se à aflição psicológica a que a gestante que constata que gera um anencéfalo é acometida, a qual parece ser permanente e crescente na medida em que se aproxima o traumático final de gestação. Isso implica em uma aflição de ordem moral comparável ou até superior a outras causas de justificação albergadas pela legislação brasileira. Insta que se trate, então, da possibilidade de reconhecimento de uma causa de justificação, ainda que supralegal. A segunda refere-se à adoção, própria de um regime democrático, de um Direito Penal mínimo, que obriga a pensar na proteção seletiva de bens jurídicos. É necessário cogitar se a vedação da interrupção da gestação de um anencéfalo efetivamente constitui uma ofensa grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento de um indivíduo na sociedade e, por via de consequência, se existe, neste caso, tipicidade material.

1. O problema

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde protocolou no Supremo Tribunal Federal a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 54, pondo em tela de juízo a interrupção da gestação de feto anencéfalo. Pretendia a referida ação que o Tribunal Constitucional do país reconhecesse expressamente o

direito da mulher de interromper a gestação em situações desta natureza, que se estendidas às hipóteses de anencefalia do produto da concepção as causas de justificação para o aborto especificadas no Código Penal².

O Min. Marco Aurélio Melo concedeu liminar no dia 1º de julho de 2004, entendendo que `a permanência do feto mostra-se potencialmente perigosa, podendo ocasionar danos à saúde e à vida da gestante'³. O Ministro reconheceu `a lógica irrefutável da conclusão sobre a dor, a angústia e a frustração experimentadas pela mulher grávida ao ver-se compelida a carregar no ventre, durante nove meses, um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá'⁴.

No dia 20 de outubro próximo passado, o Plenário do STF reuniu-se e cassou a liminar, por maioria. É que estava em suspenso o julgamento do mérito (em virtude de vista dos autos ao Min. Carlos Ayres Britto) para a discussão da adequação do meio escolhido ADPF para o objetivo buscado. Entendeu-se então que não era o caso de manter-se a liminar com efeitos *ex nunc* se ainda estava pendente discussão sobre a própria legitimidade do veículo processual escolhido para a demanda.

Por trás da discussão técnica processual, late uma questão muito mais importante: os aspectos morais e jurídicos implicados na causa e que, certamente, ainda que não enfrentados neste momento pelo STF, já despertaram a atenção de diversos segmentos de nossa sociedade.

Ocorre que nosso Estado, ainda que laico, abriga uma vasta gama da população vinculada aos dogmas religiosos, em especial os do catolicismo. A interrupção da gestação é tratada pela religião católica de forma bastante rígida. A expressão legislativa relacionada ao aborto é evidente fruto desta influência. Por esta razão, veio à tona, a reboque da discussão proposta ao STF, toda a questão relacionada ao aborto.

Porém, esta avalanche de conceitos e perspectivas relacionadas com o tema parece ter feito com que se perdesse o referencial central

(2) - VELLOSO, Carlos. O aborto do feto anencéfalo. Folha de São Paulo, ed. do dia 4 de novembro de 2004, p. A3.

(3) - MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A dor a mais. Folha de São Paulo, ed. do dia 29 de outubro de 2004, p. A3.

(4) - MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A dor a mais. Folha de São Paulo. Ed. do dia 29 de outubro de 2004, p. A3.

da questão, ou seja, se o Direito Penal deve ou não regular a matéria relacionada com a interrupção da gestação de um anencéfalo. Uma correta visão da matéria deve retornar ao marco teórico apropriado para a discussão, pois, conforme comenta Silva Franco:

... num Estado Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana e com o pluralismo moral e cultural, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais⁵.

O que se propõe neste breve ensaio é filtrar um pouco as questões tangenciais relacionadas com o tema, de modo a deixar livre o caminho para a avaliação penal.

2. A punibilidade do aborto como produto de uma orientação social

O primeiro ponto a tratar é a busca das fontes da punibilidade do aborto. Sabe-se que a prática abortiva era comum entre os povos antigos. Noticia Nélson Hungria⁶ que inclusive:

... entre os hebreus, não foi senão muito depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência.

Os Gregos tampouco puniam esta prática. Enquanto 'Licurgo e Sólon a proibiram, e Hipócrates, no seu famoso juramento declarava:

(5) - FRANCO, Alberto Silva. Um Bom Começo. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 12, n. 143, Outubro/2004, São Paulo: IBCCrim, 2004, p. 2.

(6) - HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 269.

‘a nenhuma mulher darei substância abortiva’ [...] Aristóteles e Platão foram predecessores de Malthus: o primeiro aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma) para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em relação a toda mulher que concebesse depois dos quarentas anos⁷.

Nem mesmo o Direito Romano⁸, de início, estabelecia qualquer punição para o aborto. Só posteriormente *‘a abactio partus’* foi considerada uma lesão ao direito do marido à prole⁹. Finalmente, com o advento

(7) - HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 269-270. "Dissemos, pois, que os filhos devem nascer de pais na flor da idade. _ É verdade. _ Porventura não te parece também que o tempo médio da flor da idade é de vinte anos para a mulher, e de trinta para o homem? - E quais são os anos para cada um? _ perguntou. _ A mulher dará filhos à cidade começando aos vinte anos até aos quarenta; o homem, depois de ter ultrapassado a metade mais fogosa de sua vida, a partir de então pode gerar filhos à cidade até aos cinquenta e cinco anos. _ Portanto, se alguém mais velho do que estes, ou mais novo, se atirar à obra comum da geração, diremos que a sua falta não é pia nem justa, por ter dado à cidade um filho que, ainda que passe despercebido, nascerá sem ter sido gerado sob a proteção dos sacrifícios e das preces que recitam em cada casamento as sacerdotisas e sacerdotes e a cidade inteira, para que de pais bons nasçam filhos melhores, e, de pais úteis, filhos ainda mais úteis. Em vez disso, terá nascido à guarda das trevas e da terrível incontinência". PLATÃO. A República. São Paulo: Martin Claret, 2003, pp. 155-156.

(8) - "O aborto nem sempre foi punido, pois antigamente era indiferente ao direito, sendo considerado o feto simples anexo ocasional do organismo materno, cujo destino a mulher podia livremente decidir. Nos primeiros tempos de Roma o aborto não era punido. Depois, sendo levado em consideração o direito de paternidade em sua defesa, começou a incriminação do aborto, justamente pela frustração da esperança do pai quanto à sua descendência". NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Em defesa da vida. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10. "Em Roma, não cuidavam do aborto as XII Tábuas e as leis da República. Considerava-se o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Ensinava a escola estoica que *partus antequam edatur mulieris pars est ve viscerum*, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *jus in se ipsa*. Tornou-se o aborto, por isso mesmo, comuníssimo". HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 270.

(9) - HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 271.

do cristianismo é que o império romano dobrou-se, por força da influência religiosa, a punir a prática de aborto¹⁰.

No período do direito canônico, a matéria mereceu intenso debate, ressuscitando a discussão sobre a sua punibilidade estar associada à aquisição da "alma" por parte do recém-nato¹¹.

Já nas primeiras codificações como a Carolina, se `cominava a morte pela espada a quem fizesse abortar alguma mulher e ordenava a morte por afogamento da mulher que em si mesma provocasse aborto'¹².

Nota-se, pois, claramente a influência da religião católica na formulação da punibilidade do aborto. É possível contra-argumentar referindo que se trata de um comentário sobre as origens da sociedade ocidental, época em que a consciência a respeito da preservação da vida em formação carecia muito do conhecimento científico.

Porém, tampouco parece que as primeiras formulações jurídicas do Direito Penal Brasileiro, já em uma época muito mais próxima da nossa realidade, tenham determinado o perfil incriminador que hoje temos reservado para esta conduta.

(10) - Nogueira comenta que "foi o Cristianismo que introduziu no conceito de aborto a idéia da morte de um ser humano, punindo-o como homicídio; o problema discutido era o do momento em que a alma penetrava no organismo em formação, distinguindo-se o feto animado do inanimado para efeito de punição". NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Em defesa da vida. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10. "Foi, porém, com o cristianismo que se consolidou a reprovação social do aborto. Sob seu influxo, os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, sendo-lhe cominada até mesmo a pena do *culeus*". HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 271-272.

(11) - "No começo da Idade Média, os teólogos disputaram em torno da incriminação do aborto. Santo Agostinho, com fundamento na doutrina de Aristóteles, dizia que o aborto só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer 40 ou 80 dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher. São Basílio, porém, firmando-se na versão da Vulgata, não admitia distinção alguma: o aborto provocado era sempre criminoso". HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp 271-272.

(12) - "Quem, por meio de violência, ou ministrando substâncias ou beberagens, provocar uma mulher a abortar um feto vivo, se tal crime foi praticado dolosa e perseverantemente, será decapitado como homicida; e a mulher que em si mesma provocar aborto, seja afogada, ou de outro modo punida com a morte. Se, porém, a criança cujo aborto foi provocado ainda não era viva, consulte-se o parecer dos entendidos em direito".

Segundo refere Bitencourt, nosso Código Penal do Império (1830) previa a criminalização apenas do aborto praticado por terceiro e não do auto-aborto¹³. É bem verdade que o aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante era punido, mas não a prática pela própria gestante, o que dá um indicativo de uma propensão à proteção do bem jurídico vida, sem desprezo completo da proposição de defesa dos interesses da própria gestante. A punição do auto-aborto aparece pela primeira vez no Código Penal de 1890¹⁴. O Código Penal de 1940 - cuja parte especial vige até hoje - estabelece, como causas de exclusão da antijuridicidade, o aborto para salvar a vida da gestante (que pode ser considerado uma especialidade do estado de necessidade) e os casos em que a gravidez é resultante de estupro. Esta última forma de exclusão da antijuridicidade é reveladora de uma evidência: que o critério moral permeia a seleção das condutas justificadas relacionadas especificamente ao tema.

3. O Aborto E As Hipóteses De Justificação

Antes de adentrar a discussão da questão, frise-se que se incursiona no tema das causas de justificação como mero exercício argumentativo. Trata-se de oferecer uma tese alternativa, já que a existência de uma justificação presume a existência de um tipo penal, coisa que somente se está admitindo, de momento, como uma hipótese. É de lembrar, porém, que a arguição proposta ao Supremo Tribunal Federal tem por escopo justamente a distensão das hipóteses de justificação para a conduta que realiza a interrupção da gestação, já admitida, por exemplo, em casos de gravidez resultante de estupro, de modo a alcançar os casos em que há diagnóstico de anencefalia do feto.

Salta aos olhos que a justificação do aborto em gravidez resultante de estupro visa uma preservação que não se relaciona em

(13) - "O Código Criminal do Império de 1830 não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o realizado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Criminalizava, na verdade, o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o auto-aborto". *In* BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. 3^a ed., v.2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

(14) - BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal. 3^a ed., v.2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

absoluto com o bem jurídico vida e nem obedece a nenhum critério médico. Na verdade, trata-se da preservação da honra subjetiva da parturiente ou até mesmo de sua sanidade psicológica mediante o sacrifício de uma vida em gestação.

Afirma Hungria, sobre o aborto sentimental, que `nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida'¹⁵. O autor lembra a lição de Binding, segundo o qual `seria profundamente iníqua a terrível exigência do direito, de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra'¹⁶.

Entretanto, não se tem reconhecido, no âmbito forense, como igual proteção da sanidade psicológica da mulher a interrupção da gestação de um feto anencéfalo, ainda que seja evidente o sofrimento que se impinge à gestante pela determinação de que o parto deva chegar a termo.

Na realidade, o fundamento pelo qual nosso Código não abriga a possibilidade de exclusão da antijuridicidade nas hipóteses de anencefalia deriva simplesmente da época de sua edição, quando a ciência médica ainda não avançara a ponto de oferecer um diagnóstico seguro sobre a inviabilidade fetal em casos de anencefalia. Basta ver os comentários dos tratadistas da época, quando cuidavam da questão do aborto relacionado com problemas clínicos do produto da concepção. Menciona Aníbal Bruno:

É impossível definir com segurança o que resultará do jogo entre os genes favoráveis e desfavoráveis provindos dos dois núcleos germinais e submetidos por sua vez à influência das infinitas condições que irão cercar a evolução do novo (*sic*) ser e imprimir-lhe a extrema complexidade da sua estrutura e do seu comportamento individual [...] Em

(15) - HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312.

(16) - HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 312.

verdade, estamos diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança ainda não pôde dizer a palavra decisiva. E nada mais contrário aos princípios que regem o Direito do que pretender decidir sobre (*sic*) tais incertezas o destino de um ser humano.¹⁷

No mesmo sentido, Nélson Hungria:

O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado aborto eugenésico, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido «quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal». Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a incisiva lição de Von Franqué: «Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes inteiramente sãos e de alta espiritualidade...A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos¹⁸.

(17) - BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte especial*, Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 174-175.

(18) - HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1958. pp. 313 e 314.

Na verdade, o problema do chamado "aborto eugênico" referia-se então às deformidades físicas e mentais que o feto poderia apresentar e, nestes casos, a defesa do aborto, em casos como tais, guardava simetria com o horror nazista de propostas de eliminação similares às Leis eugênicas então editadas. Nesse diapasão, a autorização do aborto referia-se a uma situação em que não havia prognóstico de morte. É Magalhães Noronha quem comenta a 'falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá fatalidade do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não se admitir sua morte antecipada'¹⁹.

Pois bem. A determinação legislativa taxativa de hipóteses de exclusão de antijuridicidade do aborto, contida no art. 128, com certeza já não reflete, do mesmo modo que à época de sua edição (1940), as aspirações da sociedade brasileira, nem a realidade do avanço científico. As hipóteses em questão estão restritas à gravidez resultante de estupro e à gestação que implica em risco de vida para a gestante. Ao tratar-se de uma causa especial de exclusão da antijuridicidade, a interpretação, em princípio, seria restritiva e não comportaria ampliação.

No entanto, convém ressaltar que, como de regra, o direito culmina pela absorção das razões sociais em constante e paulatina evolução. Temos assim que, uma vez já reconhecida social e tecnicamente, como circunstância que justifica a prática interruptiva da concepção, a hipótese em apreço já é contemplada no anteprojeto de nova parte especial do Código Penal que atualmente tramita como projeto no Congresso Nacional²⁰. A situação é, portanto, de conhecimento comum, somente não figurando no mundo jurídico dados os trâmites legislativos, que sempre vem a reboque ou como resultado de um prévio posicionamento social.

(19) - NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987-1988, p. 62.

(20) - "É perfeitamente defensável a orientação do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso". BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial Vol. II*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156. O anteprojeto prevê, para a hipótese, a seguinte redação: «Não constitui crime o aborto praticado por médico: Se se comprova, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado».

A matéria já vem, inclusive, suscitando freqüentes comentários dos doutos, valendo citar passagem da recente obra de Paulo Lúcio Nogueira titulada "Em Defesa da Vida":

O médico Thomaz Rafael Gollop, em artigo bastante esclarecedor sobre o assunto, e com sua experiência no atendimento de mais de três mil casais em exames pré-natais para diagnóstico de malformações fetais, examina a questão do aborto eugênico sob o prisma médico e informa que na área de minha especialidade, a ultra-sonografia e outros exames de alta precisão fornecem dados muito seguros sobre a saúde do feto nos casos de risco, nos quais, dado um quadro adverso, o casal deveria ter o direito de escolher livremente pela continuação ou interrupção da gravidez. (Boletim do IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 12, jan., 1994). Informa o ilustre médico que 'recente levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostra que, em 1970, cerca de 35% dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje, 90% dos obstetras pensam da mesma forma. Houve uma revolução do pensamento médico, ditada por todo o tipo de informação e pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhada pela lei penal nem por setores influentes da sociedade.' E acrescenta que o que nós temos observado é que em 95% dos casos, diante de uma anomalia fetal grave, a opção do casal é a interrupção da gestação ainda que ela não seja legal em nosso meio. E conclui, mencionando dois precedentes jurídicos da mais alta importância. Em dezembro de 1992, o Juiz Dr. Miguel Kfoury Neto, de Londrina, autorizou a interrupção de uma gestação na qual havia sido diagnosticada anencefalia. Em dezembro de 1993, entramos com ação e obtivemos do

Juiz de Direito Dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco autorização para interromper gravidez de 23 semanas em feto portador de acrania. A nosso ver, são essas demonstrações claras, onde o avanço da ciência médica procurou e obteve apoio e sensibilidade da classe jurídica.²¹

Bitencourt refere justamente que "o Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30"²². Não são mais aceitáveis os critérios sociais ou científicos da época como parâmetro para os dias atuais. Afinal, continua Bitencourt, `passaram sessenta anos, e, desse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução da ciência médica²³. A precisão dos diagnósticos clínicos atuais faz com que haja "condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extra-uterina"²⁴.

Códigos penais de edição mais moderna, como o espanhol, de 1995, já prevêem uma clara ampliação das hipóteses de exclusão da antijuridicidade no aborto para incluir hipóteses inclusive mais amplas que a anencefalia²⁵, mantendo sempre a permissividade para a expulsão do feto gerado em situação de estupro.

As duas situações, da gravidez resultante de estupro e da gestação de um anencéfalo, no que tange ao período gestacional, pro

(21) - NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 15-16.

(22) - BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

(23) - BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

(24) - BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 156.

(25) - O artigo 417 bis do CP espanhol prevê o aborto eugenésico o embriopático: "art. 417 bis, 1, 3º: "Que se presuma que o feto deverá nascer com graves taras físicas ou psíquicas, sempre que o aborto se pratique dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação e que o parecer, expresso com anterioridade à prática do aborto, seja emitido por dois especialistas de centro o estabelecimento sanitário, público ou privado, cadastrado a estes efeitos, e distintos daquele sob cuja direção se pratique o aborto".

duzem semelhante aflição psicológica na mulher. A primeira, porque os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe que a cada instante estará revendo as cenas horrendas que produziram esta gravidez. A segunda, porque a cada dia estará vendo o desenvolvimento agônico de um ser que dá mais um passo no inexorável caminho da morte.

Não há distinção possível no âmbito destas duas situações do ponto de vista dos valores jurídicos a serem preservados.

O momento das causas de justificação, segundo Roxin, é justamente o espaço de contraposição entre os valores, "é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual os interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais"²⁶. Aqui aparece a necessidade de sopesar a preponderância da pretensão individual contra o interesse coletivo e, mais ainda, expressa-se a proporcionalidade e a igualdade material, ao dotar de soluções igualitárias do ponto de vista das exigências sociais, pretensões individuais equivalentes. Por isso, situações de idêntica aflição, como no caso, devem merecer idêntico tratamento de parte do direito, tratando-se ambas como situações justificadas.

Se não se pode fazê-lo à míngua de previsão legal específica, cumpre reconhecer, na hipótese, uma situação de causa supralegal de exclusão da ilicitude.

É que o direito, no tema da justificação, não pode ficar adstrito a uma interpretação estreitamente positivista, mas sim deve transcender a norma para buscar seu sentido, esclarecendo a fundamentação pela qual uma determinada conduta deve ser considerada justificada perante o sistema de controle social. Esta fundamentação evidentemente guarda uma *ratio* eminentemente social e, por isso mesmo, configura um ponto sensível à evolução da sociedade em que se insere. Por isso, não se pode

(26) - ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema de Direito penal. Trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 30.

restringir o âmbito da justificação apenas a causas legais, senão que devem ser admitidas também causas supralegais de justificação. Nesse sentido, comenta Francisco de Assis Toledo²⁷:

As causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal.

Analizando a situação da interrupção da gestação do anencéfalo, verificamos claramente que estamos diante de uma situação em que a evolução da ciência médica permite um diagnóstico de cem por cento de segurança a respeito da inviabilidade da sobrevivência do produto da concepção. Por outro lado, o estágio de evolução da sociedade permite equiparar a aflição derivada desta gestação àquela sofrida pela gestante estuprada. Assim, transparece extrema de dúvidas a necessidade de reconhecimento da causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Porém, convém ressaltar ainda que, para o desenvolvimento do argumento em reconhecimento desta causa excludente da ilicitude, se parte da presunção não aceita, senão por mero exercício argumentativo, que se está diante de um fato típico.

Em verdade, o tipo é questionável a partir dos próprios fundamentos de sua concepção. Da idéia mesma de aborto, se comparada com a realidade fática e principalmente médica da anencefalia.

(27) - TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 171.

4. A questão médica

Do ponto de vista médico, convém referir que ainda que estejamos vivendo um momento de consideráveis avanços tecnológicos, que a indústria farmacêutica e a técnica médica tenham alcançado patamares exponencialmente mais importantes do que há poucas décadas atrás, é certo que ainda não chegamos à possibilidade de reversão de determinados quadros clínicos.

Em contrapartida, é certo que temos cada vez mais diagnósticos precisos, de modo a permitir à atividade médica uma considerável redução de riscos. No que tange à anencefalia, convém citar o estudo publicado na página do Comitê Hospitalar de Bioética do Hospital de Emergência Eva Perón, na Argentina, onde se comenta que "o diagnóstico de anencefalia se realiza no útero com alto grau de certeza. Um estudo que combinou os resultados de seis instituições, detectou mais de 130 casos, sem nenhum diagnóstico falso positivo (em nenhum caso o diagnóstico pré-natal de anencefalia resultou equivocado)"²⁸.

Reconhecido isto, convém notar que esta mesma medicina, absolutamente avançada, concluiu que não é viável a geração de crianças anencéfalias, ou seja, que sem a atividade do cérebro, separado do organismo da mãe, ao cabo do período gestacional, o feto anencéfalo necessariamente fenece. "Desafortunadamente, não existe nenhum tratamento para a anencefalia. Devido à falta de desenvolvimento do encéfalo, aproximadamente 75% dos bebês nascem mortos e 25% restante só logra sobreviver umas poucas horas, dias ou semanas"²⁹.

É certa, portanto, a inviabilidade da sobrevida do feto anencéfalo. Este perecimento deriva, exatamente, da falta de atividade cerebral.

A anencefalia é uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um

(28) - Retirado do site do *Comité Hospitalario de Bioética del HOSPITAL INTERZONAL GENERAL DE AGUDOS EVA PERON*, <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>, em 30 de outubro de 2004.

desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com freqüência apresenta uma ausência parcial ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, vista, ouvido, tato e movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar e é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça³⁰.

O anencéfalo, ao nascer, está em estado vegetativo, ou seja, sua respiração e batimento cardíaco estão associados ao tronco, que permite a ele estas ações mecânicas. Não há, entretanto, atividade cerebral propriamente dita, por falta do encéfalo. Assim, este ser está condenado perenemente a esta condição vegetativa, sem qualquer possibilidade de desenvolvimento dos sentidos, de uma vida, afinal, tal qual se espera.

E o perecimento do anencéfalo deriva da necessária interdependência entre o encéfalo e o tronco. Quer dizer, ainda que o tronco produza determinadas funções essenciais como o batimento cardíaco e o movimento pulmonar (ademais de outros movimentos involuntários e às diversas funções anatomicamente associadas ao tronco), é certo que a permanência deste funcionamento depende de outras atividades que incumbem ao encéfalo, como o funcionamento de glândulas e o movimento muscular que facilita a própria respiração. Sem estas, aos poucos perece a própria atividade do tronco.

O cotidiano médico esbarra com situações deste tipo mais cotidianamente do que parece, pois não só o feto anencéfalo padece da falta de atividade cerebral, como um sem número de vezes, enfermidades graves ou acidentes com resultados muito danosos podem levar pessoas que, a princípio não padecem de problemas congênitos, à cessação de atividades encefálicas. Há um grande volume de casos em que a medicina, por estar hoje dotada de recursos técnicos e aparelhos de alto grau de sofisticação, mesmo onde cessa a atividade cerebral de algum enfermo ou accidentado, consegue lograr mantê-lo com atividade cardio-

respiratória justamente por conta de medicamentos e aparelhos.

(30) - Retirado do site <http://www.mmhs.com/clinical/peds/spanish/neuro/anenceph.htm>, do *Martin Memorial Health System*, em 30 de outubro de 2004.

Pois bem, esta situação, na prática, equivale à do anencéfalo na medida em que ambos tem ativa a função cardíio-respiratória, porém, inoperante a atividade encefálica. Há porém, ao menos duas diferenças: a primeira, que o anencéfalo mantém a atividade cardíio-respiratória sem auxílio de aparelhos enquanto que a pessoa acidentada ou doente o faz pela intervenção destes; a segunda, que a pessoa acometida da enfermidade ou do acidente, um dia teve alguma atividade cerebral, e fisicamente goza do órgão necessário para tanto, enquanto que o anencéfalo jamais teve esta atividade e nem tampouco pode vir a tê-la pela falta do órgão essencial para isso.

Daí deriva que, no jargão médico, já não se fala simplesmente em morte, senão em morte clínica e morte encefálica.

5. O conceito jurídico de morte e, por exclusão, de vida

Pois bem. Como se sabe, muitas vezes o direito extrai alguns de seus conceitos das ciências naturais, outros das ciências sociais e outros ainda da experiência empírica. Outras tantas vezes o direito estabelece seu próprio conceito a respeito de determinados objetos ou fatos, que não necessariamente coincide com o conceito comum.

Evidentemente, se o direito, e em especial o Direito Penal se ocupa da proteção do bem jurídico vida, é necessário saber, antes de tudo, o que é vida para o direito e, em especial, para o Direito Penal.

Não há no arcabouço jurídico um conceito preciso sobre vida. Há conceitos a ela relacionados, como, por exemplo, o reconhecimento de personalidade jurídica e outros correlatos às sucessões no âmbito civil.

Porém, se não há precisão quanto à vida, sob um aspecto conceitual, este conceito jurídico se pode alcançar pela via da exclusão.

É que a Lei n. 9.434/97, que regula a matéria relativa ao transplante de órgãos, estabelece exigências para a doação de órgãos. Nesse sentido, o art. 16 da referida lei é claro ao exigir:

A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica ...

§ 1º - O diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia reconhecido no País.

A matéria foi regulamentada na Resolução n. 1.480 do Conselho Federal de Medicina, em 8 de agosto de 1997, na qual consta textualmente que "...a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial...".

Ademais, a mesma resolução estabelece os critérios que deverão ser seguidos no protocolo de diagnose da morte encefálica são compostos de exames clínicos e complementares, referidos os clínicos à inércia respiratória e os complementares todos dirigidos à constatação da inatividade cerebral.

Art. 1º - A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

[...]

Art. 4º - Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

[...]

Art. 6º - Os exames complementares a serem observados para constatação da morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou; b) ausência de atividade metabólica cerebral ou; c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Assim, para o caso de doador morto, a lei citada estabelece a possibilidade de doação de órgãos, mediante o cumprimento de uma *conditio sine qua non* que é o atestado de cessação de atividade encefálica do

doador.

13 - O Crime do Colarinho Branco. Visão Geral

O CRIME DO COLARINHO BRANCO. VISÃO GERAL

Renato Ribeiro Velloso

Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim; Membro Associado Não mantenedor do Instituto Comportamento, Evolução e Direito – ICED; e Pós-Graduando em Direito Penal Econômico Internacional, pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra, Portugal.

O CRIME DO COLARINHO BRANCO. VISÃO GERAL

Renato Ribeiro Velloso

O termo "crime do colarinho branco" *White-Collar Crime* surgiu em 1939, durante um discurso dado por Edwin Sutherland a *American Sociological Association*.

Considerado um dos maiores criminalistas de sua época nos Estados Unidos, foi eleito presidente da *American Sociological Association*, muito de seu estudo foi influenciado pela aproximação da escola de Chicago ao estudo do crime que enfatizou o comportamento humano como determinado por fatores ambientais, sociais e físicos.

Sutherland definiu o termo como o crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social, *status* sócio-econômico, no curso de sua ocupação, ocorrendo, quase sempre, uma violação de

confiança.

Embora haja algum debate a respeito sobre o que qualifica um crime do "colarinho branco", o termo abrange geralmente os crimes sem violência cometidos em situações comerciais para ganho financeiro. Muitos destes crimes são de difícil percepção, pois são preparados por criminosos sofisticados, que usam de todos os artifícios possíveis para tentar esconder suas atividades com uma série de transações complexas.

Hodiernamente existe a impressão de impunidade do infrator frente o sistema penal, que parece selecionar as pessoas e não as ações. As penalidades para as ofensas do crime de "colarinho branco" incluem multas, a restituição, o aprisionamento, etc. Entretanto, estas sanções podem ser diminuídas se o réu ajudar as autoridades em sua investigação.

Howard Becker dá uma afirmação paradigmática:

... este, claro, é um dos mais importantes pontos da análise de Sutherland do *White-Collar crime*: os crimes cometidos pelas sociedades são quase sempre processados como casos civis, mas o mesmo crime cometido por um indivíduo é normalmente tratado como uma ofensa criminal.

Basta verificarmos a população carcerária, em que é latente que, em sentido geral, a pobreza é punida. Pois se tem a impressão de que o agente, que possui maior poder financeiro, é pessoa socializada. Quando na verdade o agente socializado não é aquele que possui melhor condição social-financeira, mas, sim, aquele que está apto a seguir regras, que se enquadra no direito, independente de raça ou classe social.

Cláudia Cruz Santos alerta que:

... mesmo nos casos em que a notícia do crime do colarinho branco chega ao conhecimento da polícia, pode não se verificar o empenho necessário à conveniente investigação. A complexidade das infrações, os custos da investigação e, sobretudo, a valoração feita pela própria polícia quanto à menor gravidade da conduta são desincentivadoras de uma intervenção efectiva. E é neste momento que funcionam os próprios preconceitos dos policiais: numa conjuntura de insuficiência dos recursos face ao número de casos a investigar, há que fazer escolhas; as representações dominantes sobre os crimes mais perniciosos para a comunidade e sobre os agentes nos crimes comuns que têm maior visibilidade.

Com a declaração acima, verificamos que o policial agirá com discricionariedade, não se empenhando na

investigação, não dando assim base suficiente para o Ministério Público e para o Judiciário.

Braithwhite notou que:

... se o crime dos poderosos se explica por alguns terem demasiado poder e riqueza e se os crimes comuns se explicam pelo facto de outros terem muito pouca riqueza e poder, uma redistribuição da riqueza e poder diminuirá o crime.

O crime de colarinho branco pode vitimar milhares de pessoas, assim sendo, seria melhor prevenir um mal, dando importância à prevenção e aplicando penas mais rígidas aos que cometem a infração.

Bibliografia:

SANTOS, Cláudia Cruz. *White Collar Crime e Justiça Penal – Aula do curso de especialização em Direito Penal Econômico Internacional* (São Paulo 02 e 03 de setembro de 2004), auditório da Apamagis.

FRANCO, Rodrigo Strini. *Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal.* *Jus Navigandi*, Teresina, ⁷, n.65, mai.2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?ide=4042>.

Procedimento e Instrução Criminal

ANOTAÇÕES PONTUAIS SOBRE A LEI N° 10.409/2002 (NOVA LEI ANTITÓXICOS) - PROCEDIMENTO E INSTRUÇÃO CRIMINAL

Renato Flávio Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo;

Mestre em Direito Penal pela Universidade Mackenzie;

Especialista em Direito Constitucional;

**Professor de Direito Penal, Processo e Execução Penal na Unirp e Unip, em São José
do Rio Preto-SP;**

**Sócio-fundador da AREJ-Academia Riopretense de Estudos Jurídicos; Coordenador
Cultural da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo - Núcleo de
São José do Rio Preto-SP; Membro da Associação Internacional de Direito Penal
(AIDP).**

**ANOTAÇÕES PONTUAIS SOBRE A
LEI 10.409/2002(NOVA LEI ANTITÓXICOS)**

PROCEDIMENTO E INSTRUÇÃO CRIMINAL

Renato Flávio Marcão

SUMÁRIO: Introdução. 1. Artigo 27. 2. Artigo 28.3. Artigo 29.4 Artigo 31.5 Artigo 37, inc. II. 5.1. Prazo para realização das diligências e outras particularidades. 6. Artigo 38, *caput*. 6.1. Prazo para o oferecimento de denúncia. 6.2. Queixa subsidiária. 6.3. Procedimento. 6.4. Citação do réu preso. 6.5. Resposta escrita: compreensão do tema. 6.6 Prazo para o oferecimento da resposta escrita. 6.7. Ausência de resposta no prazo legal. 7. Artigo 39. 7.1. Hipóteses de rejeição da denúncia. 8. Artigo 40. 8.1. Cautelas. 8.2. Assistente. 8.3. Despacho saneador. 8.4. Ausência do despacho. 8.5. Desclassificação da conduta por ocasião do despacho. 8.6. Preclusão da matéria decidida. 9. Artigo 41. 9.1. Interrogatório. 9.2. Dependência. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Com a sanção parcial do Projeto que deu origem à Lei n.10.409/2002, a Nova Lei Antitóxicos, é preciso deitar reflexões sobre seu texto, que entrará em vigor no dia 27 de fevereiro de 2002, alterando parte da Lei n. 6.368/76.

Longas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, verdadeiros embates deverão sobrevir, como já se percebe pela inquietação reinante na comunidade jurídica e até mesmo na sociedade em geral, cada vez mais preocupadas com as questões relacionadas com a criminalidade, notadamente nos dias atuais.

Sem pretender esgotar as inquietações relacionadas aos capítulos que envolvem o procedimento criminal (Capítulo IV) e a instrução criminal (Capítulo V), passaremos a estabelecer algumas observações que, no presente momento, merecem maior destaque, a nosso ver e sentir, sem excluir todas as demais que serão abordadas em outra ocasião.

1. ARTIGO 27

O art. 27 da Lei n. 10.409/2002 estabelece que o procedimento relativo aos processos {por crimes definidos nesta Lei} se rege pelo disposto no Capítulo em que se encontra (Capítulo IV), aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

A regra assemelha-se àquela estabelecida no art. 20, da Lei n. 6.368/76, contudo, apresenta-se mais ampla no sentido de estabelecer, quando nem precisaria, a possibilidade de aplicação subsidiária do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. A Lei anterior referia-se apenas à possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

O grave problema que a Lei já propõe é saber se o procedimento que ela regula será aplicado, ou não, aos crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica.

A questão tem relevância, pois, considerando os vetos presidenciais, a Lei n. 10.409/2002, como está, não definiu nenhum crime.

Ora, se o procedimento por ela estabelecido se aplica aos crimes que ela define, não havendo na Lei qualquer definição de crime, resulta claro que o procedimento não terá nenhuma aplicação. Vale dizer: com relação aos crimes e ao procedimento, permanecendo tudo como está até o momento, continuam em vigor e, portanto, aplicáveis as disposições da Lei n. 6.368/76, até porque também foi vetado o art. 59, que a revogava.

Mesmo diante da possibilidade de se entender absolutamente inaplicáveis as disposições relativas ao procedimento previsto na Nova Lei Antitóxicos, sobre algumas regras passaremos a estabelecer ligeiras considerações, conforme segue.

2. ARTIGO 28

Duas únicas observações.

O § 1º do art. 28, tendo o *caput* também vetado, estabelece que, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da autoria e materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade do produto, da substância ou da droga

ilícita, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea, escolhida, preferencialmente, entre as que tenham habilitação técnica.

A primeira: Equivocou-se o legislador. O auto de constatação serve para a comprovação provisória da materialidade do delito. Refere-se à natureza da substância. Nada indica quanto à autoria delitiva.

A segunda: É possível que o auto de constatação seja firmado, em situação extrema e plenamente justificada, por pessoa idônea, sem habilitação técnica. Pois a Lei menciona que, na falta de perito oficial, é

cabível seja aquele firmado por pessoa idônea, escolhida, {preferencialmente}, entre as que tenham habilitação técnica.

3. ARTIGO 29

Conforme o art. 29 da Lei n. 10.409/2002, o inquérito policial será concluído no prazo máximo de 15 (quinze) dias, se o indiciado estiver preso, e de 30 (trinta) dias, quando solto.

Todavia, nos precisos termos do parágrafo único do citado dispositivo, os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, mediante pedido justificado da autoridade policial.

De notar-se que o parágrafo único autoriza a duplicação dos prazos referidos no *caput* do art. 29, de maneira que a duplicação será cabível, inclusive, quando tratar-se de investigado preso.

Pelo que se extrai da nova regra, estando o investigado solto, não é mais cabível a prorrogação reiterada de prazos como ocorria no passado e ainda verificada nos inquéritos policiais instaurados para a apuração de crimes de outra natureza.

Verificando a complexidade das investigações, deverá a autoridade policial que preside o inquérito encaminhar os autos ao Juízo competente, antes do vencimento do prazo e, justificadamente, solicitar a duplicação deste. É recomendável o encaminhamento dos autos não só para a necessária distribuição, como também, e principalmente, para que o Ministério Público, titular da ação penal pública, possa tomar conhecimento da prova colhida e manifestar-se sobre o pedido, e o Juiz, avaliando a necessidade ou não, decidir sobre a duplicação dos prazos conforme a solicitação.

Não há dúvida, entretanto, que a tramitação - envolvendo a remessa dos autos ao Juízo competente, a distribuição, o registro, a autuação, a abertura de vista ao Ministério Público, a conclusão ao juiz para decisão, e a devolução dos autos à Delegacia - demandará excessivo tempo, o que poderá levar à prática condenável de se solicitar a duplicação de prazos via ofício, indistintamente, permanecendo o inquérito na Delegacia.

À primeira vista, seria possível dizer que tal proceder acarretaria vantagens em termos de celeridade, pois não haveria a paralisação das diligências durante a tramitação do pedido de duplicação. Não nos parece correta, todavia, tal conclusão.

Com efeito. E se o Ministério Público discordar da duplicação, ou, concordando, o juiz não a conceder?

Estando o inquérito na Delegacia de Polícia estaria ocorrendo constrangimento ilegal, caso vencido o prazo de conclusão em se tratando de investigado preso. A consequência inevitável seria o relaxamento da prisão, em se tratando de flagrante.

Recomendável, pois, que, em se tratando de investigado preso, ocorra sempre a remessa dos autos, devendo a autoridade policial consignar expressamente a real necessidade da duplicação pretendida, que, se não for concedida, não impedirá sejam adotadas as providências mencionadas no art. 31.

Acrescente-se, em arremate, que a remessa dos autos ao Juízo, solicitando duplicação de prazo, não impede a continuidade das diligências, que seguirão em apartado e depois serão juntadas aos autos respectivos. E, se não for concedida a duplicação, deverão seguir na forma estabelecida no art. 31, observado o que dispõe seu parágrafo único.

Verificada a duplicação do prazo, conforme autorizada, e estando o investigado preso, não haverá constrangimento ilegal, de maneira que deverá permanecer recolhido até o limite máximo de 30 (trinta) dias, nesta fase.

Destaco que, embora a Lei nada diga a respeito, entendo imprescindível a oitiva do Ministério Público a respeito da duplicação, ou não, dos prazos estabelecidos para a conclusão do inquérito, conforme acima mencionei, pois é admissível que, recebendo os autos para manifestar-se sobre o pedido como titular da ação, entenda ser possível, desde já,

o oferecimento de denúncia, sem prejuízo da realização de outras diligências, inclusive conforme estabelecido no art. 31, não sendo o caso de duplicação do prazo, o que em muito beneficiaria o investigado, atendendo, inclusive a necessária celeridade, muito mais evidente em se tratando de investigado preso.

4. ARTIGO 31

Findos os prazos, simples ou duplicados (investigado preso ou solto), os autos de inquérito policial serão remetidos ao juízo competente, sem prejuízo da realização de diligências complementares destinadas a esclarecer o fato (art. 31, *caput*, da Lei n. 10.409/2002) em toda a sua amplitude, sendo certo que as conclusões das diligências e os laudos eventualmente pendentes, e colacionados em apartado, deverão ser juntados à ação penal eventualmente instaurada até o dia anterior ao designado para a audiência de instrução e julgamento.

Em razão da regra estabelecida no parágrafo único do art. 31, da Nova Lei Antitóxicos, quer nos parecer recomendável que a autoridade policial tenha conhecimento da data designada para a audiência de instrução e julgamento do feito pendente de diligências, a seu Juízo. Destarte, toda vez que a autoridade policial pretender agir em conformidade com as disposições contidas no referido dispositivo, embora inexista regra expressa a tal respeito, é aconselhável que assim consigne nos autos, e o Juízo, tendo tal conhecimento, ao proferir o despacho de recebimento da denúncia e designar dia e hora para a audiência de instrução e julgamento (art. 40, da Nova Lei Antitóxicos), além de ordenar a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do assistente, visando a busca da verdade real e a boa ordem processual, deverá determinar que se oficie à autoridade policial de onde originou o inquérito, para conhecimento da data designada. E, em sendo o caso, encaminhem-se as conclusões das diligências e os laudos pendentes, até o dia anterior ao designado para a audiência de instrução e julgamento, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 31.

O art. 23, *caput*, da Lei n. 6.368/76, era de melhor técnica ao estabelecer que, por ocasião da designação da audiência de instrução e julgamento, o juiz deveria determinar a notificação do réu e das testemu

nhas que nela prestariam depoimento, intimando-se o defensor e o Ministério Público, cientificando-se a autoridade policial e os órgãos dos quais dependia a remessa de peças ainda não constantes dos autos.

Por fim, importa destacar que a duplicação de prazos pelo Juiz é cabível apenas no que tange aos prazos de conclusão do inquérito, e assim não há que se confundir tal regra com aquela do art. 10, da Lei n. 8.072/90.

5. ARTIGO 37, INC. II

Dentre as providências que poderão ser adotadas pelo Ministério Público, o art. 37 da Nova Lei Antitóxicos, que não é taxativo, estabelece a possibilidade de se requisitar diligências.

Embora o dispositivo se refira às diligências que entender necessárias, quer nos parecer que se trata das diligências consideradas imprescindíveis, conforme dispõe o art. 16 do CPP.

De início, é importante observar que o dispositivo legal não fala em devolução dos autos à Delegacia de origem para a realização de diligências. Assim, à primeira vista, é de se concluir que os autos permanecerão com o Ministério Público e as diligências requisitadas deverão ser realizadas pela autoridade policial em apartado. Todavia, não há nada que proíba a devolução dos autos à Delegacia de origem para a realização das diligências requisitadas, devendo tal prática prevalecer na lida diária.

Se, por um lado, a permanência do inquérito com o Ministério Público pode sugerir um melhor controle deste sobre os inquéritos policiais e sobre a atuação da Polícia Judiciária, imprimindo inclusive celeridade nas investigações, por outro, avoluma um sério problema, qual seja, a falta de estrutura administrativa para o referido controle por parte do Órgão Ministerial, que não possui cartório, espaço físico e funcionários suficientes para a nova prática.

Outra questão pertinente é que não se deve confundir a possibilidade de requisição de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia com a possibilidade regulada no inc. III, última parte, do art. 37 da Nova Lei.

Com efeito, referido inciso (III) estabelece a possibilidade (e nem precisaria) de o representante do Ministério Público, ao oferecer denúncia, requerer as demais provas que entender pertinentes. Nesta hipó

tese, já existem elementos suficientes ao oferecimento da inicial acusatória, que está sendo apresentada, o que incorre na situação regulada no inc. II, em que as diligências visam exatamente a melhor elucidação dos fatos para a tomada de posição pelo Órgão Ministerial. Enquanto o inc. II busca a realização de provas para melhor formar a convicção quanto aos elementos determinantes do oferecimento da denúncia (ou requerimento de arquivamento), o inc. III regula situação em que, concomitantemente ao oferecimento da denúncia, outras provas serão requeridas, para apreciação no curso da instrução criminal.

Quer nos parecer, entretanto, que o representante do Ministério Público deverá estar atento no sentido de verificar se a autoridade policial não consignou nos autos a pendência de diligências complementares destinadas a esclarecer o fato, conforme autoriza o art. 31, *caput*, última parte, da Nova Lei.

Não é correto entender, aprioristicamente, que tais diligências tenham outra conotação, outro sentido, que não se confunde com as diligências que poderão ser requisitadas pelo Ministério Público com base no inc. II do art. 37. Muito embora o parágrafo único do art. 31 estabeleça que "as conclusões das diligências e os laudos serão juntados aos autos até o dia anterior ao designado para a audiência de instrução e julgamento", o que logicamente pressupõe ação penal já ajuizada, nada impede que as diligências pendentes de realização pela autoridade policial, quando da remessa dos autos e assim consignadas, sirvam exatamente para a formação da *opinio delicti*. Sendo o caso, deverá o Ministério Público requisitar o apressamento das diligências, pois, sem elas, nada poderá decidir quanto às hipóteses dos incs. I (requerer o arquivamento) e III, primeira parte (oferecer denúncia).

De tudo se extrai que, escoado o prazo para o encerramento das investigações, que é de 15 (quinze) dias

para as hipóteses de investigado preso e de 30 (trinta) dias, quando solto, podendo tais prazos serem duplicados pelo juiz, mediante pedido justificado da autoridade policial (art. 29 e parágrafo único, da Lei n. 10.409/2002), chegando os autos com vista ao representante do Ministério Público, havendo diligências consideradas imprescindíveis, a juízo deste, deverá requisitar da autoridade policial providências necessárias, salvo se tais diligências tiverem sido apontadas pela mesma como

complementares, conforme autoriza o art. 31, *caput*, da Lei n. 10.409/2002, quando então deverá requisitar apenas o apressamento na realização delas, por considerá-las imprescindíveis, a teor do disposto no art. 37, inc. II, da Lei n. 10.409/2002 c.c. o art. 16 do CPP.

5.1. Prazo para a realização das diligências e outras particularidades

A Lei Antitóxicos nada regula a respeito do prazo para a realização das diligências requisitadas pelo Ministério Público com fundamento no art. 37, inc. II.

No silêncio, de se seguir a regra geral, no que for pertinente.

Assim, em se tratando de investigado preso, eventual necessidade de realização de diligências imprescindíveis poderá acarretar a sua imediata soltura (v. art. 10, § 3º, do CPP). Em se tratando de investigado solto, requisitadas as diligências, deverá a autoridade policial providenciar o necessário dentro do prazo que for fixado (v. art. 10, § 3º, do CPP).

Na hipótese de investigado preso, quer nos parecer que se as diligências forem requisitadas por ofício, permanecendo os autos de inquérito com o Ministério Público, e se forem realizadas dentro do restante do prazo de 10 (dez) dias concedido pelo *caput* do art. 37, poderá o Ministério Público, ainda dentro de seu prazo total, e após a realização das diligências requisitadas e realizadas em apartado, oferecer denúncia, não decorrendo de tal prática constrangimento ilegal.

Exemplificado: se o Ministério Público recebe os autos de inquérito no dia de hoje, terá 10 (dez) dias, observadas as regras de contagem de prazo, para a adoção de uma das providências reguladas nos incs. I, II, III e IV, do art. 37, além de outras, como, por exemplo, requerer a extinção da punibilidade, já que o rol não é taxativo. Se requisitar diligências por ofício no mesmo dia (inc. II) e estas forem concluídas e remetidas no quinto dia do prazo, considerando que os autos permanecerão com o Ministério Público (não haverá devolução), entendemos que não haverá nenhum problema em oferecer denúncia dentro dos dias restantes, considerando o prazo total, que é de 10 (dez) dias.

Em abono da tese, é interessante mencionar sobre o art. 29, parágrafo único, da Nova Lei Antitóxicos, autorizando a autoridade policial

a solicitar a duplicação do prazo para a conclusão do inquérito, mesmo na hipótese de investigado preso, e não autoriza expressamente o titular da ação penal, o Ministério Público, a requisitar diligências quando o investigado estiver preso, sem acarretar constrangimento ilegal, ainda que tudo se verifique dentro do seu prazo (art. 37, *caput*). De ver-se que, se não há autorização expressa, também não há vedação expressa.

Assim, a interpretação no sentido de que é possível a requisição de diligências, por ofício, e o posterior oferecimento de denúncia ainda dentro do prazo de 10 (dez) dias a que se refere o art. 37, *caput*, sem acarretar constrangimento ilegal, se harmoniza com a sistemática da Lei.

Seria possível dizer que o art. 37, *caput*, é expresso ao dizer que, dentro do prazo de 10 (dez) dias, o Ministério Público deverá adotar uma das providências reguladas em seus incisos, o que afastaria a hipótese de requisição de diligências (inc. II) e posterior oferecimento da denúncia (inc. III) dentro do mesmo prazo. Todavia, não há nenhuma incompatibilidade entre a literalidade do texto e a conclusão acima apontada que, aliás, atende mais ao espírito da Nova Lei Antitóxicos.

6. ARTIGO 38, CAP

6.1. Prazo para o oferecimento de denúncia

A Nova Lei ampliou os prazos anteriormente previstos.

A Lei n. 6.368/76 estabelecia em seu art. 22, *caput*, o prazo de 3 (três) dias para o oferecimento de denúncia, e o parágrafo único do art. 35 a duplicidade do prazo em se tratando de crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14.

Sem distinção quanto a estar preso ou solto o investigado, agora o prazo é de 10 (dez) dias, observadas as regras gerais de contagem deste consoante estabelece o Código de Processo Penal.

6.2. Queixa subsidiária

Embora a Lei se refira apenas ao oferecimento de denúncia, é possível o início da ação penal também por intermédio de queixa-crime subsidiária, instaurando-se a denominada ação penal privada subsidiária da pública, conforme estabelecem os arts. 51, LIX, da CF, e 29 do CPP.

Em tal hipótese, o prazo para o oferecimento da queixa-crime será de 10 (dez) dias, contados do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia, desimportando se o investigado está preso ou solto.

6.3. Procedimento

Antes do recebimento da denúncia, deverá o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso.

A citação ocorrerá antes do recebimento da denúncia.

A resposta à acusação, antes do recebimento da denúncia, assemelha-se, no particular, à regra estabelecida no art. 514 do CPP. Na resposta, consistente de defesa prévia e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar testemunhas.

Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

Apresentada a resposta, o juiz concederá prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se o representante do Ministério Público e, em igual prazo, proferirá decisão de recebimento ou não da denúncia, podendo, antes, se entender imprescindível, determinar a realização de diligências, com prazo máximo de 10 (dez) dias.

Se a denúncia for recebida, a decisão poderá ser atacada pela via do *habeas corpus*, quando do recebimento se evidenciar flagrante constrangimento ilegal. Se for rejeitada, o recurso cabível continua sendo o recurso em sentido estrito, a teor do disposto no art. 581, inc. I, do CPP.

6.4. Citação do réu preso

Com o advento da Nova Lei Antitóxicos descebe a discussão outrora estabelecida sobre a necessidade de citação pessoal ou da

mera requisição para o interrogatório (TJSP, Ap. 144.374-3, 50 CCrim., j. 04-11-1993, rel. Des. Poças Leitão, *JTJ* 155/297; STF, HC 74.333-1/RJ, 20 T., j. 26-11-1996, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, 21.02.1997, *RT* 742/550; TJSP, Ap. 234.718-3, 30 CCrim., j. 17-02-1998, rel. Des. Walter Guilherme, *JTJ* 208/272.).

Entendia-se majoritariamente ser desnecessária a citação por mandado, bastando a requisição para o interrogatório (TJSP, Ap. 165.392-3, 40 CCrim., rel. Des. Christiano Kuntz, j. 08-02-1996, *JTJ* 180/284).

Com a nova disciplina, em razão da modificação do procedimento, deverá ocorrer a citação por mandado para que o acusado venha a responder à acusação por escrito. Descabe, pois, a simples requisição, que acabaria por não surtir os efeitos desejados pela Lei. A requisição se justificava pelo fato da necessidade de saída do preso do estabelecimento prisional para ser apresentado em Juízo e interrogado. Agora a citação visa possibilitar ao acusado a apresentação de resposta escrita. O interrogatório só irá ocorrer após a resposta; após a apreciação e julgamento de eventuais preliminares e exceções (art. 38, §§ 1º e 2º); após eventual produção de provas por determinação judicial (art. 38, § 5º) e após eventual recebimento da denúncia (art. 41).

6.5. Resposta escrita: compreensão do tema

A resposta escrita, consistente de defesa prévia e exceções, a ser apresentada antes do recebimento da denúncia ou queixa (subsidiária), envolve o questionamento de toda e qualquer matéria defensória.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a resposta escrita deverá atacar inclusive o mérito da acusação e deverá conter o rol das testemunhas, cuja oitiva se pretenda no curso da instrução, não havendo outro momento para a indicação.

A defesa poderá, entretanto, argüir matéria objetivando a rejeição da inicial acusatória, e, se for o caso, postular a produção de provas com tal finalidade, cumprindo ao juiz decidir, após a manifestação do Ministério Público (art. 38, § 4º), da necessidade ou não de se realizar diligências para melhor formar sua convicção e embasar sua decisão de recebimento ou rejeição da inicial (art. 38, § 5º).

Note-se que, neste momento processual, somente serão realizadas diligências voltadas à formação da convicção do Juízo, no tocante ao recebimento ou à rejeição da denúncia ou queixa (subsidiária). A prova

destinada ao mérito será produzida após o recebimento, em momento oportuno. Não faz sentido imaginar o contrário, até porque, se assim não fosse, seria possível colher-se a prova e depois sobrevir decisão de rejeição da peça acusatória, o que seria um incomensurável absurdo. Ademais, está evidente que também ocorreria colidência com o que está estabelecido no art. 41 da Lei.

6.6. Prazo para o oferecimento da resposta escrita

O prazo para o oferecimento da resposta escrita é de dez (10) dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou da primeira publicação do edital de citação.

Citado o acusado (na linguagem da Lei), se a resposta não for apresentada no prazo de 10 (dez) dias, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

6.7. Ausência de resposta no prazo legal

Sempre se entendeu que a ausência de defesa prévia não acarretava nulidade processual, pois o CPP determina que nulidade ocorre quando não se dá oportunidade ao oferecimento de defesa prévia, a qual é facultativa para o réu (TJSP, Ap. 206.259-3/4, 30 CCrim., j. 04-06-1996, rel. Des. Segurado Braz, RT 732/622).

Sob a força de tal entendimento, era assente na doutrina e jurisprudência que o que acarreta a nulidade do processo não é ausência da defesa prévia ou das alegações finais, e sim a não concessão dos prazos para o oferecimento dessas peças, bem como a falta de intimação dos defensores (TRF, 40 Região, ApCrim 96.04.60544-5/PR, 10 TJ. 01.04.1997, rel. Juiz Gilson Dipp, DJU, 21.05.1997, RT 742/737).

Considerando o disposto no § 3º do art. 38, da Lei n. 10.409/2002, se, após regular citação do acusado, a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

Pelo que se vê, pouco importou ao legislador se o acusado contratou ou não advogado de sua confiança e se a opção defensória foi pelo silêncio, o que é perfeitamente possível, inclusive em razão do princípio da ampla defesa, e à defesa técnica compete optar pelo caminho a se seguir, inclusive pelo total e absoluto silêncio, conforme autorização Constitucional.

O texto é taxativo no sentido de que, não havendo resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la. Verificada a hipótese tratada na lei, a nomeação será obrigatória .

Sendo assim, quer nos parecer que, na hipótese do defensor nomeado permanecer inerte, deverá o juiz providenciar a nomeação de outro em substituição, para a apresentação da resposta escrita, inobstante a ausência de texto expresso.

Tal conclusão, embora possa parecer estranha, decorre do fato de que, podendo o juiz nomear defensor no caso de inércia, após regular citação, mesmo sem saber se houve ou não a contratação de advogado pelo acusado e a opção foi pelo silêncio, poderá com mais razão nomear outro defensor em substituição àquele desidioso.

Comparecendo nos autos, entretanto, o defensor constituído, ainda que fora do prazo para a resposta escrita, prevalecerá a manifestação deste, que continuará no processo, ainda que já tenha ocorrido a nomeação de defensor pelo juiz do feito, resultando tal nomeação sem efeito.

7. ARTIGO 39

7.1. Hipóteses de rejeição da denúncia

Nos precisos termos do art. 43 do CPP, a denúncia ou queixa será rejeitada quando: o fato narrado não constituir crime; já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Além das sobreditas causas ensejadoras de rejeição da inicial acusatória, a Nova Lei Antitóxicos elencou outras, a saber: quando a denúncia for manifestamente inepta, ou faltar-lhe pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, e quando não houver justa causa para a acusação.

Quer nos parecer, entretanto, que a previsão era absolutamente desnecessária, e pode levar o leitor menos atento à equivocada conclusão no sentido de que o art. 43 do CPP é taxativo, quando é cediço que não.

Ao acrescentar outras causas de rejeição da inicial acusatória, até com uma certa precisão técnica, o Novo Diploma parece querer esgotar as hipóteses de rejeição, suprindo eventual lacuna da legislação processual penal, entretanto, a questão permanece em aberto, pois outras tantas causas não elencadas de rejeição existem, e nem por isso a inicial acusatória, em se tratando de crimes previstos na Legislação Antitóxicos, será recebida quando evidenciada uma delas.

Sem estender demais o rol das hipóteses não previstas de rejeição da denúncia ou queixa, comporta citar, por exemplo, que será imperativa a rejeição quando a inicial não estiver grafada em língua nacional.

Esqueceu-se o legislador que o rol do art. 43 do CPP é apenas exemplificativo, e não taxativo.

Nem se diga que o legislador pretendeu destacar, dar maior importância às hipóteses que enumerou em acréscimo, já que, seja qual for a causa de rejeição, o resultado será sempre o mesmo, e não há que se cogitar em hierarquia entre causas de rejeição.

8. ARTIGO 40

8.1. Cautelas

Conforme dispõe o art. 40 da Nova Lei Antitóxicos, já no despacho de recebimento da denúncia, o juiz deverá designar dia e hora para ter lugar a audiência de instrução e julgamento, ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do assistente.

Não faz sentido imaginar que haverá um despacho de recebimento da inicial acusatória e outro, em momento distinto, posterior, designando dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, e ordenando a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do assistente, só porque a Lei não diz: "Recebendo a denúncia, o juiz designará...", ou: "Ao receber a denúncia, o juiz designará...".

O fato do legislador ter empregado a expressão "recebida a denúncia", no passado, não quer dizer outra coisa senão indicar o

recebimento como ato anterior, numa mesma ordem sucessiva de raciocínio e decisão. Num único despacho.

Embora a Lei não faça nenhuma menção, o juiz deverá também determinar, no mesmo despacho, a intimação do defensor e das testemunhas arroladas na inicial acusatória e na defesa prévia (resposta escrita), bem como a científicação da autoridade policial e dos órgãos dos quais dependa a remessa de peças ainda não constantes dos autos.

De igual maneira, na mesma ocasião, deverá decidir sobre as provas requeridas pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia (art. 37, inc. III, última parte), em sendo o caso, e também sobre eventuais requerimentos formulados na resposta escrita, em termos de defesa prévia.

O art. 23, *caput*, da Lei n. 6.368/76, era de melhor técnica ao estabelecer que, por ocasião da designação da audiência de instrução e julgamento, o juiz deveria determinar a notificação do réu e das testemunhas que nela deveriam prestar depoimento, intimando-se o defensor e o Ministério Público, cientificando-se a

autoridade policial e os órgãos dos quais dependia a remessa de peças ainda não constantes dos autos.

8.2. Assistente

Há quem entenda que a intervenção do assistente no processo penal se justifica apenas quando for cabível a possibilidade de reparação de danos *ex delicto*. Desse entendimento comunga Marco Antonio Vilas Boas (Processo Penal Completo, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 302), que citando Paulo Lúcio Nogueira menciona que:

... *assistente* é o nome que se dá ao ofendido pelo crime e que tem interesse a reparar na esfera civil. Trata-se de titular do bem jurídico lesado pelo crime e que necessita ser reparado.

Como parte contingente, sua atuação no processo não é fundamental. Age com interesse futuro, de olhos na esfera civil. Por isso, evidente é o seu empenho na condenação do réu.

Por outro lado, conforme anotação de Damásio E. de Jesus (Código de Processo Penal Anotado, São Paulo : Saraiva, 170 ed., 2000, p. 190): "Segundo o STF, o interesse do ofendido não está ligado somente à reparação do dano, [mas alcança a exata aplicação da justiça penal] (HC 17.453, 2.0 Turma, *DJU* 27.10.94 p. 29163)".

Para aqueles que entendem que a intervenção do assistente só se justifica quando houver possibilidade de reparação de danos, a atuação deste será bastante reduzida no âmbito da Lei Antitóxicos. Por outro vértice, acolhida a posição mais ampla, a intervenção justificar-se-á em toda e qualquer hipótese.

8.3. Despacho saneador

O despacho de recebimento da inicial acusatória revela-se um verdadeiro despacho saneador. Com efeito, após a citação e resposta do acusado, depois da manifestação do Ministério Público, o juiz deverá decidir sobre a necessidade ou não de produção de provas que o habilitem ao recebimento ou rejeição da peça inicial.

Havendo necessidade, determinará a produção de provas (art. 38, § 5º).

Não havendo necessidade ou realizadas as provas que entender pertinentes, o juiz deverá proferir despacho de recebimento ou rejeição (art. 39), apreciando inclusive eventuais preliminares argüidas. Se optar pelo recebimento deverá decidir, de forma fundamentada, apreciando, ainda, requerimentos eventualmente

formulados e que irão influir na instrução probatória e no mérito do processo (art. 37, inc. III, e 38, § 1º).

Deverá, literalmente, sanear o processo.

Como se vê, trata-se de verdadeiro despacho saneador, muito embora a Lei assim não o denomine, como o fazia expressamente a Lei n. 6.368/76 em seu art. 23, *caput*.

8.4. Ausência do despacho

Sob a égide da Lei n. 6.368/76, decidiu-se reiteradamente que a ausência de despacho saneador constituía mera irregularidade, que não fulminava o processo de nulidade (TJSP, HC 170.438-3, 30 CCrim., j. 17-10-1994, rel. Des. Segurado Braz, v.u., *JTJ* 163/149), não sendo ele de exigibilidade absoluta (TJSP, HC 174.414-3, 10 CCrim., j. 24-10-1994, rel. Des. Fortes Barbosa, *JTJ* 165/356; TJSP, Ap. 186.858-3/4, 10 Câm., j. 18.09.1995, rel. Des. Jarbas Mazzoni, *RT* 726/635; TJSP, Ap. 186.858-3, 10 CCrim., j. 18-12-1995, rel. Des. Jarbas Mazzoni, *JTJ* 176/313; TJSP, Ap. 11.350-3, 3.0 CCrim., j. 29-3-1982, rel. Des. Costa Mendes, v.u., *RT*

560/305; TJSP, HC 15.901-3, 20 CCrim., j. 2-8-1982, rel. Des. Onei Raphael, v.u., *RT* 563/301.), considerando-se preclusa a matéria se não houvesse oportuna reclamação até a audiência de julgamento (TJSP, Ap. 11.350-3, 30 CCrim., j. 29.3.1982, rel. Des. Costa Mendes, v.u., *RT* 560/305), ou na audiência de julgamento (TJSP, Ap. 11.350-3, 30 CCrim., j. 29-3-1982, rel. Des. Costa Mendes, v.u., *RT* 560/305).

Na sistemática da Nova Lei Antitóxicos, todavia, a questão tem novo relevo. Com efeito, no mesmo despacho deverá o juiz decidir, entre outros temas, sobre o recebimento ou rejeição da inicial acusatória e, recebendo-a, decidir desde já sobre as provas requeridas (art. 37, inc. III, e art. 38, § 1º).

Assim, considerando a amplitude da decisão a ser proferida, resulta evidente que a ausência do referido despacho acarretará inegável nulidade do feito. A nosso ver, nulidade absoluta, que deverá ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição.

8.5. Desclassificação da conduta por ocasião do despacho

Não é cabível.

A oportunidade para tal desclassificação, em sendo o caso, é a da sentença, a teor do disposto nos arts. 383 e 384 do CPP, aplicáveis à hipótese em razão do disposto no art. 27 da Lei n.10.409/2002.

8.6. Preclusão da matéria decidida

O despacho de recebimento da inicial acusatória e apreciação das provas eventualmente requeridas não estabelece preclusão sobre nenhuma matéria pertinente ao direito de defesa.

9. ARTIGO 41

9.1. Interrogatório

Nos precisos termos do art. 38, *caput*, última parte, da Lei n. 10.409/2002, "ao proferir o despacho em que ordenará a citação do acusado para responder à acusação", por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, "o juiz designará dia e hora para o interrogatório", que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso.

Por outro vértice, o art. 40 da mesma Lei estabelece que, "ao receber a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, sendo certo que nesta, a teor do disposto no art. 41, proceder à oitiva das testemunhas após o interrogatório". Vale dizer: o interrogatório deverá ocorrer na audiência de instrução e julgamento.

Com efeito, pela redação do art. 38, conclui-se que haveria uma data anterior à audiência de instrução e julgamento para a realização do interrogatório, todavia, para conciliar-se tais dispositivos, é preciso concluir que a data designada para o interrogatório, por ocasião do despacho a que se refere o art. 38, deverá ser aproveitada para a instrução e julgamento, conforme se determinar em segundo despacho, a ser proferido por ocasião do recebimento da inicial acusatória (art. 40), já que a audiência é una e a inquirição das testemunhas será realizada *após o interrogatório*, na mesma audiência (art. 41).

Melhor seria se o legislador estivesse atento e não tivesse incluído na parte final do art. 38, *caput*, a designação de data para o interrogatório já no primeiro instante, até porque revela-se, a nosso ver, descabida a designação de tal data se o juiz ainda poderá rejeitar a inicial acusatória (art. 43).

O art. 40 poderia permanecer com a redação que está, observando-se o que ficou consignado acima, no item próprio.

A questão pertinente ao momento do interrogatório permaneceria regulada como se encontra no art. 41.

9.2. Dependência

Se o acusado alegar já na resposta escrita (art. 38, *caput*, e §1º), ser dependente de produtos, substâncias ou

drogas ilícitas, e requerer a realização do exame de dependência, é de bom tom que o magistrado aguarde a ocasião do interrogatório, oportunidade em que poderá aferir com maior eficiência e segurança da necessidade ou não de realização do exame, inclusive em razão da imediatidate.

Não havendo alegação por parte da defesa, deverá o magistrado questionar o acusado a tal respeito, por ocasião do interrogatório.

Constatada a necessidade de realização do exame, deverá colher a prova oral e determinar a realização da prova técnica, designando nova data para os debates e sentença, a verificar-se após a realização do exame e juntada do laudo aos autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que se viu, é possível concluir que a sistemática adotada pela Nova Lei Antitóxicos é extremamente confusa, pouco técnica, e por certo irá provocar incontáveis discussões processuais, tumultuando ainda mais as instâncias recursais.

As discussões irão desde a aplicação ou não do procedimento estabelecido na Lei n. 10.409/2002 aos crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, já que tal procedimento se aplica aos crimes nela definidos, e ela não define nenhum crime, até outras tantas incontáveis questões altamente controvertidas, baseadas em minúcias técnicas, todas elas evitáveis em uma boa legislação.

Estamos diante de uma Lei que, a pretexto de melhorar a antiga sistemática da Lei n. 6.368/76, não a revogou. Não define crimes; estabelece um procedimento que não se aplica a nenhuma hipótese, a nenhum delito; não trata de inúmeras questões inevitáveis, que permanecem regidas pela Lei n. 6.368/76, como as pertinentes à semi-imputabilidade e inimputabilidade, tratadas nos arts. 19 e 29 do Diploma que se pretendeu minimizar como superado.

Além de não ajudar na prevenção e repressão dos crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, a Nova Lei só veio tumultuar ainda mais a questão e proporcionar mais impunidade.

Em se tratando de um Projeto que tramitou desde 1991, é inaceitável uma Lei tão ruim, péssima sob quase todos os aspectos, e pior que o texto do Projeto sancionado em parte, somente a ausência de coragem e

vocação jurídica de quem não o vetou completamente.

15 - O que não se deve dizer ou fazer

O QUE NÃO SE DEVE DIZER OU FAZER

Novély Vilanova da Silva Reis

Juiz Federal em Brasília

O QUE NÃO SE DEVE DIZER OU FAZER

Novély Vilanova da Silva Reis

A lentidão da justiça não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Existe em todo o mundo. "Mesmo nos chamados países desenvolvidos, a justiça civil sofre de muitos problemas de ineficiência decorrentes dos custos e da duração dos procedimentos. As duas situações extremas são a Inglaterra pelos custos e a Itália pela demora" _ observa o Professor e pesquisador italiano Sergio Chiarloni no seu interessante artigo "Uma Perspectiva Comparada da Crise na Justiça Civil e dos seus Possíveis Remédios".

Aqui no Brasil, as praxes viciosas, a linguagem complicada e a cultura burocrática são fatores de retardamento da prestação jurisdicional. Nenhuma reforma legislativa pode mudar esse estado de coisas. Só haverá mudanças quando houver uma nova consciência ou mentalidade de que a Justiça não pode mais conviver com isso. Este trabalho é uma pequena contribuição nesse sentido.

Atos ordinatórios

O juiz não mais deve perder tempo com a prática de "atos ordinatórios", pois a Lei n. 8.952/94 introduziu uma interessante inovação no Código de Processo Civil: "Os atos meramente ordinatórios, como a juntada

e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários " (art. 162, § 4º).

Para a boa aplicação dessa norma, é fundamental que o serventuário saiba identificar corretamente os atos "meramente ordinatórios". Atos dessa natureza são aqueles desprovidos de conteúdo decisório, tais como a juntada e a vista obrigatória, entre outros.

Em substituição ao despacho, sugere-se que o diretor de secretaria elabore "notas", que devem ser publicadas para efeito de intimação (art. 236), com o seguinte teor: "Fale o autor sobre a contestação no prazo de 10 dias"; "Fale o autor sobre a impugnação do valor da causa" etc.

"Autue-se"

Despacho inútil que alguns juízes ainda teimam em proferir quando recebem a petição inicial. Ignoram ou perdem tempo praticando ato de competência do escrivão ou diretor de secretaria da vara (CPC, art. 166: "Ao receber a petição inicial de qualquer processo, o escrivão a autuará, mencionando o juízo, a natureza do feito, o número de seu registro, os nomes das partes e a data do seu início").

Cancelamento da distribuição

A distribuição, por falta de pagamento de custas, é cancelada por simples "despacho" (CPC, art. 257: "Será cancelada a distribuição do feito que, em 30 dias, não for preparado no cartório em que deu entrada"). A lei não exige sentença para isso, mesmo porque não é caso de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267).

Publicada a ata de distribuição da ação para determinada vara, o autor ficou intimado disso, sendo desnecessária uma nova intimação para recolher as custas (art. 236).

Carta precatória ou ofício

Quando o ato processual tiver de realizar-se em outro foro, o juiz federal pode adotar uma dessas alternativas: deprecar ao juiz competente ou oficiar diretamente ao órgão (Lei n. 5.010/66):

Art. 42: Os atos e diligências da Justiça Federal poderão ser praticados em qualquer Comarca do Estado ou Território pelos Juízes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular.

§ 1º Somente se expedirá precatória, quando, por essa forma, for mais econômica e expedita a realização

do ato ou diligência.

No primeiro caso, será expedida uma carta precatória (de citação, intimação, perícia, penhora, busca etc). No segundo, o ofício será enviado diretamente ao órgão competente para diligência. Não se justifica enviar o ofício para o juiz, e este expedir um mandado para cumprimento!

Certidão

O juiz não deve perder tempo apreciando pedido de fornecimento de certidão. Isso é de competência do escrivão ou diretor de secretaria da vara (CPC, art. 141: Incumbe ao escrivão: V _ dar, independentemente de despacho, certidão de qualquer ato ou termo do processo, observado o disposto no art. 155).

O juiz só deve deliberar sobre a matéria, quando o terceiro requer nas causas sob "segredo de justiça" (art. 155, parágrafo único, 2^a parte: "O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão ...").

"Certifico e dou fé"

Os atos do serventuário merecem fé até prova em contrário. Não é preciso a menção do óbvio "certifico e dou fé". Mais importante do que isso é que os termos, notas e certidões sejam lavrados com objetividade e clareza.

Também existe a praxe viciosa de o serventuário "certificar" indiscriminadamente tudo o que acontece no processo com longas e desnecessárias informações dirigidas ao juiz. "Certifico e dou fé que a contestação de fls. é tempestiva". Isso é perda de tempo e mais um fator de lentidão no processamento das causas.

Lavraram-se "termos" (e não certidões) do que é relevante no processo, tais como a vista dos autos, a juntada de petição, a conclusão, a intempestividade de ato praticado pela parte etc.

Citação de Estado estrangeiro

Muitas confusões já ocorreram para citar Estado estrangeiro ou Organismo Internacional, às vezes até com arranhões nas relações diplomáticas. Brasília já estremeceu quando um juiz mandou um oficial de justiça penetrar em determinada embaixada para proceder à citação! Isso não é possível porque "os locais da Missão são invioláveis, não podendo os agentes do Estado acreditado (o Brasil) neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão". Além disso, "o Estado acreditado tem a

obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações à tranqüilidade da Missão ou ofensas a sua dignidade" (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, art. 22, itens 1º e 2º).

Como proceder diante desses obstáculos? O juiz deve solicitar ao chefe da Divisão Jurídica do Ministério das Relações Exteriores que proceda à citação. O ofício será instruído com cópia da petição inicial e dos documentos, devendo a segunda via ser devolvida com a nota de ciente do Chefe da Missão Diplomática para juntada nos autos.

O Estado estrangeiro é representado pelo Chefe da Missão Diplomática (embaixador ou núncio). Todavia, "dois ou mais Estados poderão acreditar a mesma pessoa como Chefe de Missão perante outro Estado, a não ser que o Estado acreditado a isso se oponha" (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, art. 3º, §1º, alínea "a", e art. 6º). Poderá também ser representado por um funcionário consular, se não houver missão diplomática no Brasil (Convenção de Viena sobre Relações Consulares promulgada pelo Decreto n. 61.078, de 26/07/1967, art. 17/I).

"Citem-se como requerido"

Evite essa praxe. Numa ação popular, o juiz despachou: "citem-se como requerido". A Secretaria citou por oficial quem deveria ser citado por edital e vice-versa. Foi aquela confusão. Tudo porque o autor requereu a citação de forma errada. Resultado: três agravos de instrumento, três mandados de segurança, uma correição e muito serviço perdido.

Nada disso teria ocorrido se o juiz tivesse explicado objetivamente como a citação de cada réu deveria ser efetuada. Preferiu o habitual "citem _se como requerido"!

Conflito de competência

O conflito positivo ou negativo de competência será suscitado ao presidente do tribunal competente mediante ofício (CPC, art. 118). No próprio ofício, o juiz exporá as razões do conflito, juntando-se cópia nos autos. É desnecessária a "decisão"; basta o "ofício" ao presidente da Corte.

"Cumpra-se o venerando acórdão"

Despacho habitualmente proferido pelo juiz, quando os autos retornam do tribunal. Como no processo civil a execução ainda depende de iniciativa da parte, em vez do "cumpra-se o v. acórdão" (que mais parece uma ordem), o despacho poderia ser mais compreensível: "requeira o autor à execução da sentença" ou "requeira o autor o que for de direito no prazo de tantos dias".

Há registro de um caso em que o tribunal confirmou a sentença que indeferiu a petição inicial de uma reclamação trabalhista. Devolvidos os autos, o juiz de primeiro grau exarou o "cumpra-se o venerando acórdão". A reclamada requereu o arquivamento alegando que não havia o que cumprir. O juiz não concordou: "intime-se a reclamada para cumprir o v. acórdão, sob as penas da lei".

Dessa decisão a parte agravou, tendo o juiz afirmado o seguinte: "Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum de mora*, mantendo a decisão agravada. Remetam-se os autos para o tribunal"(!)

Decisão interlocutória

A lei não exige "relatório" em decisão interlocutória com a qual o juiz resolve questão incidente (CPC, art. 162, § 2º). Exige apenas a fundamentação, ainda que de modo conciso (art. 165, 2ª. parte). O fundamento não é aferido pelo tamanho da decisão, mas pela força do seu argumento.

Por exemplo, oposta a exceção de incompetência, o juiz deve dispensar o relatório e ir direto ao assunto, adotando, se preferir, a técnica do tópico frasal ou o método dedutivo: "Rejeito a exceção de incompetência do foro, porque também figurando a União como ré, a presente ação pessoal pode ser ajuizada em Brasília, nos termos do art. 109, § 2º, da Constituição".

Procedendo assim, o julgador racionaliza o seu tempo e produz mais.

"Decreto a revelia"

No processo civil, a revelia consiste na presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, quando o réu não contesta a ação (CPC, art. 319).

Esse efeito processual decorre simplesmente da falta de contestação. Não precisa ser "decretada". Verificada a revelia, o juiz deve proferir sentença julgando antecipadamente a lide (art. 330/II).

No processo penal, a revelia verifica-se quando o acusado não comparece aos atos do processo (CPP, art.

367). Também não precisa ser "decretada". Basta um simples despacho registrando o fato: "Considerando a ausência injustificada do acusado ao interrogatório (revelia), nomeio-lhe defensor o advogado Fulano de Tal."

"Designe a secretaria audiência"

No processo penal, concluído o interrogatório do acusado, o próprio juiz deve marcar a data da próxima audiência, consignando no termo ou ata. Isso tem a virtude de as partes e os advogados presentes ao ato ficarem desde logo intimados. Mas, infelizmente, a praxe é o juiz despachar: "designe a secretaria data de audiência procedendo às intimações necessárias".

"Emende a petição inicial"

Evite esse incompreensível despacho. Faltando algum dos requisitos legais (CPC, art. 282), o juiz deve ser objetivo e claro, indicando qual é o requisito faltante: "Emende o autor a petição inicial indicando o valor da causa".

Um advogado procurou o diretor de secretaria para que este lhe explicasse o que o juiz queria com o "emende a petição inicial". O diretor respondeu que não podia orientá-lo porque também não sabia!

"Fale o MP"

O juiz deve solucionar os incidentes processuais, impulsionar o processo e julgar a causa sem o vicioso "fale o MP". O Ministério Público, como fiscal da lei, só deve intervir ou falar nos casos previstos no art. 82 do CPC ou em outras leis.

Conta-se que, interpostos embargos de declaração, o juiz despachou: "Fale o MP". Este respondeu apenas com um "ciente". O juiz insistiu: "Intime-se o MP para emitir seu parecer". O órgão do MP devolveu os autos dizendo: "*Data venia*, nada tenho a falar. De acordo com a lei, cabe a V. Exa decidir o recurso como for de direito".

Honorários advocatícios

"Fixo a verba honorária de "x" por cento sobre o valor da causa". Essa praxe secular já causou as maiores injustiças e perda de tempo para executar devedores insolventes. Tudo porque, às vezes, não se percebe que o valor da causa é expressivo, apurando-se honorários advocatícios superiores à quantia pretendida pela parte!

Uma ação popular foi proposta para anular a dívida externa brasileira. O processo foi extinto sem julgamento do mérito, tendo o juiz fixado a verba honorária em 10% sobre o valor da causa. Acontece que o valor da causa era exatamente o valor da dívida externa! Conclusão: honorários de R\$ 24,23 bilhões!

Para evitar absurdos como esse, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, improcedência do pedido, nas causas de pequeno valor ou de valor inestimável, os honorários devem ser fixados em quantia certa consoante apreciação equitativa do juiz (CPC, art. 20, § 4º).

Se o tribunal reformar a sentença condenatória "invertendo os ônus da sucumbência" (como é o hábito dizer), não é possível calcular a verba honorária sobre o valor da condenação. Porque "ao reformar a sentença e inverter a sucumbência, desapareceu como base de cálculo a condenação" (Ministra Eliana Calmon). Também nesse caso, o juiz pode arbitrar os honorários em quantia certa.

Incompetência para julgar mandado de segurança

No mandado de segurança individual ou coletivo e no *habeas data*, se a autoridade coatora está sediada em outra localidade, o primeiro ato do juiz é declarar-se, de ofício, incompetente e remeter os autos para o juízo competente (CPC, art. 113). A competência nesses casos é absoluta.

É perda de tempo e angústia para o impetrante o juiz notificar o impetrado e, só depois das informações, se declarar incompetente para julgar a causa!

Intimação da renúncia do mandato

O juiz não deve deferir a intimação da parte da renúncia do mandato. É o próprio advogado quem notifica o seu cliente. A lei é clara nesse sentido: "O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, provando que cientificou o mandante a fim de que este nomeie substituto" (CPC, art. 45).

O deferimento da intimação implica transferir para a secretaria da vara o ônus do advogado, mobilizando desnecessariamente o aparelho judiciário.

"Intime-se pessoalmente"

Antes de proferir esse despacho, lembre-se que, no processo civil, a intimação se fará pela só publicação do ato no diário oficial (CPC, art. 236).

Isso evita a expedição de inúmeros mandados e diligências do oficial de justiça. A intimação só é pessoal quando a lei o exigir, como é o caso do Ministério Público, do Defensor dativo ou público, da União, da

testemunha etc.

Juízo de admissibilidade de prova

"Defiro a prova requerida". Reflita ao proferir esse despacho, pois todas as provas estão sujeitas ao juízo de admissibilidade pelo juiz. O Código de Processo Civil tem normas muito claras sobre essa matéria. A prova inútil, desnecessária ou protelatória deve ser indeferida por decisão fundamentada.

Além da perda de tempo, não tem sentido ouvir testemunhas se os fatos estão comprovados por documentos ou só podem ser demonstrados mediante perícia (art. 130).

"Julgo procedente a ação"

Evite essa expressão. "A forma usual no foro de julgar procedente ou improcedente a ação é pouco técnica, porquanto o direito de ação é sempre reconhecido, desde que haja uma sentença de mérito favorável ou não ao autor. O que pode não proceder é, portanto, o pedido (pretensão de direito material) e não a ação" (Humberto Theodoro Junior).

"Julgo procedente a causa na forma do pedido"

É condenável essa forma de dispositivo indireto da sentença. Isso pode causar dificuldades na execução, sobretudo quando o pedido é confuso ou mal formulado. Preferível é o dispositivo direto, devendo o juiz discriminar com clareza e objetividade o que foi deferido ou reconhecido em favor do autor.

Em vez do tradicional "julgo procedente a causa na forma do pedido", use a terminologia adotada pela lei: "Acolho o pedido", "Pronuncio a prescrição", "Rejeito o pedido" (CPC, art. 269). Acolhendo ou rejeitando o pedido, o juiz está julgando a causa, sendo inadequado o "julgo procedente ...".

Juntada de carta precatória

Retornando a carta precatória (de citação, intimação, perícia etc), só devem ser juntados os atos essenciais realizados no juízo deprecado. Não tem nenhuma utilidade a juntada de outras cópias cujos originais constam dos autos. Especialmente num processo em que há várias cartas fica aquela coisa esquisita, dificultando o manuseio.

A carta precatória deve ser elaborada de forma clara e objetiva sem aqueles arcaísmos do tipo "com as homenagens de estilo" ou "assim cumprindo esta carta, V.Exa prestará relevante serviço às partes e a mim

especial mercê, que outro tanto farei quando deprecado for ..."

Justiça Pública

Isso não existe! O autor da ação penal é o Ministério Público ou o ofendido (Código Penal, art. 100). Não obstante a lei e a doutrina serem claras nesse sentido, ainda se vê a "justiça pública" figurar como parte na ação penal. A bolorenta expressão pode infundir no espírito do leitor desavisado a existência de uma "justiça privada"!

Limitação do litisconsórcio

Quando o litisconsórcio for facultativo e comprometer a rápida solução da causa ou dificultar a defesa, indefira desde logo a petição inicialmente em relação às pessoas que devam ser excluídas (CPC, art. 46, p. único). Não deixe isso para outro momento. Evite o desmembramento do processo, pois só dá confusão. Os autores excluídos poderão propor outra ação.

A limitação do litisconsórcio só tem lugar nas ações individuais (ações plúrimas). Nas ações coletivas em geral (inclusive no mandado de segurança coletivo) não é admissível excluir substituídos ou representados, porque eles não são partes. Parte é a entidade que os representa ou substitui. A exclusão atenta contra a finalidade dessas ações, instituídas justamente para evitar a multiplicação de ações individuais.

Linguagem forense

José Carlos Barbosa Moreira anota que "um dos subidiomas jurídicos mais curiosos é o que se emprega na vida forense. Ele tem suficiente individualidade para merecer consideração à parte, como dialeto inconfundível com os outros. Cultivam-no, e contribuem permanentemente para expandi-lo, advogados, juízes de todas as instâncias, procuradores, promotores, defensores, funcionários e serventuários da Justiça, enfim, todos quantos nesse âmbito exercem suas funções".

Como exemplo disso, veja o que um advogado escreveu num recurso dirigido ao Superior Tribunal Militar: "O alcândor Conselho Especial de Justiça, na sua apostura irrepreensível, foi correto e acendrado no seu decisório. É certo que o Ministério Público tem o seu lambel largo no exercício do poder de denunciar. Mas nenhum lambel o levaria a pouso cinéreo se houvesse acolitado o pronunciamento absolutório dos nobres alvazires de primeira instância." " Recomendar aos juízes que utilizem, nos atos judiciais, linguagem acessível aos jurisdicionados". Esta é uma das conclusões aprovadas no Fórum de Debates sobre a Justiça Federal e sua Importância Política promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça

Federal no período de 4 a 5/3/94 em Brasília.

Parquet Federal

Em vez dessa extravagância, diga e escreva simplesmente "Ministério Público Federal". Mesmo porque em todos os atos e termos do processo, é obrigatório o uso da língua portuguesa (CPC, art. 156).

Para que o francês *parquet* ("parte do tribunal de justiça reservada para os membros do Ministério Público") se o português é tão claro?

Peça vestibular

Não se deve dizer "peça vestibular", "peça preambular", "peça exordial" ou outras invencionices. Diga e escreva simplesmente "petição inicial", como prevê a lei (CPC, art. 282). Todos vão entender o que é isso.

Petição inicial

Não indefira, por sentença, a petição inicial em relação a algum autor ou réu. Isso implica prejuízo para as partes remanescentes, no caso de apelação da sentença e remessa dos autos para o tribunal (CPC, art. 296).

Faça por "decisão interlocutória", como é admitido pela doutrina e jurisprudência. É que "não se qualifica como sentença, nem, portanto, é apelável, a decisão que exclui do feito algum dos litigantes, determinando que ele prossiga em relação aos demais" (Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, 6^a edição. José Carlos Barbosa Moreira).

Quanto tempo se perdeu com isso!

Preparo

"Preparo" significa pagamento das custas da ação ou do recurso. Embora a expressão esteja prevista em lei, advogados iniciantes têm dificuldade de entender o seu significado (CPC, art. 257: "Será cancelada a distribuição do feito que, em 30 dias, não for preparado no cartório em que deu entrada". Art. 511: "No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo...").

Diante disso, seria melhor o juiz ordenar que à parte "pague as custas" e não "faça o preparo".

"Promova o autor a citação do réu"

Embora prevista em lei, a expressão "promover a citação" deve ser evitada (CPC, art. 47, parágrafo único). Mais adequado é o juiz despachar "requeira o autor a citação do réu".

A propósito do "promova o autor a citação do réu", conta-se que um advogado procurou o diretor de secretaria da vara relatando:

- "Não sei o que faço para cumprir o despacho do juiz. O réu não aceita de modo algum que eu promova a citação; só por oficial de justiça".

O diretor então sugeriu:

- "Dr., peticione ao juiz requerendo a citação do réu. Talvez assim resolva o impasse".

A questão foi parar no Superior Tribunal de Justiça, onde ficou esclarecido que "promover a citação significa requerê-la e arcar com as despesas de diligência; não significa efetivá-la, pois, no direito processual brasileiro a citação é feita pelo sistema da mediação" (RMS 42-MG, r. Ministro Athos Carneiro, 4^a. Turma).

Processo de conhecimento e processo cautelar

Cada um desses processos tem a sua autonomia e finalidade própria, não podendo ser decididos com uma única sentença. Devem, portanto, ser decididos com sentenças distintas, evitando, assim, a anulação do ato e prejuízo para a parte.

Publicidade dos atos judiciais

O velho hábito é publicar todos os atos judiciais na íntegra, retardando a marcha processual. Não é necessário publicar os despachos ordinatórios dirigidos à secretaria da vara, tais como "cite-se o réu", "depreque-se a citação", "oficiar" etc. O juiz não está decidindo nada com esses atos irrecorríveis.

Somente serão levados à publicação oficial os despachos dos juízes que devam ser cumpridos pelas partes ou por terceiros e aqueles de que caiba recurso, as conclusões das sentenças e o que mais for obrigatório e essencial na forma do que dispõem as leis processuais vigentes. (Provimento 130/76 do Conselho da Justiça Federal).

Publicam-se somente as conclusões ou ementa do "acórdão" (CPC, art. 564). O mesmo procedimento pode e deve ser adotado relativamente à "sentença" e à "decisão interlocutória". Por exemplo: "Concedida à segurança", "Denegada a segurança", "Rejeitado o pedido", "Acolhido o pedido em parte", "Acolhida a exceção de incompetência", "Pronunciada a prescrição" etc.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que "O princípio do devido processo legal não resta desatendido se da publicação do acórdão constaram suas conclusões, não havendo determinação legal no sentido de que devam ser também publicadas as razões de decidir" (Agravo Regimental 22.210-4-RS, 4a Turma).

Razões ou alegações finais

No processo civil, é admissível a substituição do debate oral (na audiência) por memoriais das partes somente quando "a causa apresentar questões complexas de fato e de direito" (CPC, art. 454, § 3º). Não se verificando essa hipótese, o juiz deve julgar a causa sem o vicioso "apresentem as partes suas razões finais".

Recebo a apelação em seus regulares e jurídicos efeitos

Muitas confusões já ocorreram por causa desse obscuro despacho.

Nele não estão declarados os efeitos em que a apelação foi recebida, como exige a lei (CPC, art. 518). Regra geral esse recurso é recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, mas há situações em que deve ser recebido somente no efeito devolutivo (art. 520). O juiz precisa deixar isso bem claro para evitar mal entendidos: "recebo a apelação nos efeitos suspensivo e devolutivo" ou "recebo a apelação somente no efeito devolutivo".

Retenção de imposto de renda no alvará de levantamento

Existe grande divergência sobre esse assunto. O diretor de secretaria só deve fazer retenção de imposto de renda quando a lei lhe atribuir essa responsabilidade. Era assim durante a vigência do § 2º do art. 7º da Lei n. 7.713/88, revogado pelo art. 39 da Lei n. 8.218/91 ("§ 2º O imposto será retido pelo cartório do juízo onde ocorrer a execução da sentença no ato do pagamento do rendimento, ou no momento em que, por qualquer forma, o recebimento se torne disponível para o beneficiário ...")

A Lei n. 10.833, de 29/12/2003, estabeleceu uma nova disciplina no art. 27:

O imposto de renda sobre os rendimentos pagos, em cumprimento de decisão da Justiça Federal, mediante

precatório ou requisição de pequeno valor, será retido na fonte pela instituição financeira responsável pelo pagamento e incidirá à alíquota de 3% (três por cento) sobre o montante pago, sem quaisquer deduções, no momento do pagamento ao beneficiário ou seu representante legal.

Como se vê, quem retém o imposto de renda é a "instituição financeira responsável pelo pagamento do precatório", e não o diretor de secretaria.

Saneamento do processo

O processo deve ser saneado ou regularizado desde o momento em que o juiz recebe a petição inicial (CPC, arts. 13, 243, 284). Se a procuração está defeituosa por que não ordenar a regularização desde logo? Se a citação é nula, não justifica o prosseguimento do processo até a fase do saneamento (art. 331, § 3º).

Veja que a Lei n.10.444, de 07/05/2002, substituiu a velha expressão "do saneamento do processo" por "da audiência preliminar" (art. 3º). Com isso ficou definitivamente ultrapassada aquela vetusta idéia de uma fase autônoma de "saneamento do processo".

Mas o pior de tudo é aquele inútil e desnecessário despacho: "Partes legítimas e bem representadas. Nada a sanear"! Isso é perda de tempo e falta de método de trabalho.

Sentença terminativa

Não escreva um tratado para extinguir o processo sem julgamento mérito (CPC, art. 267). Prefira a simplicidade, pois a lei diz o "juiz decidirá em forma concisa" (art. 459, 2a parte).

Por exemplo: "Fulano de tal impetrou mandado de segurança para anular sua remoção de Brasília para Manaus. Consta, todavia, que o impetrante teve ciência do ato impugnado em 01/01/2003, mas somente ajuizou este MS em 01/6/2003, quando já decorrido o prazo legal de 120 dias. Indefiro a petição inicial por decadência do prazo de impetração (Lei 1.533/51, arts. 8º e 18)".

União Federal

A "União" não é "federal" senão simplesmente União. Federal é a forma do Estado brasileiro, que "compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ..." (Constituição, art. 18). É assim em numerosos dispositivos constitucionais (art. 19: "É vedado à União ...; art. 20: "São bens da União...; art. 21: "Compete à União; art. 34: "A União não intervirá ...; art. 39: "A União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios..."; art. 98: "A União ..." etc).

"Vistos etc"

Para decidir o juiz não precisa dizer que viu os autos! "Vistos etc." é péssimo; "vistos decido" pior ainda; "visto em decisão" é horrível! Isso não é requisito do ato judicial e não lhe acrescenta absolutamente nada de especial.

Hélio Tornaghi lembra a origem vetusta dessa inútil expressão: "O juiz antigo não estava obrigado a dizer as razões que o haviam levado a concluir de determinada maneira. Em Roma, a princípio, ele condenava escrevendo a letra "D" (de *damo* _ condeno) e absolia com a letra "L" (de *libero* _ absolvo). Ainda na Idade Média, não se exigia a motivação da sentença. O juiz limitava-se a dizer: visto o processo, condeno. Ou absolvo (*viso processu condemanamus*; *viso processu absolvimus*). Fórmula que corresponde ao nosso "vistos e examinados", mas à qual, hoje, acrescentamos a fundamentação" (Código de Processo Penal. Editora Saraiva. 1981, v. 2, p. 171).

José Carlos Barbosa Moreira também anota que "no começo dos acórdãos de tribunais de segundo grau é comumíssimo ler as seguintes palavras: 'Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº x'; a ela se segue a enunciação do resultado do julgamento, v.g.: 'por unanimidade, negou-se provimento ao recurso'. A fórmula inicial pretende deixar certo que se cumpriram todos os trâmites necessários: os autos foram vistos _ isto é, examinados _, deles se fez um relatório, e a matéria foi submetida à discussão do colegiado.

No primeiro grau, numerosos juízes adotam prática análoga ao encabeçar as sentenças, usando versão resumida: 'Vistos etc.', que, em lugar de relevo, acima do texto da decisão, sem dúvida provocará estranheza em qualquer observador desavisado. Na verdade, é difícil imaginar o que, pelo menos hoje, quer dizer aí o 'etc.': o juiz ainda não fez o relatório, que deverá constar do corpo da sentença, e não discutiu com ninguém, nem tinha de discutir, a causa em julgamento, pois a decisão é exclusivamente sua _ singular, e não colegiada.

Magistrados há, contudo, que dão a impressão de considerar essencial a presença da fórmula: não raro se deparam sentenças defeituosíssimas, com insuficiente ou nenhuma motivação _ essa, sim, absolutamente indispensável, até por força de expressa disposição constitucional -, mas às quais, é curioso, não falta o 'Vistos etc.' (Temas de Direito Processual Civil. Editora Saraiva, Sétima Série, 2001).

Volume avulso

Não admita a juntada de guias de depósito nos autos da ação principal (sobretudo na consignação em

pagamento). Abra um ou mais volumes avulsos para isso. É bem mais prático assim. Idêntico procedimento pode ser adotado quando a parte traz documentos de arrecadação que serão consultados na liquidação da sentença.

O avulso será formado com uma capa de autuação e identificado com uma etiqueta contendo os dados da respectiva ação. Remetidos os autos para o tribunal, o avulso permanece na secretaria da vara garantindo a continuidade dos depósitos ("O autor tem direito de continuar depositando até o trânsito em julgado da decisão final, as prestações atrasadas, inclusive vincendas" - RTFR135:171).

16 - A Guarda da Constituição em Hans Kelsen Carl Schmitt Construção e Desconstrução do Modelo Jurisdicional

**A Guarda da Constituição
em Hans Kelsen e Carl Schmitt: construção e desconstrução do modelo jurisdicional**

Carlos Bruno Ferreira da Silva

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e mestrando em "Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado" na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ.

**A Guarda da Constituição em Hans Kelsen e Carl Schmitt: construção e
desconstrução do modelo jurisdicional**

1. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen

Com exceção da França, onde a influência de Rousseau e desconfiança causada pela Revolução Francesa com a atuação do Judiciário no Antigo Regime impedindo que quaisquer propostas sobre a criação de uma corte constitucional fossem levadas a frente, a maior parte das Cartas Magnas dos países, com direito codificado, foram diretamente influenciadas pela obra de Hans Kelsen no tocante à estrutura do controle de constitucionalidade.

Não obstante essa obra¹ tenha sido diretamente fruto do projeto da Constituição Austríaca de 1920, encomendada a Kelsen pelo governo deste país, onde também ele faria parte da primeira "Alta Corte Constitucional", não se pode acusar este autor de se ter desviado um milímetro do total de seus escritos.

Então essa inovadora busca de conformidade de direito com o próprio direito não parte do pressuposto da dicotomia criação legislativa-execução administrativa e judiciária. Reconhece-se expressamente que todas as funções do Governo têm um aspecto de criação do direito.

Mesmo assim se impõe que haja controle dessa criação, pois o sistema é escalonado. Conquanto a liberdade de inovação seja máxima na feitura da lei ordinária e bastante limitada no ato administrativo, a regularidade (e a legitimidade) de toda a "pirâmide" depende que esse respeito esteja presente em todos os níveis.

O conceito de Constituição presente em Kelsen claramente a distingue de todos os demais atos com força normativa. É um "princípio supremo que determina por *entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por esse orden*"². A Constituição já aparecia

(1) - Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*.

(2) - Op. cit., p. 21

aqui sendo constituída por normas de organização do Estado (que geravam as inconstitucionalidades formais) e valores a serem preservados (que causavam as inconstitucionalidades materiais)³.

Diga-se mais, Kelsen se preocupa em conceituar também constituição democrática, como aquela em que todos os poderes derivam da constituição. A necessidade de conciliar constituição e democracia está embrionário naquela República de Weimar, nasce sob o símbolo do que dá essencial busca aos novos regimes políticos em se legitimarem na vontade (poder) constituinte do povo soberano, que toma determinadas decisões, imprimindo na norma fundamental determinados caracteres expressados nos direitos civis, políticos e sociais (núcleo fundamental da Constituição, posto que base da convivência civil), reforçada através da busca de instrumentos institucionais para efetivá-los.

Há evidente corte aqui com o formato constitucional estatal e parlamentar em que basta o ordenamento dos poderes que as leis garantirão os direitos e o retorno do elemento político para o direito constitucional.⁴

Em Kelsen, esta deveria caracterizar-se como republicana, pois contra a identificação da monarquia/burocracia com o Estado, que tendem assim a se acharem mais que a constituição; pluralista, posto que não tem um dono, um titular do poder constituinte no sentido rousseauiano, mas é fruto de um processo histórico de equilíbrio das forças sociais; e parlamentar e com partidos políticos, como melhor forma de representar as forças e alcançar os consensos. Ressalte-se que essa "primazia do parlamento" não se transforma em "soberania do parlamento", pois há sempre este "controle de constitucionalidade"

(3) - Deve-se ressaltar, porém, que Kelsen entendia os conteúdos substanciais, que limitavam o legislador, raríssimos, como podemos notar por esta passagem : "(...) *La libre creación que caracteriza a la legislación practicamente no se presenta em la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que em relación com el procedimiento y solamente de maneira excepcional em cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, únicamente, por principios o direcciones generales* (...) (op. cit., p. 56).

(4) - É paradigmático, porém, que a Constituição Alemã de 1919, o 2º. espécime deste novo modelo (sendo o primeiro a Constituição Mexicana), tenha uma construção tão ambígua e falha. Sob os nossos olhos de quase um século sobre a experiência, soa curiosa a ausência de um controle de constitucionalidade e um presidente com poderes e simbolismo demais, representando um medo intrínseco do Parlamento.

para preservar os direitos das minorias advindas do consenso, de lei que represente simples vontade da maioria.

A proteção deveria ser realizada por um único órgão, não porque não fosse até recomendável que todas as autoridades e cidadãos analissem que determinadas normas não cumpriam o ordenamento maior, mas porque a falta de unidade de soluções traria o indesejado sentimento de insegurança jurídica. Este controle de constitucionalidade concentrado não se confunde com a guarda da Constituição, no sentido de respeito às suas ordens que deve ser exercido por todos.

Este órgão, segundo Kelsen, não poderia estar situado no próprio parlamento, posto que "seria ingenuidade" supor que este Poder revogaria seus próprios atos. A independência necessária para atacar tais atos tornava imprescindível que tal instituição se encontrasse à parte das demais esferas do governo⁵.

Aqueles que conclamavam que tais medidas atentariam contra a "Soberania do Parlamento" e ao "princípio da separação dos poderes", retrucavam que a soberania não pertence a um órgão, mas, sim, a todo o ordenamento jurídico fundado na Carta Maior. Ademais a "separação dos poderes" não era afetada, já que a função legislativa se caracteriza por estabelecer normas gerais e a função jurisdiccional por criar normas individuais, então o tribunal *que tiene el poder de anular las leyes es por conseguinte um órgano del Poder Legislativo*⁶, pelo caráter evidentemente genérico de retirar uma lei do ordenamento.

Por outro lado, a doutrina da separação dos poderes tem um objetivo diretamente ligado ao "equilíbrio constitucional", no impedimento de que haja absolutismo de um dos Poderes sobre os demais, sendo tal controle mais um modo de estabelecer "freios e contra-pesos".

(5) - Quanto à tese Schmittiana da guarda da Constituição repousar sobre a figura do Presidente, posto que este representaria a "unidade do povo", considerava esta uma contradição em si mesma, já que a grande importância do controle de constitucionalidade é preservar as condições do pluralismo.

(6) - Paradoxalmente, porém, ressaltava que *la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional (...) está absolutamente determinada pela constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional.* (op. cit., p. 57).

Não obstante, há necessidade de tomar-se diversos cuidados para evitar a politização das decisões desse órgão, que devem ser estritamente jurisdicionais⁷. Impõe-se, portanto, número de membros bastante elevado e um modelo de escolha que deixasse tanto ao Executivo quanto ao Parlamento grande poder de interferência na decisão sobre os nomes a compô-lo⁸. Nomes, por evidente (para Kelsen), que não deveriam fazer parte destes mesmos Poderes, sob pena de macular sua imparcialidade, sendo recomendável que se limitassem a juristas de profissão e com capacidade largamente reconhecida, talvez até com uma fração das vagas indicadas por uma comissão das faculdades de direito do país.

Kelsen também dá grande relevo ao cuidado que deve tomar a Alta Corte antes de analisar as escolhas substantivas do legislador.

(...) cuando, como ocurre a veces, la misma Constitución se refiere a estos principios cuando invoca los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar;

absolutamente, lo que es necessário entender com ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etcétera, significa únicamente, a falta de uma precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el âmbito que lês es abandonado por la Constitución y la ley (...).⁹

Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etcétera, difieren de tal manera, según el punto de vista de los interessados que, si ele derecho positivo no consagra alguna entre ellas, toda regra del derecho puede ser justificada por uma de tantas concepciones positivas. (...)

(7) - Utiliza-se aqui da classificação do "político" na obra de Kelsen realizada pelo filósofo francês Michel Tropper, em que a política *lato sensu* se refere à resolução de conflitos de interesses, inclusive nos tribunais, a política *stricto sensu* trata dos valores e a política "estrítissimo sensu" refere-se ao partidarismo.

(8) - Isto igualmente traria um conteúdo democrático para o Tribunal.

(9) - Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución.*

Es precisamente en el dominio del derecho constitucional, em que estas fórmulas pueden jugar um papel extremadamente peligroso. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador, a conformarse com la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etcétera, como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error; puesto que solo sería así cuando la Constitución fijara uma dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara um critério objetivo cualquiera.¹⁰

O Tribunal Constitucional que não atentar para esta sábia distinção e ousar anular lei que não se coadune com a sua concepção desses valores terá corrompido todo o objetivo da formulação kelseniana.

(...) el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar em oposición completa com la concepción de la mayoría de la población, y por tanto, con la mayoría del Parlamento que há votado la ley. Es obvio que la Constitución no há querido, al emplear uma palavra tan imprecisa e equívoca como al justicia ou culaquiera outra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de um

*colégio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria (...).*¹¹

Esta passagem demonstra o rompimento, muitas vezes menosprezado no debate pátrio, que Kelsen representa com a Escola da Exegese. Se ainda não trata a linguagem como um jogo, tal qual o 2º. Wittgenstein, já nota a dificuldade para o julgador para extrair o real significado da norma em questões com termos "fluidos". É singular que o autor austriaco tenha abordado esta dificuldade logo após rechaçar qualquer

(10) - Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución.*

(11) - Kelsen Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución.*

tipo de influência jusnaturalista, e, por conseguinte, metafísica, no julgamento desta Corte Constitucional. A posição de Kelsen é vista de forma evidente em uma passagem, provavelmente, de sua obra mais famosa:

Se por 'interpretação' se entende a fuxação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que _ na medida em que apenas sejam _ aferidas pela lei a aplicar _ têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito Positivo no ato do órgão aplicador do Direito _ no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa _ não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função _ e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a "justeza" (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo dessa interpretação como se se tratasse tão-somente

de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação

o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito Positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito Positivo.¹²

Daí que é fundamental estabelecer que Kelsen não negava o insuperável caráter político, que também ocorre nas decisões judiciais¹³. Concedia que tal tribunal constitucional, teoricamente, exerceria mais esse caráter político do que os outros¹⁴, mas não que o seu exercício da verificação do sentido da lei não era substancialmente da mesma natureza que a de qualquer outro juiz de 1^a instância.

Portanto, podemos observar que as armadilhas que levariam a doutrina do "dilema contra majoritário" já eram intuídas por Kelsen na

obra inaugural do "controle de constitucionalidade" no sistema jurídico continental. Igualmente surpreendente é que, ao lado de vetar a legitimidade ativa por qualquer do povo devido ao perigo de ações temerárias e congestionamento processual, reconhece que, regulada, a participação popular é fundamental para o sucesso do novo instituto.

A chamada *actio popularis*¹⁵ tratar-se-ia da possibilidade de que qualquer cidadão envolvido em um processo judicial ou administrativo de levar sentenças judiciais ou atos administrativos fundados em normas inconstitucionais à apreciação do Tribunal, não para que este exerça juízo de mérito, mas, sim, como forma de permitir a autoridade emanadora da decisão fundada em lei nula de rever sua atitude. Além disso, qualquer particular interessado na lide da ação de constitucionalidade, esteja sofrendo consequências jurídicas desta lei guerreada ou não¹⁶, pode intervir como parte do processo, num instituto que lembra muito o *amicus curiae*, hoje em nossa legislação de controle de constitucionalidade.

(12) - Kelsen Hans . "Teoria Pura do Direito". São Paulo: Ed. Martins Fontes, pp. 390 e 391.

(13) - *Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una*

diferencia cuantitativa, no cualitativa (Kelsen , Hans. *El Defensor de la Constitución*, Técnicos, p. 19)

(14) - Kelsen Hans, *El Defensor de la Constitución*, Tecnos, p. 21.

(15) - *Idem*, p. 89.

(16) - *Idem*, p. 93.

O maior caráter público desta Corte também é representado nos princípios que devem inspirar a sua atuação: publicidade¹⁷ e oralidade. Consagra-se, em conjunto com as intervenções citadas no parágrafo anterior, o direito de conhecer da lide que visa desconstituir norma votada pelo Parlamento assim como o direito de tribuna para influenciar a favor ou contra como o tribunal julgará as decisões da Assembléia.

Não pode nunca o Tribunal Constitucional esquecer-se da sua função primeira no exercício do controle: proteger as minorias. Não simplesmente das maiorias, consequência usual do convívio social, mas daquelas maiorias que agem irregularmente¹⁸, visando solapar os acordos maiores, posto que fundados em consensos que exigem votação mais qualificada, presentes na Carta Magna.

A preocupação desta Corte deve ser de garantir que as minorias não tenham seus direitos básicos vilipendiados, podendo atuar livremente na direção de, eventualmente, tornar-se maioria no futuro¹⁹. Só desta forma pode ser garantida a paz social, com a consciência em todos os participantes do jogo político de que há um árbitro imparcial que lhes dará o tratamento justo nos momentos de impasse.

2. A guarda da constituição em Carl Schmitt

A obra de Schmitt parece querer recordar a inconciliabilidade entre o princípio democrático (legitimidade) e o constitucionalismo (estabilidade): a pretexto de restabelecer o elemento político das constituições (negado por Jellinek), ou seja, o poder constituinte, a soberania popular, interpreta a Constituição de Weimar no sentido de que a figura do presidente eleito representa esta soberania na unidade do povo soberano. Este pode, inclusive, afastar o modelo de Constituição Liberal (equilíbrio entre

(17) - Diz Kelsen : "(...) Los asuntos que conoce el tribunal constitucional son de um interés general tan considerable que no se podría, em principio, suprimir la publicidad del procedimiento que sólo una audiencia pública garantiza." (op. cit., p. 92).

(18) - *La democracia de la mayoría se hace soportable cuando es ejercida de manera regular. "El Defensor de la Constitución"*, Tecnos, pp. 99.

(19) - É notável a semelhança do objetivo aqui reproduzido de Hans Kelsen com aquele que inspira o *Democracy and Distrust* de John Hart Ely.

os poderes e direitos civis) em prol da solução da crise pontual ("soberano é quem decide no estado de exceção"), aproximando-se de uma leitura radical de Rousseau e, principalmente, da supremacia do Estado conforme constava na Constituição Prussiana de 1866.

Carl Schmitt, portanto, é a negação de toda essa evolução até aqui detalhada. Da forma genial e ao mesmo tempo quase brutal como entabulava seus escritos, busca dissolver esse pretenso caráter hegeliano evolutivo que trouxe a guarda da constituição para o seio da corte. Critica assim com veemência aquela que chama como "solução austríaca":

*En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho constitucional hállese aún muy influida por las 'ideias judicialistas' que se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, en consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anticonstitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el protector de la Constitución 'sen detenerse a meditar sobre el asunto', como Rudolf Smend ha dicho en una critica incidental, pero certera.*²⁰

Entende Schmitt que a relativa "autoridade" com que atua a Suprema Corte Americana, e que termina por servir de exemplo para os seguidores do modelo judicial, trata-se de situação excepcionalíssima posto

(20) - SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Técnicos, p. 32.

que protetores de uma ordem econômico-social indiscutida, o que lhe permite, por exemplo, negar direitos trabalhistas a mulheres e crianças que pareciam evidentes na República de Weimar onde escrevia.²¹

Concorda ainda com os pressupostos jurídicos do controle difuso definido em "Madison vs. Marbury".

Realmente é pressuposto da atuação judicial e da própria existência de uma tripartição de Poderes com o Judiciário que o juiz possa ter como único senhor a sua interpretação de qual seja o sentido da lei e, por isso, possa, ocasionalmente, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei. Não obstante isso não deriva de uma condição de "protetor da constituição" (o que ensejaria dizermos que vivemos em um "Estado Judicial", segundo ele), mas do próprio "Princípio da Legalidade" que impõe a todos cidadãos e notadamente a administração pública em agir conforme as normas existentes. pensar de outra forma seria dizer que todo servidor que anula, por exemplo, uma licença concedida por entendê-la agora contrária à constituição, torna-se automaticamente o "guardião da constituição". isto significaria dizer que todos são guardiões, com evidente esvaziamento do conceito.

Além da falácia exposta no parágrafo anterior referente à construção da "necessidade" de se posicionar a justiça como única "guardiã", há conjugado o perigo que advém daí. Por mais cômodo que possa parecer abrir os "portões" da Justiça e empurrar a solução das questões políticas para o cenário da lide judicial a conseqüência inevitável *no seria*

(21) - Note-se mais uma vez que a análise de Carl Schmitt é impressionante. Schmitt notava que somente num Estado verdadeiramente Liberal aquela configuração poderia funcionar inconteste e não num prenúncio do "Estado Social" como é Weimar : *los derechos fundamentales y de libertad del ciudadano, en particular la libertad contractual, económica e industrial, la propiedad privada, es decir : las normas genuinas de la práctica propia del Supremo Tribunal de los Estados Unidos a que anteriormente nos hemos referido, presuponen um Estado neutral que fundamentalmente es abstencionista, y que a lo sumo sólo interviene para restaurar las condiciones de la libre competencia cuando éstas han sido perturbadas* (Schmitt, op. cit., p. 135). A corte americana, naqueles idos de 20 começava a atuar, pela 1^a. vez em sua história, de forma mais forte no sentido de invalidar leis federais, o que terminaria por ensejar durante o New Deal o primeiro grande rompimento na história entre a concepção da Corte e a proposta pelo Governo Americano.

*una judicialización de la Política, sino una politiquización de la Justicia*²², ainda concluindo com uma citação de Guizot, que entendia que "nunca será bastante repetida *en la Alemania actual : que en tales juridificaciones 'la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perdedo todo'*"²³.

Esta confusão ocorre porque se iguala equivocadamente, segundo Schmitt, a função que exerce o juiz de direito ao aplicar a lei ao caso concreto com a função que exerce o magistrado constitucional:

La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley simple y la ley contenida en la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la ley formulada en la Constitución a la ley simple, en el mismo sentido que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al

caso concreto. En el primer caso, se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones, que son posibles por causas muy distintas, una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales (y bajo el 'hecho' legal).²⁴

Em verdade, a função constitucional do magistrado é de definir dentre as múltiplos sentidos dos termos presentes nas constituições (muitas vezes assim imprecisos propositadamente, posto

(22) - SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Técnicos p. 57.

(23) - SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Técnicos, p. 75.

(24) - SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Técnicos, p. 8.

o caráter compromissório que apresentam as constituições democráticas) qual deve ser utilizado. Por isso, dizia Schmitt, devemos aplaudir a Constituição da Saxônia de 1831, que, em seu item 3 do art. 153, afirmava que a decisão do "Tribunal Constitucional" tem o caráter de "interpretação autêntica", revelando a verdadeira missão legislativa que exerce esse órgão e evidentemente política. Porém surge aqui um paradoxo: se concordamos que o sentido do que é *la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad*.²⁵

Porém a desconstrução das possibilidades judiciais de tratar com suas qualidades inerentes, quais sejam a imparcialidade e pendor para a interpretação, a questão da proteção da constituição não nega que as instâncias executivas e legislativas são naturalmente as que mais violam o texto constitucional. Até por critério de exclusão, mesmo aceitas as dificuldades, manter-se-ia o Judiciário como o deságüe natural.

A solução de Carl Schmitt, que utilizando do conceito de *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur* encontrado na obra de Benjamin Constant e verificando o caráter singular do Presidente do Reich que era eleito diretamente pelo povo (alcançando assim legitimidade), muito embora exercesse meras funções de chefe de Estado (sendo o 1º Ministro o chefe de Governo), entendeu nele o protetor da unidade constitucional e da integridade da nação. Não obstante as experiências alemãs no terceiro *reich* e brasileira na vigência da Constituição de 1824 mostram que este "poder moderador", termina sempre por se imiscuir

demais nas questões políticas do dia-a-dia, deixando tais sistemas de fato sem nenhuma espécie de proteção.

(25) - SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Técnicos, p. 124.

3. Conclusão

É inegável ressaltar a maior influência da teoria de Hans Kelsen sob as configurações do órgão destinado a manter a rigidez do ordenamento jurídico no respeito à constituição nas sociedades ocidentais do pós Segunda Guerra. A idéia de Tribunal Constitucional é uma realidade inerente a quase todos os modelos e os seus pressupostos jurídicos não diferem muito daqueles estabelecidos pelo jurista austríaco.²⁶

Não obstante é em Carl Schmitt que encontramos uma análise extremamente apurada, inclusive nos dias de hoje, das mazelas deste sistema. O ideal kelseniano de maior afastamento de termos muito vagos foi derrotada pela enxurrada de normas-princípios com crescente grau de abstração nas constituições contemporâneas, assim como das próprias demandas populares advindas do aprofundamento do ideal democrático.

Muito embora a solução do mestre alemão tenha se provado não ser a mais acertada, igualmente não se encontram respondidas as indagações perspicazes e fatais que ele elabora sobre o modelo vigente. Inclusive o cerne da concentração na figura presidencial apresenta-se mais atual do que nunca: a necessidade daquele que termina por dar a palavra final no sentido do que é a constituição em atender ao chamado por legitimidade do titular do Poder Constituinte, o Povo. São questões que se mantêm em aberto, a espera da engenhosidade dos constitucionalistas do século XXI que não se conformam com critérios meramente legalistas de representação da vontade popular.

(26) - Nascido em Praga, por sinal, na época que esta cidade fazia parte do Império Austro-Húngaro.

17 - As ações Civis Públicas Ambientais no Ministério Público

AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Miguel Mônico Neto

Procurador de Justiça e Diretor do CAOMA-MP/RO

AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Miguel Mônico Neto

HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO

Antes de 1981, a legislação brasileira quase não tratava das questões ambientais. Havia apenas o Código Florestal e os dispositivos do Código Civil atinentes ao direito de vizinhança e ao uso nocivo da propriedade.

O Código Civil e o Código de Processo Civil, ambos de base romântica, tratavam os conflitos sob o enfoque tipicamente tradicional – Tício contra Caio – que reconhecidamente não mais atendia à demanda do final do século XX.

Os tempos modernos e a urgente necessidade de atendimento dos novos e diferentes tipos de conflitos que surgiam, exigiam um enfoque diferenciado, não mais sob o prisma das sanções previstas no direito de vizinhança, mas diante de uma nova realidade: a representada pelos conflitos transindividuais, posteriormente chamados direitos e interesses difusos e coletivos.

Assim surgiram ainda, em 1981, dentre outras, a Lei n. 6.902/81, Lei de Criação de Estações Ecológicas e APAs (áreas de proteção ambiental); a Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, também em 1981; a Resolução n. 001/86 do CONAMA; e, principalmente, a Lei n. 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública já em 1985.

LEI N° 6.938/81

A Lei n. 6.938/81 instituiu a política nacional de meio ambiente, além de importantes conceitos como o de meio ambiente, poluição, poluidor (art. 3º), além de asseverar a responsabilidade civil objetiva no caso de dano ambiental e a legitimidade do MP para a propositura de ações ambientais (art. 14 e parágrafo).

Ademais, referida lei introduziu ainda a necessidade de áreas especialmente protegidas (unidades de conservação) e de zoneamento (art.9º).

Há que se recordar que, exatamente nessa época, ocorreu um dos mais graves acidentes ambientais no país, ou seja, o incêndio de Vila Socó em Cubatão.

O MP Paulista saiu na frente e propôs as ações em prol dos familiares das vítimas. Não tardou muito e o Judiciário Paulista começou a ter que enfrentar o problema, ou seja, os institutos processuais civis existentes até então não atendiam à demanda.

Não havia solução para conflitos de interesses de tamanha envergadura, diante dos inevitáveis problemas - nunca antes enfrentados - para a conclusão da lide e para a concessão do provimento jurisdicional.

O sistema processual, os institutos relativos à intervenção de terceiros e do listisconsórcio não atendiam às soluções. Milaré e Paulo Affonso, dentre outros, iniciaram estudos que apontavam para a elaboração de um novo texto legal.

Surge, então, em julho de 1985, a festejada Lei de Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85, que está hoje prestes a completar 20 anos de existência.

Mas o que é Ação Civil Pública? Qual a razão de seu *nomem juris*?

Inicialmente defendiam os autores ser a ação civil pública, tal como a ação penal pública, como aquela ação civil proposta pelo MP, ou seja, prenderam-se inicialmente ao critério da legitimidade. Todavia, como não só o MP pode propor tal ação, pois outros co-legitimados também o podem; ademais, considerando que a função jurisdicional é eminentemente pública, em princípio, toda ação judicial é pública, porque dirigida ao Estado-juiz, percebeu-se que tal critério não servia para a definição da ação civil pública.

Houve a necessidade de desfocar-se o critério que permite caracterizar essa ação como pública do relativo à questão da legitimidade para o aspecto concernente ao seu objeto.

Assim, em termos simples, porém não definitivos, ação civil pública é aquela que tutela interesses difusos, metaindividuais

(agregados dos, posteriormente pela Lei n. 8.078/90, os interesses individuais homogêneos).

A natureza jurídica da ação civil pública é predominantemente de direito processual civil. A distinção é pertinente, na medida, em que propicia a definição das consequências do descumprimento (*error in judicando e error in procedendo*), além das suas peculiaridades no que concerne à sua eficácia no tempo, no espaço e à sua interpretação.

Na condenação do réu na lide, portanto, há necessidade, por óbvio, que o julgador lance mão dos textos legais de natureza substantiva (de direito material).

A seguir estão enumeradas as principais inovações introduzidas pela LACP.

Inovações:

a) Rompe basicamente com o processo civil de base romanística, ou seja, da solução de conflitos entre Tício e Caio, aproximando-se das *Class Actions* do Direito Norte-americano.

b) Objeto da ação (obrigação de fazer ou de não-fazer) Art. 3º.

Seu pedido imediato, portanto, é de natureza condenatória *lato sensu*. Porém, melhor compreendido pela leitura do art. 11.

Há que se registrar que, mormente em matéria de direito ambiental em que muitas vezes ocorrido o dano, dificilmente ele poderá ser reparado, o ideal seria a execução específica, de maneira que se repusesse o bem ou o interesse lesado no seu *status quo ante*, o que veio a ser consagrado posteriormente com o advento do CDC¹ (art.117), cuja parte processual se aplica à Lei de ACP.

Nesse passo, é fundamental a decisão da ex-Desembargadora Federal do TRF da 3^a Região, Lúcia Vale Figueiredo, no rumoroso caso do "boto cor-de-rosa" exposto em um *shopping center* de São Paulo.

A r. sentença condenou a empresa que explorava tal exibição a que, "da mesma forma e com os cuidados devidos, reintroduza o exemplar da *Inia Geofrensis* a seu *habitat natural*, o Rio Formoso, no prazo de 15 dias, contados da intimação desta sentença, sob pena

(1) - Lei n. 8.078/90.

de multa diária de 200 mil cruzados, nos termos do art. 11 da Lei n. 7.347/85" (proc. 9787372, 16^a Vara).

No caso, determinou, outrossim, a r. sentença que a ré documentasse por filme a reintrodução do animal, filme esse a ser entregue em Juízo.

Como se verifica, o juiz poderá impor astreintes, independentemente de requerimento do autor (art.11), uma larga faixa de discricionariedade justificará a atuação do juiz no sentido de assegurar a efetividade prática do provimento jurisdicional.

Quando não for possível, a indenização reverter-se-á para o Fundo de que trata o art. 13.

c) Condições da ação:

Legitimidade _ Interesse de agir _ Possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade decorre *ope legis*. É função institucional do MP (Art.127, da CF/88). Para os demais casos, deve-se demonstrar.

Para alguns autores, já estaria presumido - *ope legis* - na própria outorga da legitimidade _ interesse difuso _ diluído pela sociedade _ poder dever do MP.

Hely Lopes² reconhece que o MP está em melhor posição para o ajuizamento dessa ação, por sua independência institucional e atribuições funcionais.

Alerta, porém, que tais vantagens não justificam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, nem autorizam a concessão de liminar suspensiva de obras e serviços públicos previamente aprovados, não bastando o juízo subjetivo do MP para a procedência da ação.

Mancuso³, entretanto, não concorda, afirmando que o interesse deve ser demonstrado, pois o MP não tem a obrigatoriedade de propor a ação, independentemente da conclusão dos demais co-legitimados. Justifica sua posição, afirmando que o *parquet*, lançando mão do inquérito civil, poderá se convencer da inexistência de fundamentos

(2) - Mandado de Segurança, RT, pp. 117-118.

(3) - Ação Civil Pública, RT, 7^a ed., pp. 53 e sgts.

para a propositura da ação (art. 8 § 1º e 9º), e que, ademais, poderá intervir como *fiscal legis*.

O interesse de agir, portanto, apresenta-se com a mesma intensidade dos demais co-legitimados. Em um caso concreto, destarte, o juiz deverá aferir se a ação é necessária, útil e adequada frente os fins a que se destina. Pode ocorrer que a lesão já não mais exista, tenha sido recomposta ou que ameaça não seja mais atual.

Portanto, impende que o Judiciário deva aferir o interesse de agir sob a ótica da conjugação do trinômio necessidade-utilidade-adequação da ação eleita frente os conceitos específicos de cada interesse metaindividual (meio ambiente-consumidor-patrimônio público).

Quando se tratar de meio ambiente *lato sensu*, é bem mais fácil se perceber que, por ser de natureza difusa, o interesse tutelado, a legitimidade e o interesse de agir exsurgem com mais clareza.

Deve-se sempre lembrar, todavia, que não se trata de uma demanda comum do tipo Tício contra Caio, pois, conforme mencionado acima, trata-se de conflito de interesse metaindividual.

Registre-se que a ACP se coloca, acima de tudo, como um exercício de cidadania no quadro político de uma democracia participativa, daí a necessidade do Judiciário ombrear-se ao esforço comum dos entes exponenciais da sociedade (associações, MP, órgãos públicos, entes públicos etc).

d) Foro competente (local do dano) art. 109, da CF:

Local do dano _ art. 2º da Lei n. 7.347/85.

Questão tormentosa se apresentará quando o local do dano ambiental se verificar no interior de um bem da União, como, p. ex., uma Unidade de Conservação⁴ federal.

Há que se notar que o art. 2º da Lei n. 7.347/85 estabeleceu o foro do local do dano como competente para o processamento das ações civis. Mas nem sempre o local do dano é sede de seção judiciária federal.

O art. 109 da CF/88 estabelece a competência da justiça federal. Quando houver interesse da União, haverá a necessidade do desloca

(4) - Definidas pela Lei n. 9.985/00.

mento do feito para a seção judiciária federal, cuja competência incidir sobre o local do dano.

Sabe-se, entretanto, que a defesa do meio ambiente precisa de rapidez, porquanto, muitas vezes ocorrido o dano, dificilmente poderá ser ele reparado, nem sempre o deslocamento imediato do feito propiciará a rapidez imprescindível.

Para melhor análise, contudo, consultar RT 671/71⁵.

e) Inquérito Civil Público art. 8º:

O inquérito civil nada mais é do que uma peça inquisitória, de natureza administrativa, instaurada no âmbito do Ministério Público, que visa carrear provas para uma futura e eventual ação civil pública.

Nesse passo, pode também ser considerado como um instrumento destinado a possibilitar uma "triagem" das várias denúncias que chegam ao conhecimento do MP.

Poderá ser utilizado como prova para a propositura da ação, ou, caso não haja prova suficiente, poderá ser arquivado pelo Ministério Público.

Referido arquivamento passa pelo crivo do Conselho Superior do MP. De todo modo, a conclusão a que chegue o MP não é vinculante para a entidade denunciante.

Se arquivado um inquérito, poderá ele ser reaberto mediante novas provas. O arquivamento do inquérito civil referendado pelo Conselho Superior do MP não faz coisa julgada.

f) Pedido condenatório-pecuniário:

O pedido imediato poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, consoante art. 3º, da LACP, donde se observa que o pedido imediato terá natureza condenatória, *lato sensu*.

Entretanto, sua compreensão é melhor alcançada com a leitura do disposto no art. 11, da Lei n. 7.347/85. Registre-se, destarte, que o Juiz pode exacerbar as astreintes em face do interesse metaindividual tutelado.

(5) - Aspectos da Competência Jurisdicional na Amazônia, Miguel Mônico Neto, RT 671/71.

g) Desistência da ação:

No caso dos co-legitimados, o MP assume a titularidade (art. 5º § 3º). Mas deve haver uma certa

discretariedade em relação ao MP para decidir se a continuidade daquela ação não proposta por ele ainda atende aos interesses públicos.

Ao revés, quando a desistência, é pelo MP, ou seja, da ACP por ele proposta, não há norma expressa a respeito. A doutrina divide-se em duas posições.

Pela inadmissibilidade da desistência, encontram-se, dentre outros, Hely Lopes Meireles e Milaré, para quem, no caso, deve ser aplicado, assim como no Processo Penal (art. 42 do CPP), o princípio da indisponibilidade.

De outra banda, outros, como Mancuso, asseveram ser possível a desistência em algumas hipóteses, como quando se dá a perda do objeto. Nesse caso, deverá consentir o réu (art.267,§ 4º, do CPC).

Nelson Nery propõe, nesse caso, se não houver concordância do juiz, que seja aplicado, por analogia, o art. 28, do CPP.

h) Acordo:

Para Mancuso é possível, porém conveniente que o membro do Ministério Público consulte o Conselho Superior da instituição.

O Termo de ajustamento de Conduta deverá sempre ser utilizado pelo Ministério Público quando seja possível fazê-lo.

O TAC poderá servir de título executivo extrajudicial caso não sejam cumpridas suas cláusulas e condições.

h) Legitimidade passiva:

Questões tormentosas podem surgir (como identificar todos os poluidores de um rio?).

A solução dada por parte da doutrina que melhor atende o interesse público é aquela em que o MP pode propor a ação contra um, alguns ou contra todos.

No caso dos garimpeiros de um rio, semelhante ao Litisconsórcio multitudinário (todos que se encontrem naquela condição), poderá ser proposta ação contra todos aqueles que se encontrem nas mesmas condições, ainda que não identificados.

Registre-se, por imperioso, que a decisão na ACP faz coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, com o que

estaria atendido a eficácia do provimento jurisdicional.

i) O Ministério Público e sua atuação:

As ações civis públicas de proteção ao meio ambiente propostas pelo Ministério Público têm contribuído muito para que sejam evitados prejuízos maiores ao país.

A instituição tem cobrado em Juízo o respeito às leis e princípios constitucionais ambientais por parte dos cidadãos e do próprio poder público, exigindo maior publicidade do EIA/RIMA e audiências verdadeiramente públicas⁶.

Não raras vezes, entretanto, a atuação do Ministério Público é confundida com o que se convencionou chamar de fundamentalismo ecológico. Parte da imprensa, de políticos e até de alguns juristas de renome, injustamente, têm imputado à instituição a fama de atrapalhar o desenvolvimento.

Não se pode olvidar que o Ministério Público tem por missão constitucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88), daí que, preliminarmente, já se deve afirmar que a função primordial da instituição é zelar pelo cumprimento adequado do ordenamento jurídico, sendo o homem o seu principal sujeito.

Nesse passo, conveniente destacar as palavras do ilustre Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Daniel R. Fink, Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Ministério Público Paulista, em matéria publicada no jornal "O Estado de São Paulo":

(...) de se observar ainda que o Ministério Público não impõe nem decide, mas propõe perante o Poder Judiciário sua pretensão do que seja juridicamente adequado. Sua função é

(6) - Art. 225, § 3º, da CF/88 e Resolução CONAMA n. 009/87.

função é propositiva, razão por que seus membros, em geral, são nomeados promotores de Justiça. O meio ambiente está entre os temas de sua missão institucional. Mas qual meio ambiente?

Não há dúvida de que o homem é o principal sujeito do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas não o único. Também não resta dúvida de que o homem é o principal sujeito do dever de manter o equilíbrio ecológico (art. 225). Completa a relação jurídica ambiental seu objeto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por equilíbrio ecológico não se pode entender somente o conjunto de condições que possam satisfazer as necessidades do homem. Ao longo da história, temos verificado um sem-número de exemplos de agressões ambientais em nome do desenvolvimento (Serra Pelada, Cataguazes, Garimpo Bom Futuro, dentre inúmeros outros).

Aliás, a própria Constituição fixa como desenvolvimento econômico _ ou seja, o que vem primeiro _ a defesa do meio ambiente. Inclui, ainda, como dever do Poder Público o controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

O conceito Constitucional é amplo o suficiente para se afirmar que o equilíbrio ecológico depende de se considerar o homem como parte integrante do meio ambiente. Sua relação não é de superioridade, mas de equilíbrio. É evidente que o homem é sujeito privilegiado nessa relação e assim deve ser tratado.

Registre-se, contudo, que não é o senhor absoluto da exploração ambiental, sob pena de comprometer a qualidade de vida das futuras gerações, tal como as gerações anteriores fizeram com as atuais.

No dizer de José Renato Nalini, 'uma deformação do antropocentrismo tornou a criatura humana pretensiosa e arrogante. De senhor da terra passou a comportar-se como

um terricida ou destruidor do planeta, (...) somente a ética poderia resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado antropocentrismo num saudável biocentrismo' (Ética Ambiental).

Contra essa deformação e em favor de um biocentrismo saudável é que atua o Ministério Público; nunca desconsiderando o homem, mas inserindo-o no meio que não é só seu, mas de todas as formas de vida. Nosso futuro comum depende da compreensão desse paradigma.

Como afirma Buda, lembrado por Amaratya Sen (Nobel de Economia), "por sermos enormemente mais poderosos do que as demais espécies, é preciso que tenhamos alguma responsabilidade para com elas, num esforço por minorar de alguma maneira essa assimetria".

É verdade que os governos em geral estão relativamente preocupados com a eliminação das desigualdades sociais e a satisfação das necessidades básicas da população. Essa missão, contudo, não pode ser imediatista, pela utilização de mecanismos pseudodemocráticos, disfarçando suas decisões com uma

legitimação inexistente.

Ainda que não seja a mais confortável das missões, o papel do Ministério Público é lembrar a esses governos que há valores maiores que devem ser considerados na aprovação de empreendimentos. Nenhum governo gosta disso, mas a sociedade desinteressada aplaude.

É papel do Ministério Público, porque a Constituição lho deferiu, buscar um equilíbrio entre a cultura das humanidades e a cultura científica (E. Morin). Sem esse equilíbrio poderemos estar diante da arrogância e prepotência já referidas.

É papel do Ministério Público ouvir a voz da sociedade e saber interpretá-la à luz do ordenamento jurídico. Mas não apenas do Ministério Público, mas do Poder Público em geral. Pena que alguns não queiram ouvir.

Em acréscimo às palavras do ilustre jurista, há de registrar-se que no foro brasileiro a grande maioria - cerca de mais de 95% - das ações civis ambientais existentes são propostas pelo Ministério Público.

Nesse sentido, avulta a importância do Ministério Público como instituição mais bem preparada para a defesa do meio ambiente em favor de toda a sociedade, em que pese toda a sua deficiência estrutural para atender à demanda existente em matéria de conflitos ambientais.

Constituição Federal

A defesa do meio ambiente, por meio da ação civil pública, pelo Ministério Público, ganhou fôlego com a promulgação da Constituição Federal de 1988, porquanto estabeleceu que o *parquet* tem como uma de suas funções institucionais, promover a ação civil pública para defesa do meio ambiente (art. 129, III, da CF/88).

Com o advento da nova carta em 1988, o bem jurídico meio ambiente também ganhou *status Constitucional*, tendo sido erigido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Cumpre registrar, outrossim, que toda a legislação infraconstitucional alhures mencionada foi recepcionada pela nova carta, que, além de referendar conceitos e princípios anteriores, erigiu o meio ambiente à categoria de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, levando o STF

recentemente asseverar seu caráter de princípio fundamental, como típico direito de 3^a geração⁷.

A redação do novo texto constitucional propiciou com que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado fosse visto como um direito essencial à vida, garantia fundamental do cidadão, inserido no contexto dos direitos humanos e das garantias fundamentais do art. 5º da nova Carta.

Com efeito, a proteção da vida humana encontra-se diretamente relacionada à proteção do meio ambiente, porquanto o legislador constituinte menciona expressamente o direito ao meio ambiente ecologicamente como essencial à sadia qualidade de vida, e,

(7) - RE 134.297-SP., Rel. Min. Celso de Mello.

ao mesmo tempo também, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade desse direito.

Importante repisar mais uma vez que a legislação ordinária anterior, como por exemplo, o Código Florestal e a Lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, dentre outras, foram recepcionados pela nova Carta que também ampliou os conceitos anteriores, ratificando princípios⁸, erigindo-os, outrossim, à categoria de princípios constitucionais.

Ademais, não bastasse um capítulo especial ao meio ambiente, a ordem econômica e financeira – art. 170 da C.F. – também passou a ter dentre os seus princípios, a defesa do meio ambiente, conforme previsto no inc. VI do referido artigo.

A Constituição Federal, portanto, não só recepcionou o artigo 4º, inc. I, como toda a Lei n. 6.938/81. Decorre, pois, que o desenvolvimento passou a ter que necessariamente ser equacionado com o meio ambiente, inserindo a idéia do princípio da sustentabilidade (desenvolvimento – meio ambiente e justiça social – art. 170, inc. VI, da Constituição Federal).

E mais, consoante se pode observar pela leitura atenta do art. 225 da Constituição Federal, ainda destacam-se os seguintes princípios:

-Princípio do desenvolvimento sustentável;

-Princípio do poluidor-pagador;

- Princípio da prevenção ou da precaução;
- Princípio da participação (educação ambiental).

O princípio da sustentabilidade

O princípio da sustentabilidade, como já comentado, está consubstanciado na Constituição Federal quando referida carta estabelece como princípio da ordem econômica e social a efetiva proteção do meio ambiente, e esse, por sua vez, é um bem de uso comum do povo, daí por que ninguém tem privilégio na sua fruição, pois deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.

(8) - Vg., a responsabilidade objetiva inserta no princípio do poluidor-pagador que já era prevista no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.

Em assonância, outrossim, a Constituição Federal ainda estabelece que a ordem econômica e social⁹ tem por princípio a função social da propriedade¹⁰, e essa função social também só é devidamente equacionada quando a propriedade atende, dentre outros, ao requisito da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente, consoante art. 186, inc. II.

Por outro lado, acrescente-se, outrossim, que recentemente o Código Civil¹¹ veio a ratificar o referido princípio ao estabelecer dispositivo semelhante no art. 1.228, § 1º, que ficou redigido assim:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Pode-se afirmar, destarte, que o proprietário ou possuidor que desatende às normas ambientais não objetiva cumprir a função social da propriedade, e, portanto, não há como ser reconhecido o seu direito à propriedade.

O princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador já era previsto em nosso ordenamento consoante se observa do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O

(9) - Art. 170, da CF.

(10) - Art. 170, inc. III, da CF.

(11) - Lei n. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002.

Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Essa norma infraconstitucional, com a promulgação da Constituição Federal, portanto, foi também recepcionada pelo artigo 225, § 3º, que, por sua vez, não estabeleceu nenhum critério ou elemento vinculado à culpa como dever de reparar o dano. Desse princípio extrai-se, ousrossim, a responsabilidade civil objetiva do poluidor por danos causados ao meio ambiente, inserta na chamada teoria do risco.

De acordo com Jean Carbonier¹², a responsabilidade objetiva 'não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com estes atos, porque aquele que exerce uma atividade deve-lhe assumir os riscos'.

Em síntese, haverá indenização se o dano foi causado pela atividade do agente, porquanto o risco dessa atividade é o suficiente para esse dever de reparar o prejuízo.

Nesse sentido, ensina Caio Mário da Silva Pereira¹³ que 'a doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano e vínculo de causalidade entre um e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso'.

Com efeito, o poluidor _ definido no art. 3º, inc. IV, da Lei n. 6.938/81 _ é obrigado a reparar o dano independentemente do nexo causal entre a sua ação/omissão e o resultado gravoso. Basta a existência do dano e o risco criado pela atividade _ ainda que autorizada _ por ele desenvolvida.

Portanto, vigora no direito ambiental o sistema da responsabilidade civil objetiva para os danos ambientais, diante da evidente dificuldade de se comprovar a culpa do agente poluidor pela doutrina da

responsabilidade subjetiva, que também não se coaduna com a importância dos bens tutelados e a moderna tendência de evolução mundial.

(12) - *Droit Civil, vol. IV, Obligations, n. 86, p. 292, apud Caio Mário da Silva Pereira, in Responsabilidade civil, Forense, 3^a edição, 1992, pg. 19.*

(13) - *Responsabilidade Civil, cit. p. 287.*

Imperioso acrescentar, por outro lado, como bem leciona Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹⁴, que o princípio do poluidor-pagador não significa "poluir mediante pagamento", ou "poluo, mas pago". O sentido definitivamente não é esse, já que não haveria compatibilidade com os demais princípios.

Em verdade, além do evidente caráter repressivo representado pela obrigação da reparação do dano, tem o princípio ainda um caráter preventivo no sentido de impor ao poluidor todos os custos de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade eventualmente possa ocasionar. Todavia, ainda assim, ocorrido o dano, o poluidor será responsável pela sua reparação.

O princípio da prevenção ou da precaução

Considerando que na maioria das vezes, ocorrido o dano ambiental, dificilmente se pode restabelecer o *status quo*, sendo ele muitas vezes irreversível, e, considerando a impotência do sistema judiciário estatal e do próprio ser humano em restituir situação idêntica à anterior, o princípio da prevenção assume significativa importância para o direito ambiental, na medida em que proporciona a inocorrência do dano.

Referido princípio encontra-se expressamente estabelecido no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, onde se está asseverado o dever do Poder Público e da coletividade de "proteger preservar" o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Exsurge, destarte, em afirmação do princípio da prevenção, a necessidade de elaboração do EIA/RIMA por parte do empreendedor, ou seja, o estudo prévio de impacto ambiental e seu respectivo relatório de impacto ao meio ambiente, que deverão ser realizados previamente à instalação do empreendimento, com ampla publicidade e com as devidas audiências públicas¹⁵

(14) - *Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Saraiva, 4^a ed., pp. 27/28.*

Ademais, outros instrumentos, como a licença ambiental¹⁶, que compreende três fases (LP, LI e LO); as multas administrativas oriundas do processo de fiscalização; os planos de manejo florestal; os incentivos fiscais (ICMS ecológico); as apreensões de materiais poluentes; as decisões do Poder Judiciário nas ações de direitos difusos e coletivos, as liminares, antecipações de tutela e punições aos infratores, são também formas de realização do princípio da prevenção.

O princípio da participação

O princípio da participação encontra-se consubstanciado também no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, quando o texto estabelece que é dever do Poder Público e da coletividade a proteção do meio ambiente.

Ademais, a própria Lei de Ação Civil Pública, desde 1985, já dispunha que, além do Ministério Público, do Estado e do Poder Público em geral, as associações de defesa ambiental detinham legitimidade para ingressar com ações de defesa do meio ambiente.

PRIORIDADES DO MP/RO

Combate ao desflorestamento;

Combate aos crimes ambientais;

Combate às invasões das unidades de conservação;

Cumprimento da lei do zoneamento;

Exigência da averbação e recomposição da reserva legal na propriedade privada.

O simples fato das imagens de satélite recebidas no INPE, entre 2001 e 2002, revelarem que o desmatamento na Amazônia passou de 18.166 km² para 25.476 km², o segundo maior incremento desde 1995, já tornaria relevante a discussão sobre o desmatamento pelas contribuições que possa trazer tanto no diagnóstico e subsídios para o Poder Judiciário e MP, como na proposição de políticas públicas.

Acrescente-se, entretanto, que se a exploração madeireira não propiciou diretamente o grande desmatamento ocorrido em Rondônia,

indiretamente foi essa atividade a responsável pela construção das estradas de acesso aos locais mais vantajosos para a instalação dos empreendimentos de pecuária em extensão que, como cediço, provocam maior impacto ambiental e altíssimo custo social.

De fato, segundo estudos patrocinados pelo Banco Mundial¹⁷, os dados de uso do solo na Amazônia mostram a pecuária como a principal atividade na região como fonte de desmatamentos. Sua expansão, desde o início da década de 70, tem sido um processo contínuo e de caráter inercial.

Indubitável, de outra banda, que, pelas imagens de satélite, pode-se perceber que as áreas desmatadas são imensamente superiores às autorizações concedidas pelos órgãos ambientais competentes, revelando a fragilidade do sistema de fiscalização estatal.

De fato, consoante informações obtidas pelo IMAZON¹⁸, são produzidos pelo setor florestal em Rondônia cerca de 4,8 milhões de m³ de madeira em tona por ano. Diversamente disso, de acordo com a gerência executiva do IBAMA em Porto Velho, durante todo o ano de 2002, em Rondônia foram autorizados 1.774.234,899 m³/toros em área de manejo florestal e apenas 63,000 m³ em uso alternativo do solo.

Do confronto desses números, chega-se à inexorável conclusão óbvia de que os mecanismos de fiscalização e controle por parte do Estado não funcionam, pois a diferença entre o volume de madeira autorizada e o volume efetivamente produzido chega a ser quase o triplo. Daí decorre, outrossim, a existência de monumental evasão fiscal, sem mencionar a destruição e furto de madeiras de unidades de conservação.

É certo afirmar, todavia, que, de acordo com estudos do IMAZON - Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia, o setor florestal representa 15% do PIB regional, sendo que 90% da produção de madeira do país é proveniente da Amazônia.

Por seu turno, o Estado de Rondônia contribui com 18% desse total, com 16 pólos madeireiros, cerca de 390 empresas em operação

e 4,8 milhões de m³ de madeira em tora por ano e vários empregos diretos e indiretos.

Em assinância com os referidos números, pode-se ainda deduzir que, para produção de 4,8 milhões de m³ de madeira em tora por ano, são necessários, considerando que o "bom manejo florestal" permite em média a retirada de 20 m³/hectare, cerca de 240.000 hectares de área de floresta sendo efetivamente exploradas.

Nessa esteira, considerando que o normal ciclo do manejo florestal está limitado em 30 anos, são necessários para a produção de 4,8 milhões de m³ de toras, destarte, cerca de aproximadamente 7.200.000 (sete milhões e duzentos mil) hectares de área de floresta legalmente manejadas¹⁹.

Ora, é público e notório que, legalmente, não existe essa área disponível no território do Estado, sendo, portanto legítimo se concluir, que grande parte da madeira extraída é de origem ilícita e proveniente de áreas proibidas para a exploração, ou seja, de áreas institucionais: as unidades de conservação e terras indígenas.

PRINCIPAIS AÇÕES CIVIS PROPOSTAS PELO MP EM RO.

- a) Em defesa do Seringal de Pimenta Bueno _ 1991
- b) Caerd _ Espigão D'oeste - 1991
- c) Ferrovia Madeira Mamoré _ Pv -1992
- d) Garimpo Bom Futuro _ Pv _ 1992 (1^a Perícia por satélite no país).
- e) Coca-Cola _ Pv - 1992
- f) Lixão _ Pv -1992
- g) Curtumes _ Pv -1993
- h) Condomínio 4 de Janeiro 5^a Etapa _ Pv _ 1993
- i) Garimpo Rio Madeira _ Pv - 1993
- j) Poluição Sonora _ Pv _ 1993/1994 (Pizzas)

k) Lixão _ Ariquemes

(19) - De acordo com cálculos do IDARON.

-
-
-
- l) Lixão Ji-Paraná
 - m) Lixão Cacoal
 - n) Unidades de Conservação
 - o) União Bandeirantes
 - p) Reserva Extrativista do Rio Jaci-Paraná
 - q) Floresta Nacional do Bom Futuro
 - r) Projeto Jequitibá
 - s) Postos de Gasolina
 - t) CAERD
 - u) Município de Porto Velho

SUGESTÕES

Para o Poder Judiciário

- a) Criação de duas varas especiais de conflitos agrário e meio ambiente, com competência jurisdicional para a área criminal e cível, sendo uma na capital e outra em Ji-Paraná;
- b) Criação da Associação dos juízes e promotores do meio ambiente do Estado de Rondônia;
- c) Realização de mais cursos, seminários específicos e grupos de estudos em conjunto com o MP e OAB.

Para o Ministério Público

- a) Priorização da estruturação dos órgãos de execução, as Promotorias de Justiça do Meio Ambiente em todo o Estado;
- b) Busca do respeito à Lei Complementar n. 233 _ Lei do Zoneamento Ecológico;

- c) Participação direta do Ministério Público na elaboração da Política Estadual do Meio Ambiente, tanto no Conselho Estadual, como nos Conselhos Municipais;
 - d) Participação direta do Ministério Público no SIVAN;
 - e) Realização de Convênios com Universidades e Institutos de Ensino para a elaboração de laudos técnicos e supervisão técnica para ações judiciais;
-

- f) Informatização dos feitos ambientais (inquéritos policiais e civis, termos circunstanciados, ações penais e ações civis públicas);
- g) Realização de simpósios e congressos regionais com vista ao aprimoramento funcional de servidores e Promotores;
- h) Implementação do corpo técnico do Ministério Público com a efetiva introdução na legislação dos cargos de peritos ambientais;
- i) Gestões perante o Executivo Estadual no sentido de dispor junto ao orçamento do Ministério Público de percentual de todo o numerário que for recebido pelo Estado, a título de medida compensatória na forma da lei.

VISITEM, CONSULTEM E CONTRIBUAM PARA O SITE DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE MANDANDO MATERIAS, JULGADOS E NOTÍCIAS:

<http://www.mp.ro.gov.br/caos/cao-amb/>

18 - Dos Direitos da Personalidade

Dos direitos da personalidade

Nagib Slaibi Filho

Magistrado _ RJ

Professor _ EMERJ / UNIVERSO

Dos direitos da personalidade

Nagib Slaibi Filho

1. Conceito

As disposições sobre os direitos da personalidade, constantes do capítulo II, arts. 11 a 21 do novo Código Civil, constituem salutar inovação e é, assim, tema que se mostra extremamente relevante para o Estado Democrático de Direito implantado pela ordem constitucional de 1988, voltado à satisfação dos interesses do indivíduo e não este em prol do Poder, como era no decaído regime.

Registre-se a previsão do eminent Professor José Carlos Moreira Alves de introduzir tais disposições no anteprojeto de Código Civil, parte geral, do qual se encarregou ainda nos anos 70 do século XX, sensível às novas idéias que já avassalavam o mundo civilizado, justamente quando o País vivia em terrível quadro político que maltratava os direitos humanos.

Sobre a personalidade, retornemos a Plácido e Silva:¹

Do latim *personalitas, de persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro.

Assim, opondo-se à acepção de generalidade, traz consigo o sentido de individualidade, particularidade e singularidade, exprimindo o conceito de uma relação abstrata de existência, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural. É a qualidade de pessoa.

Nesta razão, a personalidade, tomada neste sentido, não pode ser mais que uma, porque somente uma é a individualidade, que dela se deriva.

(1) - Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico* (atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, na versão eletrônica). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

Juridicamente, a personalidade é tida neste mesmo conceito, caracterizando ou individualizando a pessoa ou a entidade física ou jurídica, com aptidão a ser sujeito ativo ou passivo de direitos.

Os direitos da personalidade são, assim, aqueles que apresentam conteúdo tão variado quanto complexa é a natureza humana, pois caracterizam o indivíduo, compreendendo as faculdades ou poderes atinentes à vida, à liberdade, à segurança e a todos os direitos delas decorrentes como a intimidade, a privacidade, a imagem e outros.

A dimensão dos direitos da personalidade está, assim, na dimensão do universo que existe em cada indivíduo.

Os direitos da personalidade têm fundamento constitucional como se vê no art. 5º da Constituição e são explicitados nos diversos incisos do mesmo dispositivo, sem que se possa dizer que estejam restritos ao campo normativo do imenso art. 5º, pois também são previstos em diversos outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, nos arts. 6º e 7º.

Os direitos da personalidade são direitos objetivos quando decorrentes da norma jurídica, em situação genérica e abstrata, e são vistos como direitos subjetivos quando incidentes em situações fáticas concretizadas.

Nesse aspecto, recorde-se a classificação dos direitos de Giuseppe Chiovenda:² os direitos a uma prestação, ou tendentes à obtenção de um bem de vida mediante a prestação positiva ou negativa de outrem, assim vinculando o outro a uma conduta positiva ou negativa em favor de seu titular; e os direitos potestativos, tendentes à modificação do estado jurídico já existente.

Os direitos potestativos têm por conteúdo do direito o poder de seu titular de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa senão se submeter, pois está na situação denominada como estado de sujeição.

(2) - Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil (Instituzione di Diritto Processuale Civile)*, tradução por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1942, vol. I, p. 36 e segs.

Os direitos à prestação podem ser absolutos, oponíveis *erga omnes*, como os direitos personalíssimos ou da personalidade, e os direitos reais, ou relativos, quando oponíveis somente a determinadas pessoas, como os direitos obrigacionais e os direitos de família.

Na classificação do mestre italiano, observa-se que os direitos reais, os direitos obrigacionais e os direitos de família já são segmentos próprios da regulação pelo Código Civil, parecendo muito natural que, na parte geral da codificação, venha o capítulo referente aos direitos da personalidade, assim explicitando a vinculação de todos os demais membros da comunidade em face da individualidade da pessoa.

A lateralidade ou alteridade é o grande fundamento da existência dos direitos da personalidade, e somente podendo manifestar-se no relacionamento das pessoas, na vinculação que automaticamente decorre do simples fato da existência da pessoa humana e da necessária qualidade que a acompanha, qual seja, a dignidade como valor fundamental para a vida social ou o Estado Democrático de Direito declarado no art. 1º da nossa Carta Magna.

2. Extensão dos direitos da personalidade

Note-se que mui sensatamente o legislador pátrio deixou de emitir definição, assim sem limitar o conteúdo dos direitos da personalidade, fugindo do risco de lhe impor lindes, conceitos e valores que depois poderiam ser desmentidos pelo progressivo aumento da consciência individual.³ A redação proposta no anteprojeto de lei resultou no enunciado do art. 11 de que, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."

Não se pense, contudo, que, nesses atributos ou qualidades postos pelo Código Civil – intransmissibilidade, irrenunciabilidade e

(3) - Irresistível se mostra aqui e agora a respeitosa evocação do mestre Luiz Pinto Ferreira com tenacidade divulgando a máxima de Hegel: a História é a consciência progressiva da liberdade. A liberdade, como poder do indivíduo de alcançar os bens da vida necessários à sua existência e ao seu desenvolvimento pessoal, cada vez mais se amplia na proporção direta do incremento da conscientização pessoal, de cada um de nós, sobre a existência e os limites deste poder.

indisponibilidade ___, se esgotem os caracteres dos direitos da personalidade que apresentam, em rol meramente enunciativo, os atributos a seguir que apresentam, em rol meramente enunciativo, os atributos a seguir enumerados.

São direitos:

- Fundamentais, decorrentes do regime democrático de poder, com origem metajurídica, pois decorrem não somente da Constituição, mas também da ideologia por esta abraçada. Como direitos fundamentais,

estes preexistem à declaração formal de sua existência pela legislação, podendo ser considerados como direitos inatos ao indivíduo e, assim, insusceptíveis de serem contidos pelo legislador infraconstitucional;

- Absolutos, oponíveis *erga omnes*, constituindo dever de toda a comunidade não só de atendê-los como também preservá-los em atenção à individualidade do ser humano. Embora direitos absolutos no que diz respeito à sua oponibilidade *erga omnes*, são, no entanto, direitos limitados quanto ao seu exercício, assim em atenção à regra de que o limite do exercício de todo o direito está onde se inicia o mesmo poder por parte dos outros. A limitação dos direitos no seu exercício é natural ao direito subjetivo em atenção ao princípio liberal, inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 1º: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade", ou, como está bem redigido no art. 187 do novo Código Civil "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Os direitos e deveres __ quaisquer que sejam o seu conteúdo __ somente se legitimam pela utilidade deles decorrente que é a satisfação dos interesses;

- Indisponíveis, pois o titular deles não pode se desvestir, ou alienar ou transmitir, ainda que a título gratuito, ou gravá-los ou serem submetidos à penhora como meio de garantia da execução. É certo que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente ou geral.⁴ Note-se, neste aspecto, que se

(4) - Neste sentido, o Enunciado n. 4 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

deve distinguir entre a indisponibilidade do direito e a disponibilidade dos efeitos financeiros deste mesmo direito, como, no exemplo cediço, o direito do autor de ceder os direitos de comercialização, bem como do direito de disposição altruísta que tem o doador de órgão humano;

- Imprescritíveis, pois o tempo não tem o poder de excluir o poder do titular de defendê-los através da atuação em juízo. Além do mais, os direitos da personalidade não se constituem e incidem tão logo ocorra o suporte fático. Desta forma, a carga declaratória das ações que os assegurem faz predominar a imprescritibilidade do direito.⁵

3. Garantias do direito da personalidade

A rigor, mostram-se absolutamente desnecessárias as inclusões, no texto do novo Código Civil, dos dispositivos que se vêem nos arts. 12 e 21, salvo para fins de reforço dos comandos normativos decorrentes da Constituição e na tentativa de ultrapassar o velho hábito de muitos de se aguardar ato do legislador para colocar em vigência a Lei Maior:

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.

(...)

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Note-se o que está no art. 5º, X, da Constituição: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

(5) - No sentido de que as ações declaratórias são imprescritíveis, veja-se Agnelo Amorim Filho, *Critérios científicos para distinguir entre prescrição e decadência*, na Revista dos Tribunais n. 300, p. 7 e segs.

Além do mais, o direito fundamental de acesso à jurisdição, decorrente do disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior, desde logo assegura o direito da pessoa de se socorrer dos tribunais, a estes cabendo dizer se

procede ou não a pretensão alegada.⁶

Desse modo, a pessoa física ou natural tem o direito de se dirigir aos órgãos jurisdicionais pedindo a cessação da ameaça ou da lesão a seu direito de personalidade, podendo ainda cumular o pedido com o de reparação dos danos materiais e morais, sem prejuízo de outras sanções acaso previstas em lei, como, por exemplo, o direito de publicação da sentença sancionatória previsto na vigente Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que ainda regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informações).

Diferentemente do que se pensava até a vigência da nova ordem constitucional, enseja também a violação dos direitos da personalidade, a reparação, o dano moral, como está agora declarado no art. 186 do Código Civil.

Em conseqüência, o ameaçado ou lesado por ato atentatório ao seu direito da personalidade poderá judicialmente pedir a cessação da ameaça, ou a cessação da lesão, se esta for continuada, ou, se a lesão já se esgotou, poderá pedir a reparação dos danos morais e materiais, estes consistentes não só no que a pessoa perdeu (danos emergentes) como o que deixou de ganhar (lucros cessantes).

4. Legitimação concorrente e sucessiva do cônjuge sobrevivente, ou parente em linha reta ou colateral até o quarto grau

De regra, está legitimado para ir requerer nas instâncias judicial e administrativa o próprio lesado que seja o titular do invocado direito: é o que se denomina de legitimação ordinária. Contudo, em face da relevância do direito e da impossibilidade de somente deixar ao titular a sua defesa, em certos momentos a ordem jurídica concede a quem não é o titular do direito o poder de defendê-lo.

(6) - Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 10: Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Por exemplo, se o *habeas corpus* é impetrado pelo próprio paciente é caso de legitimação ordinária; se é impetrado por terceiro em favor do paciente, é caso de legitimação extraordinária.⁷

Evidentemente _ e, por isso, a importância do tema _ os efeitos da decisão judicial ou administrativa na legitimação extraordinária vão atingir ou alcançar não aquele que demanda ou requer, mas aquele cujo direito está sendo defendido.

No exemplo acima, a concessão da ordem no *habeas corpus* beneficiará o paciente, assim como a denegação da ordem, com apreciação do mérito, o prejudicará.

Não se confunda a legitimação extraordinária com a representação, pois naquela se atua em nome próprio na defesa de interesse alheio e nesta se atua em nome alheio na defesa de interesse alheio.

A legitimação extraordinária pode ser inicial, ao se referir ao momento do ajuizamento do pedido, como pode ser substitutiva quando, já proposta a demanda, ocorre fato que autoriza o ingresso de outrem no pólo ativo, como, por exemplo, acontece na ação popular, prevista na Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1995, autorizando que o autor popular que abandone a causa ou faleça no decurso dela seja substituído por outro cidadão; se nenhum cidadão se apresentar para tal fim, mesmo publicados os editais, o Ministério Público assumirá o pólo ativo da ação popular.

Em se tratando de direitos da personalidade, o seu caráter personalíssimo geralmente indica que o falecimento do autor conduza à extinção do processo sem que os seus sucessores, inclusive o Espólio, possam continuar na causa, a qual, assim, é extinta sem conhecimento do mérito, como está no art. 267, X, do Código de Processo Civil, "quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal".

Daí decorre a importância do parágrafo único do art. 21, ao dizer que, "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."

(7) - A legitimação extraordinária é denominada também pelos processualistas de substituição processual, como está no art. 6º do Código de Processo Civil, embora o tema _ enfatize-se _ tenha o direito material como sede natural.

As pessoas ali referidas não só poderão continuar na causa aberta pelo morto, mas em nome próprio _ e não no nome do morto _ poderão sucedê-lo no pólo ativo da demanda em nome próprio, buscando não só a reparação dos danos materiais e morais como a cessação da ameaça ou da lesão, e também qualquer outra sanção prevista na lei, como diz a parte final do *caput* do art. 12.

5. Legitimados

O parágrafo único do art. 12 coloca como legitimado para a defesa dos direitos da personalidade o cônjuge sobrevivente, mas não se refere ao companheiro, o que ensejará debates sobre a legitimidade deste de requerer a providência, inclusive quando houver conflito com o cônjuge supérstite que não vivia com o morto na época do óbito.

Em interpretação sistemática, socorre-se da orientação dada pelo disposto no art. 1.723, e, em consequência, se estendendo ao companheiro ou à companheira o direito previsto no dispositivo ora em comento, desde que sejam atendidos os requisitos lá previstos de "união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, e a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inc. VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente."

A se adotar, como se faz tal interpretação, extrai-se que o cônjuge sobrevivente que não vivia com o morto, pois dele estava separado de fato, não usufruirá de legitimidade para demandar, embora a tenha o companheiro que vivia em união estável com o morto. Veja-se o que está no art. 1.830, com a regra geral de que:

... somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

De qualquer forma, se o tema for colocado incidentalmente em processo no qual busca o companheiro a reparação referida no art. 12 (reparação para si e não para o Espólio, esclareça-se), tem o juiz a

alternativa de resolver o tema na própria demanda _ pois a legitimidade é condição de ação e assim deve ser tratada como questão que dispensa o requerimento da parte _ ou suspendê-la enquanto se resolve a questão em outra causa, como permite o disposto no art. 265, IV, "a", do Código de Processo Civil.

Aliás, pelos termos postos pelo novo Código Civil quanto à união estável, muitos poucos negarão que o reconhecimento de sua existência constitui a ação de estado referida no art. 265, IV, "c", do citado código de procedimentos.

Quanto aos parentes como legitimado, deve se seguir a orientação constante dos arts. 1.591 e 1.595, inclusive quanto à preferência de vocação hereditária.

A expressão parente em linha reta significa os ascendentes e descendentes do morto, obedecendo-se ao comando decorrente do disposto no art. 1.591; são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra, como está no art. 1.592. O grau de parentesco é contado pelo número de gerações, isto é, na lição de Orlando Gomes, a relação existente entre o genitor e o gerado.⁸

Entendeu-se que os comandos decorrentes do disposto no art. 12 têm conteúdo geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas. As disposições do art. 20 do novo Código Civil têm

(8) - Gomes, Orlando: *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, versão eletrônica. Capítulo XXIV, sobre o parentesco, na linha reta o grau de parentesco conta-se pelo número de gerações. Geração é a relação existente entre o genitor e o gerado. Contando-se pela geração, tot sunt gradus quot generationes, há entre o pai e o filho um grau, entre o avô e o neto dois, entre o bisavô e o bisneto três. Contando-se pelo número das pessoas que se encontram na linha, tot sunt gradus quot personae, tira-se o tronco da geração e, por isso, o avô e o neto são parentes em segundo grau, chegando-se, em suma, ao mesmo resultado da contagem por gerações. Por esse sistema, são três as pessoas, mas não se conta o cabeça da estirpe. Na linha colateral, o grau de parentesco também se conta pelo número de gerações ou de pessoas. Pelo critério da geração, sobe-se de um dos parentes até o tronco comum e se desce até encontrar o outro.

a finalidade específica de regrar a proteção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.⁹

6. Disposição do próprio corpo

Como explicitação do direito da pessoa ao próprio corpo e as partes que o compõem, está no art. 13 do novo Código Civil que salvo por exigência médica,¹⁰ "é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial" e o art. 14, que introduz o chamado princípio do consenso afirmativo, trata da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte e que o ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo.

A lei especial que rege a questão da disposição do próprio corpo é a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, dizendo o seu art. 1º que "a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei," que não abrange, no entanto, o sangue, o esperma e o óvulo.

No art. 4º, pela redação que lhe foi imposta pela Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, a autorização da pessoa capaz sobre a disposição de seu corpo após a morte não era suficiente para produzir eficácia e

(9) - Neste sentido, o enunciado n. 5 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, presidindo a Comissão da Parte Geral o Professor Humberto Theodoro Júnior, sob o relato de Nelson Nery Júnior.

(10) - A expressão exigência médica, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente, como enunciou a Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

sequer influenciaria a decisão do seu grupo familiar. Pois o que lá estava "é a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, isto dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte."

Já o art. 9º diz que:

... é permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º desse artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Em decorrência, como *lex nova*, o disposto no art. 14 do novo Código Civil prevalece sobre a lei anterior – no caso a Lei n. 9.434/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.211/2001 – e com a vigência do novo Código Civil, permite-se a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico, embora tal ato de disposição possa ser revogado a qualquer tempo.

E está correta a nova legislação, obviando o absurdo do entendimento anterior, que era no sentido de que em vida própria o doador poderia dispor do próprio corpo e não pudesse fazê-lo da mesma forma para depois da morte, quando o próprio corpo perde a sua serventia e irá retornar ao pó, como diz a Bíblia.

Ainda assim, com referência à disposição do corpo, a ordem jurídica exige a gratuidade, o que coloca, assim, o corpo humano como coisa *extra commercium*.

Muito se discutiu, discute-se e ainda se discutirá para saber se pode o Poder Público desapropriar o corpo humano, pois se é coisa fora do comércio, por outro lado tem utilidade não só como fornecedor de órgãos como objeto de estudo e de pesquisa.¹¹

A questão da gratuidade exige que se verifique o interesse que conduziu o doador ao ato de disposição, o que depende das circunstâncias do caso e, em última análise, daqueles que vão utilizar as partes.

Há países onde é muito desenvolvido o comércio de cabelos para fins estéticos e a eventual utilização dessa parte do corpo em nosso país poderia ser considerada como atentatório aos bons costumes, como está no art. 13 do novo Código e no art. 9º da Lei n. 9.434/97, autorizando, inclusive, as autoridades aduaneiras a impedir o ingresso de tal mercadoria.

Também não é raro aparecer em jornais apelos desesperados de pessoas solicitando a doação de órgãos (como rim) e para muitos pareceria excessivo exigir dos doadores simplesmente o espírito altruísta, nem se poderia admitir decisão judicial que mandasse devolver ao beneficiado ou a sua família o que se pagou àquele que alienou parte de seu corpo, pois assim estaria se locupletando com a própria torpeza.

Enfim, do que decorre do novo Código nos arts. 13 e 14 e da legislação extravagante, extrai-se que a solução jurídica dos casos que se apresentarem passará necessariamente pela Ética como a fonte dos valores morais.

Após ensinar que a Bioética é o ramo do conhecimento que se ocupa basicamente com as implicações ético-morais decorrentes das

(11) - A resolução da controvérsia passa, necessariamente, pela visão de mundo do doador, de sua família e, a final, do juiz a quem incumbir o julgamento do caso. Há neste tema de se perquirir sobre a natureza jurídica do corpo humano e, para estabelecê-la, há de se perquirir também sobre o seu significado existencial. Em última análise, para aqueles que, como o autor deste escrito, consideram o corpo como o templo sagrado onde se manifesta o espírito que ilumina o ser humano, e que, como Renan, percebem que a vida não pode ser um mero hiato entre dois silêncios absolutos, a disposição dele post mortem, ou ainda em vida no que se refere aos órgãos duplos, parece consectário lógico.

descobertas tecnológicas nas áreas de Medicina e Biologia, Matilde Carone Slaibi Conti¹² destaca os seus princípios norteadores:

"- princípio da beneficência", está no ato de fazer o bem ou de fazer a caridade, esta uma das três virtudes teológicas, juntamente com a fé e a esperança;

"- princípio da não-maleficência", decorrente do aforismo *primun non nocere* (acima de tudo não causar mal ou dano). O não fazer mal a seu paciente é componente fundamental de idoneidade médica na relação com o paciente;

"- princípio da justiça" que conduz à eqüitativa e universal dos serviços de saúde como direito fundamental assegurado pelas normas que se extraem do disposto nos arts. 6º e 196 da Constituição; e

"- princípio da autonomia", como expressão da liberdade moral do homem, afirmado a medicina que o paciente tem direito à privacidade, à confiança, à escolha e à verdade.

Tais princípios nortearão a melhor exegese que se possa extrair das disposições ora em comento.

7. Direito de recusa ao tratamento médico arriscado

A pessoa capaz tem o direito de recusar o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica que possa colocá-lo em risco de vida.

Aparentemente a interpretação literal do dispositivo constante do art. 15 do novo Código Civil poderia levar ao entendimento de que tal direito de recusa ao tratamento médico arriscado, por se tratar de direito da personalidade, constitui valor absoluto que deva imperar em face de quaisquer outros valores.

Mas, na verdade, assim não é, pois não se pode extrair da nova disposição a autorização para o suicídio ou mesmo a eutanásia, temas que, mais uma vez, devem ser tratados com os valores antes mencionados da Bioética.

(12) - Conti, Matilde Carone Slaibi. *Ética e Direito na manipulação do genoma humano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 16 e segs.

A autonomia da vontade, como princípio da organização social e que é a fonte da norma que se extraí do dispositivo ora em comento, não pode ser colhida como ilimitável poder do indivíduo na regência de seu próprio destino, pois a Ética e o Direito exigem de nós o dever de lutar pelos próprios direitos, entre os quais estão a vida e a saúde.

A vida e a saúde, como direitos da personalidade, são direitos indisponíveis, os quais não pode o titular abdicar, o que, por si só, limita, em muito, a sua autonomia de vontade.

A Ética Médica manda que o profissional leve ao conhecimento do paciente ou, se ele estiver incapacitado, dos integrantes de seu núcleo familiar, tudo o que for relevante para o conhecimento e para que possa decidir sobre as alternativas que se apresentam. Cumprindo tal mandamento ético, o profissional deverá atentar sobre a capacidade de cognição e de autodeterminação do paciente e de seus familiares, para que o dever de informação não se transforme em mero ritual formal, sem sentido prático.

Se ao juízo do médico, como o detentor do saber da Medicina, o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica afastam, com alguma probabilidade, o risco de vida, incidirá o profissional nas sanções penais e éticas que conduzirem ao abandono do seu dever de socorro aos necessitados.

Também é muito comum que motivações religiosas conduzam o paciente a recusar certos tratamentos como, por exemplo, a transfusão de sangue. Ainda nestes casos, estará o juiz submetido em seu julgamento à ponderação de valores que se mostram antagônicos, quais sejam, o direito fundamental da pessoa à convicção religiosa e os deveres jurídico e moral do paciente e do médico de garantir a vida e a saúde.

Do disposto no art. 15 do novo Código Civil, extrai-se norma de evidente conteúdo liberal, garantidor da autonomia da vontade, protegendo a individualidade, a privacidade, a intimidade como direitos da personalidade, assim como faz o disposto no art. 1.513 ao proibir, a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Reafirme-se: são comandos legislativos que asseguram a individualidade, mas não podem ser interpretados de forma a conspirar contra os direitos da personalidade.

8. Direito ao nome

Mostra-se muito oportuna a redação constante do art. 16 do novo Código Civil de que "toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome," o que é complementado pelo disposto no art. 19 que declara que o "pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome."

Pela própria definição legal, o nome compreende o prenome (como, por exemplo, quanto ao célebre civilista, Orlando) e o sobrenome ou apelido de família (ainda no exemplo, Gomes), podendo ocorrer duplicidade ou mesmo maior multiplicidade tanto ao nome (Luiz Inácio Lula) quanto ao prenome (Cavalcanti Pontes de Miranda).

Extrai-se do Dicionário Houaiss, em sua versão eletrônica, que o pseudônimo:

... é o nome adotado por autor ou responsável por uma obra (literária ou de qualquer outra natureza), que não usa o seu nome civil verdadeiro ou o seu nome consuetudinário, por modéstia ou conveniência ocasional ou permanente, com ou sem real encobrimento de sua pessoa, situando-se entre a anonimia e a criptonímia (Alceu Amoroso Lima é p. do escritor Tristão de Ataíde).

A Constituição proíbe o anonimato no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, da norma da Lei Maior podendo extrair-se não só a vedação ao anonimato ou a vedação à criptonímia (que significa esconder o próprio nome ou a identificação pessoal).

A pessoa não somente tem direito a portar o nome que a identifica como também tem o dever jurídico de se identificar.

Como direito fundamental, declara a Constituição (art. 5º, LVIII) que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei que, no caso, é a Lei Federal n. 10.054, de 7 de dezembro de 2000.

Até a vigência do novo Código, a questão do nome não era tratada como direito da personalidade, mas, muito mais, como tema de Direito Administrativo, ligado ao disposto no art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973), que, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.708, de 18 de novembro de 1998, assim declara:

Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Na esteira de reiterados precedentes judiciais e do ensinamento doutrinário, assente-se que o prenome imutável é aquele que foi posto em uso, embora diverso do constante nos dados do registro público, pois o que o Direito intenta é assegurar a imutabilidade do nome no meio social, e não garantir inocuamente o constante na letra fria dos registros cartorários.

Nessa perspectiva, assim se expressou a Alta Corte de Direito Federal, pela voz de notável jurista:

Civil. Registro público. Nome civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação suficiente. Permissão legal. Lei n. 6.015/1973, art. 57. Hermenêutica. Evolução da doutrina e da jurisprudência. Recurso provido.

I _ O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono pelo pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico.

II _ A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei,

afinada com a 'lógica do razoável', tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade.¹³

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proclamou o culto Desembargador Semy Glanz:

Alteração de nome de menor. Não é absoluto o princípio da imutabilidade, admitindo a lei diversas exceções.

(13) - REsp n. 66643/SP, Quarta Turma, unânime, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, julgado em 21/10/97, DJU de 9/12/97, p. 64707.

A justificativa deve ser apreciada pela ótica do interessado, desde que justificada. O nome é um direito da personalidade e não um dever apenas.¹⁴

O valor da dignidade humana, posto como fundamento do Estado Democrático de Direito pela Carta de 1988, em seu art. 1º, e declarado em perspectiva individualista no seu art. 5º, X, resguarda o direito de imagem da pessoa, como é socialmente percebida pelos demais integrantes da comunidade, conduzindo necessariamente ao poder individual de buscar a alteração nos registros públicos ou de uso público (como o Serviço de Proteção ao Crédito ou ofícios de protesto de títulos) para efetivar o seu indisponível direito da personalidade à correta identificação social.

A indisponibilidade do direito ao nome já era afirmada no art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos:

... os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

Na mesma linha de orientação, o art. 56 da lei registral:

... o interessado no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Quanto aos apelidos de família ou sobrenome, importante alteração foi trazida pelo novo Código, no art. 1.565, § 1º, "pois qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro",

(14) - Apelação Cível n. 3970/91, Quarta Câmara, unânime, relator o Desembargador Semy Glanz, julgada em 26/05/92. Entre tantos outros os casos, em que se alterou o prenome para substituir o registro formal pelo nome social, temos os casos do futebolista Garrincha, cujo nome passou de Manoel Francisco dos Santos para Manoel Garrincha dos Santos, do Governador do Rio de Janeiro, que acresceu ao nome o apelido "Garotinho", bem como o do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

assim fazendo prevalecer o princípio constitucional de igualdade de direitos entre o homem e a mulher, pois, até então, segundo a tradição, somente a mulher poderia acrescer ao seu nome os apelidos de família do marido. Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial (art. 1.571, § 2º).

Note-se que o disposto no art. 19 do novo Código Civil reserva a proteção jurídica para o pseudônimo adotado para atividades lícitas.

Desde logo, veja-se o disposto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil para se verificar que a licitude apresenta dimensão muito mais ampla que a mera legalidade, alcançando também a moralidade e a ordem pública.

Neste século XXI e pela difundida utilização da Informática como meio de transmissão da informação e de sua conservação, o nome da pessoa perde força como meio de identificação em detrimento dos números, pela indexação dos bancos de dados permitindo rapidez e segurança na verificação. Assim, geralmente é utilizado o número do cadastro da pessoa física perante a Receita Federal (CPF) ou, em se tratando de pessoa jurídica e até entes civilmente despersonalizados, o número do cadastro geral de contribuintes da Receita Federal (CGC) ou o cadastro nacional das pessoas jurídicas (CNPJ).

Em consequência, o que tem acontecido em larga escala é o nome da pessoa deixar de ser o seu principal indicativo, substituído o nome pelos números para servir de meio de sua identificação. Não demorará muito e virá alguma lei declarando que todas as pessoas têm direito à manutenção do seu número como meio de identificação, ou então, passará a ser considerado o número como o nome referido no art. 16 do Estatuto da Cidadania.

Como direito da pessoa ao número de sua identificação, contam-se casos em que os juízes mandaram as companhias telefônicas assegurar aos consumidores os números das linhas telefônicas, assim evitando a interrupção de comunicação com familiares, amigos e clientes.

Nestes tempos da Internet e do correio eletrônico, também a proteção jurídica ao nome e à identificação da pessoa física ou jurídica alcança não só domínio como até o *e-mail*.

O novo Código Civil, nos arts. 968, II (quanto ao empresário individual) e 997, I (quanto à sociedade simples), prevêem a firma como meio de identificação.¹⁵

9. Proteção do nome às situações vexaminosas

Ao proibir que o nome da pessoa seja empregado por outrem em publicações ou representações que a exponha ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória, o disposto no art. 17 protege a honra subjetiva, isto é, a percepção da pessoa pelos demais integrantes da comunidade.

Exorbita do poder de informação dos órgãos de comunicação social o ataque à honra subjetiva _ por apontada degradação pessoal e social _ de quem quer que seja _ pessoa pública ou não _, pois todo ser humano tem impostergável direito à dignidade, bastando lembrar, por adequada, a célebre afirmação de Molière de que *calomniez, calomniez, qu'il en reste toujours quelque chose.*

Neste sentido:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano moral - Lei da Imprensa - Prática injuriosa - Notícia publicada em matéria jornalística - Veiculação de folha de antecedentes criminais de síndico de edifício - Verdade dos fatos veiculados - Fato que não justifica dispensável o

(15) - **Firma:** na técnica mercantil, firma entende-se o nome instituído por um comerciante ou por uma sociedade comercial para sob ela girar todos os seus negócios. E, neste sentido, compreendendo tanto a firma individual, como a firma coletiva, firma social ou razão social, é tomado em acepção ampla, distinguindo-se da denominação. Esta se entende o título ou nome indicativo do estabelecimento, enquanto a firma é o nome da pessoa, física ou jurídica, sob cuja responsabilidade funciona o estabelecimento comercial ou industrial e se executam todos os negócios a eles inerentes. Na acepção técnico-mercantil, pois, firma significa o próprio nome de comércio adotado pela pessoa ou pela sociedade comercial, para sob ele efetivar todos os seus negócios e contrair todas as suas obrigações. Nesta razão, por vezes, confunde-se a firma com a própria sociedade comercial, sendo vulgar a asserção: faz parte da firma, o que significa faz parte da sociedade (Plácido e Silva, op. cit., verbete firma, trecho parcial).

emprego da injúria para desqualificar a capacidade do síndico de regularizar os defeitos do prédio - Ocorrência de ofensa ao direito à honra - Recurso provido. A notícia publicada estampa estilo tipicamente jornalístico, mas a ênfase reservada a certos pontos sobreexcede a prudência a que, ordinariamente, é justo predicar-se ao homem de imprensa. A liberdade tem a contrapesá-la o princípio da informação responsável, que não convive com asserções temerárias, que desbordam dos lindes do *jus narrandi*.¹⁶

19 - Arbitragem na Relação de Consumo Solução para Desafogar o nosso Poder Judiciário

ARBITRAGEM NA RELAÇÃO DE CONSUMO SOLUÇÃO PARA DESAFOGAR O NOSSO PODER JUDICIÁRIO

Celso Marcelo De Oliveira

Consultor Empresarial; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial, do Instituto Brasileiro de Direito Bancário,

do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor,

do Instituto Brasileiro de Direito Societário e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário; Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Academia Brasileira de Direito Processual e da Associação Portuguesa de Direito do Consumo; Autor de 32 obras jurídicas, com destaque para Comentários à Nova Lei de Falências (IOB Thomson) e o Tratado de Direito Empresarial Brasileiro (LZN)

ARBITRAGEM NA RELAÇÃO DE CONSUMO SOLUÇÃO PARA DESAFOGAR O NOSSO PODER JUDICIÁRIO

Celso Marcelo De Oliveira

A arbitragem é uma alternativa de solução de conflitos envolvendo os direitos patrimoniais, sendo utilizada para solucionar questões controvertidas no âmbito do direito civil, empresarial, trabalho e internacional, podendo ainda ser utilizada nas relações de consumo.

A arbitragem de consumo é um mecanismo extrajudicial - muito eficaz, simples, gratuito, criado pelas autoridades - de proteção ao consumidor nos anos oitenta, permitindo resolver facilmente os desacordos que possam surgir entre o comprador ou usuário e o vendedor ou prestador de serviços, exclusivamente para questões de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor, textualmente, incentiva a utilização dos mecanismos alternativos de

solução de conflitos de consumo no art. 4º, V que poderia ser a arbitragem. Mas, no art. 51, inc. VII, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, vem e considera nula a cláusula de arbitragem compulsória nos contratos de consumo.

Entretanto, o sistema de arbitragem na relação de consumo encontra-se em fase avançada, principalmente nos países europeus. A União Europeia, desde 1985, procura, com uma série de medidas para facilitar resoluções dos consumidores - em questões de consumo atentando para a necessidade de proteção - em face das desigualdades dos poderes do mercado, o excessivo custo dos procedimentos judiciais, evitando-se uma prolongada discussão judicial. Hoje está implantada a Rede Extrajudicial Européia e a arbitragem foi estendida até para o comércio eletrônico. Em Portugal, os Centros de Resolução de Disputas Consumeristas são líderes da arbitragem, registrando em média dez mil casos por ano.

Mas a Espanha ampliou o sistema de arbitragem na relação de consumo. O direito espanhol foi, justamente, criar um sistema arbitral totalmente baseado na voluntariedade e que, ao mesmo tempo, resulta

extremamente efetivo e vantajoso para os consumidores, encontrando crescente adesão por parte desses e de fornecedores, afastando por completo dos litígios, na esmagadora maioria dos casos, a atuação da jurisdição estatal, através do cumprimento espontâneo dos laudos.

No direito espanhol, desde 1978, encontra-se prevista a exigência de que os poderes públicos viessem criar mecanismos procedimentais eficazes que protegessem a segurança, saúde e os legítimos interesses dos consumidores. Com efeito, dispôs o art. 51.1 da Constituição Espanhola de 1978 que: *los poderes públicos garantirán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

Em 1984, a 19 de julho, foi promulgada na Espanha a assim conhecida Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários (n. 26/84), que, dando concretude ao preceito constitucional, encampou, em seu art. 31, a criação de um sistema arbitral para resolução de conflitos de consumo. Conforme anotou a doutrina espanhola na lavra de José B. Acosta Estévez em sua obra *Tutela procesal de los consumidores*:

A criação desse sistema, destinado a resolver conflitos de consumo, obedeceu de forma especial a razões de caráter prático, considerada a enorme demanda social de consumidores que, para ressarcirem-se de danos econômicos de pequena quantia, deviam se dirigir aos órgãos jurisdicionais, o que supõe, em certas ocasiões, gastos superiores ao próprio dano sofrido.

Em 5 de dezembro de 1988, é editada a atual Lei Espanhola de Arbitragem. Substituindo a legislação anterior, que datava de 1953, a nova lei espanhola de arbitragem veio exterminar elementos extremamente "autárquicos" presentes na antiga lei, instituindo uma arbitragem basicamente antiformalista, tanto no que respeita ao procedimento quanto em relação ao momento decisório, presumindo-se, quando nada se convencionou em contrário, que a arbitragem é de equidade e não de direito.

A nova Lei, de n. 36/88, reconheceu e passou a ter aplicabilidade em relação às arbitragens de conflitos de consumo, por força de sua

Disposição Adicional Primeira, cujo parágrafo primeiro tem o seguinte teor: *La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refiere la Ley 26/1984 (...) en todo lo previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan, no obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas.* O Segundo parágrafo da mesma Disposição estabeleceu a gratuidade das arbitragens de consumo, cujos laudos, conforme o texto legal supra transcrito, passam a não necessitar de registro público.

A Disposição Adicional Segunda, por sua vez, em seu parágrafo primeiro, abriu caminho à regulamentação do sistema arbitral de consumo por parte do executivo, nos seguintes termos: *El Gobierno establecerá reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que prevé, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984.* Com base no permissivo legal, foi editado, em 3 de maio de 1993, o Real Decreto n. 636, dispondo especificamente sobre o sistema de arbitragem de consumo na Espanha, regulando, com detalhes, o objeto das arbitragens de consumo, a constituição e o funcionamento das juntas arbitrais, o aperfeiçoamento do convênio arbitral, o procedimento arbitral de consumo, o laudo arbitral de consumo e as feições gerais do sistema arbitral de consumo.

Em nível federal, caracterizou-se, assim, a evolução legislativa do sistema, conforme ele hoje se apresenta. Cumpre salientar, no entanto, a existência de profusa legislação autonômica relativa à matéria, cujo trato ultrapassaria, em muito, os limites propostos para as presentes notas. Citam-se, contudo, a título meramente exemplificativo, o *Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario* (Lei 12/84 de 28 de dezembro), a *Ley de Andalucía para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Lei 5/85 de 8 de julho) e o *Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana* (Lei 2/87 de 9 de abril), dentre inúmeras outras

leis.

Para um melhor entendimento do sistema de arbitragem de consumo na Espanha temos o importante estudo do Prof. Marcos Paulo Veríssimo do qual destacamos:

a) Sobre o funcionamento das Juntas Arbitrais

Criadas pela L.G.D.C.U., as juntas arbitrais são os órgãos que articulam todo o sistema arbitral de consumo. Vinculadas às Oficinas Municipais de Informação ao Consumidor, constituem instituições de natureza pública, estando ligadas à administração direta. Della participam, obrigatoriamente, representantes das classes empresariais e de consumidores, razão pela qual sua natureza é considerada também orgânica e institucional. As juntas arbitrais podem ter distinta competência territorial e material, possuindo caráter nacional, autonômico, supramunicipal ou municipal, sendo que as juntas nacionais, atreladas ao Instituto Nacional de Consumo, conhescerão apenas de reclamações apresentadas por associações de consumidores com atuação em mais de uma comunidade autônoma, em relação a controvérsias que também superem esse limite territorial. Uma junta arbitral pode ser criada por iniciativa da administração competente mediante acordos firmados com o Instituto Nacional de Consumo, nos quais se estabelecem seu âmbito funcional e territorial de acordo com critérios que levam em conta a preferência pela menor competência territorial e pelo estabelecimento das arbitragens no local de domicílio do consumidor. De qualquer modo, as juntas são sempre compostas por um presidente e por um secretário, nomeados pela administração pública a que estiverem ligadas dentre os funcionários que estiverem a seu serviço. Às juntas incumbe a nomeação do presidente de cada colégio arbitral designado para a solução de um determinado litígio em particular, que deverá ser funcionário da administração e bacharel em direito, salvo algumas hipóteses em que pode haver acordo em contrário pelas partes ou no caso de conflitos que envolvam a própria administração pública. Os colégios arbitrais são sempre compostos de três membros, sendo os outros dois escolhidos dentre membros de associações de consumidores e de empresários, de ofício ou por indicação das partes, conforme certos critérios. Se as partes houverem optado expressamente pela arbitragem de direito, esses dois membros

deverão ser advogados no exercício da profissão. Cada junta mantém listas atualizadas contendo os nomes das pessoas autorizadas a atuarem como árbitros ou presidentes em colégios arbitrais. Constituem, ademais, funções das juntas arbitrais, o fomento e a formalização de convênios arbitrais, a atividade de

mediação, o censo das empresas que aderiram publicamente ao sistema arbitral de consumo e a elaboração e distribuição de modelos de convênios arbitrais, bem assim a informação do público em geral acerca do sistema e das matérias que podem ou não ser arbitradas em seu seio.

b) Sobre o Procedimento Arbitral na Espanha

Surgida uma controvérsia em meio a uma relação de consumo, é sempre facultada ao consumidor sua resolução por meio da via arbitral, seja por intermédio de uma associação de classe, seja por iniciativa própria, sem a necessidade de representação por meio de um advogado, caso em que o colégio arbitral decidirá acerca da representatividade (note-se que a inércia das partes não impede o colégio de proferir o laudo e tampouco macula sua força definitiva e executória). Apresentada a solicitação à junta arbitral competente para conhecer da questão, será o fornecedor notificado para firmar o convênio arbitral, se não houver aderido anteriormente ao sistema arbitral de consumo, caso em que, conforme já visto, o convênio se formaliza pela simples apresentação e aceitação da solicitação. Esta, aliás, pode ser recusada motivadamente pelo presidente da junta arbitral, sempre que não se tratar de matéria arbitrável no seio do sistema ou quando a questão envolver indícios consideráveis de delito. Formalizado o convênio, o procedimento arbitral se inicia pela designação do colégio arbitral, cuja composição já foi apreciada. São, então, ouvidas as partes, em audiência ou por escrito, tentando-se a conciliação neste momento. Se necessárias, serão requeridas provas cuja produção ficará a critério do colégio arbitral, que tem poderes para requisitar provas de ofício. Encerrada a produção de provas, o laudo deverá ser imediatamente proferido, por escrito, dele devendo constar o

lugar e a data em que é proferido, o nome das partes e dos árbitros e sua qualificação, os pontos controvertidos que foram objeto da arbitragem, a relação breve das alegações levantadas pelas partes, as provas eventualmente produzidas, o prazo ou termo em que deverá ser cumprido o laudo e o voto da maioria e o do presidente, em caso de decisão não unânime. Há a obrigação de motivar o laudo quando se tratar de arbitragem de direito. Não é necessário motivar o laudo nas arbitragens de equidade, em que pese a discutível constitucionalidade dessa disposição.

No Direito Brasileiro, o assunto em questão está começando a ter evidência, pois, como já constatado, tal sistema apresenta um ótimo desenvolvimento em outros países, em especial na Espanha. Alguns autores já demonstram seu posicionamento quanto à possibilidade de sua implantação em nosso País.

O artigo "Arbitragem para Consumo", de Paulo Borba Casella encontrado no site www.cacb.org.br, afirma

que "a utilização da arbitragem para resolver conflitos de consumo pode representar enorme impulso adicional". Estabelece também que, em matéria de proteção ao consumidor, pode a arbitragem ser excelente canal de veiculação de descontentamentos e solução de problemas, admitindo, contudo, que a lei brasileira em matéria de proteção ao consumidor cria algumas, embora compreensíveis, restrições ao uso da arbitragem. Conclui que:

... além e ao lado do aparato legal já existente, a proposta de utilização da arbitragem para a solução de controvérsias ligadas ao consumo pode ser alternativa eficiente para o consumidor brasileiro, a exemplo do que foi experimentado e deu resultados na Argentina.

O mestre Leonardo Valles Bento, em seu artigo "Arbitrabilidade dos Litígios de Consumo" extraído do site www.ccj.ufsc.br; questiona a implantação da arbitragem para resolver problemas de consumo, ao falar do art. 51, inc. VII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual elenca a nulidade da cláusula que "determina a utilização compulsória de

arbitragem". Logo em seguida , defende que a Lei de Arbitragem n. 9.307/96 é posterior ao Código de Defesa do Consumidor, tornando-a, assim, possível de adequação. Esclarece, ainda, que, para desenvolver a arbitragem como instrumento útil à solução de litígios de tal natureza, convém que setores representativos de interesses tanto de consumidores quanto de fornecedores participem desse processo, a fim de que se tenha uma instituição organizada e comprometida com a justiça. Tal é como acontece na Espanha, país adiantado em matéria de arbitragem no direito do consumidor, onde as empresas que costumam valer-se dela estão devidamente cadastradas, e onde ela é gratuita, restando claro o comprometimento do sistema com a proteção à parte mais fraca.

Marcos Paulo Veríssimo, em seu artigo "Arbitragem de Consumo na Espanha" encontrado no site www.ccj.ufsc.br, afirma que:

... a experiência espanhola somente logrou prosperar em razão de desenvolvido associativismo que lá se verifica, combinado à atuação competente da administração pública e a uma consciência de cidadania bem desenvolvida nos espanhóis, levando-os a preferir o consumo de um determinado produto em detrimento de outro, pelo fato de um apresentar o distintivo da Arbitragem de Consumo e o outro, não.

Reforça que a experiência estrangeira pode, efetivamente, ser muito útil à meditação do legislador brasileiro, precisando, contudo, ter sempre em mente as peculiaridades do país, quando se pretender

importar, para o direito interno, quaisquer experiências estrangeiras.

Entretanto, devemos apresentar algumas sugestões ao sistema para o desenvolvimento em nosso ordenamento jurídico. O sistema de arbitragem na relação de consumo poderá ser no direito brasileiro um novo e eficaz mecanismo para a resolução de conflitos entre consumidores ou usuários e os empresários, industriais, varejistas ou prestadores de serviços. Este sistema consiste em um procedimento extrajudicial voluntário e com a mesma eficácia de uma sentença judicial. O sistema de arbitragem no consumo permitirá às partes (consumidores e fornecedores) e resolver as controvérsias sem despesas e sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. As características deste sistema devem ser:

Extrajudicial: Poderá ser um sistema alternativo do acesso à justiça. Não seria necessário ir às cortes ordinárias do nosso Poder Judiciário e, não obstante, as decisões do árbitro devem ter o efeito de uma sentença.

Expresso: A fim resolver uma questão de arbitragem no consumo, o tempo máximo para a resolução deverá ser de 120 dias. Pode ainda consistir em rapidez, porque deve ser transacionado em um curto espaço de tempo. Deve demorar no máximo quatro meses desde a entrada com o formulário para arbitragem.

Voluntário: O árbitro somente poderá intervir diretamente quando ambas as partes formalizem um acordo extrajudicial e necessitem de uma arbitragem ou ainda queiram colocar a questão sob a égide da arbitragem de consumo. Conseqüentemente, nem o consumidor nem o empresário são forçados a ir a arbitragem de consumo para resolver seus conflitos. Ambas as partes (consumidores e fornecedores) aderem ao sistema livremente para a resolução dos conflitos.

Simples: Suas discussões não são complexas e não necessitam de formalidades especiais que fazem difícil o desenvolvimento do processo. Deve ainda ter eficácia, porque deve ser resolvido por meio de acordo conciliatório entre as partes e sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário.

Imparcial: Como caráter de sugestão, cada corte de arbitragem deve ser composto de três árbitros: um designado pela Justiça ou pela administração pública, um segundo que deve representar os consumidores e o último que represente o setor empresarial.

Gratuito: Nem o consumidor nem o fornecedor não deve pagar aos serviços da arbitragem do consumo. Somente, em suposições determinadas, quando o consumidor ou o fornecedor solicitarem a prática do trabalho perito, este terá que ser pago por aquele que solicitou. Portanto, deve existir uma economia,

porque deve ser um sistema gratuito para as duas partes e que somente devem pagas em determinadas suposições, como na prática dos trabalhos de peritos.

Eficaz: Os conflitos devem ser resolvidos entre as partes em acordo prévio ou extrajudicial, sem a necessidade de recorrer ao Poder

Judiciário. Deve consistir de efetividade, porque os laudos por definições da arbitragem sejam forçados a uma execução, com força de uma sentença judicial.

O sistema de arbitragem de consumo no Brasil deverá ser um procedimento para a uma resolução rápida dos conflitos, envolvendo os consumidores com os empresários ou fornecedores ou a parte envolvida na relação de consumo. Poderia ser um sistema extrajudicial em que o empresário/fornecedor e o consumidor evitariam uma longa discussão judicial e que poderiam solucionar os conflitos em prévios acordos de consumo. O sistema deverá ser gratuito, em que as partes não deveriam utilizar recursos financeiros. Somente poderia ser oneroso se fosse necessária uma produção de prova, como por exemplo uma perícia técnica. O mecanismo deverá ser rápido e eficaz para facilitar a prestação da arbitragem. Na Espanha, o sistema de arbitragem no consumo tem duração de no máximo 120 dias.

O Governo Federal deveria por proposição legislativa complementar o art. 4º, V, do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo um sistema de arbitragem sem formalidades especiais e de caráter executivo para resolver as reivindicações dos consumidores, como existe na Espanha com a Lei General 26/84. Importante ainda a regulamentação do contrato de arbitragem e a garantia de operação.

Deveria criar praças de arbitragem de consumo em caráter experimental nas principais cidades, em conjunto com os Procons e Associações de Consumidores e Sindicatos de Empresários e Industriais. Deve divulgar o sistema e procurar a adesão dos setores principais da atividade empresarial. Importante é a divulgação das resoluções dos conflitos de arbitragem entre consumidores e fornecedores/empresários.

Em termos, devemos analisar as etapas da arbitragem na relação de consumo. O árbitro do consumo deve agir sempre com imparcialidade, procurando obter uma credibilidade no sistema. O consumidor deve apresentar a resolução da questão por formulário. Se não obtiver uma solução pacífica, deve procurar celebrar uma arbitragem de consumo, procurando uma praça de arbitragem e de iniciar o procedimento. Poderia ainda procurar a intervenção da associação de consumidores.

O consumidor ou sua associação dos consumidores assina um pedido de arbitragem que, ao ser deferido pelo árbitro, encaminhará o requerimento para a empresa envolvida. Em reunião prévia, deverá procurar uma conciliação entre as partes. O acordo firmado deverá ser transscrito no livro de registro de conciliações de consumo. Se não ocorrer um acordo, o árbitro deverá analisar a defesa da empresa e poderá solicitar um teste do produto ou a perícia. Posteriormente deverá proferir uma decisão sobre a questão que deverá ter uma força jurídica. Poderia inclusive denunciar o fato e encaminhar os documentos para os Juizados Especiais ou para a justiça comum.

Entretanto, devemos expor que nem todas as questões de consumo podem ser solucionadas pelo sistema de arbitragem de consumo. Em alguns casos, porque a lei não o permite. No geral, o sistema de arbitragem de consumo é um recurso interessante para as reivindicações de pequena quantidade. Conseqüentemente, não interessa em todos aqueles assuntos de elevado valor econômico e que exija de uma prova ampla, como por exemplo um automóvel defeituoso que necessite de uma ampla perícia técnica.

Portanto, o sistema arbitral de consumo constitui, sem dúvida, exemplo de via alternativa de composição de conflitos com altíssimo grau de efetividade e celeridade. Os riscos que poderiam ser inerentes à arbitragem de conflitos de consumo restam resolvidos pela natureza pública das juntas arbitrais. Assim sendo, como ocorre com o sistema de arbitragem de consumo na Espanha, poderia se implantado no Brasil em setores representativos de interesses, tanto de consumidores quanto de fornecedores procurando um equilíbrio na relação. E uma alternativa para desafogar o nosso Poder Judiciário com questões de consumo que poderiam ser resolvidas com uma simples arbitragem.

