

ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 13 - Nº 52 - 2010



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 13 - n. 52 - 2010
Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

© 2010, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação visual:** Valéria Monteiro de Andrade; **Editoreção website:** Jaqueline Diniz; **Capa:** André Amora; **Revisão ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

Impressão: Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 exemplares.

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

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

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

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

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

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

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

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Conselho Consultivo

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



EMERJ

Apresentação

Tomado de antecipadas saudades, começo a despedir-me da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Estar à frente dessa instituição é uma grande honra e um enorme desafio, possível apenas por se poder contar com o precioso auxílio de excepcionais funcionários, com quem tenho tido o privilégio de conviver e trabalhar.

A EMERJ é uma escola que conjuga tradição e modernidade, cultivando extremado respeito pela experiência sem se descuidar da vanguarda. Nela os melhores equipamentos técnicos estão a serviço de um aprendizado sério e sem concessões a modismos, o que lhe permitiu reunir, sem qualquer exagero, os melhores professores e alunos da área do Direito, que formam, indiscutivelmente, a parte mais preciosa do seu patrimônio. É uma escola que não se resume a um espaço físico no qual se processam *scripts* educacionais. Nela há muito mais que disciplinas a serem ensinadas. Ali, de fato, se pensa o Direito.

E esse pensar tem aqui, na **Revista da EMERJ**, a sua vitrine, que reúne produções da mais alta qualidade sobre temas atuais e de grande relevância jurídica. Com brilho próprio, esta publicação é um importante elemento de qualidade e prestígio a agregar valor à nossa querida escola.

Diferentemente do que ocorre em outras ciências, no Direito a afirmação da veracidade de um enunciado não implica a exclusão dos que com ele são incompatíveis. Isso faz da doutrina jurídica algo absolutamente plural, exigindo arenas próprias onde esgrimam as mais diferentes linhas, tendências e correntes. E esta revista ocupou, com garbo e coragem, seu espaço nesse universo, consolidando-se como um lugar onde vicejam grandes ideias, porque movida exclusivamente pela curiosidade científica e o olhar renovadamente admirado dos seus colaboradores.

Assim, em minha derradeira manifestação neste periódico, quero deixar consignado o grande orgulho de ter feito parte da história desta formidável revista que, tendo os pés firmemente

assentados nas boas tradições, sente-se absolutamente livre para abraçar o novo e abrigar autores que, parafraseando Fernando Pessoa em “O Guardador de Rebanhos”, sentem-se nascidos a cada momento para a eterna novidade do mundo.

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

Sumário

- A Sucessão do Companheiro:
Questões Controvertidas** **17**
Sylvio Capanema de Souza
Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da EMERJ. Advogado.
I. Introdução. II. As Leis nº 8.971/94 e 9.278/96. III. Os direitos sucessórios do companheiro no C.C./2002. IV. Questões controvertidas: a) Direito real de habitação. b) Concorrência com descendentes. c) Direito à totalidade da herança. V. Da vigência dos sistemas. VI. Conclusão.
- Subsídios para a Resolução da Problemática Sociocriminal** **28**
João de Deus Menna Barreto
Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Consultor Jurídico.
1. Introdução. 2. Criação de núcleos Agroindustriais para presos sem periculosidade. 3. Criação de quadro de fiscais de conduta do egresso. 4. Modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o período de internamento por prazo indeterminado. 5. Criminalização da contravenção prevista no artigo 63 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3/10/41. 6. Criação de grupo de elite formado por militares oriundos das polícias do Exército. 7. Escolas profissionalizantes nas cidades do interior do país. 8. A problemática do uso de celulares nos presídios. 9. A modificação urgente das disposições legais que regulam a progressão de regime.
- Criminalidade na Administração Pública - Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio** **39**

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da EMERJ.

1. Administração Pública. 2. Funcionário Público. 3. Peculato. 4. Peculato-apropriação. 5. Peculato-desvio. 6. Peculato de uso. 7. Peculato-furto. 8. Peculato culposo. 9. Reparação de dano. 10. Peculato mediante erro de outrem. 11. Peculato-estelionato. 12. Corrupção. 13. Corrupção ativa. 14. Corrupção passiva. 15. Tráfico de Influência. 16. Exploração de Prestígio.

A Democracia Deliberativa e a Gestão Democrática no Estatuto da Cidade - Consoante Entendimento Jusfilosófico Habermasiano

69

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF, pela qual é Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino-UMSA.

1. Introdução. 2. Modernidade, pós-modernidade, Estado e Município. 3. República e democracia. Democracia deliberativa e gestão democrática. 4. A Democracia deliberativa e a gestão democrática no Estatuto da Cidade, de acordo com a jusfilosofia habermasiana. 5. Conclusão.

Breve Nota sobre o Desafio da Gestão de Pessoas no Poder Judiciário

95

Agostinho Teixeira de Almeida Filho

Desembargador do TJ/RJ. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas-RJ.

1. Introdução. 2. As profundas alterações do Direito Administrativo a partir dos anos 90. 3. A reforma administrativa advinda de emendas constitucionais e leis ordinárias, para maior agilidade e eficiência na gestão dos recursos públicos. 4. O princípio constitucional da eficiência ad-

ministrativa (CRF, art. 37, *caput*, na forma da doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. A busca da melhor solução pelo menor custo possível. 5. A criação do Fundo Especial (FETJ) pelo Tribunal do Rio de Janeiro com a própria gestão dos recursos da taxa judiciária e de custas judiciais. 6. A eficiência dos serventuários e os incentivos necessários de cursos de capacitação e treinamento. 7. O dever de prestar contas e de responsabilização. 8. Novos critérios de acessos são necessários. 9. O que dispõe o § 7º do art. 39 da CF. Reforma profunda necessária no Judiciário para solução de demandas de processos em andamento (cerca de 54 milhões em 2006 no Brasil).

Breves Considerações sobre os Efeitos do Suicídio na Cobertura dos Contratos de Seguro

101

Paulo Gustavo Rebello Horta

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.

I. Fundamentos históricos. II. O suicídio e a jurisprudência dominante na vigência do Código Civil de 1916. III. A modificação introduzida pelo artigo 798 do Código Civil de 2002. IV. A interpretação da norma e a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça. V. A título de conclusão.

Interpretação e Integração da Norma Tributária

112

Aurélio Pitanga Seixas Filho

Doutor e Livre-docente em Direito Financeiro pela UERJ. Doutor em Direito Tributário pela Universidade Mackenzie. Advogado.

1. Hermenêutica e interpretação. 2. Interpretação e discricionariedade. 3. Interpretação de um caso concreto. 4. Interpretação teleológica - *Ratio Legis*. 5. Interpretação restritiva da isenção. 6. Interpretação literal. 7. Interpretação apriorística. 8. Interpretação analógica (por compreensão) ou ex-

tensiva (*lacuna intra legem*). 8.1. Interpretação Integrativa (*lacuna praeter legem*). Analogia por extensão. 9. Interpretação das normas sancionatórias. 10. Interpretação econômica da Norma Tributária. 11. Desconsideração da forma jurídica de Direito Privado.

Os Casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a Utilização do Gameta de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida **141**

Marise Cunha de Souza

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

1. Introdução; 2. A transformação do conceito de família; 3. O conceito de família na atualidade; 4. Os conceitos de paternidade e maternidade; 5. A sexualidade como construção (e opressão) social; 6. As famílias homoafetivas; 7. O direito de os casais homossexuais terem filhos; 8. As técnicas de reprodução assistida; 9. O casal homoafetivo e a possibilidade de procriação com a utilização de material fecundante de um deles; 10. Os filhos de casais homoafetivos sofrem alguma influência com relação à orientação sexual de seus pais?; 11. A legislação; 12. Casos e curiosidades no Brasil e no Exterior; 13. Conclusão.

Prescrição, Direito Intertemporal e Isonomia Material **166**

Ricardo Cyfer

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil da EMERJ e da ESAJ.

1. O tempo como importante fator nas relações humanas, seja nas relações financeiras ou econômicas. 2. O maior ou menor decurso do tempo na estabilidade das relações de direito. 3. O decurso do prazo pode extinguir a pretensão. 4. Decorrido certo tempo, sofre instabilidade o

direito à exigibilidade obrigacional. 5. O que dispõe o art. 2.028 do CC de 2002. Alterações de prazos conduzem a divergências difíceis de serem solucionadas. O prazo, no caso da responsabilidade civil com base no DPVAT, por acidente de veículos chegou a ser de 20 anos, conforme jurisprudência consolidada, mas vieram alterações por lei, o que acarretou complicado entendimento.

Divórcio - Emenda Constitucional nº 66/2010: Primeiras Tentativas de Interpretação

170

Décio Luiz José Rodrigues

Juiz de Direito da 6ª Vara Cível - Santo Amaro - SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

1. Introdução. 2. Inexistência da obrigação da prévia separação judicial, não mais prevista na lei nova, cabe o pedido de divórcio por um ou pelos dois cônjuges. 3. Desnecessidade de alegação de culpa por um dos cônjuges. 4. Divórcio, portanto, que independe de qualquer requisito de tempo ou de condição ou fato, ou da vontade do outro cônjuge. 5. Necessidade de se discutir a culpa, descumprimento dos deveres do casamento? Sobre guarda dos filhos, alimentos, perda do uso do patronímico, sobre danos morais na relação entre as partes? 6. Tais discussões devem ser travadas em ação própria entre os ex-casados. 7. Quanto às ações de separação judicial em curso, as partes ajustam o pedido de divórcio com solução de tais divergências, sob pena de extinção do feito.

Breve Reflexão da Competência do Foro do Domicílio do Consumidor

174

Rafael Estrela Nóbrega

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. A necessidade de se organizar a atividade jurisdicional pela divisão dos trabalhos. 2. A competência é demarcada no âmbito legislativo. 3. O critério territorial (art. 94 do CPC). 4. O conceito de domicílio e os vários estabeleci-

mentos da pessoa jurídica. 5. As Varas Regionais inseridas no Foro da Capital. A jurisprudência do TJ/RJ.

A “Mudança de Sexo” e suas Implicações Jurídicas: Breves Notas

181

Emerson Garcia

Membro do MP/RJ. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em “Education Law and Policy” pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia - Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.

1. Aspectos gerais do transexualismo. 2. A dignidade humana e os seus elementos estruturais. 3. A permeabilidade axiológica da dignidade humana. 4. A cirurgia de transgenitalização e o seu oferecimento pela rede pública de saúde. 5. Reflexos da “mudança de sexo” no registro público. Epílogo.

O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma Proposta de Revisão do Fetiche Individualista

202

Vlamir Costa Magalhães

Juiz Federal no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Pós-graduado em Regulação e Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra/Portugal e pela EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal/RJ.

1. Introdução. 2. A proteção de bens jurídicos individuais como finalidade única do Direito Penal e o princípio da intervenção penal mínima. 3. A visão de Beccaria. 4. O Direito Penal hodierno e os novos valores e interesses jurídicos do mundo contemporâneo. 5. As circunstâncias em que ganha espaço o movimento de cunho filosófico-jurídico conhecido como garantismo penal. 6. Tema não pacificamente resolvido: a deturpação do verdadeiro sentido da teoria garantista. 7. Origem da teoria na Europa continental e sua força maior na Itália. 8. Luigi Ferrajoli como maior

exponente da mesma teoria e sua obra, com introdução de Norberto Bobbio. 9. Tema que vulnera interesses de grupos poderosos. 10. Os microinfratores de outrora (negros, miseráveis e analfabetos) e os atuais macrodelinquentes de sempre. 11. Os chavões, corolários e a fase contemporânea com louvável processo de equilíbrio da ciência penal de hoje. 12. A necessidade de convivência harmônica entre os direitos fundamentais de cunho individual e coletivo (art. 32 do Pacto de São José da Costa Rica).

Caracteres da Culpabilidade Enquanto Medida da Pena

224

Cássio Benvenuti de Castro

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

Introdução. 1. Pressupostos de análise. 1.1. Princípio da culpabilidade: limite à potestade punitiva. Ruptura epistemológica do nexos de imputação objetivo. 1.2. Categoria dogmática jurídico-penal: culpabilidade-fundamento da pena. 1.2.1. Teoria normativa pura 2. Medida da pena: graus de culpabilidade. Considerações finais articuladas.

A Transmissão das Obrigações no Contrato de Trespasse

244

Thiago Ferreira Cardoso Neves

Professor de Direito Empresarial da EMERJ, pela qual é pós-graduado em Direito Público e Privado.

1. Introdução. 2. Estabelecimento. 3. Trespasse. 4. Cessão da posição contratual na venda do estabelecimento. 5. Transmissão das obrigações e o equívoco cometido pelo legislador. 6. Conclusão.

Mandado de Segurança Coletivo - Breves Considerações Sobre o Retrocesso da Regulamentação Traduzida pela Lei nº 12.016/09

261

Marcelo Pereira de Almeida

Mestre em Direito Processual Civil pela UNESA e Professor da mesma Universidade e da EMERJ. Advogado.

1. Introdução. 2. Breve notícia histórica da tutela coletiva no ordenamento processual brasileiro. 3. O manado de segurança coletivo. 4. Legitimidade ativa. 5. Bens jurídicos tutelados. 6. Coisa julgada e litispendência. 7. Síntese conclusiva.

A “Boca de Urna” como Espécie de Propaganda Extemporânea

275

Cristiane Tomaz Buosi

Juíza de Direito - Titular da 203ª Zona Eleitoral e da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra Mansa - RJ.

1. Introdução. 2. Conceito de “Boca de Urna”. 3. Conceito de Propaganda Extemporânea. 4. O direito eleitoral como reflexo dos valores sociais de igualdade e oportunidade. 5. A interpretação jurídica como sistema de integração normativa. 6. Interpretação teleológica dos artigos 36 e 39, parágrafo 5º, II e III da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997 - A “Boca de Urna” como espécie de propaganda extemporânea. 7. Considerações Finais.

Novas Ferramentas para a Superação da Crise Empresarial Argentina e Brasil

292

Sandro Lucio Barbosa Pitassi

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. Novas ferramentas para superação da crise empresarial no Direito argentino. 3. Novas ferramentas para superação da crise empresarial no Direito brasileiro. 4. Recuperação extrajudicial de empresas. 5. Recuperação judicial no Superior Tribunal de Justiça. 6. Conclusões.

Colaboraram neste Número

Agostinho Teixeira de Almeida Filho, 95

Álvaro Mayrink da Costa, 39

Aurélio Pitanga Seixas Filho, 112

Cássio Benvenuto de Castro, 224

Cristiane Tomaz Buosi, 275

Décio Luiz José Rodrigues, 170

Emerson Garcia, 181

João de Deus Menna Barreto, 28

Marcelo Pereira de Almeida, 261

Marise Cunha de Souza, 141

Paulo Gustavo Rebello Horta, 101

Rafael Estrela Nóbrega, 174

Ricardo Cyfer, 166

Sandro Lucio Barbosa Pitassi, 292

Sérvio Túlio Santos Vieira, 69

Sylvio Capanema de Souza, 17

Thiago Ferreira Cardoso Neves, 244

Vlamir Costa Magalhães, 202



EMERJ

A Sucessão do Companheiro: Questões Controvertidas

Sylvio Capanema de Souza

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

I. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o regime jurídico da união estável experimentou significativo avanço, no sentido de assegurar maiores direitos aos companheiros, principalmente em decorrência dos princípios fundamentais nela insculpidos, da preservação da dignidade humana e solidariedade social.

Esta elogiável tendência já vinha se delineando antes dela, ainda que de forma tímida, através de algumas leis especiais, na área previdenciária e na legislação de infortunística.

Na versão original do Código Civil de 1916, que reflete, nitidamente, o individualismo e o patrimonialismo característicos do direito do século XIX, muito influenciado pela tradicional moral cristã, só se reconhecia a família legítima, resultante do casamento, negando-se, por via de consequência, qualquer direito aos concubinos, como eram assim chamadas as pessoas que mantinham vida em comum, não sendo casadas, o que constituía verdadeiro “pecado social”.

Aquele Código, a rigor, só se referia aos concubinos para lhes negar direitos, jamais para concedê-los.

Exemplos eloquentes eram os artigos 248, inciso IV, que assegurava à mulher casada reivindicar os bens comuns doados pelo marido à concubina; 1719, inciso III, que vedava a nomeação de herdeiro ou legatário por testador casado à concubina e 1474, que

fulminava de nulidade a indicação do concubino como beneficiário do seguro de vida de pessoa casada, ainda que de fato separada.

A jurisprudência, que caminha mais rápido que a lei, aos poucos foi mitigando o seu rigor, concedendo aos companheiros alguns direitos, tal como aconteceu na legislação do inquilinato, quando se permitiu que o concubino pudesse suceder a locação celebrada em nome do outro, quando este falecesse ou se separasse.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, concedendo-lhe a mesma proteção que o Estado confere ao casamento, deu início a um novo tempo, de crescentes conquistas de direitos.

A evolução é tão marcante que numerosos segmentos da sociedade brasileira já defendem, com naturalidade, a extensão destes direitos e garantias às uniões homoafetivas, já havendo decisões, especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo-as também como entidades familiares, a merecer igual proteção.

II. AS LEIS 8.971/94 E 9.278/96

Como já se disse, a evolução foi lenta e dolorosa para os companheiros.

A Lei 8.971/94 constitui um importante marco na conquista dos direitos dos companheiros.

Além de elencar os requisitos para que se pudesse reconhecer a existência de união estável, admitiu ela, em seu artigo 1º, que o companheiro poderia se valer da Lei 5.478/68, para reclamar alimentos do outro, provando a necessidade e enquanto não constituísse nova união estável.

Os direitos sucessórios do companheiro foram concedidos no artigo 2º, que assegurou ao sobrevivente o usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste ou comuns, e da metade, se não deixar ele descendentes, mas sobrevivendo ascendentes.

O mais relevante representa o inciso III do artigo 2º, quando estabeleceu ele que, na falta de descendentes ou ascendentes, o

companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança, recebendo-a, portanto, em propriedade, e não como simples usufrutuário.

Colocava-se o companheiro no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, precedendo os colaterais do autor da herança.

No que concerne aos bens havidos, onerosamente, na constância da união estável, “em que haja colaboração do companheiro”, terá o direito à metade destes bens.

Não será difícil perceber que esta lei traduziu extraordinário avanço, e por isto foi recebida com grandes críticas e resistências, por parte dos setores mais conservadores da sociedade e pela Igreja.

Logo depois surgiu a Lei 9.278/96 em cuja ementa se lê: “Regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal”, que é aquele dispositivo, já citado, que reconhece a união estável como entidade familiar.

Logo no artigo 1º, que enumera os requisitos da união estável, dispensou-se o prazo mínimo de cinco anos de convivência, para sua caracterização, bastando que fosse ela “duradoura e contínua”, o que desde logo suscitou questionamentos, quanto ao lapso temporal.

No artigo 7º, parágrafo único, estabeleceu a lei que, dissolvida a união estável por morte de um dos “conviventes”, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, direito este a que não se referia a lei anterior, acima comentada.

O novo diploma avançou, no que tange ao regime dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união estável, dispensando a prova da efetiva contribuição, para que pudesse o sobrevivente reclamar sua meação, criando presunção absoluta do esforço comum.

Mas foi a Lei 9.278/96 silente quanto ao usufruto de parte da herança, quando houvesse descendentes ou ascendentes, e também nada falava sobre o direito à integralidade da herança, em caso de ausência de herdeiros necessários.

Esta omissão, sobre tão importante tema, suscitou acirrada divergência doutrinária e pretoriana.

Uma vertente, adotada no Enunciado nº 1, da Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, em reunião por ela convocada, sustentava que a Lei 9.278/96 revogara, tacitamente, a Lei 8.971/94, por lhe ser posterior, disciplinando, inteiramente, a mesma matéria.

Em decorrência, ao companheiro sobrevivente só se reconheceria, com a morte do outro, o direito real de habitação, já que não mais se aludia ao usufruto e, muito menos, à integralidade da herança, na ausência de herdeiros necessários, o que traduzia incompreensível retrocesso.

A segunda corrente à qual desde o primeiro momento aderimos entendia que a Lei 9.278/96 não revogara a anterior tendo apenas estabelecido disposições gerais ou especiais, “a par das já existentes”, aplicando-se, assim, a regra do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Entendemos que o objetivo da lei nova foi suprir uma lacuna da anterior, para incluir, entre os direitos sucessórios do companheiro, o direito real de habitação, ao qual não se aludira antes, o que constituía evidente equívoco.

Tão acesa foi a controvérsia, a gerar insegurança jurídica, enfraquecendo a união estável, que o Governo Federal, na esperança de espancar as dúvidas, nomeou uma “Comissão de Notáveis”, liderada pelo saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direi-to, encarregando-a de elaborar um outro anteprojeto de lei, que disciplinasse, por inteiro, os direitos sucessórios dos companheiros, o que foi feito.

No novo texto proposto, a Comissão elencou estes direitos sucessórios, incluindo todos aqueles previstos na Lei 8.971/94 e na Lei 9.278/96, o que atendeu à segunda corrente.

Teria o companheiro sobrevivente direito ao usufruto de parte da herança, ou a sua integralidade, como proprietário, na ausência de herdeiros necessários, além do direito real de habitação.

Infelizmente a iniciativa não foi à frente, talvez porque já se retomara, no Congresso, a tramitação do projeto do Código Civil,

que ali hibernava há mais de vinte anos, preferindo-se delegar a ele a disciplina da união estável, o que, aliás, veio a ocorrer.

III. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A nosso aviso, e como se tentará demonstrar, o regime jurídico da união estável, especialmente quanto aos direitos sucessórios, redundou em intolerável retrocesso, em grande prejuízo para os companheiros, o que é incompreensível, rompendo-se a coerente evolução do tema, antes referida, e contrariando a modificação dos costumes da sociedade brasileira e de seus valores éticos.

Uma expressiva parcela da população brasileira, por diversas circunstâncias, vive hoje em união estável, da qual frequentemente resulta prole e que, segundo o comando constitucional, merece a mesma proteção do Estado.

A primeira e veemente crítica que se faz diz respeito à colocação do tema, na paginação do novo Código.

Assim é que a sucessão do companheiro foi incluída nas “Disposições Gerais”, no artigo 1790, o que a deixa inteiramente deslocada.

Parece-nos evidente que a matéria teria que se incluir no Capítulo I do Título II, que trata da “ordem da vocação hereditária.”

É neste capítulo que se disciplina a sucessão do cônjuge, à qual deveria se seguir, por coerência, a do companheiro, o que seria muito mais técnico e de melhor compreensão.

Não é preciso ser um Savigny ressuscitado para se perceber que a sucessão do companheiro não é uma “disposição geral” e, ao revés, um tema especial, umbilicalmente ligado à ordem de vocação hereditária.

Ultrapassada esta questão, referida apenas para ressaltar a maneira pouco técnica com que se tratou a matéria, passamos a examinar o novo regime jurídico da sucessão do companheiro.

Estabelece o artigo 1790 que a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, na forma adiante regulamentada.

A primeira interpretação que se pode extrair da redação é que, em hipótese alguma, o companheiro sobrevivente receberá a integralidade da herança, em propriedade, na ausência de descendentes ou ascendentes, como se previa na Lei 8.971/94, já que seu direito fica limitado aos bens havidos onerosamente na vigência da união estável.

A seguir estabelece o novo Código que se o companheiro sobrevivente concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente a que por lei for atribuída ao filho; se concorrer com descendentes só do autor de herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança e, finalmente, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Percebe-se, desde logo, outra redação defeituosa, ao se referir a Lei a “filhos”, quando deveria aludir a “descendentes”, já que nada impede que herdeiros sejam os netos ou bisnetos e assim sucessivamente, não havendo herdeiros nos graus superiores.

Prosseguindo na comparação dos textos é fácil perceber que profundo prejuízo sofreram os companheiros quanto à ordem de vocação hereditária.

No sistema da Lei 8.971/94 o companheiro ocupava o terceiro lugar na referida ordem, precedendo os colaterais.

No novo Código ele passa a concorrer com parentes sucessíveis, não havendo herdeiros necessários, ou seja, com os colaterais, e só na ausência destes é que terá direito “à totalidade da herança”.

A diferença de critérios é imensa, em prejuízo dos companheiros, que passam a concorrer, eventualmente, até mesmo com os primos do *de cujus*, não havendo herdeiros nas classes ou graus anteriores, parentes que, muitas vezes, nem mantinham contato com o *de cujus*.

IV. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

a) Direito real de habitação

Como já foi assinalado, a Lei 9.278/96 assegurava ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação, relativamente ao

imóvel destinado à residência da família, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento.

Mas o novo Código é silente quanto a este importante direito sucessório, como se vê do artigo 1790.

Discute-se, então, se remanesceria para o companheiro sobrevivente o direito real de habitação, agora sem previsão legal.

A primeira corrente responde negativamente, por entender revogada a Lei 9.278/96, tendo em vista que o nosso Código exauriu a matéria da união estável, quanto aos direitos sucessórios, não aludindo à habitação, aplicando-se a regra do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução.

Em que pese o respeito devido aos que advogam esta tese, permitimo-nos dela divergir.

Mas não nos dispomos a discutir a tese da revogação ou não da Lei 9.278/96, o que nos parece despiciendo para resolver a questão.

O artigo 1831 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único desta natureza a se inventariar.

Diante do comando inserido no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, não vemos como não estender ao companheiro a mesma proteção, tão necessária para a preservação da dignidade humana.

Ainda mais porque, em razão das regras impostas pelo artigo 1790, não havendo bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável, mas tão somente exclusivos do *de cuius*, o companheiro sobrevivente ficará ao desamparo, nem mesmo tendo onde morar.

Por isto, o silêncio do artigo 1790, quanto ao direito real de habitação, não nos impressiona, e nem nos parece suficiente para excluí-lo, sob pena de se violar preceito constitucional, conferindo ao cônjuge relevante proteção, negada ao companheiro.

Também não há, teleologicamente, qualquer justificativa para retirar-se o direito real de habitação do rol dos direitos su-

cessórios do companheiro, ainda mais diante da anterior correção, na década de 90, quando do advento da Lei 9.278/96.

Concluindo, somos de opinião que persiste o direito real de habitação em favor do companheiro, nos mesmos moldes em que é ele conferido ao cônjuge sobrevivente.

b) Concorrência com descendentes

Como já foi antes assinalado, se o companheiro concorrer com filhos comuns (leia-se: descendentes) terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho (descendente) e se os descendentes são exclusivos do *de cuius*, tocar-lhe-á a meta-de que couber a cada um deles.

Em mais uma surpreendente omissão, esqueceu-se por certo o legislador de aludir à hipótese de concorrerem à sucessão descendentes comuns e exclusivos, tal como já acontecera, quando disciplinada a sucessão de cônjuges.

Aplicar-se-iam, em conjunto, os dois sistemas, calculando-se os quinhões de forma diferente, em relação aos descendentes comuns e exclusivos?

Entendemos que não, em razão de outro comando constitucional que exige que os filhos, qualquer que sejam as suas origens, herdem igualmente.

Se aplicarmos, em conjunto, os incisos I e II, os quinhões não se igualarão.

É preciso, então, eleger qual deles deve prevalecer.

Parece-nos que a melhor solução é a mais favorável ao companheiro, que já tão prejudicado ficou, com o novo regime.

Assim sendo, o companheiro sobrevivente herdaria em igualdade de condições com todos os descendentes, ou seja, por cabeça, tanto em relação aos filhos comuns, quanto aos exclusivos.

Esta solução seria ainda mais justa, na hipótese de ter deixado o *de cuius* bens anteriores ao início da união estável e/ou adquiridos gratuitamente durante sua vigência, sobre os quais só herdariam os descendentes.

Convém também assinalar que, segundo o artigo 1790, em hipótese nenhuma se assegura ao companheiro a quota mínima

da quarta parte da herança, quando concorre com filhos comuns, tal como acontece com o cônjuge, o que também nos parece discutível, ante o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

c) Direito a totalidade da herança

Em relação ao inciso IV do artigo 1790 é que se instalou a maior controvérsia.

Mais uma vez foi infeliz a redação, a exigir verdadeira acrobacia hermenêutica do intérprete.

Como conjugar o *caput* do artigo 1790 e o seu inciso IV?

Uma primeira solução seria entender que a “totalidade da herança”, a que se refere o inciso IV, é constituída apenas pelos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, declarando-se vacante a herança quanto aos demais.

Seria a exegese mais aproximada da literal, considerando o *caput*.

A outra solução, que nos parece muito melhor, é entender que, na hipótese do inciso IV, o companheiro sobrevivente receberia a integralidade da herança, em propriedade, sendo ela constituída por todos os bens deixados pelo *de cujus*, qualquer que tenha sido a época, e independente da onerosidade.

Mas é preciso encontrar uma explicação para que se defenda este ponto de vista.

E só pode haver uma, consistente em atribuir à palavra “herança”, empregada no inciso IV, sua concepção plena, enquanto que nos incisos I e II seria limitada aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união estável.

O mesmo critério se aplicaria à hipótese do inciso III, em que o companheiro concorre com outros parentes sucessíveis, quando, então, a terça parte que lhe é atribuída se aplicaria sobre a totalidade dos bens.

Em resumo, o sistema seria diferente, para as hipóteses dos incisos I e II, em que o companheiro concorre com descendentes comuns e/ou exclusivos do *de cujus*, e III e IV, quando a concorrência é com outros herdeiros sucessíveis (colaterais) ou não há qualquer herdeiro.

Esta é a solução que melhor se coaduna, a nosso sentir, com a evolução social e o espírito da Constituição Federal.

Não nos parece justo que o companheiro, que muito mais próximo costuma estar do outro, seja preterido pelos colaterais, geralmente afastados. Pior ainda ficaria o companheiro se parte da herança viesse a ser recolhida pelo Município, como vacante, na ausência de parentes sucessíveis.

Este é o entendimento que submetemos ao mais esclarecido crivo dos leitores.

V. DA VIGÊNCIA DOS SISTEMAS

É de elementar sabença, que a sucessão se rege pela lei vigente à época de sua abertura, ou seja, no momento do óbito. (artigo 1787 do Código Civil de 2002, que reproduziu o artigo 1577 do anterior.)

Assim sendo, abrem-se, a respeito da sucessão do companheiro, as seguintes situações jurídicas:

1) O companheiro morre antes de 29 de dezembro de 1994, quando entrou em vigor a Lei 8.971: o companheiro nenhum direito sucessório terá, sendo a sucessão integralmente regida pelo Código Civil de 1916.

2) O companheiro morre entre 29 de dezembro de 1994 e 13 de maio de 1996, quando entrou em vigor a Lei 9.278: o companheiro terá seus direitos sucessórios atribuídos pelo artigo 2º da Lei 8.971/94, excluindo-se o direito real de habitação, nela não previsto.

3) O companheiro morre entre 13 de maio de 1996 e 11 de janeiro de 2003: aplicar-se-ão, a nosso aviso, todos os direitos sucessórios previstos nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, aí se incluindo o direito real de habitação.

4) O companheiro morre após 11 de janeiro de 2003, quando entrou em vigor o novo Código Civil: o regime será o nele estabelecido, com os comentários feitos acima, quanto a seus pontos controvertidos.

VI. CONCLUSÃO

Como assinalamos, no início desta despretensiosa colabora-

ção, a sucessão do companheiro nem de longe restou pacificada com o advento do novo Código Civil.

Muito ao contrário, a questão ficou perigosamente controversa, sendo evidente o retrocesso, sob todos os ângulos, injustificável, tanto à luz da Constituição Federal de 1988, quanto aos novos princípios que regem o Direito Civil brasileiro.

A matéria exigirá, ainda por muito tempo, hercúleo esforço dos juristas, magistrados e advogados para que se encontrem soluções que melhor atendam à realidade brasileira.

Nem de longe tivemos a veleidade de exaurir o tema ou imaginar que melhores são as interpretações que adotamos.

Nosso propósito, como sempre, foi o de colaborar, ainda que modestamente, para o debate, sem o qual jamais se chegará a uma solução que preserve a dignidade humana e se construa uma sociedade mais justa e solidária. ☐

Subsídios para a Resolução da Problemática Sociocriminal

João de Deus Menna Barreto
*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor da EMERJ. Consultor Jurídico.*

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a preocupante realidade social, maculada pela criminalidade de todos os matizes, que, *et pour cause*, tem justificado a apresentação de vários projetos em tramitação no Congresso Nacional, que objetivam frontalizar a questão, é que me animo, com a experiência de 40 (quarenta) anos de judicatura no Estado do Rio de Janeiro, a oferecer algumas sugestões que, acredito, possam vir a ser factibilizadas pelos Poderes Públicos nacional e estadual, através de reflexão no âmbito de suas competências.

Por exemplo:

No que concerne ao problema da superpopulação carcerária que constitui, hoje, a alavanca maior da reincidência e criminalidade, urge reconhecer que os presos, respeitados, acima de tudo, os seus direitos humanos, que são inalienáveis, não devem permanecer como parte de uma classe social improdutiva. Isso consistiria em marginalizá-los duas vezes, além de fazer a coletividade sofrer duplamente pela transgressão de suas normas de conduta. No momento em que se vai tornando preocupante a viabilidade do Sistema Penitenciário Brasileiro, principalmente no que respeita ao tratamento penal do delinquente, cada vez mais insuscetível de adequação nos termos prescritos pela lei específica, nada melhor indicado do que o aproveitamento dessa mão de obra ociosa, que gera grande parte da problemática penitenciária.

As medidas restritivas de direito já adotadas pela legislação vigente, como, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade, a interdição de direitos e as restrições de fim de semana, que visam a minimização da sanção privativa de liberdade, são abrangentes, apenas, de crimes de menor potencial ofensivo, não alcançando os agentes de delitos mais graves, necessitando, pois, de uma complementação pragmática que, estruturada antecipadamente, prodigalize as alternativas e dilua as pressões do cotidiano, traduzidas, basicamente, na explosão do contingente humano dos presídios, com o seu corolário de crimes, fugas, corrupção e toda a sorte de consequências deletérias, que constituem fato público e notório em todo o País.

Destarte, partindo da constatação objetiva dessa realidade, apresentei, há alguns anos, como membro do Grupo de Trabalho criado no Ministério da Justiça para estudo da violência e da criminalidade, sugestão que, por intercorrências políticas no Governo Federal, não chegou a ser implementada.

Trata-se da criação de *Núcleos Agroindustriais* que, a par de não exigirem maiores despesas, podem constituir forma de solução a curto prazo, até porque em perfeita consonância com os parâmetros da Lei de Execução Penal em vigor.

É curial lembrar que algumas ideias têm sido aventadas para resolver a questão do excesso de presos nos diversos locais onde se encontram recolhidos. Se hoje já constitui grave problema a carência de vagas nos presídios, também a possibilidade de se incrementar o cumprimento de inúmeros mandados de prisão expedidos pelos juízos criminais, assim como o aumento da segregação nos xadrezes das delegacias policiais de reclusos em cumprimento de penas, gerando promiscuidade oprobriosa, surgem como fatores deveras preocupantes.

Lembrou-se a construção de colônias agrícolas em locais distantes, inclusive, em algumas ilhas para onde os criminosos de maior periculosidade seriam transferidos, com o que se lograria afastar da periferia, se não do próprio centro das cidades grandes, os delinquentes que, além de constituírem uma ameaça permanente à sociedade dadas as reiteradas fugas que empreendem, continuam, muita vez, a dirigir quadrilhas de dentro das prisões.

É de se louvar essa preocupação, que, inclusive, vem sendo atendida pela construção de presídios de segurança máxima no interior do País, o que não resolve o problema de todos os presos perigosos dos estados-membros, pela impossibilidade de se os transferir para as prisões federais.

O enfoque que procuramos dar a essa problemática difere, assim, substancialmente, na sua própria filosofia, como passaremos a expor.

2. CRIAÇÃO DE NÚCLEOS AGROINDUSTRIAIS PARA PRESOS SEM PERICULOSIDADE

Não nos parece aconselhável, exceto para aqueles que programam a prática de crimes do interior dos presídios, que se transfiram outros, ainda que também perigosos, para lugares distantes, onde, fatalmente, formariam subculturas enquistadas, até porque afastados da família, e sem maiores condições de recuperação do homem criminoso, que constitui o principal elemento do núcleo finalista da pena.

Daí a alternativa oposta que aventamos, ou seja, a de que a triagem deve ser realizada no sentido contrário, propiciando-se aos presos de melhor comportamento e com sentenças condenatórias já transitadas em julgado a possibilidade de trabalhar em regime semiaberto, na companhia de suas famílias, de modo a prepará-los, efetivamente, para a sua reintegração definitiva ao convívio da comunidade externa.

A remoção, para esses locais, de sentenciados com decisões judiciais que já não admitam recurso, evitará viagens sucessivas para comparecimento a interrogatórios e sumários de culpa, que acarretam os transtornos conhecidos, afora os riscos de evasão, máxime quando se sabe que a Lei 11.900, de 8/1/2009, determina que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu por videoconferência, enfatizando, porém, que tal só ocorrerá excepcionalmente, o que recebeu a chancela do Supremo Tribunal Federal, que só o admite em raríssima hipótese.

Assim, em núcleos agricultáveis de propriedade da União e dos estados, construir-se-iam módulos consistentes de pequenas

moradias, que seriam destinadas a presidiários em cumprimento de qualquer pena, por sentença definitiva, desde que manifestassem desejo de realizar essa experiência, numa comunidade semi-aberta, acompanhados da família, *e após passarem por uma rigorosa triagem quanto às suas condições criminológicas, com ênfase no exame de periculosidade.*

O trabalho agrícola, que poderia, inclusive, ser vinculado aos novos projetos de produção de álcool, assim como o executado em pequenas oficinas, seria remunerado, e o aluguel da residência, ainda que simbólico, pago pelo preso, a fim de estruturar e desenvolver a noção de responsabilidade social, preparando-o para voltar ao convívio da sociedade.

Essa filosofia permite essencializar, na conjuntura econômica que atravessamos, a harmonização do princípio da conveniência com o da oportunidade, pelo que o balizamento há de levar em conta a política de contenção de gastos públicos.

Desse modo, atendendo à doutrina moderna sobre dimensões de penitenciárias, cada Núcleo poderia ser constituído de, apenas, 50 (cinquenta) ou 100 (cem) residências modestas, de sala, dois quartos e demais dependências, a fim de permitir um melhor controle e fiscalização. Além disso, somente 6 (seis) outras construções, também simples, se fariam necessárias:

- a) uma sede da administração;
- b) uma cantina onde as famílias receberiam suprimentos;
- c) uma escolinha para os filhos dos internos;
- d) um ambulatório para atendimento médico;
- e) uma capelinha ecumênica;
- f) pequenas oficinas profissionalizantes;

Se, de um lado, conseguir-se-iam pragmatizar as teorias sobre ressocialização, de outro, haveria, inegavelmente, uma contribuição válida para o problema da reclamada superpopulação carcerária, propiciando-se, outrossim, oportunidade e espaço físico para a segregação nos presídios dos criminosos que a sociedade espera recolhidos em função da ameaça efetiva que constituem para a sua segurança e tranquilidade.

Com isso, e, por via de consequência, seria possível minimizar o fator superpopulacional das prisões, principalmente nos grandes centros, uma vez que as transferências para os núcleos abririam claros nos efetivos do Sistema Penitenciário em torno de, segundo estimativas não oficiais, 60% (sessenta por cento) dos mesmos, para os efetivamente perigosos. Seria uma espécie de “ovo de Colombo”, porque o remanejamento evitaria vultosas despesas com a construção de presídios de máxima segurança nos estados, com a transformação, inclusive, dos atuais concentradores de presos.

Sobre este Projeto, tive a oportunidade de expô-lo ao saudoso Ministro Roberto Campos, que me honrou com a sua abalizada opinião favorável em carta que guardo em meus arquivos.

3. CRIAÇÃO DE QUADRO DE FISCAIS DE CONDUTA DO EGRESSO

Outra questão fundamental a exigir atenção é a da carência de fiscalização e da assistência social ao egresso após o cumprimento da pena, e bem assim aos beneficiados pelos *sursis* e livramento condicional, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, onde, através dos oficiais de *probation* e *parole*, oportuniza-se-lhes a integração ao meio social, mercê de orientação e acompanhamento, com visitas à família e monitoramento sobre a procura de emprego e a assiduidade naquele que lograr conseguir.

O exercício dessa função, por tais funcionários, é de suma relevância na prevenção da reincidência, tormentoso problema a espera de solução.

A medida é factível, tanto na órbita federal como na estadual, e poderia ser implementada mediante concurso público e rigorosa pesquisa sobre a vida pregressa dos candidatos, acrescida de exame psicotécnico, a fim de selecionar os melhores quadros para exercer tarefa de grande magnitude na prevenção da recidiva, além de proporcionar o encaminhamento do egresso ao mercado de trabalho, mediante convênios com empresários que precisam, igualmente, colaborar para a redução da criminalidade que os afeta, também, de maneira substancial.

4. MODIFICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PARA ESTABELEÇER O PERÍODO DE INTERNAMENTO POR PRAZO INDETERMINADO

De outro vértice, desejamos, ainda, colaborar com o as propostas em tramitação no Congresso Nacional.

Referimo-nos ao inaceitável dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que só permite o cerceamento da liberdade do menor até os 21 anos, o que propicia aos autores dos mais bárbaros crimes hediondos, que os tiverem praticado poucos meses ou dias antes de completar 18 anos, só ficarem internados por, praticamente, 3 anos, quando a pena para os maiores de idade, autores dos mesmos delitos, pode chegar a 30 anos de reclusão.

Se o rebaixamento da idade penal é assunto suscetível de polêmicas e controvérsias, e, agora, diante do empenho do Governo Federal em rejeitar o Projeto de redução da maioridade penal, aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, torna-se curial propor a modificação da legislação, no sentido de retornar ao dispositivo previsto no antigo Código de Menores, ou seja, que se restabeleça o exame de cessação da periculosidade em períodos sucessivos, do que resultaria a internação por prazo indeterminado, só se lhes permitindo a liberdade quando a perícia médica indicar a sua aptidão para o convívio em sociedade.

Essa solução teria, ademais, a vantagem de ser concretizada através de lei ordinária, sem necessidade de Emenda Constitucional.

5. CRIMINALIZAÇÃO DA CONTRAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 63 DO DECRETO-LEI Nº 3.688 DE 3/10/41

Ainda, no âmbito federal, e assim como ocorreu em relação à criminalização do porte de arma, que defendemos no livro **Violência e Criminalidade**, Ed. Forense, 1980, p. 94, contendo propostas de solução do Grupo de Trabalho constituído, à época, no Ministério da Justiça, e que, a final, tornou-se realidade, urge, da mesma forma, que se transmude a contração consistente em servir bebidas alcoólicas a menor de 18 anos, a quem se acha em estado de embriaguez e a pessoa que o agente sabe sofrer das

faculdades mentais ou estar proibida de frequentar lugares onde se consume bebida dessa natureza, em conduta criminosa.

Não só as sanções (prisão simples ou multa), como a sua aplicação alternativa, constituem causa de sucessivos abusos, inclusive, pela minimização das consequências do risco diante da maximização do lucro dos comerciantes. A chamada Lei Seca, já em vigor, penaliza o motorista embriagado, mas não criminaliza a conduta de quem vende bebidas alcoólicas a pessoas nas condições acima descritas.

Os princípios da conveniência e da oportunidade exigem, igualmente, que se os invoque nessa questão, haja vista o grande número de acidentes automobilísticos provocados, principalmente, por jovens que saem das baladas após a ingestão desmesurada de álcool.

A punição com uma pena corporal superior a dois anos, além da multa, impeditiva da concessão de fiança e do benefício do *sursis*, ou a sua elevação máxima, que permitisse, apenas, ao juiz, e não à autoridade policial, as prerrogativas dessas outorgas, poderia ter repercussões favoráveis com vistas ao princípio da prevenção geral que, no caso específico de bebidas alcoólicas, sublinharia, primordialmente, a intimidação, que é também um dos elementos integrantes do núcleo finalista da pena.

Essa proposição foi, inclusive, recomendada, expressamente, desde 1979, pelo II Congresso Brasileiro de Alcoolismo e Drogas, realizado em Londrina.

6. CRIAÇÃO DE GRUPO DE ELITE FORMADO POR MILITARES ORIUNDOS DAS POLÍCIAS DO EXÉRCITO

Por outro lado, sugerimos, também, o aproveitamento de soldados das Polícias do Exército, após a baixa, para compor o efetivo da Polícia Civil.

A sua principal destinação seria a atividade nos setores de prevenção e repressão a roubos.

Das vantagens dessa medida, factível mediante convênio com o Ministério do Exército, sobressairia o aproveitamento de homens já submetidos a triagem rigorosa e formados dentro do espírito de

disciplina e noção de hierarquia, sedimentados na educação moral e cívica ministrada nos quartéis. Além do mais, inegável seria a contribuição que tal providência daria à solução da problemática do desemprego na época em que esses jovens retornam da caserna e, muitas vezes, são cooptados por traficantes e quadrilheiros de toda a sorte.

A medida constituiria, também, uma forma de renovação dos quadros policiais, no sentido em que se pudesse atrair candidatos por meio de vencimentos compatíveis com a responsabilidade da função, sendo de ressaltar, outrossim, que eventual ponderação acerca de óbice constitucional de exigência de concurso público poderia ser obviado com a criação de cargos de confiança, demissíveis *ad nutum*.

No momento em que o Governo tem o Exército e a Força Nacional de Segurança para frontalizar o crime, parece-nos indispensável formar-se nos estados uma força de elite que, ao correr do tempo, estará em condições de substituir as tropas e contingentes federais, até porque eles não vão definitivamente para os estados, mas por lapso de tempo predeterminado, face à necessidade de atendimento a outras unidades da Federação, o que pode provocar a recidiva criminosa após a sua retirada.

7. ESCOLAS PROFISSIONALIZANTES NAS CIDADES DO INTERIOR DO PAÍS

É indispensável que, dentro de uma política de contenção das migrações provocadoras de desequilíbrios sociais que levam à criminalidade, adotem-se medidas capazes de radicar o homem no seu próprio meio, através de incentivos para a instalação do comércio e da indústria locais.

Com esse objetivo, o desenvolvimento dos pendores e vocações personalíssimos, propiciando a aquisição de conhecimentos técnico-profissionais, é essencial, pois o exercitamento dessa capacitação há de se fazer mais facilmente nos lugares onde o homem tem raízes, aos invés de fazê-lo buscar outras paragens, sem estar preparado para qualquer mister. Como um corpo estranho nos grandes centros urbanos, o migrante, face à dificuldade

de trabalho qualificado, tende à marginalização e à prática de atividades ilegais.

Afora o espírito de aventura que em determinado período da juventude anima o homem a procurar em outras paragens a materialização do seu plano de felicidade pessoal, não se pode negar, diante das pesquisas de opinião que se publicam, a realidade econômico-financeira que desenraiza as pessoas do seu meio ambiente, atirando-as no torvelinho das cidades grandes.

Isso tem acontecido, principalmente, porque na sua terra natal, quase sempre no interior do País, não há condições de lhes propiciar o desenvolvimento de aptidões para serviços importantes e até essenciais ao progresso da região.

O seu destino, após o êxodo, é a construção civil, onde se emprega como operário desqualificado, e daí gera toda a sua problemática existencial, pela carência de meios suficientes de manutenção da família, que, ou traz consigo, ou constitui na cidade nova.

Se não consegue contrato de trabalho, deriva inevitavelmente para o subemprego ou a contravenção do jogo, iniciando o ciclo que o levará ao crime.

Só a oportunidade de descobrir as suas potencialidades, a serem exercitadas no seu lugar de nascimento e convivência social, o incentivará à permanência na região de origem, porque terá o senso do próprio valor e de sua utilidade comunitária.

8. A PROBLEMÁTICA DO USO DE CELULARES NOS PRESÍDIOS

A questão recorrente é a do emprego de celulares nos presídios, de onde os criminosos mais perigosos passam a comandar e a incentivar o cometimento de delitos pelos comparsas em liberdade.

A justificativa até agora apresentada pelas autoridades constituídas para não implementar o bloqueio dos telefones nas prisões é a de que, para fazê-lo, haveria que prejudicar toda uma região circunvizinha, que ficaria também impossibilitada de comunicação.

Entendemos que, mesmo comprovada a impossibilidade técnica de as empresas de telefonia procederem ao bloqueio somente nos presídios, poder-se-ia autorizar que se o fizessem abrangendo

a região vizinha e, ainda, assim, sem prejuízo dos moradores desta. Bastaria que, mediante convênio com o Estado, fosse subsidiada para os atingidos pelo bloqueio dos celulares a instalação de linhas telefônicas de aparelhos fixos. Com isso, os celulares dos presos ficariam impedidos de discar ou receber ligações, enquanto os moradores das regiões atingidas continuariam com os seus telefones celulares, aptos a funcionar em outros locais, fora da sua residência, e ficariam com os telefones fixos em condições de comunicação normal em suas casas.

Acreditamos que o custo da instalação das linhas convencionais não seria exorbitante, mas o benefício para a sociedade justificaria o investimento.

9. A MODIFICAÇÃO URGENTE DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE REGULAM A PROGRESSÃO DE REGIME

Não se torna admissível que criminosos, em cumprimento de pena, seja de que gravidade for, continuem a progredir de regime carcerário após cumprir, somente, um sexto da condenação. Urge, pois, que se elasteça a fração relativa aos crimes hediondos, que hoje é de 2/5 (dois quintos), e se imponha aos demais esta fração.


Essa realidade é deveras preocupante, e os exemplos dos riscos e danos que a sociedade tem sofrido contam-se diariamente, pois inúmeros são os casos de criminosos que, ao deixarem o regime fechado para o semiaberto, como tem noticiado a imprensa, vem praticando graves delitos.

De sorte que faz-se premente o elastecimento da fração que permite a progressão do regime carcerário.

Finalmente, *last but not least*, impõem-se, também, a urgente revogação do inacreditável dispositivo introduzido na nova Lei de Entorpecentes que cria, na verdade, o *tráfico privilegiado*, ou seja, retira da punição prevista para o traficante que fornece o tóxico “a pessoas de suas relações para juntos consumirem”, o que constitui flagrante incentivo à disseminação do uso de drogas.

Estas são algumas sugestões que me parecem pertinentes no momento histórico em que, pela primeira vez, dá-se ênfase

e prioridade ao problema da segurança, ainda que sem desfocar medidas de natureza socioeconômico-cultural que são relevantes e não podem ser descartadas do âmbito da etiologia da violência, mas projetam soluções de médio e longo prazos e não atendem integralmente aos anseios e reivindicações comunitárias, que estão a exigir providências objetivas e imediatas, capazes de responder adequadamente a essa realidade fenomênica.

Cumpra, assim, efetivar providências que visem, inclusive, a recuperação do direito constitucional de ir e vir do cidadão, que assiste perplexo ao paradoxo da perda de seu referencial de liberdade em pleno regime democrático. 

Criminalidade na Administração Pública Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio*

Álvaro Mayrink da Costa
Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor da EMERJ e Presidente do seu
Fórum de Execução Penal.

1. Ao referir-se à **administração pública**, não se está imediatamente protegendo o Estado, mas o *funcionamento de seus órgãos*, num conceito mais amplo compreendendo toda a administração estatal dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Sanderlli ressalta, numa visão contemporânea, que as funções fundamentais do Estado objetivam estabelecer novas regras, gerais e abstratas (legislativa), cuidar dos interesses públicos que lhe são próprios (administrativa), valorar o comportamento humano com patamar normativo (judiciária) e determinar a orientação política (governo). A expressão *administração pública* não está empregada no sentido técnico do direito administrativo ou constitucional dada a maior amplitude, compreensivo da *atividade total do Estado e de outros entes públicos*. Anoto que o objeto jurídico da tutela penal é a *normalidade funcional*, a *probidade*, o *prestígio* e o *decoro* da administração pública.

1.1. Por outro lado, observo que o **conceito de administração pública**, quando empregado pelo legislador penal, não tem

* Texto atinente à palestra proferida na 204ª reunião do Fórum Permanente de Execução Penal - EMERJ, realizada 04.11.2010.

que obrigatoriamente coincidir com a noção administrativista, entendido em sentido *funcional*, como o conjunto, historicamente variável, das funções próprias do Estado, objetivando o bom funcionamento da vida comunitária. Portanto, repetindo Chiarotti, a Administração Pública abarca *toda a atividade estatal* como conjunto de entes que desempenham funções públicas e toda e qualquer atividade desenvolvida para a satisfação do bem comum. Nosso legislador seguiu o *modelo tradicional* na classificação destes injustos penais ao separá-los, praticados por funcionários (*intranei*) ou por particulares (*extranei*), de forma comissiva ou omissiva, causando ou expondo a perigo de dano a função pública. Os injustos penais *funcionais* são os realizados pelo funcionário público no exercício real e efetivo de suas funções (*delicta in officio*), dividindo-se em *próprios* (só praticado pelo funcionário no exercício da função pública) e *impróprios* (o ato seria criminalizado ainda que o sujeito ativo não fosse funcionário público).

1.2. Gize-se que o Código Penal francês (1810), em virtude da influência totalitária de Napoleão, antiliberal, abre sua Parte Especial com “*crimes e delitos contra a coisa pública*”. Aliás, é a orientação marcadamente autoritária que encontramos no movimento codificatório dos injustos penais em todos os códigos de países dominados pelo totalitarismo. Os doutrinadores registram a correção feita pelo Código Penal brasileiro (1940) de real valor técnico diante dos Códigos de 1830 e 1890 (“*Dos crimes contra a boa ordem e administração pública*”), que previa os injustos praticados por funcionários, salvo o peculato, que se encontrava no rol dos injustos *contra o tesouro e a propriedade pública* (1830), ou tão só os injustos *funcionais* (1890).

1.3. Não se pode deixar de assinalar o intenso intervencionismo estatal com a criação de novos tipos penais, olvidando-se a *sistematização* da codificação e o *princípio da proporcionalidade* diante do alargamento da persecução penal. A incapacidade de agir da Administração Pública proporcionou o puro imediatismo da *criminalização simbólica* para dar respostas imediatas aos justos reclamos da sociedade. Registre-se a tarefa de determinação do bem jurídico imediato, sem esquecer o bem maior que lhes

confere unidade. Seguimos a tradição do direito comparado ao fazer a distinção entre “crimes contra o Estado” e “crimes contra a administração pública”. O Código Penal de 1940 deixou para a legislação especial o elenco de injustos penais contra a *existência*, a *segurança* e a *integridade* do Estado e o emprego da economia popular, os então crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares.

2. A definição de **funcionário público**, embora situada no capítulo pertinente aos injustos praticados por funcionários contra a administração em geral, aplica-se a toda a legislação (“para fins penais”). O art. 327 do Código Penal (“Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”), diante de uma sociedade em *funcionamento* em que o crime é um fenômeno normal, veio a sofrer atualizações através da Lei nº 6.790, de 23 de junho de 1980, que fez acrescentar o atual § 2º (“A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargo de direção ou assessoramento do órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”) e a Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, que deu nova redação ao § 1º do citado dispositivo legal (“Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”).

2.1. O Código Penal de 1940 adotou um **conceito unitário de funcionário público**, não seguindo o Código Rocco que fazia a distinção entre *funcionário público* e *encarregado de serviço público*, evitando-se um mar de incertezas. Hungria já advertia que “não é propriamente a qualidade de funcionário que *caracteriza* o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício da função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerada ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou *per accidens*”. Toda atividade pública

tem uma finalidade pública realizada em razão de um interesse público. É o *efetivo exercício da função pública* que, *para efeitos penais*, caracteriza o funcionário público e difere do elaborado pelo Direito Administrativo. Em resumo, pouco importa que seja permanente ou eventual, voluntário ou obrigatório, gratuito ou remunerado, a título precário ou definitivo.

2.2. O legislador considera **funcionário público para efeitos penais** quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce *cargo* (conjunto de atribuições e responsabilidades específicas, com denominação própria e estipêndio correspondente criado na organização do serviço público, para ser provido e exercido por um servidor, na forma estabelecida *ex lege*), *emprego* (contratação estabelecida por lei por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho) ou *função pública* (conjunto de atribuições que o poder público impõe aos seus servidores para a realização de seus próprios fins). A *função pública* é realizada na esfera de âmbito dos três poderes, e poderá resultar de eleição, nomeação, contrato ou mera situação de fato.

2.3. A Carta Política estabelece que a administração pública, *direta* ou *indireta*, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos *princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. Por último, são **servidores públicos** os agentes que, exercendo com caráter permanente uma função pública em decorrência da relação de trabalho, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica. Com a edição da Lei nº 9.983/2000, ficam incluídas na *equiparação* as pessoas que trabalham para empresas prestadoras de serviços contratadas ou conveniadas para execução de atividade típica da Administração Pública. A equiparação na esfera de âmbito da *majorante* só alcança os ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgãos da administração direta, sociedade

de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público. A interpretação é restritiva. O Supremo Tribunal Federal decidiu, ao conceituar funcionário público, que abrangeria todos os que exercessem cargo, emprego ou função pública, no âmbito de qualquer dos poderes.

3. O peculato, em todos os tempos, foi severamente punido, embora nem sempre com o conteúdo jurídico contemporâneo. Na Antiguidade, a palavra *peculato* significou genericamente o furto (*furtum* próprio ou impróprio) de coisas sagradas (*sacrilegium*) ou públicas, dando-se real importância à *qualidade da coisa, ao especial direito de propriedade e não, ao turbamento da função pública e ao abuso do exercício do ofício público*. Na Idade Média, observamos que, em geral, o peculato era punido com penas atroz, sendo comum a aplicação cumulativa da pena de infâmia que alcançavam o morto. Aliás, o Código de Florença previa que aquele que fugisse com o dinheiro público deveria ser amarrado à cauda de burro e arrastado pelas vias da cidade; já no de Veneza, os condenados tinham seus nomes esculpidos no mármore como pena de infâmia perpétua. No século XVIII, a pena foi mitigada, e geralmente era o peculato punido como furto qualificado. Ao curso do tempo, as penas foram abrandadas, tendo sido em 1717 decretada anistia geral e com a edição do Código Penal napoleônico (1810), criminalizou a conduta sem o *nomen iuris* de peculato (*Des soustractions commises par les fonctionnaires publics*), abarcando sob a figura do *forfatures* outros abusos funcionais. Observa-se, à época, a confusão conceitual entre peculato e concussão, sublinhando-se que o Código da Baviera titulava como *infidelidade no exercício das funções públicas*, espécie do crime de peculato. O Código Zanardelli (1889), com o *nomen iuris* de peculato, abarcava todas as modalidades, criminalizando o ato do funcionário público converter em uso próprio o dinheiro e outras coisas móveis que lhe foram confiadas *ratione officii*.

3.1. Observamos que o nosso Código Penal de 1830 afasta-se do Código Penal francês (1810), não incluindo o peculato entre os crimes funcionais, mas classificou-o de forma diversa, restringindo aos bens pertencentes ao Estado, razão pela qual é alocado no

título VI, que se ocupa “*Dos crimes contra o Thesouro Publico e a propriedade publica*”. O Código Penal de 1890 classificou, no título V, “*Dos crimes contra a Boa Ordem e Administração Pública*”, reunindo-o entre os injustos “*Das malversações, abusos e omissões dos funcionários públicos*”. O Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, passou a dar maior amplitude definidora e agrava as penas então cominadas, incluindo na esfera do peculato a apropriação de bens móveis particulares, na posse de funcionário público em razão do cargo. Anote-se que, à época, os Códigos modernos já tinham preocupação acauteladora dos bens sociais, iniciada pelo Código francês, segundo o qual há no injusto de peculato não só uma ofensa à propriedade, mas principalmente, à especial confiança depositada no funcionário público, razão pela qual se incluía na classe dos crimes contra a boa ordem da administração pública. O nosso Código Penal de 1940 trata do peculato no elenco “*Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral*”.

3.2. A definição legal dada pelo Código Penal de 1940 não se afasta dos Códigos contemporâneos, apresentando forma até mais precisa: “*Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*”. O objeto jurídico da tutela é duplo: de um lado, o interesse jurídico-patrimonial do Estado; e, de outro, a probidade e a fidelidade dos funcionários para garantir o normal funcionamento e a imparcialidade da administração pública, base de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, posiciona-se a doutrina, que destacava a defesa dos bens patrimoniais da administração pública e o elevado conteúdo éticopolítico pertinente à probidade como índice de progresso moral e da educação política dos povos. Comungamos na repressão de abusos de cargo por parte de funcionários públicos no sentido de garantir a intangibilidade da legalidade material da administração e os interesses patrimoniais do Estado. Diante do duplo objeto jurídico da tutela, optaríamos pela ideia de legalidade da administração relacionada com a probidade dos funcionários. O objeto material da ação é o dinheiro, valor

(títulos, apólices, ações) ou qualquer outro bem móvel, fungível ou infungível (desde que passa a ser transportada), possuído em razão do ofício ou serviço. Trata-se de injusto próprio, comissivo, material, de lesão, de forma livre, instantâneo, plurissubsistente e unilateral (plurissubjetivo, na modalidade negligente). O **sujeito ativo**, tratando-se de injusto próprio, só poderá ser funcionário público ou a ele equiparado. A condição de funcionário público é qualidade elementar ao injusto do tipo que se comunica aos coautores ainda que não sejam funcionários públicos. É necessário que o *extraneus* tenha consciência da condição de funcionário público do sujeito para responder por coautoria no injusto de peculato. Se o sujeito ativo não tiver a posse, o injusto praticado será de peculato-furto ou simplesmente de furto. O agente apropria-se de dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo que ocupa. Dir-se-ia que o servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. Todavia, para efeitos penais, como já foi dito, funcionário é também quem exerce emprego público ou, de qualquer modo, função pública. Daí o acerto da posição de Maggiore de que o sujeito ativo pode ser também o “funcionário de fato” e o “funcionário incompetente”, desde que não se trate de incompetência absoluta, caso em que se converte em usurpador.

Se o recebimento do dinheiro, valor ou outro bem móvel não decorrer do cargo em que está investido, inexistente violação do dever *ratione officii*. A hipótese seria de apropriação indébita e não, de peculato. Aliás, sobre o *thema*, a ocupação do cargo público deve resultar de regular nomeação oficial e, se se trata de ocupação de fato, cumpre distinguir: **a)** se a ocupação é inteiramente arbitrária, o que se tem a identificar no agente é um usurpador, incidindo nos injustos de usurpação de função pública, estelionato ou furto, mas jamais em peculato; **b)** se a ocupação de fato resultou de nomeação irregular, que vem a ser ulteriormente anulada, a solução é pelo reconhecimento do peculato, operando *ex nunc*. Se o agente for prefeito municipal que se utiliza indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de serviços de funcionário, poderá, eventualmente, incidir no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201, de

27 de fevereiro de 1967. O **sujeito passivo** imediato é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal, municípios, entidades paraestatais, autarquias ou sociedades de economia mista, diante da sua equiparação). Se o objeto material da ação pertence ao particular (proprietário do bem apropriado ou desviado, que se encontrava na posse, guarda ou custódia da administração pública), este será o sujeito passivo mediato do injusto de peculato. O art. 552 da Consolidação das Leis do Trabalho equiparou o peculato aos atos praticados em detrimento das *associações sindicais*.

3.3. Questão temática importante diz respeito à aplicação do **princípio da insignificância** nos injustos contra a administração pública, diante do valor ínfimo do dano material causado à administração pública, quando estudamos o objeto jurídico da tutela com a sua duplicidade: de um lado, o interesse jurídico patrimonial do Estado e, de outro, a probidade e fidelidade dos funcionários para garantir o bom andamento e a imparcialidade da administração pública. O entendimento **(a)** majoritário é no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância nos injustos contra a administração pública, mesmo que o valor da lesão seja bagatela, porque a norma buscaria resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa. Em sentido oposto **(b)**, há manifestação do Supremo Tribunal Federal acolhendo a “circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar”.

O novo Direito Penal, com patamar no **princípio da fragmentalidade**, assume um caráter subsidiário, dirigido para o que é relevante, afastada a sua atuação desnecessária e desproporcional. A nosso sentir, nos injustos contra a administração pública, sendo o valor patrimonial da lesão ao erário mínimo, a atuação penal se torna desnecessária e desproporcional, reservando-se para a esfera de âmbito do Direito Administrativo, a questão pertinente à violação do princípio da moralidade administrativa. Não vemos, pois, que a duplicidade da tutela pessoal fique violada, diante dos princípios da *fragmentalidade*, da *intervenção mínima*, da *lesividade* e da *proporcionalidade*, pois não assume um caráter dirigido para

a *tutela de bens relevantes*, visto que as instâncias administrativa e cível são bastantes para a reprovabilidade do atuar moralmente desvalorado.

4. A conduta criminalizada no núcleo reitor derivado, **peculato-apropriação**, consiste no ato de apropriar-se (figura denominada de peculato-apropriação que significa assenhorar-se, apossar-se, no todo ou em parte, dispondo como fosse proprietário) o funcionário público (quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública), de *dinheiro* (moeda metálica ou papel em curso legal no Brasil ou no estrangeiro), *valores* (qualquer título, papel de crédito ou documento negociável conversível em dinheiro ou mercadoria, apólices, letras de câmbio, títulos da dívida pública, notas promissórias, cartões de garantia ou crédito), ou *outro qualquer bem móvel* (toda coisa dotada de utilidade, não considerada imóvel, que pode ser apreendida e removida de um lugar para outro).

O Estado responde civilmente pelos danos causados por seus funcionários ao patrimônio de particulares que se encontram sob sua custódia. O legislador destacou a expressão *dinheiro* para afastar o entendimento da doutrina anterior, que não admitia *peculato de coisa fungível*, só de *coisas infungíveis*. Aduza-se que a mistura do dinheiro do funcionário público com o da administração, apenas para facilitar o troco, é atípica. Outrossim, não se equipara a prestação de serviço de um funcionário a outro, sendo a conduta atípica, pois funcionário não é coisa, *de que tem a posse em razão do cargo* (o legislador de 1940 não mais fez distinção entre posse e detenção referindo-se tão só que o funcionário **(a)** deve ter a posse da coisa *ratione officii*; **(b)** deve haver uma relação objetiva, existente entre a posse (legítima e lícita) e o cargo e não uma mera relação de confiança subjetiva; **(c)** excluindo a entrega abusiva ou uma usurpação de função pública. O **pressuposto** é de que o agente detenha ou tenha a posse de coisa móvel sobre a qual incida o ato, caso contrário configuraria o **peculato-furto**. A posse deverá advir do cargo ocupado pelo funcionário público, observada em sentido amplo (disponibilidade jurídica). Repetindo os doutrinadores, que exista uma relação de causa e efeito entre o funcionário público e a posse da coisa decorrente do cargo.

Para a **consumação** não se exige a prestação de contas, nem exclui o peculato a prévia caução ou depósito de fiança prestado na investidura do cargo. A antiga doutrina não via configurado o injusto de peculato quando se tratasse de coisa fungível, restringindo às coisas infungíveis. Haveria apenas a *obrigação de devolver*, somente cabendo uma ação civil ou mera irregularidade administrativa.

O **momento consumativo** no peculato-apropriação ocorre quando o funcionário público converte em seu o dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo. Sendo instantâneo se consuma que passa a operar *ut domini*. O **elemento subjetivo** no peculato-apropriação é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular com *animus rem sibi habendi*, requerendo de forma implícita o elemento subjetivo do injusto consistente no especial fim de agir (“em proveito próprio ou alheio”).

5. Na parte final da figura nuclear reitora situa-se o denominado **peculato-desvio**, lê-se: “ou desviá-lo” (consiste no ato de dar destinação ou emprego diverso daquele que estava destinado tanto natural como jurídico). Inexiste, por parte do peculatório, na modalidade de desvio o *animus rem sibi habendi*, podendo caracterizar-se com o mero uso irregular. No peculato-desvio é requerido, além do dolo, o elemento especial do injusto, que se constitui no desvio em proveito próprio ou alheio. Maggiore, sobre o *thema*, chamava a atenção quando o uso fosse momentâneo e sem o ânimo de apropriação, embora destacando que proveito é qualquer vantagem material ou moral, patrimonial ou não, diante da intangibilidade do patrimônio público. Repita-se que o proveito consiste em qualquer vantagem (pecuniária, material ou moral) proporcionada ao próprio agente (prestígio pessoal ou político) ou a terceiro.

A intangibilidade da coisa possuída *ratione officii* não permite a alegação de inexistência de prejuízo causado à administração pública pelo desvio. O Supremo Tribunal Federal admitiu como modalidade de peculato-desvio, o ato de congressista indicar e admi-

tir como secretária parlamentar pessoa que continuava a trabalhar em sociedade empresária de sua titularidade. Rejeitou a tese de atipicidade comportamental, sob o fundamento vencedor de que o serviço objeto material da conduta eram valores pecuniários, isto é, dinheiro referente à remuneração de pessoa como assessora parlamentar. O peculato-desvio se *consume* com o real e efetivo desvio, independente do concreto proveito auferido para si ou para outrem. Para a configuração do injusto do tipo é imperativo que o uso da coisa se realize em contrariedade a qualquer finalidade de *utilidade pública*. É clássica a forma de desvio, como o uso de notas fiscais frias e recibos falsos para que as verbas públicas sejam aplicadas para fins diferentes daqueles para os quais foram contratados. Na hipótese de o agente mudar o destino da coisa em proveito da própria administração, haverá incidência comportamental no art. 315 do Código Penal (emprego irregular de verbas).

O **momento consumativo** no peculato-desvio, a consumação, ocorre quando o funcionário dá à coisa destino diverso do que foi determinado pela administração pública (desvio), objetivando alcançar proveito próprio ou alheio. O **elemento subjetivo** no peculato-desvio é representado pelo dolo, consciência e vontade de dar a coisa para fim diverso daquele determinado, requerendo-se o especial elemento subjetivo do injusto explícito (“em proveito próprio ou alheio”), ainda que sem o *animus rem sibi habendi*. Há a exigibilidade da presença do especial elemento subjetivo do injusto (“em proveito próprio ou alheio”). A restituição dos objetos e valores apropriados ou desviados tem repercussão na medida da pena.

6. O Código Penal de 1940 não abrigou a figura do **peculato de uso**. A posição adotada pelo anteprojeto de 1999 é a melhor ao criar a figura da improbidade administrativa (“Praticar o funcionário público ato de improbidade, definido em lei, lesivo ao patrimônio público”) aplicando-se a pena de 6 meses a 2 anos de detenção ou multa, se o fato não constitui crime mais grave, independentemente das sanções civis e administrativas. A postura pretoriana se direciona no sentido de que o peculato de uso só poderia ser reconhecido quando a coisa fosse infungível, sendo que no caso de dinheiro público, ainda com a capacidade e a restituição a tempo configura o *peculato-desvio*.

7. O legislador de 1940, sem rubrica lateral, previu a figura do **peculato-furto**, destacando sua incidência em duas hipóteses: a) o funcionário público, *ratione officii*, subtrai dinheiro, valor ou coisa pública ou particular, de que não tem a posse; b) o funcionário público concorre para que terceiro, podendo ser um **extraneus**, subtraia o dinheiro, valor ou coisa pública ou particular, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público. Observa-se que a distinção, na hipótese, da subtração ou do concurso do injusto do tipo de furto, se dá em razão de o agente aproveitar-se da facilidade que a qualidade de funcionário público lhe proporciona. Hungria leciona que “a facilidade, a que se refere o texto legal, é qualquer circunstância de fato propícia à prática do crime, notadamente o fácil ingresso ou acesso à repartição ou local onde se achava a coisa subtraída”. Salienta que, ao contrário da legislação anterior, o Código de 1940 não exige que o concurso do funcionário ocorra mediante “ato de ofício ou emprego”, admitindo qualquer espécie de cooperação, “desde que relacionada à facilidade proporcionada pela condição de funcionário público”.

O **momento consumativo** ocorre quando da real e efetiva subtração do dinheiro, valor ou outro bem móvel público ou particular, da posse da administração pública. Admite-se a tentativa. No caso em que o funcionário concorre (deixa a porta aberta para a entrada dos furtadores), os coautores estranhos à administração pública responderão pelo injusto de peculato, pois condição elementar lhes é transmitida. O **elemento subjetivo** no peculato-furto é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à prática dos atos incriminados na norma reitora, exigindo-se o elemento subjetivo especial do injusto, a obtenção de proveito próprio ou alheio (*animus lucri faciendi*). É indispensável que o agente tenha a consciência de prevalecer-se da facilidade que lhe é proporcionada pela sua condição de funcionário público.

8. A criminalização do **peculato culposo** é adotada pelos anteprojetos Sá Pereira e Alcântara Machado; foi mantido no Código Penal de 1940 com rubrica lateral (Peculato culposo: “Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem”). A conduta

criminalizada consiste no ato de facilitar ou proporcionar, por desatenção ou descuido, violando o dever de cuidado, a apropriação ou subtração de dinheiro, valor ou outro bem público ou particular, de que tenha a posse *ratione officii*. É relevante lembrar que inexistente participação dolosa em injusto negligente, ou vice-versa. Há exigibilidade da prática de um ato doloso por parte de terceiro para a configuração do injusto de peculato culposo, por ausência do dever de cuidado por parte do funcionário que tinha a posse da coisa *ratione officii*. O exemplo sempre citado é do funcionário desatento que na vigilância de um prédio público e, diante da ausência do dever objetivo de cuidado (guarda), permite que terceiros invadam e subtraiam bens ou valores. Hungria sintetiza que enquanto o funcionário desatento responde por peculato culposo, os demais responderão pelo título que couber (peculato próprio, peculato-furto, furto, roubo). Não basta que a conduta venha violar o dever de cuidado e cause o resultado; deve existir uma relação de determinação unindo a violação e a causação do resultado. É ponto fulcral o conceito de previsibilidade objetiva. Na hipótese, exige-se uma relação de causa e efeito entre os injustos, o primeiro permitir a realização do segundo. Ressalto que é a norma e não o autor que determina os requisitos do ato, sublinhando que dolo e culpa são ontológicos, porém estritamente normativos. O **momento consumativo** ocorrerá quando o *extraneus* realizar o injusto, pois inexistente tentativa em injusto culposo.

9. Se a **reparação do dano** é anterior à sentença irrecorrível, extingue-se a punibilidade. Contudo, se o ressarcimento for posterior, haverá redução da metade da pena imposta. O ressarcimento poderá dar-se pela restituição pura da coisa ou pela indenização correspondente ao seu valor. Se a reparação do dano ocorrer antes do trânsito em julgado, há, como foi dito, extinção da punibilidade, prejudicado o arrependimento posterior; se posterior, impõe-se a redução da metade da pena imposta, constituindo-se numa circunstância especialíssima que incumbe ao juiz da execução avaliar inclusive com os acréscimos legais, porém não excluindo as sanções de ordem administrativa. Tal regra desonera a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal, que veio a ser

acrescentado pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003 (“O condenado por crime contra a administração pública terá progressão de regime de cumprimento de pena condicionada à reparação do dano que causa, à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.”). A devolução do objeto material da ação no peculato doloso não extingue a punibilidade, mas deve influir na medida da pena imposta. Embora a Reforma Penal de 1984 tenha feito excluir o ressarcimento do dano no peculato culposo, corretamente, do elenco normativo do art. 107 do Código Penal, por uma falha, deixou de permanecer na Parte Especial, no art. 312, § 3º, do mesmo diploma, que contempla como causa especial extintiva da punibilidade, razão pela qual deve ser *reconhecida*. Na hipótese de coparticipação, a reparação do dano efetuado por um se estende aos demais, salvo ao terceiro que praticou o injusto a título doloso.

10. No peculato mediante erro de outrem, o Código Rocco foi a fonte para o anteprojeto Alcântara Machado, surgindo em nosso Código Penal de 1940 (“Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem”). Cogita-se da criminalização da conduta do funcionário público que, no exercício do cargo, apropria-se (recebe ou retém), indevidamente, para si ou para terceiro, dinheiro ou outra utilidade, valendo-se do erro alheio. No **objeto jurídico da tutela**, além do prestígio e normal funcionamento da Administração Pública, em destaque, a proibição dos funcionários públicos, mediatemente são tutelados os interesses patrimoniais de terceiros, no que tange a entrega de dinheiro ou utilidades ao funcionário no exercício do cargo público. A moldura situa-se na dicotomia “bom andamento e imparcialidade da administração pública” e “a esfera patrimonial da administração pública e o interesse na manutenção do destino do seu dinheiro ou da coisa móvel”. O **objeto material da ação** é o “dinheiro ou qualquer outra atividade” (*danaro o altra utilità*), no sentido de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular. A conduta criminalizada consiste no ato de apropriar-se (receber ou reter por erro de terceiro, *ut domini*, com *animus rem sibi habendi*) de dinheiro (moeda ou cédula ofi-

cial utilizada para a compra de bens e serviços) ou qualquer atividade (qualquer bem ou interesse móvel que represente interesse juridicamente relevante e valor econômico), que, no exercício do cargo (prevalecendo-se do efetivo exercício de suas funções *ratione officii*), recebeu por erro de outrem (o ato de terceiro deve ser espontâneo e voluntário, e jamais provocado, sendo que o dinheiro ou a atividade sejam recebidos indevidamente). Nesta modalidade não é pressuposto a posse anterior ilícita de dinheiro, valor ou qualquer bem móvel, do qual o funcionário se apropria, a coisa pública lhe chega por erro de outrem, de que se vale, ao receber ou não entregar, apropriando-se. O recebimento deverá ocorrer no exercício do cargo, isto é, *ratione officii*. Há opinião divergente fazendo a distinção “no exercício do cargo” de “em razão do cargo”, sob a máxima de que “o legislador não emprega palavras inúteis” (nos tempos contemporâneos, observamos vários textos legais eivados de contradições e de vocábulos inúteis). Assim, não teriam o mesmo significado jurídico-penal (quando estiver afastado do cargo por licença, férias, enfermidade), cometeria injusto do tipo de estelionato, diante do maior desvalor da conduta. O recebimento e a retenção devem ocorrer no real e efetivo exercício da função pública, caso contrário inexistirá peculato por erro.

10.1. A doutrina peninsular resume que o erro poderá ocorrer: a) sobre o que é devido (*an debeat*) ou sobre o *quantum* devido; b) sobre a pessoa a quem é feita a entrega; c) sobre a obrigação de entregar. Nas hipóteses citadas é indiferente a causa e a natureza do erro. O erro (voluntário e espontâneo) deve incidir sobre a entrega e não, sobre o recebimento. Na hipótese de o encarregado do pagamento entregar à vítima quantia menor que a devida e se apropriar da diferença, sua ação incide na norma inscrita no *caput* do art. 312 do Código Penal, ainda que, por erro, tenha entregado quantia menor, apropriando-se da diferença, posteriormente, ao fazer a verificação. Repita-se, é irrelevante a natureza do erro. Na hipótese de vencimentos pagos a mais ao funcionário público, só se consuma o injusto penal quando chamado a dar conta, cai em mora e não os devolve.

10.2. Admite-se a *coautoria* e a *participação de extraneus*, desde que o particular tenha consciência da qualidade de funcioná-

rio público do agente. Como elementar do tipo de peculato, comunica-se. No caso de o particular não ter ciência da qualidade de funcionário público do agente haverá cooperação dolosamente distinta (“Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”).

11. Alguns setores da doutrina se referem à figura do denominado **peculato-estelionato**. Contudo, na esteira de Maggiore há distinção no campo *subjetivo*, quando o autor se aproveita do erro do sujeito passivo mediato, quando também no campo *objetivo*, diante da ausência de posse prévia da coisa e o injusto só pode recair sobre dinheiro ou qualquer outra atividade. Daí, não pode se confundir com o injusto de estelionato, visto que implica não tão só em uma indução a erro, por iniciativa do autor, mas também o emprego, por sua parte, de artifícios ou enganos. A **consumação** ocorre quando o agente se apropria do dinheiro ou outra qualquer utilidade que lhe é entregue por erro, passando a dela dispor (*ut domini*). Não típica esta figura quando o funcionário exige ou provoca o recebimento, mas tão só quando se aproveita para apropriar-se do dinheiro ou qualquer utilidade diante do erro de quem lhe paga ou entrega. Admite-se a tentativa. O **elemento subjetivo** é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à apropriação indébita por erro, no exercício da função pública, não se exigindo especial elemento subjetivo do injusto. Todavia, o agente deve ter a consciência do erro e do exercício da função pública, podendo a apropriação ocorrer após o recebimento de boa-fé. Enfim, o que caracteriza esta modalidade de peculato é que o dolo surge em momento posterior ao recebimento, pois até este instante teoricamente o funcionário atua de boa-fé. Repita-se o dolo é concomitante ao momento consumativo.

12. Na *Lex Duodecim Tabularum*, a *corrupção* era conhecida como *crimen repetundarum* (de a *repetendis pecuniis*) que objetivava punir os juízes corruptos e declarava a impunidade do corruptor que confessasse o ato. Com Justiniano foi implantado o sistema de penas diferenciadas, pois o juiz cível era punido com a

pena pecuniária consistente no triplo do valor recebido, ao passo que o juiz penal era punido com a pena de exílio ou o confisco. O injusto do tipo de corrupção sempre produziu um grave dano político, sendo a corrupção punida do mesmo modo da concussão nas *leggi Calpurnia, Servilia, Cornelia e Julia de repetundis*. Na Idade Média, seguia-se o sistema de equiparação linear punindo-se o corrupto e o corruptor com as mesmas penas (*corrumpens iudicem tenetur poena, quae tenetur index corruptus*), no texto de Farinácio. O Direito moderno é balizado pelo Código Penal francês (1810), que previa que o corruptor ativo “*sera punis des mêmes peines que le fonctionnaire, agent ou préposé corrompu*”, cominando idêntica resposta penal ao corruptor e a funcionário público corrompido. Os nossos Códigos de 1830 e 1890 admitiam a bilateralidade, o concurso necessário como o Código Penal italiano de 1930. O Código Penal de 1940 vem a dar o *nomen iuris* de “corrupção ativa” (“Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo praticar, omitir ou retardar ato de ofício”). A pena era de reclusão, de um a oito anos, e multa, tendo sido alterada pela Lei nº 10.263, de 12 de novembro de 2003, para reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; e, no parágrafo único, a majorante (“A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”), com a mesma pena cominada à corrupção passiva. A pena passa a ser majorada da metade, diante da alteração introduzida pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002.

12.1. A corrupção como categoria geral abarca a **corrupção ativa e passiva**, o **peculato** e o **peculato de uso**, o **tráfico de influência**, a **exploração de prestígio**, o **abuso de poder** e a **lavagem de dinheiro**. Sob um enfoque crítico constitui-se na violação dos deveres jurídicos, deontológicos e éticos associados ao desempenho de qualquer cargo público ou político, objetivando vantagens individuais ou organizacionais ilegítimas. Sublinho que, ao contrário da criminalidade convencional, a criminalidade do colarinho branco, onde se insere a corrupção e as práticas ilícitas conexas, possuem como protagonistas pessoas com um perfil di-

verso, pois caracterizadas por um ambiente familiar, profissional e social estável e produtoras de uma grave ofensividade ao bem jurídico que atingem *erga omnes*.

13. A corrupção ativa consiste no ato de oferecer e prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Na corrupção passiva, a corrupção ativa poderá ocorrer em duas modalidades: **a)** corrupção ativa própria (“praticar ato de ofício” e “infringir dever profissional”) ou omissiva (“omitir ou retardar ato de ofício”); **b)** corrupção ativa imprópria (ato de ofício, sem infração do dever funcional). O **objeto jurídico da tutela** é o prestígio e a dignidade da Administração Pública no que concerne à probidade e ao decoro da função pública e de seus agentes. O **objeto material da ação** é a vantagem ilícita. O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, inclusive um funcionário público, que atue como particular (extraneus). Diante do nosso modelo que autonomizou as corrupções ativa e passiva com tipos penais independentes, inexistente concurso de pessoas, o ativo incide na violação comportamental descrita no tipo do art. 333 e o passivo no do art. 317 do Código Penal. O **sujeito passivo** é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, não tendo aplicação a norma alargada do art. 327, § 1º, do Código Penal, pois é necessária a qualidade de funcionário público.

13.1. Cogita-se do ato de *oferecer* (propor algo em contrapartida de alguma coisa) ou *prometer* (fazer promessa formal de dar algo em troca de vantagem indevida) *vantagem indevida* (sem amparo legal, podendo ser de qualquer natureza) a funcionário público (exige-se a qualidade de funcionário público), para determiná-lo a praticar (realizar), omitir (deixar de agir) ou retardar (demorar, adiar) ato de ofício (compreendido no âmbito da esfera de atribuições do funcionário). A corrupção não exige obrigatoriamente a bilateralidade, consumando-se a ativa e a passiva independentemente (aceitação recíproca). De forma livre, irrelevante o *modus faciendi*, podendo ser praticado por meio de palavras, gestos, insinuações ou escritos. É condição essencial que a oferta de vantagem indevida (*quelque autre avantage*) tenha por escopo

impedir o ato de ofício. Se não for pertinente ao ofício em relação à corrupção ativa, a conduta é atípica. Sublinhe-se que o corruptor deve ter a iniciativa da oferta real e efetiva da vantagem indevida, a qual poderá ser feita por terceiro (*per interpositam personam*), sendo que, se não realizar o acordado, inexistirá sequer a tentativa. Não há corrupção subsequente por ato que deveria ter sido praticado antes do ato de ofício, isto é, não se configura o injusto do tipo de corrupção ativa se o pagamento for posterior à prática do ato de ofício do funcionário público. É atípica a conduta do agente que oferece ou promete a vantagem tão só diante do ato ilegal do funcionário ou mesmo para que não venha a praticar ato de ofício que está fora de sua esfera de atribuição. Configura o injusto se a promessa de recompensa é feita a funcionário determinado para que cumpra o seu dever de ofício. Não se pode esquecer que a promessa deverá estar sempre vinculada a contrapartida da vantagem indevida, deverá resultar provado o nexo de causalidade no praticar, omitir ou retardar ato de ofício. A promessa de recompensa deve ser feita a funcionário público ou equiparado e não, a pessoa a ele ligada por amizade ou parentesco, pois se exige a qualidade de funcionário. É atípica se o pagamento efetuado a funcionário público ou equiparado foi realizado *a posteriori* à prática do ato de ofício e a promessa de vantagem ilícita é mera presunção.

O **momento consumativo** ocorre com a mera oferta de vantagem indevida por parte do *extraneus*, pouco importando que o funcionário a recuse. Esgota-se no mero desvalor da ação, que deve ser idônea para levar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, causando a lesão ao bem jurídico tutelado. A tentativa é possível quando o *modus operandi* for por escrito (plurissubjetivo). Admite-se o ato preparatório impune por bagatela (*munusculum*). É a hipótese de mimos de pequeno valor, por atos de cortesia e festas realizadas por estima e consideração típicas do relacionamento social e político. O **elemento subjetivo** é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à oferta ou promessa de vantagem indevida e o elemento especial do injusto consiste no fim de determinar o funcionário a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

13.2. Cumpre recordar as seguintes **distinções diferencia-tivas** da moldura típica em comento: **a)** se a vantagem é exigida pelo funcionário público, o injusto será do tipo de concussão; **b)** se a vantagem oferecida ou prometida à testemunha, perito, tradutor ou intérprete, configurará o injusto descrito no art. 343 do Código Penal; **c)** se configurado como crime militar (“Dar, oferecer ou permitir dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional”); **d)** se o oferecimento ou a promessa destina-se a obtenção de voto ou para conseguir ou promover a abstenção, configura o injusto descrito no art. 299 do Código Eleitoral; **e)** se ocorrer em transação internacional, aplica-se o art. 337-B do Código Penal.

14. A **corrupção passiva** dos funcionários públicos produz sempre grave dano político, tanto que Montesquieu cita como uma das causas da queda do Império Romano. Na Idade Média, as penas severas não tinham só como destinatários os juizes venais, mas todos os funcionários públicos em geral. Durante muito tempo eram confundidas as figuras da *concussão* e da *corrupção*, sendo que foi o Código Penal francês (1791) que primeiro as separou. O Código de 1940 elencou entre os injustos praticados por funcionário público contra a Administração em Geral, a **corrupção passiva** (“Solicitar ou receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”), cominando pena privativa de liberdade de reclusão, de um a oito anos, e multa. Com a edição da Lei nº 10.763, de 12 de dezembro de 2003, a resposta penal passa a ser mais severa, de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Há uma majorante (“A pena é aumentada de um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou pratica infringindo dever funcional”) e uma qualificadora (“Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a influência de outrem”), cominado-se a pena de reclusão de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

14.1. A corrupção passiva (*corrumpere, guastere, disfare*) consiste na conduta do funcionário público que para cumprir, retardar ou omitir ato de ofício, recebe indevida retribuição. O **objeto jurídico da tutela** é o prestígio e o funcionamento da Administração Pública, objetivando preservar a moralidade e a probidade do fiel exercício da função pública. A corrupção passiva atinge a eficiência do serviço público, abala os pilares de segurança do Estado Social e Democrático de Direito. Repetindo Pessina, é a prostituição da pureza do cargo pela sórdida parcialidade e torpe venalidade dos indignos funcionários públicos. O **objeto material da ação** é a Administração Pública (ético-patrimonial). O **sujeito ativo** é próprio, só pode ser o funcionário público ainda que não tenha assumido o cargo, desde que a solicitação ou aceitação de vantagem indevida seja *ratione officii*. Mesmo que o funcionário só venha a receber depois de ter deixado a função pública, ocorre o injusto de corrupção passiva, uma vez que a transferência ocorreu *ratione officii*. Registre-se que a conduta do sujeito ativo está restrita à função por ele exercida, pois não sendo competente ou não possuindo atribuição a adequação típica incidirá no injusto de tráfico de influência ou como coautor do injusto de corrupção passiva. O outro funcionário ou particular que colabora responde por participação ou coautoria. Na hipótese, não se fala “em razão do cargo”, mas “em razão da função”, motivo pelo qual não se exige a titularidade do cargo público, podendo exercê-lo acidentalmente (jurado, depositário, testemunhas, tradutores, intérpretes, *ex vi* do art. 342, § 2º, e 343 do Código Penal). A função jurado constitui serviço público relevante, estabelecendo presunção de idoneidade moral e no exercício da função ou a pretexto de exercê-la será responsável nos mesmos termos em que são os juízes togados. O nosso Código não descarta em tipo derivado a corrupção dos magistrados, pois fica ao arbítrio do juiz ou tribunal a individualização da pena observada a maior responsabilidade do atuar típico. O **sujeito passivo** é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e demais pessoas abrangidas pelo conceito alargado do art. 327, § 2º, do Código Penal.

14.2. Cogita-se do ato de o funcionário público *solicitar* (pedir com insistência, rogar, tentar conseguir) ou *receber* (passar a ter, ganhar recompensa ou favor), para si ou para outrem (*extra-neus*), diretamente (de forma explícita ou manifesta) ou indiretamente (de forma implícita ou oculta) ainda que fora da função ou antes de assumi-la (em razão do prestígio e do bom funcionamento da Administração Pública é imperativo que o receio seja abarcado em razão da função pública e não somente pelo efetivo exercício), vantagem indevida (a vantagem ilegal não é só de natureza econômica ou patrimonial, deve ser idônea e credível) ou *aceitar* (ficar com algo que lhe é oferecido) vantagem indevida (o benefício pode ser material ou imaterial). O **momento consumativo** ocorre com a mera solicitação da vantagem indevida ou com o seu recebimento ou com a aceitação da promessa. A aceitação pode ser efetivada por intermédio de terceiro (parentes, auxiliares, amigos) e também ser manifestada de forma indireta (a não devolução de dádivas valiosas a sua mulher ou um emprego para seu filho). Na modalidade de “deixar de praticar”, cogita-se de omissivo próprio, sendo unissubsistente, inadmite a tentativa. Na modalidade de “receber”, é plurissubsistente, admite a tentativa. A questão da admissibilidade ou não da tentativa é polêmica na doutrina.

14.3. Hungria já citava os dois sistemas vigentes na legislação anterior: **(a)** há uma unidade complexa entre a corrupção ativa e a passiva (crime bilateral ou de concurso necessário), condicionando-se o *summatum opus* à convergência ou acordo de vontades entre o corrompido e o corruptor; ou **(b)**, há uma incriminação separada das duas figuras penais, não ficam a consumação de cada uma delas na dependência da outra (encontro de vontades). Foi este o critério adotado pelo Código Penal de 1940, o injusto ora estudado do tipo de corrupção passiva no grupo dos “crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral” e a corrupção ativa entre os “crimes praticados por particular contra a administração em geral”. Em síntese, não há o requisito da bilateralidade nas modalidades de solicitar ou oferecer, descaracterizando-se o concurso necessário; ao passo que a corrupção nas modalidades de *receber* e *aceitar*, presen-

te a necessária preambular *oferta* ou *promessa* do corruptor, é implícita às condutas, a bilateralidade, visto que só se recebe ou se aceita o que é oferecido ou prometido. Portanto, o ato de solicitar é de iniciativa do próprio funcionário, existindo a possibilidade de se configurar a corrupção passiva sem que tivesse havido a corrupção ativa.

14.4. O elemento subjetivo é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de solicitar, receber ou aceitar, direta ou indiretamente, vantagem indevida, com o especial elemento subjetivo do injusto (“para si ou para outrem”). Na hipótese de presentes, agrados e lembranças, de valores insignificantes (bagatelares), a conduta é atípica pela ausência de dolo. Se o sujeito passivo não tiver a finalidade de obtenção de vantagem indevida, mas somente tendo sido movido pelo *animus* de satisfazer interesse ou sentimento pessoal transmuda-se para o injusto do tipo de prevaricação.

14.5. Nosso legislador, seguindo a moldura legal suíça, configura a majorante (“A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou pratica infringindo dever funcional”). Assim, são três hipóteses: o funcionário retarda, pratica ou deixa de praticar ato de ofício em razão de vantagem recebida ou prometida. Doutrinariamente, temos a figura da **corrupção própria**, pois a corrupção ocorre para a efetiva realização de ato contrário ao dever de ofício (***Amtshandlung***), o que significa omitir ou retardar atos de função. O dever tem como patamar um encargo funcional e não um dever genérico de todos os cidadãos, tendo como fonte, leis, regulamentos, circulares, instruções, notas de serviço e até os costumes. A doutrina aponta que para identificar a violação de dever de ofício basta a preterição de um procedimento administrativo que tenha preferência por outro (“*per ritardare od omettere un atto del suo ufficio, o per fare un atto contro i dovere dell’ufficio medesimo*”). Enfim, em ambas as situações cuida-se de uma conduta ilegítima. Em síntese, a majoração depende da real e efetiva violação de dever funcional (“*für eine künflite, pflichtwidrige Amtshandlung*”), retardando-

se ou abstendo de realizar ato de ofício, ou realizando prática de ato contrário ao dever do cargo ou da função. Na omissão, o ato é legítimo, a demora ou a omissão intencional é que violam o dever funcional. Não podemos esquecer a possível presença de causa justificante (acúmulo de serviço, preferência legal ou regulamentar no processamento de outros atos).

14.6. O Código Penal de 1940 tem como fonte o dispositivo existente no Código Criminal de 1830, atenuando a resposta penal quando o motivo determinante do injusto não é a venalidade, mas o pedido ou a influência de terceiro (“Se o funcionário pratica, deixa de praticar ato de ofício, com infração do dever funcional, cedendo a pedido ou influências de outrem”). Na hipótese, o funcionário não comete ato de venalidade, mas, constringido, cede à pressão de pessoas que detêm o poder e, temendo represálias, cede ao pedido ou à influência. O elemento subjetivo do injusto é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de deixar de praticar ato de ofício, com o especial elemento subjetivo do injusto (intenção de agradar).

15. A norma que criminaliza o **tráfico de influência** possui, na contextualização legislativa contemporânea, história singular e relevante diante da sociedade em funcionamento. As raízes se encontram no Direito romano entre os delitos de *injúria*. A noção é elaborada pelos práticos e glosadores italianos. Cita Manzini, em sua nota sobre os antecedentes históricos, a passagem de Lampridio que o Imperador Alexandre Severo mandara matar sufocado pela fumaça um tal de Vetronio Turino, que frequentava a Corte e recebia dinheiro a pretexto de influir nas decisões, e quando queimava sobre uma fogueira úmida de palha verde, o pregoeiro gritava: “*fumo punitur qui fumo vendidit*”. A exploração de prestígio diante dos julgadores era tratada no Direito intermédio pela denominação de ***vendita de fumo***, classificada entre a *injuria* e a ***corruptio***. Encontramos no século XIX, na Itália, como figura autônoma, sob o nomen “*Millantado credito*”, nos Códigos Penais das Duas Sicílias (1819), no sardo (1859), no toscano (1853), no Zanardelli (1889) e no Rocco. No estudo do Direito comparado poderíamos citar o Código Penal português de 1852. Porém, o Código

Penal de 1982 não mais criminalizava expressamente o tráfico de influência, só voltando a fazê-lo no Código Penal de 1995. Registre a influência do Código Penal francês (1810) e no moderno quando trata da corrupção ativa e do tráfico de influência cometido por particulares. O Código Penal espanhol de 1995 reserva um capítulo para tratar do “tráfico de influências” em relação a funcionário público ou autoridade prevalecendo-se do exercício do cargo ou derivada da sua relação hierárquica com este ou outro funcionário, ou de particular que influi funcionário público ou autoridade, nestas condições para conseguir gerar, direta ou indiretamente, um benefício econômico, para si ou para terceiro, bem como a solicitação de dádivas, presentes ou qualquer remuneração. As Ordenações Manuelinas puniam o “concerto” para fazer despachar na Corte algum negócio.

15.1. Os Códigos de 1830 e 1890 silenciaram, e não cogitavam da exploração de prestígio do anteprojeto Sá Pereira. Sob a influência do Código Rocco (1930), que trata sob o *nomen iuris* “*Del Millantato Credito*”, surge no anteprojeto Alcântara Machado, que criminalizou o “Auferir retribuição ou vantagem ilícita, em benefício próprio ou alheio, ou obter promessa, para si ou para outrem, de retribuição ou vantagem dessa natureza, a pretexto de exercer influência junto a funcionário público, relativamente a ato funcional”. O Código Penal de 1940 constrói a moldura típica (“Obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público no exercício da função”), com a majorante de uma terça parte se o agente alega ou insinua que a vantagem é destinada ao funcionário, dada nova redação pela Lei nº 9.127, de 16 de novembro de 1995 (“Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função”). O Código de 1940, sob o *nomen iuris* de “exploração de prestígio”, no Capítulo III, *Dos crimes contra a Administração da Justiça*, tipifica o “Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer utilidade, a pretexto de influir um juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha”, com o aumento de

uma terça parte se o agente insinua que o dinheiro ou a utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas. O Código Penal de 1969 mantém o texto anterior.

15.2. O desenho da atual factualidade típica numa moldura penal é mais severa mantendo a distinção entre *tráfico de influência* (praticado por particular) e *exploração de prestígio* (praticado por funcionário público), o injusto do tipo de tráfico de influência configura-se no ato de solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função, com a majorante, no caso do agente ter alegado ou insinuado que a vantagem é também destinada ao funcionário. O **objeto jurídico da tutela** é o interesse da Administração Pública em Geral no sentido de preservar o bom andamento, prestígio, confiança e moralidade, na proteção da legalidade e imparcialidade no seu efetivo exercício. O **objeto material da ação** é a vantagem objetivada no negócio *ob turpem causam*. O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, inclusive outro funcionário público que explore o prestígio. O comprador de influência não é destinatário da norma. A doutrina, majoritariamente, vê a eventualidade da prática de um crime putativo, que para Fragoso “seria o de participação em corrupção ativa”. Magalhães Noronha afasta a possibilidade do comprador de influência ser coautor, pois “não pode ser copartícipe de obter vantagem quem a dá ou dela despoja”. Paulo José da Costa Jr. é enfático ao dizer que “o comprador de fumaça é vítima de um engano, de um verdadeiro estelionato”. Hungria ressalva que quando inexistente torpeza bilateral (crédulo ignorante), o injusto do tipo de exploração de prestígio absorverá sempre o de estelionato. Em posição contrária, Cezar Roberto Bitencourt advoga que o beneficiário da venda de prestígio, como parte diretamente interessada no resultado da ação, responda pelo concurso de pessoas (“relação triangular”), na forma do art. 29 do Código Penal. Na construção da moldura reitora típica lê-se “para si ou para outrem”, que significa a admissibilidade da coautoria (“outrem” é o particular coautor). O **sujeito passivo** imediato é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios); e o mediato, o próprio funcionário público ludibriado.

15.3. O núcleo reitor essencial, de conteúdo múltiplo variado, configura o tipo de injusto de tráfico de influência no ato de *solicitar* (pedir com insistência, tentar), *exigir* (determinar, obrigar, ordenar), *cobrar* (exigir o cumprimento), *obter* (vir a ter, conseguir) para si ou para outrem (especial elemento subjetivo do injusto), *vantagem* ou *promessa de vantagem* (de caráter econômico ou não), em ato (só comissivo) praticado por funcionário público no exercício da função (emprego de pretexto de influir sobre funcionário, não sendo necessário que seja determinado, que exista efetivamente, nem que seja competente para a prática do ato, não se excluindo o injusto, se o agente alega prestígio junto a terceiro, que por sua vez, influirá sobre o funcionário).

A contrapartida da *vantagem* ou *promessa de vantagem* (preço da mediação) de influência, por parte do agente sobre o funcionário público no exercício da função, como foi dito, não se está condicionado ao caráter econômico (na legislação italiana, dinheiro ou outra utilidade), podendo se identificar “até mesmo a prestação sexual ou oferta de título honorífico”. A ação consiste em fazer supor, simulação, jactância de influir em servidor público prestígio inexistente (venda de fumaça) ilaquiando o comprador de prestígio e lesando o bom andamento, o prestígio e a confiança na Administração Pública em geral. Como assenta a doutrina, se o agente engana e frauda o terceiro alegando prestígio que não possui para alcançar êxito que não está ao seu alcance (engodar), o injusto é do tipo de estelionato, pois não lesa o bem jurídico da Administração Pública. Exige-se a prova cabal e inquestionável de que o agente alardeou ter prestígio junto ao funcionário público ou equiparado. O **momento consumativo** ocorre no instante e lugar em que o agente pratica qualquer dos atos essenciais do núcleo típico (exceto na modalidade de obter), não sendo necessário ter conseguido a vantagem, ou o cumprimento da promessa da vantagem, mero exaurimento (basta a mera solicitação, exigência ou cobrança). Admite-se a tentativa. O **elemento subjetivo** é representado pelo dolo, vontade livre e consciente dirigida à obtenção de vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em funcionário público na prática de ato de ofício. O espe-

cial elemento subjetivo do injusto é representado pelo “para si ou para outrem”. Não se requer que o agente objetive atingir a Administração Pública em geral ou o próprio funcionário.

15.4. A pena cominada ao *caput* do injusto do tipo de tráfico de influência é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Na majorante, em que o vendedor de influência alega ou insinua que a vantagem também se destina ao funcionário público ou equiparado, a pena é aumentada da metade. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua (dar a entender) que a vantagem é também destinada ao funcionário. Cogita-se de maior desvalor da ação, uma vez que o vendedor de influência, para demonstrar o êxito, dá a entender que da vantagem haverá a participação do funcionário (“vende o funcionário”), o que atinge de forma mais grave a Administração Pública. Na hipótese de ser verdadeira a conduta reprovável do funcionário, teremos o injusto do tipo de corrupção ativa e passiva.

16. No estudo do injusto do tipo de tráfico de influência, a doutrina dava o nome de *vendita di fumo*, que era conhecido desde a legislação romana. A história registra que um indivíduo de nome Vetronio Turino, abusando das relações com Alessandro Severo, vendera a crédulos favores do Príncipe por dinheiro, tendo o Imperador condenado a ser queimado vivo numa pira de lenha verde, ordenando que no suplício gritasse: *fumo punitur, qui fumum vendidit*. O Código Penal de 1940, seguindo o modelo do Código Rocco (*Milantato delle credito de patrocinateore*), sob o *nomen iuris* de exploração de prestígio, repetiu o anteprojeto Alcântara Machado; porém, cominando a pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

16.1. O núcleo reitor essencial cogita de ato do agente “solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da Justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha”. O **objeto jurídico da tutela** é o interesse do Estado no que concerne ao regular funcionamento da administração da Justiça, no sentido de garantir o prestígio e a correção dos atores revestidos de autoridade na prestação da Justiça. O **objeto material da ação** é o dinheiro

ou qualquer outra utilidade. O **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa, e não exclusivamente o advogado ou o procurador judicial indigno (*venditore di fumo*). O **sujeito passivo** imediato é o Estado, diretamente a Administração Pública; e, mediato, a pessoa ilaqueada em sua boa-fé, fraudada ou lesionada em seu patrimônio e, quando da majorante, as autoridades e os funcionários em sua dignidade e respeitabilidade pública e privada.

16.2. O núcleo reitor normativo do injusto do tipo de exploração de prestígio é composto pelos atos de *solicitar* (pedir, pleitear) e *receber* (aceitar, obter em pagamento) dinheiro ou qualquer outra utilidade (de qualquer natureza, material ou moral), a pretexto de influir (simulação de influência ou *venditore di fumo*) em juiz (magistrado), jurado (juiz leigo que funciona nos tribunais do júri), órgão do Ministério Público (promotores e procuradores), funcionários de Justiça (funcionários públicos que integram carreiras no Poder Judiciário), perito (tradutor, intérprete ou testemunha). Como salienta Maggiore, se em vez de ser um pretexto, a jactância corresponde a uma realidade, e não haveria uma mera simulação de influência, teríamos a incidência comportamental nos injustos dos tipos de corrupção ou, eventualmente, de suborno. O rol é taxativo, constituindo de conteúdo misto alternativo. Como já foi ressaltado, o Código Penal de 1940 seguiu o modelo italiano. Exaltados estes aspectos, já mencionamos a regência do princípio da especialidade em relação ao tráfico de influência (Administração Pública) e exploração de prestígio (Administração da Justiça). No primeiro, a pretexto de influir em ato de funcionário público; ao passo que, no segundo, tão só nas pessoas taxativamente elencadas na norma penal. Vê-se, destarte, que o objeto material pode ser justo ou injusto, legal ou ilegal, cujo meio empregado é fraudulento. O **momento consumativo**, na modalidade de solicitar, ocorre quando é realizado o pedido do dinheiro ou de outra utilidade independentemente da aceitação ou não da vítima, sendo atividade de mera conduta será inadmissível a tentativa, exceto na modalidade escrita. Na modalidade de receber, injusto material, dá-se com o recebimento do dinheiro ou de outra utilidade (plurissubjetivo). O **elemento subjetivo** do

injusto do tipo de exploração de prestígio é representado pelo dolo, vontade livre e consciente de solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da Justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha. Não se requer especial elemento subjetivo do injusto (posição majoritária da doutrina).

16.3. A pena cominada ao injusto do tipo de exploração de prestígio é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e do aumento de uma terça parte na hipótese *ut referida*. Aumenta-se de uma terça parte da resposta penal se o agente *alega* (menciona) ou *insinua* (dá a entender, sugere) que o dinheiro ou a utilidade também se destina (é partícipe) a qualquer das pessoas referidas no *caput*. Vale salientar o maior desvalor da ação, atingindo o prestígio dos operadores da Justiça, que nos tempos atuais ficam imediatamente também denegridas pelas “mídias investigativas”, que espalham logo já seriam corruptos. Para o reconhecimento da majorante, pouco importa que tenha ou não o agente o objetivo de desacreditar as pessoas perante as quais alardeia prestígio. Na dicção de Manzini: “*Lo screditamento, inest rei ipsoe*”. 📖

A Democracia Deliberativa e a Gestão Democrática no Estatuto da Cidade - Consoante Entendimento Jusfilosófico Habermasiano

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF, pela qual é Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino-UMSA.

1. INTRODUÇÃO

No presente texto, pretende-se apresentar breve análise sobre a influência do entendimento jusfilosófico habermasiano acerca da democracia deliberativa e da gestão democrática, no Estatuto da Cidade, instituído pela Lei nº 10.257/01. Parte-se inicialmente de simples estudo sobre Modernidade, Pós-modernidade, Estado e Município. Prossegue-se com anotações sintetizadas em torno de república, democracia, deliberação e gestão democráticas, estas capitaneadas por Jürgen Habermas e abordadas por outros autores. Em seguida, busca-se demonstrar que os princípios habermasianos - perfilhados pelas normas legais do Estatuto, na elaboração do plano diretor do Município, de cunho obrigatório para os que contam mais de 20.000 habitantes, e na sua gestão democrática - devem ser observados e postos em execução, em benefício dos munícipes. Conclui-se com enfoque dos consectários negativos da inobservância dos dispositivos legais do

Estatuto, dentre eles o que dá origem à cidade ilegítima, fonte de demandas judiciais.

2. MODERNIDADE, PÓS-MODERNIDADE, ESTADO E MUNICÍPIO

2.1 - Modernidade e Pós-Modernidade

Malgrado não se possa afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa, cumpre ressaltar a relevância desse fato social que pôs fim ao Antigo Regime. Entendimento corolário de aprofundado estudo assevera que a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam a Revolução Francesa, vale dizer, o Movimento Iluminista e a Revolução Industrial.¹⁻²⁻³

Os cientistas sociais são unânimes em afirmar que a modernidade traz em si um projeto civilizatório, diverso do Antigo Regime, pautando-se pela compreensão do mundo e por grandes mudanças, inclusive do conceito de revolução. Houve o rompimento com a época em que o aproveitamento dos benefícios se dava em prol de indivíduos privilegiados e de poucos grupos sociais. As pessoas eram vistas como simples integrantes da coletividade, sem direito de atuação por si só. Antes da modernidade, o Estado, impunha normas jurídicas que integravam um sistema em que a maioria dos indivíduos era mantida na “menoridade”, em arremedo de incapacidade relativa, e necessitavam de “tutores”, ocorrendo, em muitos casos, flagrantes violações dos direitos humanos.

¹ Zygmunt Bauman afirma: “Quero deixar claro desde o início que chamo de ‘modernidade’ um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações sócio-estruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista)”, in *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 299 e 300.

² Anthony Giddens prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (*As Consequências da Modernidade*. São Paulo, Editora Unesp, 1991, p.11).

³ Krishan Kumar entende que “a Revolução Francesa, tornou-se comum dizer, levou o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade - isto é, de uma época que está em constante formação e reformação diante de nossos olhos” (*Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006, p.119).

Ao reverso da época que a precedeu, a modernidade passou a se pautar pelos princípios da universalidade, da individualidade e da autonomia.

O princípio da universalidade busca beneficiar todas as pessoas naturais, sem distinção. O da individualidade respeita a personalidade da pessoa, deixando de considerá-la como simples integrante da coletividade. O princípio da autonomia permite ao indivíduo pensar e agir em qualquer espaço público, seja qual for sua religião ou ideologia, podendo adquirir bens e serviços para sua sobrevivência.

Além disso, a modernidade caracteriza-se pela valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade.⁴

O Iluminismo e a Revolução Industrial, como foi dito, são fatos sociais que marcam o início da modernidade, ao mesmo tempo em que figuram como seus progenitores. Já a pós-modernidade não conta com um marco exato do seu tempo. Reconhecida como uma época posterior à era moderna, com profundas modificações sociais, a pós-modernidade pode ser considerada descendente em linha reta em primeiro grau da modernidade e, em segundo, do Iluminismo e da Revolução Industrial.

Além da maternidade natural, a pós-modernidade conta com uma maternidade adotiva. Trata-se de outro fato social que modificou os padrões sociais: a Terceira Revolução Industrial. De índole tecnológica, corolário do desenvolvimento capitalista, iniciado

⁴ Gilvan Luiz Hansen anota que “a Razão é, de fato, o elemento comum a todos os seres humanos e, por isso, assume a condição de fundamento a partir do qual o mundo deve ser organizado. É ela quem deve, a partir de agora, dar unidade e sentido a todas as esferas que compõem a existência humana. Tudo quanto pretenda ter legitimidade para existir necessita, pois, de submeter-se ao crivo da Razão. Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos. Igualmente, só têm validade as leis e normas jurídicas fundadas em critérios racionais e que possam ser submetidos ao domínio público; as constituições passam a ser, nesse período, uma exigência social, uma vez que se tornam a consagração de princípios racionais cujos conteúdos vão nortear as ações de governos, magistrados e demais indivíduos” (*Modernidade, Utopia e Trabalho*, Londrina: Editora Cefil, 1999, p. 37).

no final da primeira metade do século XX, a Terceira Revolução Industrial introduziu na sociedade um novo comportamento proveniente dos meios de comunicação que chegaram à informatização e à cultura diferenciada do capitalismo.

Uma das características da modernidade é a constante marcha adiante. É incessante e frenética na busca pelo novo. Ela sempre está em movimento para frente, em busca da renovação. Há entendimento no sentido de que a pós-modernidade é um tempo que vem depois do decesso da modernidade. Esta, todavia, está mais para uma anciã lúcida - que sempre está a beber na fonte da juventude, de modo a caminhar de mãos dadas com a pós-modernidade - do que para um tempo posterior à era em que teve fim.

A pós-modernidade, é inequívoco afirmar, se traduz em época posterior à da modernidade. Situa-se, repita-se, entre o final da primeira metade do século XX e o mundo contemporâneo. Em velocidade empreendida além do razoável, caminha rumo à busca do novo, contribuindo para a modificação do comportamento social.⁵ O significado que o prefixo “pós” pode inculcar no leitor é desinflante, apesar da preocupação de respeitáveis autores, como ocorre com os pensamentos de Kumar⁶ e de Hansen.⁷

A tradição, o conteúdo e as características da modernidade estão a consagrar que o significado da pós-modernidade é de um tempo que vem depois do seu advento, apresentando-se in-

⁵ Segundo Anthony Giddens a designação “pós-modernidade” foi popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, in *“The Post-Modern Condition”*. Para ele, a pós-modernidade é atinente “a um deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente” (obra citada, p. 12).

⁶ Krishan Kumar sustenta que, “o ‘pós’, de pós-modernidade é ambíguo. Pode significar o que vem depois, o movimento para um novo estado de coisas, por mais difícil que seja caracterizar esse estado tão cedo assim. Ou pode ser mais parecido com o *post* de *post-mortem*: exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver” (obra citada, p. 106).

⁷ Gilvan Hansen, ao tratar a modernidade como um projeto inacabado, afirma que “a pós-modernidade é entendida por muitos como um novo tempo, sucedâneo à Modernidade, no qual se realiza o fêretro da razão moderna, com a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões. Entretanto, não são poucos os pensadores que identificam na pós-modernidade um período de crise interna da própria razão moderna e que, enquanto momento crítico-destrutivo, agudiza e expõe os males que atingem a razão no limiar do século XXI” (obra citada, p. 140-141).

teiramente compatível com a natureza do que é hipermoderno. A renovação não cessa - como ocorre com a informática e com a tecnologia paralela - na tentativa de aprimorar o moderno.

A modernidade é responsável pela estruturação do Estado, um dos seus consectários. A pós-modernidade ficou encarregada de aprimorar essa estruturação. Muitas vezes, porém, ela não consegue satisfazer os interesses difusos ou coletivos, em decorrência da omissão dos responsáveis pela adoção de princípios e execução do que foi determinado por norma de cunho imperativo ou do desvirtuamento dos seus objetivos, frustrando as expectativas da modernidade, impregnada, como foi dito, do caráter extremamente civilizatório. Os movimentos de renovação e da busca pelo novo, no mundo contemporâneo, devem estar voltados para mudanças que venham proporcionar o bem-estar dos indivíduos participativos.

2.2 - Estado e Município

Na era da modernidade, a França viveu, entre 1789 e 1799, os efeitos de adentradas mudanças na sua estrutura econômica, política e social. Essas mudanças se disseminaram não só pelos países europeus como também pelos demais, dentre eles o Brasil, sendo por eles absorvidas. Poucos anos após, foi proclamada a Independência que garantiu sua autonomia de Portugal. Em seguida, restou promulgada a Constituição Imperial de 1824, estruturando-o em Províncias e atribuindo competência aos seus quatro Poderes, privilegiando o Moderador.

A estruturação do Estado, ainda que rudimentar, surge como uma das mais importantes mudanças, ou seja, um dos principais consectários da modernidade, como mencionado. Mesmo organizado como imperial, é admitido como governo de leis. Consagrada a divisão dos poderes, já se vislumbra o Estado voltado para os indivíduos participativos, que podem agora contar com a legitimidade do Poder Legislativo para fazer das normas de conduta um dever de respeito, obediência e submissão ao que devem ou podem fazer; do Poder Executivo para, com supedâneo em normas legais e regulamentares, dedicar-se à Administração Pública;

e com o funcionamento do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos emergentes das relações e dos fatos jurídicos.

No tempo do Brasil Império não havia Município. O território brasileiro era dividido em Províncias. Existiam Cidades e Vilas (arts. 2º e 167, da Constituição de 1824).

A Constituição de 1891 convolou as Províncias em Estados, o Município neutro, em Distrito Federal e reconheceu a autonomia municipal sem, contudo, especificá-la (arts. 2º, 15 e 68). A Constituição Federal de 1934 fez parcimoniosa previsão de autonomia do Município. Mas a aquisição dessa autonomia só se verificava quando o Território - onde ele se situava - era, por lei, erigido em Estado (art. 16 § 2º).

As Constituições Federais de 1937, 1946 e 1967, sequer se referiram àquela autonomia, reconhecendo, apenas, o poder de tributar do Município. A Constituição de 1937 consagrou o Estado Federado, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. O Município ganhou autonomia (arts. 3º e 26). A Constituição de 1946 manteve a Federação, denominando-a de República, com a mesma união indissolúvel, sem incluir o Município, concedendo-lhe, contudo, autonomia administrativa, política e tributária, exceto quando localizado em área considerada de segurança nacional (arts 1º § 1º e 28). A Constituição de 1967 reproduziu a mesma estrutura (arts. 1º e 16), mantida pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (arts. 1º e 15).

A Carta Federal de 1988, além de incluir o Município como entidade integrante da República Federativa, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, ao tratar da organização político-administrativa do Estado e autorizar a edição de lei orgânica, a ele outorgou a mais completa autonomia (arts. 1º, 18 e 29).

A prerrogativa de poder editar sua lei orgânica, leis ordinárias e decretos necessários à sua organização, eleger através do voto dos munícipes o Prefeito, o Vice-prefeito e os Vereadores, com independência do Estado onde se situa e da União, além de exercer a plena administração dentro da sua competência, revela uma autonomia jamais vista nas Constituições anteriores. De acordo com breve exame destas, a outorga ao Município de

parcelas dos poderes administrativos do Poder Executivo, pela Lei Fundamental de 1988, se traduz na equiparação desse ente a Estado-membro.

A autonomia administrativa conferida ao Município brasileiro não é encontrada em Federações de Estados soberanos.⁸ O que se vê na estrutura organizacional alienígena é o Município delimitado no espaço dos Estados-membros, quando existentes, sem desfrutar de autonomia política, administrativa e tributária. O Município brasileiro desfruta de uma situação *sui generis*.

Todavia, a delegação de poderes administrativos ao Município não é arremedo de negócio jurídico gratuito e sim, oneroso. Isso porque se destina a desafogar a União e os Estados do exercício de certas funções e a dar cumprimento a deveres atinentes à condição de ente federado. O Município está mais perto da coletividade, na qual os fatos políticos, sociais e jurídicos ocorrem, desafiando pronta e eficaz atuação. Destarte, o ente federativo está vinculado a prestar serviço público eficiente, bem exercendo os poderes da Administração Pública. O Chefe do Executivo sanciona leis, expede decretos, arrecada tributos, governa e administra. Deve direcionar seu comportamento à estruturação e ao desenvolvimento do Município, de modo a atingir o bem-estar dos administrados.

A vinculação com a Administração Pública municipal, sua proximidade e a confiança que os administrados nela depositam formam um vínculo que transborda a simples relação jurídica de direito público. Não se compara com qualquer outro liame subjetivo que eles mantêm com as demais pessoas jurídicas de direito público, isto é, com o Distrito Federal, o Estado ou a União. Assemelhando-se à relação jurídica da previdência social, os administrados se submetem à relação de dependência com o Município. Este arrecada dos munícipes o imposto de transmissão *inter vivos*, o imposto predial ou territorial urbano e o imposto sobre serviços,

⁸ Paulo Bonavides destaca: “nunca estive o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder - o chamado *pouvoir municipal* - almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988” (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 13. ed., 2003, p. 347).

tratados no art. 156 da Constituição Federal, para prestar os benefícios, vale dizer, fornecer “bens públicos”, assim denominados no linguajar da justiça distributiva.

A profundidade da relação jurídica entre o Município e o administrado vai mais além: chega à relação sucessória. Não sobrevivendo cônjuge, companheiro ou parente sucessível do munícipe quem irá suceder nos seus bens, desde que ali domiciliado, é justamente o Município, *ex vi* do art. 1844 do Código Civil. Vinculado a cada um deles e sendo sucessor legal de todos que não deixarem herdeiros legítimos ou testamentários, o Poder Público municipal tem o dever - em obediência a imperativo constitucional - de adotar política urbana que tenha como escopo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes (art. 182 da Carta da República).

Como corolário, o Município não pode se isolar para atuar à revelia dos seus administrados no que diz respeito à elaboração de projetos de desenvolvimento urbano e à gestão da cidade. Conforme se verá, a Lei nº 10.257/01 dispõe que todos os municípios estão vinculados a proceder de acordo com os princípios que norteiam a democracia deliberativa e a gestão democrática da cidade (arts. 2º, II e XIII; 4º, III, a; 40 § 4º, I; 43, II e 44). A Lei da Ordem Urbanística impõe às autoridades municipais estrita observância dos procedimentos que devem contar com a participação, discussão e deliberação da população ali residente ou domiciliada. Ao reverso, ou seja, na omissão ou dispensa da participação dos munícipes ou das entidades comunitárias, na elaboração do plano diretor ou dos debates, audiências e consultas públicas, ocorrerá violação não só dos princípios da legalidade e da eficiência, tratados no art. 37 da Constituição Federal, como também dos princípios norteadores da democracia deliberativa e da gestão democrática da cidade, perfilhados pelos arts. 40 § 4º; I, 43; II e 44 do Estatuto da Cidade.

Ao lado da eficiência, a legalidade se traduz em um dos princípios mais relevantes para o bom exercício da Administração Pública. Se a Lei nº 10.257/01 impõe ao Município o dever de planejar para o seu pleno desenvolvimento e garantir o bem-estar de

seus habitantes, a omissão traduz violação do princípio da legalidade. O planejamento inadmite o improviso. Imagine-se, *exempli gratia*, um plano diretor destituído de normas referentes a ocupações e construções de imóveis numa cidade com mais de trezentos mil habitantes, com 80% da população residindo na região urbana. Seria a desordem urbanística. É mister planejar. E como se diz: planejar é administrar interesses.⁹

O Município tem conhecimento de que o atuar conforme preconizado pela Lei da Ordem Urbanística, além de planejar, preserva e mantém a ordem jurídica. Demonstra eficiência na prestação do serviço público. Nos dias coevos, em que se verifica a presença de uma tensão permanente nas cidades de maior densidade demográfica, convolada em lutas e desafios, tudo deve ser feito para se preservar e manter a ordem jurídica.¹⁰ É função do ente público municipal integrante da Federação.

3. REPÚBLICA E DEMOCRACIA. DEMOCRACIA DELIBERATIVA E GESTÃO DEMOCRÁTICA

3.1 - República e Democracia

As formas de governo são duas: monarquia e república. A monarquia é o regime político em que a soberania da Nação está entregue a uma só pessoa, sem participação do povo no governo. A república se traduz no regime político em que o povo participa do governo, opondo-se à monarquia. Assim, se o poder soberano está nas mãos de uma única pessoa, trata-se de monarquia; se dito poder está nas mãos de uma minoria do povo ou da sua maioria, cogita-se de uma das duas espécies de república, vale dizer, aristocracia ou democracia.

⁹ Elida Séguin afirma que “a imposição constitucional da obrigatoriedade de Plano Diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes é forma de compatibilizar regras e harmonizar interesses” (*Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51).

¹⁰ Zygmunt Bauman adverte que “as cidades contemporâneas são os campos de batalha nos quais os poderes globais e os sentidos e identidades tenazmente locais se encontram, se confrontam e lutam, tentando chegar a uma solução satisfatória ou pelo menos aceitável para esse conflito” (*Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 35).

Na aristocracia, um pequeno grupo de indivíduos governa. Essa forma de governo, na Antiguidade, não era considerada espécie de república, como enfatizado por Aristóteles (**A Política**). Situava-se entre a monarquia e a democracia, como categoria independente. A aristocracia nem sempre está voltada para atender ao interesse geral. Não é incomum o atendimento de interesses particulares. Na democracia, a maioria do povo governa, sempre no interesse geral.¹¹

A democracia está para o direito público como a associação está para o direito privado, pois se cogita de uma reunião de pessoas que, diretamente ou pelos representantes que elegeram, conjugam esforços para, após participarem e debaterem, emitir ordem social direcionada a atender ao interesse do universo de indivíduos.

Na democracia não cabe acolher o interesse de poucos. Relevante é a ordem social estar em conformidade com o maior número possível de sujeitos.¹²

Segundo o conhecido discurso de Abraham Lincoln, em 1863, a democracia “*é o governo do povo para o povo e pelo povo*”, isto é, o poder vem do povo, que o exerce para o atendimento do interesse de todos os indivíduos participativos. O atendimento do interesse do povo (geral) é o objetivo mais relevante na democracia. Essa relevância chegou ao ponto de Robespierre, no projeto de declaração de direitos da França, propor, na Convenção de 23/04/1793: “*O povo é soberano: o governo é sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos são como seus empregados.*”

¹¹ Norberto Bobbio registra que “com respeito ao seu significado descritivo e segundo a tradição dos clássicos, a democracia é uma das três possíveis formas de governo na tipologia em que as várias formas de governo são classificadas com base no diverso número dos governantes. Em particular, é a forma de governo na qual o poder é exercido por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos, e enquanto tal se distingue da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um ou por poucos” (**Estado, Governo, Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 14. ed. 2007, p. 137).

¹² Hans Kelsen registra que “a idéia subjacente ao princípio de maioria é a de que a ordem social deve estar em concordância com o maior número possível de sujeitos e em discordância com o menor número possível de sujeitos” (**Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 4. ed., 2005, p. 410).

O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários”.

Afastadas as conotações absolutistas e totalitárias pelo Estado moderno, tem-se que a democracia é a forma de governo mais condizente com o Estado pós-moderno ou contemporâneo. Pressupõe o Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1946 dispôs no art. 1º, 2ª parte, que *“todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”*. A Carta Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, reproduziram o mesmo preceptivo no art. 1º, parágrafo 1º. Sem se afastar do indigitado preceptivo constitucional, expressando como ele se exercita, o parágrafo único do art. 1º da Lei Fundamental vigente estatui que *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*. O *caput*, entretanto, foi mais além: houve por bem explicitar os entes públicos que integram a República, que se constitui em Estado Democrático de Direito, adotando como fundamento, dentre outros, a soberania, assegurando também esse Estado quando o Estatuto Maior adota o pluralismo político (art. 1º, V), a separação dos Poderes (art. 2º), os direitos e garantias fundamentais, sociais e políticos (arts. 5º, 6º, 7º, 14 e segs.), a organização partidária (art. 17), e os limites do que pode ser objeto de Emenda Constitucional, ou seja, as cláusulas pétreas (art. 60 e parágrafos).

No Estado Democrático de Direito, o Poder Executivo curva-se ao regramento jurídico existente. A este se limita o exercício dos poderes, submetendo-se às normas legais e regulamentares hierarquizadas. O Poder não dispõe de competência para derogá-las, nem pode deixar de aplicá-las no âmbito de suas atribuições, sob pena de se sujeitar ao controle jurisdicional. De sua parte, o Poder Judiciário deve se pautar pela imparcialidade e aplicar as normas que integram a legislação vigente.

A democracia está a merecer breve estudo sobre suas espécies. Ela pode ser direta, indireta, participativa e deliberativa.

A democracia direta é aquela em que o povo, em assembleias públicas, decide sobre as matérias de interesse da comu-

nidade. A democracia indireta, também denominada representativa, é a que os cidadãos elegem seus representantes, ou seja, os que vão ocupar a chefia do Executivo ou representá-los nas funções legislativas, atuando, neste caso, na defesa dos seus interesses como se estivessem presentes. A democracia participativa, cognominada mista ou, ainda, plebiscitária, caracteriza-se pela conjugação da democracia direta com a indireta. Quando o art. 1º, parágrafo único, da Carta da República dispõe que o poder é exercido pelo povo, diretamente, está admitindo o exercício da democracia participativa.

A mescla da democracia representativa com a democracia direta dá origem à democracia participativa.¹³

O exercício da democracia participativa deve contar com previsão de norma constitucional ou legal. Nessa espécie de república os integrantes da coletividade ou as associações representativas da comunidade são chamados a participar, em espaço público, da votação das matérias que diretamente lhes interessam. As matérias consideradas secundárias ficam a cargo dos representantes para decisão. O mesmo ocorre com as que dizem respeito à pauta ordinária de alterações, como, *exempli gratia*, as matérias regulamentadas anteriormente, necessitando de simples atualização, assim como as modificações legislativas que não afetam as relações jurídicas dos indivíduos participativos.

A Constituição de Portugal, de 1976, adotou a democracia participativa nos arts. 81, alínea o, e 118, estimulando a participação de trabalhadores e de organizações nas decisões referentes a medidas econômicas e sociais relevantes, de organizações populares no poder local e da população na Administração Judiciária, respectivamente.

¹³ José Afonso da Silva afirma que: “É no regime de democracia representativa que se desenvolvem a *cidadania* e as questões da *representatividade* que tende a fortalecer-se no regime de democracia participativa. A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí se diz que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* (democracia representativa) ou *diretamente* (democracia participativa). Consagram-se, nesse dispositivo, os princípios fundamentais da ordem democrática adotada” (“Princípios Constitucionais Fundamentais”, in *20 Anos de Constituição Cidadã*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2008, p. 16).

Com relação à participação de grupos e associações no procedimento legislativo, em matéria constitucional não houve unanimidade desse entendimento. Há mais argumentos contra do que favoráveis aos benefícios que essa espécie de democracia pode produzir.¹⁴

A Constituição da Espanha, de 1978, no art. 105, também a perfilhou, admitindo a audiência de cidadãos diretamente ou através das organizações e associações reconhecidas por lei no procedimento de elaboração das disposições administrativas que os afetem.

No caso brasileiro, além de estar prevista no art. 1º, parágrafo único antes ressaltado, a Lei Maior adota a democracia participativa ao tratar da: a) participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos, em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); b) cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII); c) iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros (art. 29, XIII); d) participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados na organização e gestão da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); e) participação da comunidade nas ações e serviços de saúde (art. 198, III); f) participação da população nas ações governamentais na área de assistência social (art. 204, II);

¹⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar da Democratização e Participação na Legislação afirma: “o problema da participação dos *grupos* e *associações* na legislação é um problema controvertido na ciência política e no direito constitucional. Por um lado, critica-se a *institucionalização* da participação dos grupos no processo legislativo porque isso representa uma intromissão intolerável na liberdade dos órgãos legislativos, além de constituir um atentado mais ou menos claro ao princípio representativo. Por outro lado, a não institucionalização da participação acaba, em geral, na existência de ‘formas sociais de pressão institucionalizadas’, como é abundantemente demonstrado pelos *pressure groups* e os “*lobbies*”. Como desvantagem da institucionalização, saliente-se ainda que ela é perigosa para o Estado, pois este, além de poder ser forçado a uma tarefa ou relação de coordenação com grupos, pode ver prejudicada a sua liberdade fundamental de decisão; do lado dos grupos, ela não é menos perigosa, porque eles são chamados a desempenhar funções para que não estão legitimados, além de muitas vezes poderem resvalar para o compromisso, a letargia e apatia, contra os interesses dos próprios associados. Isto traduzir-se-ia numa perda de atratividade pelas associações (*Verlust an Attraktivität*) e na acentuação da oligarquia dos funcionários das mesmas associações” (*Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 6. ed., 1993, p. 429-430).

e) gestão democrática do ensino público (art. 206, VI). Vê-se que a democracia participativa tem previsão para ser perfilhada em matérias que interessam a diversos segmentos da coletividade.

Inobstante se verificar uma incompleta estruturação de órgãos da Administração Pública encarregados de gerir as matérias de interesse dos indivíduos integrantes da coletividade, a democracia participativa nacional vem alcançando resultados satisfatórios, pelo menos em alguns setores, como nas ações governamentais atinentes à assistência social e ao ensino público.

A democracia deliberativa, pela sua importância e adoção dos seus princípios pelo Estatuto da Cidade, é objeto do estudo seguinte.

3.2 - Democracia Deliberativa e Gestão Democrática de Inspiração Habermasiana

A democracia deliberativa apresenta semelhança com a democracia participativa. Pode ser dito que se cogita de uma democracia participativa aprofundada ou qualificada pela maior atuação das pessoas físicas ou jurídicas representativas.

Como foi visto, na democracia participativa, as pessoas e as associações representativas são chamadas a votar nos plebiscitos promovidos pelo Poder Público. Não chega a atingir a permissibilidade dos discursos e debates, com oferecimento das razões discursivas antes da deliberação.

Na democracia deliberativa, as pessoas integrantes da coletividade e as associações representativas são chamadas ao discurso, aos debates e à deliberação de matérias que dizem respeito aos seus interesses. A convocação é direcionada à participação de uma decisão coletiva.¹⁵

¹⁵ José Fernando de Castro Farias, com fulcro na doutrina de John Dryzek, *in Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, p. 1, anota que “a partir de 1990, alguns autores passaram a dar à democracia um contorno eminentemente ‘deliberativo’. A democracia é a maneira pela qual as decisões coletivas são tomadas. Antes da virada deliberativa, a democracia era vista principalmente em termos de agregação das preferências ou interesses nas decisões coletivas através de dispositivos tais como voto, representação, etc. Já para os autores que defendem uma ‘democracia deliberativa’,

A democracia deliberativa é aquela em que - apesar de ser também representativa, uma vez que a população também elege seus representantes - os indivíduos são chamados, em espaço público, a participar da discussão das matérias submetidas à decisão, podendo debater, apresentar argumentos e deliberar. Eles também votam nas matérias que mais diretamente lhes interessam.

A democracia deliberativa vai mais além do que eleger representantes.¹⁶ Permite-se deliberar publicamente sobre o que vai ser decidido.¹⁷

O procedimento democrático-deliberativo é um arremedo de audiência de conciliação, instrução e julgamento, com apresentação de pedido e resposta (proposta e debates), alegações das partes (discursos), culminando com a decisão (deliberação). É um arremedo do estar em juízo. A diferença, todavia, reside no fato da deliberação ser coletiva. Além disso, desfruta de maior legitimidade quando a polycitação, após se submeter às críticas dos que argumentaram em contrário, consegue superá-las.

Ao reverso do que se vê na democracia representativa, a democracia deliberativa não é inerte, nem se esgota com a eleição dos representantes dos indivíduos. Estes são chamados a participar, discutir, debater e deliberar com aqueles, numa demonstração da verdadeira soberania popular, legitimando o resultado da decisão do Estado.

a essência da legitimidade democrática é vista como habilidade ou oportunidade dos cidadãos de participarem de uma autêntica decisão coletiva. Os indivíduos devem aceitar a decisão somente se esta puder ser justificada para eles em termos convenientes” (*Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 205).

¹⁶ Luís Roberto Barroso salienta que “na configuração moderna do Estado e da sociedade, a idéia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Na *democracia deliberativa*, o debate político amplo, realizado em contexto de livre circulação de idéias e informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas decisões políticas” (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91).

¹⁷ Cláudio Pereira de Souza Neto enfatiza: “para a perspectiva democrático-deliberativa, a democracia envolve, além da escolha de representantes, também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas” (*Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.10).

A democracia deliberativa concilia a soberania popular com o Estado de Direito, pela participação no debate e deliberação dos indivíduos, que em princípio, estavam submetidos a acatar decisão que não tiveram oportunidade de discutir, caso ela não fosse adotada.

O fundamento da democracia deliberativa é a teoria habermasiana da ética do discurso.¹⁸ Além disso, deve ser acrescentado que o procedimento deve contar com o espaço público destinado à discussão da proposta por todos os participantes antes da deliberação.¹⁹

As conferências de Habermas em Harvard (*Tanner Lectures*), proferidas a partir de 1986, passaram a formular um novo debate, indagando “*como é possível a legitimidade através da legalidade?*” Com esteio no conceito de “agir comunicativo” extraído da *Teoria do Agir Comunicativo*, em 1981, assim como na aplicação desse conceito na esfera da ética, com inspiração kantiana em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, em 1983, o filósofo alemão apresenta estudo para melhor compreensão das relações, levando em conta a autonomia privada e a autonomia pública.

Na autonomia privada os destinatários e os autores do direito podem utilizar a liberdade subjetiva de ação, desde que não prejudique a liberdade subjetiva dos demais. O direito só pode exigir que os indivíduos se pautem por uma conduta consoante disposta na lei. Tudo que por ela não for proscrito pode ser praticado, como diz Habermas. A autonomia privada consagra que o direito deve

¹⁸ Antonio Cavalcanti Maia, recordando preleção de Habermas, registra que “o princípio do discurso tem a seguinte formulação: somente são válidas aquelas normas de ação às quais todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam dar o seu assentimento como participantes em um discurso racional” (*Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108).

¹⁹ Cláudio Pereira de Souza Neto, ao comentar sobre o tema, anota que “no plano da ética do discurso Habermas busca erigir um contexto ideal de comunicação, capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo. Como se observará, a deliberação pública e suas condições podem ser reconstruídas através desse núcleo normativo da ética do discurso. No plano da teoria social, Habermas apresenta a esfera pública como espaço em que as expectativas normativas que emergem do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação, passando então a legitimamente ostentar a pretensão de permear o processo decisório que tem lugar no âmbito estatal. Essa esfera pública é o principal elemento do arranjo institucional da democracia deliberativa, por permitir uma participação permanente do povo, sem que esta dependa de uma incorporação formal em assembléia, inviável no contexto contemporâneo” (obra citada, p. 127).

autorizar os indivíduos participativos a elegerem sua concepção de melhor forma de vida. Além disso, a autonomia privada é o sinal verde para que eles possam fazer uso da liberdade subjetiva através de discursos jurídicos voltados para a produção de normas.

Na autonomia pública, os indivíduos reconhecem não só a legitimidade do direito, como também dos discursos jurídicos que originaram as leis. Ela é encontrada nos preceptivos legais e nos discursos jurídicos (debates) que precederam a produção desses dispositivos. A par disso, as disposições legais são respeitadas em decorrência do indigitado reconhecimento da legitimidade do processo democrático de produção das normas legais. A autonomia pública reúne a perspectiva dos indivíduos com as dos autores do direito, bem como a legitimidade dos diplomas legais editados.²⁰

Na democracia deliberativa se obtém maior validade das normas jurídicas, em decorrência da participação, discussão, debates e deliberação das pessoas físicas e jurídicas representativas dos segmentos sociais. Os que participaram da formação do direito normatizado não hesitam em dar obediência e cumprimento às normas. Permite-se deliberar publicamente sobre o que vai ser decidido.²¹ Os procedimentos da democracia deliberativa estão habilitados a produzir esse resultado.²²

²⁰ Aylton Barbieri Durão enfatiza que “a autonomia pública consiste no reconhecimento da legitimidade da lei, assim como da legitimidade dos discursos democráticos de produção de leis. Isso implica que a autonomia pública também pode ser encontrada tanto no nível das normas jurídicas como nos discursos de produção dessas normas, assim como pode ser partilhada de acordo com a perspectiva dos destinatários e dos autores do direito. Segundo a perspectiva dos destinatários, as normas jurídicas podem ser seguidas por respeito à lei, na medida em que os agentes consideram que elas merecem reconhecimento, o qual, por sua vez, depende do reconhecimento da legitimidade do processo democrático de produção de normas. Então, a autonomia pública conecta a perspectiva dos destinatários com a dos autores do direito, assim como a legitimidade das normas jurídicas com a legitimidade da própria democracia [Habermas, 1994, p. 153-154]” (“A Tensão entre Facticidade e Validade no Direito Segundo Habermas”, in *O Pensamento de Habermas em Questão*. São Paulo: Oficina Universitária da Unesp, 2008, p. 22).

²¹ Jürgen Habermas assevera que “a validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito” (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2. ed. 2003, p. 50).

²² Lúcia Aragão anota que “a legitimidade do direito só se materializa através de um processo de formação discursiva da opinião e da vontade. E observa que Habermas quer

A gestão democrática consiste na administração coletiva empreendida pelo Poder Público com a participação da população interessada nos assuntos que dizem respeito à sua vida em sociedade. A gestão democrática de bem ou interesse é um corolário da democracia deliberativa. Na gestão democrática, verifica-se a participação da população na Administração, como se infere-se da leitura dos arts. 194 § único, VII e 206, VI, da Constituição Federal, que cuidam, respectivamente, das ações conjuntas dos Poderes Públicos e da sociedade, com o objetivo de assegurar os direitos atinentes à saúde, à previdência e à assistência social e ao ensino público, como foi ressaltado.

A gestão democrática é princípio normativo perfilhado pelo Estatuto da Cidade. Os arts. 4º, III, *f* e 43 a 45 da Lei nº 10.257/01 dispõem, respectivamente, que se trata de uma das diretrizes gerais da execução da política urbana e assecuratória da realização de debates, audiências e consultas públicas da população sobre projetos de lei que tratem de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, plano plurianual, orçamento e participação da população na gestão das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, com controle da atividade. Trata-se de vinculação do Poder Público municipal à lei, no desempenho da boa política de desenvolvimento urbanístico. Omitindo-se nos procedimentos de participação dos munícipes nas propostas de gestão da cidade, a deliberação de cada matéria que a eles interessar estará com sua validade comprometida, com o risco de ocorrer o descumprimento dos comandos legais.

acrescentar algo mais a esse veio normativo do direito, de modo que a ele também possa tornar-se um meio de assegurar as *condições fáticas* para utilização dos direitos formais iguais, que *efetivamente* propicie igualdade de oportunidades. E a única forma de assegurar essa igualdade de chances, segundo seu ponto de vista, é através da participação: não apenas da participação política formal, que se resume a cada cidadão exercer o direito de votar e ser votado nas eleições oficiais, mas também da participação social e cultural, por meio da sua inclusão na formação de uma opinião pública política, não restrita ao âmbito parlamentar. Isto significa dar oportunidade aos membros de tomar parte na discussão e decisão de questões que dizem respeito à vida em sociedade” (Habermas: *Filósofo e Sociólogo do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 197-198).

4. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A GESTÃO DEMOCRÁTICA NO ESTATUTO DA CIDADE, DE ACORDO COM A JUSFILOSOFIA HABERMASIANA

Antes da edição do Estatuto da Cidade, a Lei nº 6.766/79, que trata do Parcelamento do Solo, fez previsão para a instituição de um plano diretor, contendo diretrizes de urbanização para a região em que se situa o loteamento, com o objetivo de organizar e estruturar as cidades com mais de cinquenta mil habitantes (arts. 6º a 9º). De índole embrionária, não estabeleceu normas para a elaboração do plano diretor. O diploma legal não faz a menor referência à participação dos municípios na elaboração do projeto de lei para sua edição e vigência. O mesmo pode ser dito da gestão democrática.

Com trinta anos de vigência, a Lei nº 6.766/79 convolveu-se, apenas, no diploma legal sucedâneo do vetusto Decreto-lei nº 58/37, que cuidava dos loteamentos em geral, apresentando novas regras de controle e fiscalização do parcelamento do solo pelo Município, Distrito Federal e pelo Ministério Público, além de estabelecer procedimentos voltados para satisfazer interesses individuais e coletivos dos adquirentes de lotes de terreno.

Para regulamentar a norma constitucional que versa sobre a política de desenvolvimento urbano, inscrita no art. 182 da Lei Fundamental, foi editada a Lei nº 10.257/01, que instituiu para todos municípios o que se denominou de estatuto. Desde logo, o diploma legal passou a ser designado como Estatuto da Cidade, perfilhando o entendimento habermasiano nos preceptivos legais constantes dos arts. 2º, II e XIII; 43, II e IV; 44 e 45, que tratam do plano diretor e da gestão democrática da cidade.

A regulamentação das normas insculpidas no art. 182, §§ 1º e 2º, da Carta Federal pelos arts. 1º, 2º, 4º, 39, 40 e 41 da Lei nº 10.257/01, atribuiu ao Poder Público Municipal a função de “agente fiduciário” do planejamento e da execução do ordenamento urbanístico. Com isso, ele se vinculou a cumprir o procedimento necessário à aprovação do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, integrante do planejamento municipal de todas as cidades com mais de vinte mil habitantes, situadas em regiões metropolitanas ou turísticas.

O procedimento de elaboração do plano diretor e da fiscalização de sua implementação, cognominado de “processo”, adota os princípios da democracia deliberativa quando o inciso I do § 4º, do art. 42, da Lei nº 10.257/01, dispõe que ele não prescinde da realização de audiências públicas, debates, participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos da comunidade. Na verdade, são procedimentos coletivos que devem conjugar os interesses do Município e dos munícipes.

Na mesma direção, a gestão democrática da cidade deve contar com órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre os assuntos de interesse urbano, iniciativa popular de projeto de lei, planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, conforme dispõe o art. 43. São procedimentos que - se não observados pelo Município - propiciam a incidência dos agentes públicos nas sanções de improbidade administrativa de que trata a Lei nº 8.429/92, haja vista a previsão do art. 52, VII, do Estatuto da Cidade.

De acordo com o art. 50 desse diploma legal, na redação dada pela Lei nº 11.673/08, o prazo para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08. Os agentes públicos que se omitiram estão em mora com o dever de cumprir as determinações que objetivam dar cumprimento aos princípios da participação e deliberação democráticas na elaboração das leis de gestão da cidade. Apesar do advento do *dies ad quem* para aprovação do plano diretor, podendo estar caracterizada a improbidade administrativa - caso não milite em prol do Prefeito excludente da sua responsabilidade - ainda é tempo de cumprir as demais normas destinadas a dar execução à gestão democrática da cidade.

Essas normas se referem aos debates, audiências e consultas públicas, à conclamação dos munícipes para apresentar projetos de leis de programas e de desenvolvimento urbanos, de diretrizes orçamentárias e orçamento anual pela população e associações representativas e sua participação nas gestões das regiões metropolitanas, conforme dispõem os arts. 43, 44 e 45, do Estatuto da Cidade. De acordo com o que dispõem os preceptivos legais que recomendam a adoção da democracia deliberativa no

interesse coletivo, o Poder Público municipal está submetido ao dever de tudo fazer para dar execução à boa política de desenvolvimento urbano, vinculado que está às determinações insculpidas no art. 182, da Lei Maior.

As normas do Estatuto da Cidade pertinentes à democracia deliberativa e a gestão democrática integram o direito moderno, da era contemporâneo-habermasiana e de caráter universal, legitimado pelo processo legislativo, que têm supedâneo na soberania.²³

5. CONCLUSÃO

A inobservância das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Cidade, como foi visto, colide com o princípio da legalidade e abalroa o da eficiência. Fere os princípios específicos da democracia deliberativa e da gestão democrática da cidade. A omissão dos agentes públicos também. O comportamento omissivo tem reflexos internos e externos. Aqueles são evidenciados no âmbito da própria Administração Pública; estes eclodem no âmbito do Poder Judiciário. São os consectários negativos.

A omissão da instauração do procedimento de elaboração do plano diretor e de fiscalização da sua implementação, a não realização dos debates, audiências e consultas públicas, inclusive acerca da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, o fato de o Município não conclamar a população para apresentar projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, a não participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos da sociedade nos organismos gestores das regiões metropolitanas, violam as recomendações legais constantes dos arts. 39 a 45, do Estatuto. Demais disso, todo esse comportamento omissivo e inercial responde pela formação da cidade ilegítima, vale dizer, a que se forma à margem da lei.

²³ De acordo com Habermas, “o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo” (Obra citada, v. I, p. 114-115).

O Estatuto conta nove anos de vigência. A elaboração da lei do plano diretor com a participação da população não se esgota com sua votação para ter vigência. Ela é o instrumento primordial da política do desenvolvimento e de expansão urbana, segundo o art. 40 § 1º, do Estatuto.

Ao entrar em vigor, o plano diretor serve de instrumento de fiscalização, vale dizer, de diploma legal que vai legitimar o Município a exercer a polícia administrativa, coadjuvado pela população e associações representativas que participaram das audiências públicas e debates discursivos, de modo a atingir o bem-estar dos que residem ou são domiciliados na cidade. Aliás, o exercício da polícia administrativa, em matéria de fiscalização de ocupações e construções no âmbito da circunscrição municipal, requer comportamento comissivo.

O Município do Rio de Janeiro, *exempli gratia*, vive um grande caos urbanístico. Pautado pela omissão durante muitos anos, somente no ano passado se comprometeu a “acelerar a discussão no novo plano diretor”, como registrou o jornal **O Globo**, de 18/07/09, sábado, caderno Rio, p. 13. Os anos de omissão serviram para acomodar loteamentos, ocupações e construções irregulares. Desde há muito a Capital do Estado do Rio de Janeiro integra o rol das cidades ilegítimas.

Se o plano diretor tivesse se convolado em lei, com estrita observância do cumprimento das normas legais que versam sobre a gestão democrática da cidade, não só o Rio de Janeiro, como os municípios de maior densidade demográfica não chegariam ao extremo da desordem urbanística, com prejuízo para os munícipes e agrado da atividade jornalística, ávida em divulgar notícias que aumentam a descrença da população no serviço público, mas que ainda mantém a esperança de obter o recebimento dos benefícios.²⁴

²⁴ Ao discorrer sobre o tema “Cidade Formal x Cidade Informal”, José Carlos Alves da Silva, assevera que “nesse contexto, a população sofre os efeitos da *cidade ilegal*, arcando com os custos das inevitáveis intervenções do poder público para a sua regularização. Conflitos típicos das cidades desordenadas são travados diariamente por detentores de propriedades, entre si, assim como entre os que exercem atividades do mercado formal.

Estes se traduzem nos reflexos de âmbito interno.

Da análise do conteúdo do art. 50 do Estatuto da Cidade antes referido, é certo dizer que o prazo para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08. Os agentes públicos encarregados de implantar o plano diretor ou de modificar o que se tornou obsoleto estão em mora com o dever de cumprir as determinações que têm como objetivo dar cumprimento aos princípios da participação e deliberação democráticas na elaboração das leis de gestão da cidade. Persistindo a omissão, o Ministério Público, entes e pessoas jurídicas de direito público ou privado, detentores de *legitimatío ad causam* ativa, estão credenciados a ajuizar ação civil pública para compelir o Município a deflagrar os procedimentos supedaneados na democracia deliberativa e na gestão democrática, na defesa dos interesses difuso e coletivo (art. 129, III, da Carta da República; art. 5º, da Lei nº 7.347/85).

A deflagração de ação civil pública, no caso da omissão, tem por fim condenar o Município a cumprir prestação de fazer, sob pena de multa. A *res in iudicio deducta* é lastreada nos arts. 1º, VI; 3º e 11, da Lei nº 7.347/85, uma vez que - de caráter preventivo ou repressivo - objetiva preservar a ordem urbanística ou corrigir a omissão, na proteção dos interesses difuso e coletivo. A vinculação às normas legais do Estatuto impõe-lhe a assunção de comportamento comissivo, inexistindo opção no atuar, o que afasta a discricionariedade administrativa.

A decisão que o condenar a deflagrar os procedimentos não constitui invasão do Judiciário nas atribuições conferidas ao Executivo. Isso se deve ao objeto da ação civil pública, *in casu* a

Proprietários de imóveis desrespeitam as limitações de recuo e altura das construções, com edificações excessivamente altas que projetam sombras nas residências vizinhas, privando-as de insolação, aeração e iluminação. Merece destaque, na espécie, a construção de prédios de apartamentos em localidades onde as limitações outrora impunham um padrão de edificações unifamiliares. Isso ocorre, em regra, graças à habilidade de um poderoso *lobby* das empresas do mercado imobiliário, que logram convencer vereadores e prefeitos a modificarem, pontualmente e sem planejamento, o zoneamento das cidades. O comércio toma irregularmente o espaço das residências nas zonas em que as últimas deveriam predominar, tudo sob os olhos complacentes da Administração” (in *Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson e DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coordenadores). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 277).

correção da omissão administrativa para compelir o Poder Público municipal a emitir ato vinculado. No direito processual público contemporâneo - que se rege pelo amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Carta da República) - a discricionariedade administrativa está submetida ao controle jurisdicional.²⁵ Com muito mais razão deve se sujeitar a vinculação administrativa.

Além disso, os administrados prejudicados pela omissão do Município, atingidos no seu patrimônio pela prática de ilícitos perpetrados por munícipes, responsáveis também pela desordem urbanística - provenientes da ausência de deflagração dos procedimentos mencionados e da fiscalização das ocupações e construções - têm interesse e legitimidade para exigir do Poder Judiciário a tutela judicial adequada a proteger seus direitos. Podem aforar as ações judiciais em desfavor do ente público para que possam obter o ressarcimento dos prejuízos suportados.

Estes são os reflexos da omissão no âmbito externo, que vão desaguar na jurisdição administrativa.

À proporção que se distancia do termo inicial da vigência da Lei nº 10.257/01, ou seja, de 09/10/01, percebe-se que fica mais difícil reverter a cidade ilegítima à ordem legítima. O termo final para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08, tal como se enfatizou. Aos Prefeitos municipais que assumem seus mandatos de quatro em quatro anos, em substituição aos que deixam o Executivo local, compete corrigir as omissões, na tentativa de recuperar o tempo perdido. Para isso são eleitos, uma vez que a Administração Pública existe para prestar serviços à coletividade, seja qual for o seu nível político.

²⁵ Luis Roberto Barroso, ao desenvolver estudo sobre “A possibilidade de Controle Judicial do Mérito do Ato Administrativo”, sustenta que “o conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)”. *in* obra citada, p. 376.

Por ocasião da assunção dos seus mandatos, devem os Prefeitos dar início aos procedimentos democráticos delineados na lei de regência para elaborar o plano diretor ou rever os que porventura foram instituídos há mais de dez anos, além de dar estrita execução aos comandos legais que regem a gestão democrática da cidade, priorizando as normas que cuidam dos projetos de leis de diretrizes orçamentárias e de planos de desenvolvimento urbano.

Isso quer dizer que, na mudança de governo municipal, cumpre ao Prefeito, ao assumir, implantar desde logo a democracia deliberativa procedural, de inspiração habermasiana que, como se vê dos dispositivos analisados, está muito bem delineada no Estatuto da Cidade. Assim agindo, o Município sob a sua administração será candidato a deixar o extenso rol dos que integram a cidade ilegítima. A assunção de um comportamento traduzido no *facere*, com abandono da leniência administrativa e da conduta omissiva, que muitas vezes caracterizam a democracia comum, é o que os munícipes e administrados esperam.

Da parte dos seus destinatários, ou seja, dos indivíduos participativos, urge que eles permutem sua condição de sujeitos privados do direito pela perspectiva de participantes dos procedimentos de entendimento acerca de regras de convivência recíproca.²⁶ Para tanto, devem mostrar interesse nos meios preventivos da ordem urbanística, servindo-se da via administrativa ou extrajudicial, através de requerimentos, pleiteando a deflagração dos procedimentos previstos na Lei nº 10.257/01. Se eles também se omitem, não colaboram com a preservação da precitada ordem.

Outrossim, urge que, tendo participado dos discursos, debates e da deliberação, *verbi gratia*, do plano diretor, como destinatários das normas legais e regulamentares, os munícipes não se olvidem da validade do que decidiram no espaço público, devendo

²⁶ No Posfácio da sua obra, Habermas registra: “para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência. Nesta medida, o Estado democrático de direito depende de motivos de uma população acostumada à liberdade, os quais não são atingidos pelas intromissões do direito e da administração” (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 323).

reverenciá-las, assumindo, inclusive, a posição de coadjuvantes dos fiscais da ordem urbanística, denunciando às autoridades municipais as irregularidades que caracterizam e implantam a desordem. Do contrário, serão indivíduos participativos da coletividade de Município em que a democracia deliberativa restou implantada, porém os resultados não atingiram os objetivos da execução da política urbana preconizada no art. 182 da Lei Fundamental. 📄

Breve Nota sobre o Desafio da Gestão de Pessoas no Poder Judiciário

Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Desembargador do TJ/RJ. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas-RJ.

O direito administrativo brasileiro está em mutação¹. Desde o início dos anos 90 o Estado vive profundas alterações. A Reforma Administrativa, levada a efeito por diversas emendas constitucionais e leis ordinárias, atribuiu mais agilidade ao Poder Público para responder aos desafios da sociedade moderna e tornar eficiente a gestão dos escassos recursos existentes.

Uma dessas importantes transformações está relacionada à burocracia estatal. De acordo com a opinião pública quase unânime, muitas vezes injusta, o passado fincou raízes profundas nas organizações públicas e na forma como elas são administradas. Além disso, os servidores seriam ineficientes e despreparados, se comparados aos da iniciativa privada.

Dentre as modificações idealizadas para melhorar a qualidade dos serviços prestados à população houve a introdução em nosso sistema jurídico do princípio constitucional da eficiência adminis-

¹ Sobre as mudanças pelas quais o direito administrativo vem passando, tem-se desenvolvido, nos últimos anos, enorme produção doutrinária. Alguns importantes estudos são elencados a seguir: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 3ª edição, 2006; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

trativa (CRFB, art. 37, *caput*). De acordo com a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o conceito de *eficiência* previsto na Constituição deve ser entendido como a “*melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*”². Em outras palavras, impõe-se ao Administrador o dever de adotar a melhor solução, pelo menor custo possível para a sociedade.

Apesar de essa inovação haver ocorrido com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, houve poucos avanços no sentido por ela indicado³. Ainda há um consenso na sociedade de que os serviços públicos estão muito longe dos padrões mínimos de eficiência que deles se espera. E o Poder Judiciário, de uma forma geral, não escapa a essas críticas. A maior delas diz respeito à demora na solução de litígios, falta de juizes e serventuários e excesso de recursos. E como lembra Maurício Rands, “*se os poderes do Estado não conseguem entregar os serviços públicos que esperamos, somos logo tentados pelas soluções simplistas. Quando a Justiça é lenta a tentação é a de fazê-la com as próprias mãos*”⁴.

Alguns Tribunais, entretanto, têm adotado providências eficazes para minimizar esses problemas. O Judiciário Fluminense conquistou destaque no cenário nacional em decorrência de acertada decisão política adotada em meados de 1996, quando foi editada a Lei Estadual nº 2.524, que instituiu o Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ), transferindo a gestão dos recursos provenientes da taxa judiciária e das custas judiciais para o próprio Tribunal.

É com as verbas do FETJ⁵ que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro investe na informatização, construção e reforma de

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 14ª edição, 2006, p. 107.

³ Sobre eficácia normativa dos princípios veja-se o importante estudo de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 2004.

⁴ Rands, Maurício. “Ativismo Judicial: É sempre legítimo?” *In: Jornal Folha de São Paulo*, 14.05.2008.

⁵ A arrecadação do FETJ subiu de R\$ 4,1 milhões em 1996 para aproximadamente R\$ 270 milhões em 2005.

suas instalações⁶. Houve, então, uma perceptível aceleração do trâmite processual. E isto fez do Poder Judiciário Fluminense um dos mais ágeis do País.

Mas a prestação jurisdicional ainda precisa ser mais célere e *eficiente*. Embora o tempo de duração do processo tenha sido sensivelmente reduzido, é possível oferecer serviços com mais qualidade e menos custo. Daí a necessidade de direcionamento do foco para a capacitação e motivação de servidores e magistrados.

E não basta a justiça rápida; ela precisa ser de boa qualidade para que seja aceita pelo destinatário e, com isso, produza o efeito apaziguador que dela se espera. Esse objetivo só será plenamente alcançado com o desenvolvimento de estratégia que incentive e recompense os servidores nela engajados.

A melhoria dos serviços jurisdicionais - passe o truísmo - depende, em grande parte, de gestão, treinamento e capacitação de pessoas. A preocupação deve ser com o aumento de produtividade e a racionalização de rotinas e funções. Porque o desafio é melhorar a qualidade, sem novas contratações ou aumento de despesas.

Deve haver investimento constante no ser humano: o servidor e os magistrados. A moderna administração pública deve primar pela adoção de práticas eficientes de avaliação, gerenciamento e controle. Difundir a idéia de *accountability*, expressão inglesa, sem correspondente no vernáculo, compreendida como “o dever de prestar contas” e a necessidade de “responsabilização” do agente público.

Não se pode ignorar que o Direito está em constante modificação e, por isso, os seus profissionais necessitam de permanente atualização. A velocidade das mudanças sociais, eco-

⁶ O art. 2º da Lei Estadual nº 2.524/96 só autoriza a aplicação dos recursos do FETJ na modernização e reaparelhamento do Poder Judiciário, por meio de: “I - elaboração e execução de programas e projetos; II - construção, ampliação e reforma de prédios próprios do Poder Judiciário e de imóveis objeto de comodato, bem como despesas de capital ou de custeio, exceto as pertinentes a folha de pagamento de pessoal dos quadros permanentes, e respectivos encargos; III - ampliação e modernização dos serviços informatizados; IV - aquisição de material permanente.”

nômicas e tecnológicas desatualiza, rapidamente, o saber e as informações. Para que qualquer arte, profissão ou ciência seja bem consolidada é imperioso o contínuo relacionamento entre educação avançada e o mundo prático. Nenhuma empresa ou instituição pública pode se considerar atualizada a não ser por alguns momentos⁷.

A motivação do servidor para essa tarefa é extremamente dificultada pela impossibilidade de ascensão funcional nas carreiras públicas. E aí muitos se acomodam e deixam de se reciclar. As organizações públicas oferecem estabilidade aos seus integrantes, mas exigem muito pouco em contrapartida. Raramente há incentivos ao aperfeiçoamento ou ao desenvolvimento de novas ferramentas de gestão pelo próprio servidor. Mas sem motivá-lo, não será possível alcançar a eficiência desejada.

Os critérios de acesso aos cargos disponíveis no âmbito do Poder Judiciário Estadual devem ser repensados. Como se sabe, para os cargos de Técnico Judiciário exige-se o 2º grau completo, ao passo que para a investidura na carreira de Analista Judiciário pede-se que o candidato tenha formação em qualquer curso superior. Em razão disso, o concurso atrai uma enormidade de pessoas graduadas em carreiras que não têm a mínima pertinência temática com a natureza da função a ser exercida.

Conquanto a falta de restrições à participação de candidatos inegavelmente amplie a concorrência, razão de ser do concurso público, não se pode perder de vista que a gestão de servidores com formação heterogênea traz dificuldades.

Por outro lado, a motivação, como não se ignora, está diretamente relacionada à remuneração e à perspectiva de evolução patrimonial de qualquer empregado. É preciso, assim, buscar alternativas para premiar servidores eficientes e inovadores, sem elevar despesas. Merece, sob esse aspecto, especial atenção o disposto no § 7º do art. 39 da Constituição da República, que estabelece:

⁷ Cf. palestra proferida por Maria Elisa Macieira para turma de Mestrado da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro em maio de 2008.

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade (grifei).

Embora esse dispositivo represente um vigoroso instrumento para aprimorar a gestão racional de pessoas no serviço público, o alcance dessa norma constitucional parece ainda não haver sido apreendido pela grande maioria dos administradores públicos do Brasil.


A exceção que confirma esta regra é o Estado de Minas Gerais. Em meados de 2001, a Assembléia Legislativa daquele Estado aprovou Emenda à Constituição Estadual e editou Lei Estadual instituindo a premiação pecuniária por desempenho do servidor⁸. Desde então, o Poder Executivo paga remuneração adicional aos seus servidores que cumprem metas de produtividade e desempenho fixadas objetivamente, a cada ano.

A iniciativa é salutar e certamente já trouxe enormes benefícios à população mineira, com a melhoria dos serviços públicos. É preciso implementar medida semelhante em outros Estados, ampliando a sua incidência a todos os Poderes.

Embora o Poder Judiciário seja assediado por muitas pressões externas que exigem modernização, forças antagônicas a essas pressões mantêm a instituição muitas vezes em estado de inércia, impedindo que ocorram as transformações necessárias e tão demandadas pela sociedade.

Em estimativa realizada no Brasil no ano 2006, havia algo em torno de 54 milhões de processos em andamento no judiciário.

⁸ Atualmente, está em vigor, nesse sentido, a Lei Estadual nº 17.600/2008.

Se o sistema não passar por uma reforma profunda rapidamente, esse número dobrará em 10 anos⁹. Assim, práticas que incentivem o desenvolvimento profissional de serventuários e magistrados e maior racionalização dos trabalhos forenses trariam importantes benefícios para a sociedade, tornando efetivo o princípio constitucional da eficiência. 

⁹ Roberto Paduan - *Revista Exame* de 13.09.06.

Breves Considerações sobre os Efeitos do Suicídio na Cobertura dos Contratos de Seguros

Paulo Gustavo Rebello Horta
Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.

I - FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

O significado da palavra suicídio tem origem no latim, na junção das palavras *sui* (si mesmo) com *caederes* (ação de matar), abordando a morte intencional ou autoinfligida. É um ato voluntário, provocado pela própria pessoa comissivamente (tiro, envenenamento, enforcamento etc.) ou por omissão (recusa de ingerir alimentação), quase sempre relacionado a uma perturbação psíquica: a tensão nervosa transtorna de tal forma a pessoa que a morte se torna o único refúgio possível e a inevitável solução para seus problemas.

Inconscientemente, o suicida deposita a culpa de sua morte nos outros indivíduos do seu círculo social, principalmente nos seus parentes mais próximos, funcionando como se fosse um castigo capaz de revidar uma agressão do meio social que o envolve.

Antigamente, a morte não era significativa; o que importava era a forma de morrer: se com dignidade e no momento certo. Para os cristãos, a morte equivalia à libertação, pois a doutrina pregava que a vida era “um vale de lágrimas e pecados”. Assim sendo, a morte era um verdadeiro atalho para alcançar-se o paraíso.

As interpretações acerca do suicídio têm sido abordadas pela ampla vista cultural em temas existenciais como religião, filosofia,

psicologia, honra e o sentido da vida. ALBERT CAMUS escreveu certa vez: “*O suicídio é a grande questão filosófica de nosso tempo, decidir se a vida merece ou não ser vivida é responder a uma pergunta fundamental da filosofia*”.

As religiões abraâmicas, por exemplo, consideram o suicídio uma ofensa contra Deus devido à crença religiosa na santidade da vida e impedem que os suicidas sejam enterrados junto aos demais. No Ocidente, foi muitas vezes considerado como um crime grave.

Por outro lado, durante a era dos samurais, no Japão, o *seppuku* era respeitado como uma forma de expiação do fracasso ou como uma forma de protesto. No século XX, o suicídio, sob a forma de autoimolação, foi usado como um tipo de protesto, enquanto que na forma de *kamikaze*, como uma tática militar ou terrorista. O *Sati* é uma prática funerária hindu no qual a viúva se autoimola na pira funerária do marido, quer voluntariamente ou por pressão da família e/ou das leis do país.

Na concepção jurídica, segundo VIVANTE, “*a medida que la lucha por la existencia se hace más difícil y se gasta el cerebro, que sirve principalmente para combatirla, crece con el número de los locos el número de los suicidas. Influencias hereditarias y adquiridas los lanzan lentamente, casi en forma inconsciente, a la muerte, dejando a su carácter muy poca potencia para resistir a la tendencia suicida. Pero el amor de la familia, que modifica profundamente la conducta moral de los individuos, opone aún freno eficaz contra el suicidio: la estadística nos advierte que el suicidio produce más estragos entre los célibes y los padres que no tienen hijos, que entre los que tuvieron el beneficio de ellos. Ahora bien, se teme que el seguro de un capital para el caso de muerte remueva este benéfico freno y excite incluso al padre, quebrantado por la miseria, a darse la muerte para acelerar su cobro. Estos motivos indujeron a los autores a asegurar unánimemente que razones de orden público exigen que se niegue al suicida responsable de sus actos el beneficio del seguro*”¹.

¹ El Contrato de Seguro de La Prenda Del Depósito en los Almacenes Generales, v. II p. 86.

Esta posição foi adotada pela maioria das legislações, inclusive pela nossa codificação de 1916, que considerou como sendo voluntário “*o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo*”. Daí o ensinamento de M. I. Carvalho de Mendonça de que “o suicídio pode ser a resultante da loucura e então é um ato fortuito. Pode ser também praticado por uma força irresistível, sob o impulso de uma violência de ordem física e moral e então não é um ato voluntário e livre e sim o produto de uma força maior. Esses casos não excluem a cobertura do seguro, segundo a opinião geral dos comentários brasileiros que adotam a orientação exposta por Clovis Bevilacqua”:

“O suicídio para anular o seguro deve ser conscientemente deliberado, porque será igualmente um modo de procurar o risco, desnaturando o contrato. Se, porém, o suicídio resultar de grave perturbação da inteligência, ainda que momentânea, não anulará o seguro. A morte não se poderá, neste caso, considerar voluntária; será uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis”².

II - O SUICÍDIO E A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Com suporte nessa orientação doutrinária, nascida no limiar do Código de 1916, a jurisprudência sempre foi firme e uniforme quanto à aplicação do parágrafo único do artigo 1.440, que regulava “*o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo*”, ficando, assim, firmando o entendimento de que a cobertura não seria devida nos casos do suicídio premeditado, ou seja, no suicídio voluntário. Esta interpretação estava, então, pacificada e consagrada no seguro de vida.

Nessa ótica, as decisões judiciais, nos casos do suicídio do segurado, estavam consolidadas no verbete número 105 da jurisprudência sumulada do STF, *verbis*, “*Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não*

² “Contratos no Direito Civil”, v. 5, p. 281 *apud* Pedro Alvim in *O Seguro e o Novo Código Civil*, Forense, 2007.

exime o segurador do pagamento do seguro”, orientação seguida inteiramente pelo STJ, ao editar a súmula número 61: “*O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado*”; a *contrario sensu*, o suicídio premeditado autorizava a seguradora a não pagar a cobertura.

Não é demais lembrar que o risco coberto pelo contrato de seguro em geral há de ser, sempre, um acontecimento futuro e incerto, que independe da vontade do segurado e não poderá ser por este provocado, sob pena de produzir a anulação da cobertura (art. 762 do CC). Por esta razão, o suicídio do segurado sempre foi tratado pela nossa legislação e pelas demais alienígenas como forma de excluir a cobertura do risco, quando praticado com premeditação, e concedida a cobertura quando ocorria o suicídio involuntário.

Assim, no regime anterior, sem divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, não discrepava o entendimento de que competia ao segurador, para exonerar-se da cobertura, em juízo, fazer a prova de que o segurado suicidou-se premeditadamente para poder isentar-se do pagamento do capital pactuado.

III - A MODIFICAÇÃO INTRODUZIDA PELO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Não obstante o sedimentado entendimento jurisprudencial, com a edição do Código Civil de 2002, o legislador pátrio modificou o regime anterior, disciplinando e regulamentando o CONTRATO DE SEGUROS no Capítulo XV, aperfeiçoando as obrigações das partes envolvidas nesse negócio jur e, entre estas normas, criou a do artigo 798, que, sem correspondência na legislação codificada anteriormente, estabelece que:

“O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso...”

A novidade não representa exclusividade da nossa legislação codificada, pois a norma citada teve inspiração em regimes

de outros países, notadamente o da França, cujo conteúdo tem a seguinte tradução: *“Toda apólice contendo uma cláusula pela qual o segurador se obriga a pagar a soma segurada, mesmo em casos de suicídio voluntário e consciente do segurado, não pode produzir efeito senão depois de um prazo de dois anos após a conclusão do contrato”*.

Ao comentar o artigo 798 do CC de 2002, logo depois da promulgação do Novo Código Civil, Ernesto Tzirulnik, Flavio de Queiroz Cavalcanti e Ayrton Pimentel trouxeram à tona a *ratio* inspiradora da norma e o novo norte legal disciplinador das relações securitárias nos casos do suicídio do segurado³, enfatizando: *“Ao que tudo indica, o legislador pretendeu por fim ao debate, estabelecendo o critério da carência de dois anos para a garantia do suicídio. O critério é objetivo: se o suicídio ocorrer nos primeiros dois anos, não terá cobertura; se sobrevier após este período, nem mesmo por expressa exclusão contratual, poderá a seguradora eximir-se do pagamento. Não se discute se houve ou não premeditação, se foi ou não voluntário. Justifica-se esse lapso temporal pelo fato de que é inimaginável que alguém celebre contrato de seguro ‘premeditando’ o suicídio para dois anos à frente. (...) Ressalte-se, ainda, que a determinação trazida pelo dispositivo, ora em discussão, é imperativa e obriga tanto a seguradora como o segurado e seus beneficiários. Disposição contratual em contrário não poderá dar cobertura ao suicídio no período lá determinado e nem negá-la no período posterior”*.

No mesmo sentido, anota Pedro Alvim⁴ que a nova disposição codificada foi inspirada na legislação moderna de outros países, sobretudo na França, fazendo realçar que: *“Toda apólice contendo uma cláusula pela qual o segurador se obriga a pagar a soma segurada, mesmo em caso de suicídio voluntário e consciente do segurado, não pode produzir efeito senão depois de um prazo de dois anos após a conclusão do contrato”*.

³ O Contrato de Seguro - Novo Código Civil Brasileiro, “Edição destinada ao III Fórum de Direito do Seguro”, José Sollero Filho, 2002, p. 213.

⁴ O Seguro e o Novo Código Civil - Forense, 2007, p. 188.

E prossegue com apoio em estudos de dois doutrinadores franceses, alertando: *“Essa disposição foi recebida com receio pelos comentaristas franceses, pois a cláusula admitindo o suicídio voluntário era imoral e perigosa. Observam, porém, Justin Godart e Perraud Charmantier que pareceu ao legislador francês que o caráter de imoralidade e de perigo atribuídos a tal cláusula não pode ser reconhecido, dado o longo prazo de dois anos depois da conclusão do contrato”*.

Assegurou, ainda: *“Segundo a exposição de motivos que acompanhou o projeto da lei francesa, não é possível asseverar que um tal seguro fosse contratado com vista ao suicídio e mesmo que se admita essa intenção do segurado, no dia da assinatura do contrato, a reflexão poderia ocorrer durante os dois anos que constitui um **spatio deliberandi** sério, pois as circunstâncias que possam induzir ao suicídio uma pessoa são de natureza a evoluir e modificar-se muitas vezes, durante um tal prazo”*.

Por sua vez, o Código Civil Italiano de 1942, em seu artigo 1.927, já previa um prazo de carência de dois anos na contratação, durante o qual o segurador não se obrigava ao pagamento do capital segurado. Referida norma, todavia, admitia convencionarem as partes de forma diferente, diferindo, neste ponto, do disposto na nova legislação brasileira.

Como se vê, o atual regime brasileiro, ao estabelecer a carência de dois anos para a cobertura do seguro, está em harmonia com as legislações modernas e amparado nas bases sociológicas, podendo o beneficiário pleitear, caso venha a ocorrer o suicídio nesse prazo, o reembolso do valor da reserva técnica formada até aquela data.

Não é demais lembrar que o Professor Fabio Konder Comparrato, um dos juristas responsáveis pela elaboração da nova legislação codificada, assinalou na exposição de motivos: *“Preferimos seguir neste passo o Código Civil Italiano (art. 1.927), excluindo em qualquer hipótese o direito ao capital estipulado se o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, e proibindo em contrapartida a estipulação de não pagamento para o caso de o suicídio ocorrer após esse lapso de tempo”*.

IV - A INTERPRETAÇÃO DA NORMA E A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante todos esses precedentes, e levando-se em conta que o julgamento se deu na vigência das normas modificadoras do novo código, o STJ, por sua 3ª Turma, conforme restará demonstrado no item adiante, houve por bem afastar a aplicação do prazo de carência, revigorando, assim, os efeitos das súmulas 105/STF (editada em 1963) e 61/STJ (1992), ao afirmar que o artigo 798 do Código Civil de 2002, embora nele previsto o prazo de dois anos de carência, manteve a exigência da prova da premeditação do suicídio para afastar o pagamento da indenização securitária.

Com essa ótica, o tema sobre o suicídio do segurado foi enfrentado pela Corte Superior, que produziu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.077.342 - MG (2008/0164182-3)
RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA

I - O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador.

II - A boa-fé - que é presumida - constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado.

III - O artigo 798 do Código Civil de 2002 não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária.

IV - O legislador procurou evitar fraudes contra as seguradoras na hipótese de contratação de seguro de vida por pessoas que já tinham a ideia de suicídio quando firmaram o instrumento contratual.

V - Todavia, a interpretação literal ao disposto no art. 798 do Código Civil de 2002 representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma relação de consumo.

VI - Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio, que pode excluir a indenização. Outra, diferente, é a premeditação para o próprio ato suicida.

VII - É possível a interpretação entre os enunciados das Súmulas 105 do STF e 61 desta Corte Superior na vigência do Código Civil de 2002.

VIII - *In casu*, ainda que a segurada tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há que se falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do próprio ato suicida.

IX - *Recurso especial provido.*

Tal julgamento teve discussão aprofundada sobre a aplicação do prazo de carência adotando um precedente evidentemente não desejado pela legislação vigente, sobretudo pela competência constitucional do STJ, que, segundo ensinamento do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵: *“o que dá característica própria ao STJ são suas atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo...”*

Indiscutivelmente, compete ao STJ interpretar em última e definitiva instância a legislação infraconstitucional, vale dizer, a competência constitucional de dar a última palavra sobre a *ratio* das normas editadas no atual Código Civil e, no particular, no artigo 798.

Todavia, neste mencionado julgamento, para a maioria dos julgadores, o fato de o suicídio ter ocorrido no período de carência previsto pelo Código Civil não acarretou a exclusão do dever de pagar o capital segurado, ao fundamento de que o artigo 798, *caput*, do Código Civil de 2002, não afastou a necessidade da comprovação da premeditação do suicídio, mantendo, assim, a jurisprudência anterior, conforme orientação consolidada nas súmulas do STF e STJ.

O ponto nodal do debate ficou por conta da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com sua carga protetora ao beneficiário do seguro, extraíndo-se do voto do eminente relator, exa-

⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo - Malheiros - 25ª edição, p. 572.

tamente no ponto em que se discutiu a eficácia da norma e da sua adequação ao regime do Código revogado, o seguinte: “É evidente que a razão motivadora da norma é a prevenção contra fraude ao seguro. Porém, admitir que aquele que comete suicídio dentro do prazo previsto no Código Civil vigente age de forma fraudulenta, contratando o seguro com a intenção de provocar o sinistro, seria injusto. Mesmo porque a boa-fé deve ser sempre presumida enquanto que a má-fé, ao contrário, necessita de prova escorreita de sua existência.”

Contra essa afirmação, destacou o Ministro Sidnei Benetti no voto vencido: “a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078, de 11.9.1990) torna nulas, sem dúvida, cláusulas abusivas, mas não torna nula a lei que disponha em sentido contrário de forma clara, ou seja, não derroga norma expressa do Código Civil de 2002, elaborada e promulgada posteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, de modo que bem cientes os órgãos ulteriores legiferantes do que faziam, donde se segue que, se a norma restritiva do Código Civil veio a ser promulgada posteriormente, ela o foi exatamente para evitar discussões a respeito de cláusulas contratuais a que a limitação remontasse, caso não existisse a expressa disposição legal”.

Neste contexto, conquanto o julgamento do *leading case* tenha sido por maioria (três votos), vencidos dois dos cinco integrantes da 3ª Turma, comporta uma profunda reflexão sobre determinados pontos, sobretudo quando se tem em mente a possibilidade de novos exames da matéria pelas duas turmas competentes ou, definitivamente, pela 2ª Seção do STJ. Assim, importa destacar o seguinte:

- (i) Não foi exatamente a questão da dificuldade da prova da premeditação que levou o legislador pátrio a modificar o regime legal anterior para estabelecer o novo critério objetivo de carência de dois anos?
- (ii) Não foi a nova norma legal incorporada ao direito positivo justamente para modificar o regime anterior e evitar a necessidade de ser produzida prova sobre a intenção do segurado ao cometer suicídio?

(iii) *Não foi para pôr fim a tal questionamento, já consideradas as regras de proteção ao consumidor em vigor, a razão principal da incorporação da norma do artigo 798 do Código Civil em nosso ordenamento jurídico privado?*

(iv) *Se o STJ é o intérprete último e único da uniformização e da interpretação da legislação infraconstitucional, o afastamento do prazo de carência para a cobertura do seguro, no âmbito de uma das Turmas da Corte, não seria este motivo de apreensão e de desestabilização da segurança jurídica, dando ensejo a uma forma alternativa da inaplicabilidade de lei federal, não declarada inconstitucional?*

Essas questões estão a merecer melhor exame e uma reflexão mais acurada de nossa Corte Infraconstitucional.

V - A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Diante deste quadro e na perspectiva da referida decisão ser revista, aguarda-se que os eminentes ministros que compõem a 2ª Seção do STJ estejam imbuídos dos mais elevados valores legais e sociais capazes de apaziguar as correntes em confronto, levando em conta o ensinamento do renomado Clovis Bevilacqua⁶ para o qual: *“A lei é uma regra social imposta aos indivíduos e exprime a necessidade, socialmente sentida, de que determinadas ações se realizem de certo modo. Essa norma de agir é imposta aos indivíduos, desde o momento em que o poder social a declara obrigatória e o indivíduo pratica o ato a que ela se refere”*.

Nesse sentido, tem-se como inafastável que o artigo 798 do Código Civil é uma regra social de conduta e, como as demais normas em vigor, está inserida no contexto do nosso ordenamento jurídico, impondo a observância do princípio de que a **lex posterior derogat priori**, afastando a interpretação **contra legem** do artigo 798 do CC, sob o argumento de confronto com as normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor.

Na verdade, estando em vigor normas da mesma hierarquia, seria bom que se adotasse entre elas a harmonização dos seus

⁶ Teoria Geral do Direito Civil - 4ª Ed - Ministério da Justiça - 1972, p. 16.

efeitos, a permitir, sempre, a aplicação do mencionado artigo 798, em toda a sua plenitude, por ser de nítida convivência com as diretrizes traçadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 📄

Interpretação e Integração da Norma Tributária

Aurélio Pitanga Seixas Filho

Doutor e Livre-docente em Direito Financeiro pela UERJ. Doutor em Direito Tributário pela Universidade Mackenzie. Advogado.

1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

A norma jurídica pode emitir comandos claros e bem determinados que não exijam maior esforço para entender o seu conteúdo, extensão e finalidade. Entretanto, não poucas vezes, torna-se necessário um esforço intelectual para interpretá-la, isto é, captar, entender ou esclarecer o sentido ou significado normativo do pensamento que está encerrado na lei, seguindo um conjunto de regras da arte de interpretar, campo da Ciência da Hermenêutica.

Conforme lição de Norberto Bobbio, cada palavra é um signo, e como tal:

*“Interpretar significa remontar do signo (signum) à coisa significada, (designatum) isto é, compreender o significado do signo individualizando a coisa por este indicada. Ora, a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos, é uma **species** do **genus** signo (tanto é verdade que é substituível por outros signos, por exemplo os gestos de mão, embora seja mais perfeito porque mais rico e maleável).”¹*

Também, Giorgio del Vecchio esclareceu que “A justa aplicação da norma requer do intérprete a descoberta do significado

¹ O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito, São Paulo, Ícone Editora, 1995, p. 212.

intrínseco, que ele não fique parado ante a letra da lei, mas que lhe colha o sentido próprio: o espírito.”²

A necessidade de entender o sinal contido em uma palavra, especialmente no Direito Tributário, no qual as mudanças ocorrem com frequência, tem uma explicação em Luis Ricasens Siches:

*“Convém, sobretudo, recordar que o Direito positivo é sempre necessariamente uma obra circunstancial, em um duplo sentido ou dimensão, e na acepção filosófica e estrita desta palavra. Por uma parte, as normas jurídicas são gestadas e elaboradas debaixo o estímulo de umas certas necessidades sentidas em uma sociedade e em uma época determinada, é dizer, baixo o conjunto das urgências de uma certa circunstância social.”*³

A interpretação vai do abstrato ao concreto como afirma Eros Grau:

“A interpretação consiste em mostrar algo: ela vai do abstrato ao concreto, da fórmula à respectiva aplicação, à sua ilustração ou à sua inserção na vida; na interpretação de fatos, ao contrário, vai-se do concreto ao abstrato, da experiência à linguagem. A interpretação, pois, consubstancia uma operação de mediação que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica....A interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação, o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado dado. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém

² Lições de Filosofia do Direito, Coimbra, Armênio Amado, 1972, p. 106.

³ Introducción al Estudio del Derecho, Mexico, Editorial Porrúa, 1970, p. 212.

*frente a uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõem.”*⁴

2. INTERPRETAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade concedida por lei à Administração Fazendária consiste em uma liberdade à autoridade para escolher alternativas para dirigir a ação fiscalizadora, optando por aquela que considerar a mais conveniente, escolhendo o momento oportuno para identificar e qualificar o fato gerador, enquadrá-lo na legislação aplicável, conseqüentemente, concedendo certeza jurídica à dívida tributária e, finalmente, liquidar o seu valor.

A doutrina tem se dividido entre aqueles que não aceitam existir discricionariedade na mera interpretação da lei e os que, ao contrário, admitem uma margem de liberdade na denominada discricionariedade cognitiva.

Segundo Alberto Xavier, a discricionariedade, dita volitiva, não pode ser confundida com a mera aplicação da lei, denominada de discricionariedade cognitiva, porquanto extrapola o âmbito desta, resultado de uma interpretação:

*“Com efeito, a doutrina tem distinguido a discricionariedade de ação, livre, pura, constitutiva ou volitiva da discricionariedade de juízo, subjuntiva, cognitiva, vinculada ou técnica. Na primeira, o agente tem liberdade de escolha entre opções juridicamente equivalentes e todas abstratamente possíveis; na segunda, havendo, embora, a intervenção de valorações pessoais do agente, existe inegavelmente uma só opção objetivamente fundada, uma só decisão querida pela lei. A doutrina dominante orienta-se no sentido de que só a discricionariedade volitiva é discricionariedade em sentido próprio, não passando a discricionariedade cognitiva de simples operação de aplicação do direito (subsunção)”*⁵

⁴ O Direito Posto e o Direito Pressuposto, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 153.

⁵ Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1977, p. 159).

2.1 A Discricionariedade Cognitiva

Possuindo a autoridade fiscal poder discricionário para investigar, no momento oportuno e conveniente, as declarações firmadas pelos contribuintes e pelos terceiros, devedores legalmente a tal prestação, interessa pesquisar a subjetividade liberada pelo legislador ao administrador público na interpretação das leis.

A discricionariedade cognitiva, possibilidade de aplicação da lei com alguma margem de liberdade pelo intérprete, é matéria sujeita a opiniões divergentes, seja no âmbito do direito administrativo, seja na teoria do Direito, entendendo Carlos da Rocha Guimarães:

“Assim, não vemos por que motivo, quando se compara a conduta humana com uma norma, para pesquisar se tal conduta é jurídica ou antijurídica, o juízo de valor decorrente dessa comparação será também uma valoração. A valoração da conduta já está feita pela norma. Aquele que examina aquela, face a esta, está simplesmente comparando um fato com um juízo de valor, que é a norma, para ver se esta condena aquele ou o permite. Essa apuração não é uma valoração, no sentido real da palavra, mas um ato cognoscitivo, embora não seja, como querem muitos, uma mera dedução lógica”⁶

A posição extremada em favor da liberdade de aplicação da norma jurídica, quer pelo juiz, quer pela autoridade administrativa, é defendida por Hans Kelsen, de quem podemos reproduzir o seguinte texto:

“Se queremos caracterizar, não apenas a interpretação da lei pelos Tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: Na aplicação

⁶ A Norma e a Sentença”, na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n° 42, Rio de Janeiro, 1974, p. 52).

*do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este acto, ou é produzida uma norma de escalão inferior ou é executado um acto de coerção estatuída na norma jurídica aplicanda.”*⁷

Admite-se que o ato de interpretar a lei não seja meramente mecânico ou resultado de uma pura logicidade, pois o intérprete, além de sua habilidade intelectual, sofrerá a influência dos conceitos apreendidos em sua atividade funcional, o que, entretanto, não significa que possa existir alguma possibilidade de juízo disjuntivo, ou permissão legal para mais de uma alternativa, cabendo ao intérprete, isto sim, chegar à única interpretação possível deixada pela lei, não havendo margem a uma discricionariedade na interpretação.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, um certo grau de ideologia é inevitável na interpretação do Direito, além de ser uma arte, embora a dimensão artística não elimine os aspectos técnicos e científicos presentes na atividade do intérprete.⁸

2.2 Discricionariedade e os Conceitos Indeterminados

Onde a questão se complica um pouco mais, provocando uma divergência maior entre os doutrinadores, é na possibilidade de haver volitividade e, conseqüentemente, discricionariedade na interpretação dos conceitos indeterminados ou imprecisos.

Seria ideal para a implantação da estabilidade e da segurança jurídica na sociedade que as normas jurídicas fossem todas dotadas de clareza e precisão tais, que prescindissem de inter-

⁷ *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., Coimbra, Armenio Amado Editor, 1979, p. 470.

⁸ *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 137/138.

pretação, tornando verdadeiro o velho adágio jurídico *“in claris cessat interpretatio”*.

A presença de conceitos indeterminados no Direito tributário é inevitável, afirma Sérgio André Rocha, “provocando uma relativização da noção clássica de legalidade, na medida em que se reconhece à autoridade fiscal certa margem de liberdade de conformação, devendo-se focar a atenção agora nos mecanismos de controle que protegerão os contribuintes contra um indevido exercício de tal liberdade, a qual permanece pautada pelos limites legais.”⁹

Coerente com seu entendimento de ser essencial para aplicação da norma jurídica abstrata a constituição livre da norma em concreto, Adolfo Merkl não admite a existência de ação administrativa vinculada ou condicionada ou de interpretação unívoca, chegando até mesmo a afirmar que “todo o direito escrito compõe-se, no fundo, de palavras e conceitos semelhantes juridicamente indeterminados cujo sentido haverão de buscar a ciência e a aplicação do direito em disciplinas alheias ao mesmo.”¹⁰

Sem se aceitar o entendimento extremado de Adolfo Merkl de que todo o direito se compõe de palavras e conceitos jurídicos indeterminados, a verdade é que o legislador, mesmo que cuidadoso na técnica legislativa, não conseguirá sempre emitir normas jurídicas claras, precisas e determinadas, o que, mesmo se possível, é considerado inconveniente por alguns por restringir em demasia a atividade da administração pública, conforme afirma Ricardo Lobo Torres:

“Sucede que a clareza do texto da norma, com os seus conceitos determinados e enumerações taxativas, nem sempre é possível no Direito Tributário. A própria procura da clareza pode conduzir ao preciosismo, ao perfeccionismo e ao excesso

⁹ “A Deslegalização no Direito Tributário Brasileiro: Segurança Jurídica, Legalidade, Conceitos Indeterminados, Tipicidade e Liberdade de Conformação da Administração Pública”, no livro **Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário**, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 246.

¹⁰ **Teoría General del Derecho Administrativo**, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 204/206.

de regulamentação. As normas tributárias, inflacionadas e de duração efêmera, não primam, nem mesmo em países de sólida tradição jurídica, pela perfeição da forma, sendo defeituosas e imprecisas em grande número... Além disso, o Direito Tributário não pode prescindir dos conceitos indeterminados e dos tipos jurídicos que, abertos por natureza, possibilitam a reelaboração e a renovação da norma por parte do intérprete”¹¹

Conforme Castanheira Neves, a discricionariedade vinculada admitirá uma concepção mais maleável da aplicação do direito, em termos de não só se incluir nela uma certa forma de discricionariedade, aquela que existiria sempre que o órgão de decisão, embora guiado vinculadamente pelo sentido e fim normativo da lei, fosse chamado a uma determinação em concreto.¹²

Também Afonso Rodrigues Queiró:

“Se fosse possível, deveria a lei definir com toda a precisão e rigor de detalhes as condições de agir dos órgãos administrativos... O Legislador para se manter tal, tem, pois, que deixar à administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas para isso tem de sacrificar... a sua própria qualidade de legislador.”¹³

Segundo Emilio Betti, na medida em que a lei não decide ela mesma, senão se remete à determinação discricionária do poder executivo, ao qual é deferida a decisão dentro dos limites assinalados, pode-se dizer que o órgão deste poder é chamado a fixar por si a máxima do próprio atuar. Salvo sempre a observância da finalidade geral da sociedade e do Estado, a discricionariedade supõe por parte da autoridade uma valoração não vinculada, senão

¹¹ Obra citada, p.132/133.

¹² *Questão de Facto, Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 1967, p. 380/381).

¹³ “A Teoria do Desvio do Poder”, na *Revista de Direito Administrativo*, volume V, p. 57/59.

autônoma dos interesses concorrentes no caso em questão... respondendo por igual às exigências do interesse público.¹⁴

A segurança e certeza demonstrada pelos juristas que consideram ter a indeterminação de alguns conceitos jurídicos uma única solução ou alternativa correta não é a mesma de autores que, mesmo reconhecendo que noções como pobreza, velhice, notável saber, boa ou má reputação, urgência, tranquilidade podem ser univocamente identificáveis em alguns casos concretos, admitem que, em outros tantos, não será reconhecido com bastante segurança e certeza o notável saber de alguém ou sua boa ou má reputação.

Aliás, Celso Antonio Bandeira de Mello, para enfatizar a indeterminação e imprecisão dos conceitos necessitados de aplicação jurídica, preferiu denominá-los de conceitos legais fluidos, em cuja interpretação seria possível mais de um entendimento razoável, razão pela qual a solução encontrada pelo administrador não poderia ser inquinada de ilegal e substituída por outra solução razoável do julgador:

“Em suma: muitas vezes - exatamente porque o conceito é fluido - é impossível contestar a possibilidade de convivem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Já observou Bernatzik, colecionado por Afonso Rodrigues Queiró, que existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa. Eis por que não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”¹⁵

¹⁴ Interpretacion de la Ley y de los Actos Jurídicos, Madri, Editoriales de Derecho Reunidas, 1975, p. 151.

¹⁵ Discricionariedade e Controle Jurisdicional, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 22/23.

O Ministro Vitor Nunes Leal afirmou:

“A noção de interesse coletivo é tão vaga e imprecisa que nenhuma garantia teriam os particulares com a substituição do critério administrativo pelo judiciário. Sempre, portanto, que a discussão girar em torno de uma questão de conveniência pública ou de oportunidade - questão por sua natureza controvertida - a administração se move com plena liberdade, imune da intromissão do judiciário.”¹⁶

Para outra corrente de juristas, os conceitos indeterminados devem ser interpretados pelo administrador, que aplicará aquela única solução possível ao caso em questão, por lhe faltar a liberdade de escolher uma entre várias alternativas legais, como lhe é permitido nas hipóteses de aplicação discricionária.

Para Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández:

“A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc...), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da administração. Pelo contrário, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta) umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso, é um processo regulado que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do

¹⁶ “Poder Discricionário da Administração - Abuso desse Poder”, *Revista de Direito Administrativo*, n° 14, p. 79.

*aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional... Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma só solução em cada caso”.*¹⁷

A possibilidade de entendimento adequado de alguns conceitos indeterminados empíricos, ou de experiência por mero exercício de interpretação, enquanto alguns outros, especialmente os conceitos de valor, exigem do administrador um esforço intelectual mais extenso, até mesmo com o uso de sua subjetividade para a adoção de uma decisão apropriada para o caso concreto, parece ser a colocação mais compatível com a realidade dos fatos, granjeando cada vez mais adeptos.

A Professora Regina Helena Costa, após manifestar sua divergência com a opinião de Queiró, que considerava somente existir discricionariedade no exame dos conceitos indeterminados, os quais sempre permitiriam uma liberdade de decisão ao administrador após exaurido o processo interpretativo, o que, realmente, merece ser contestado, afirma que:

“Destarte, para nós, a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à administração pública. Pensamos que a solução à questão só pode ser fornecida casuisticamente, tendo em vista o tipo de conceito empregado pela norma. Se não, vejamos. Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser classificados em conceitos de experiência e conceitos de valor. E, conforme pretendemos demonstrar, entendemos que, quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna

¹⁷ Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 394 e 395.

preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente caberá àquela, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade.”¹⁸

Na medida em que a discricionariedade cognitiva como um mero ato de interpretação da lei não admite volitividade por parte do intérprete, cujo juízo, apesar de toda sua habilidade artística, deverá cingir-se à única forma possível de aplicação da lei, a interpretação de conceitos vagos ou ambíguos permite à autoridade administrativa alguma subjetividade na determinação concreta do sentido da norma jurídica, apesar de se encontrar previamente guiado ou balizado pela própria norma ou pelo sistema jurídico (discricionariedade vinculada).

A posição de Ricardo Lobo Torres, favorável à utilização dos tipos jurídicos abertos e dos conceitos indeterminados em Direito Tributário por permitirem a reelaboração e a renovação da norma pelo intérprete, é isolada entre os tributaristas brasileiros que, ao contrário, primam em defender a tipicidade cerrada como forma de restringir a relevância da vontade na produção de efeitos jurídicos tributários.

Sendo defensável o uso de conceitos não muito determinados em alguns ramos da ciência jurídica em que as pessoas dispõem de liberdade para regularem os seus bens e direitos, no Direito Tributário, a inconveniência de existirem leis imprecisas, contendo conceitos fluidos, ambíguos e vagos, facilita um planejamento tributário para elidir o pagamento do tributo, conforme a lição de Antonio Roberto Sampaio Dória:

¹⁸ “Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa”, *Revista de Direito Público*, n° 95, p. 134.

“Destarte, toda a elaboração que faremos girará exclusivamente em torno da elisão resultante de lacunas ou imperfeições da lei tributária, das quais se aproveitam licitamente os contribuintes, com certa disposição de sua vida econômica, aceitando a premissa de que, se o legislador não a quer, pelo menos não a vedou expressamente.”¹⁹

Tanto a insatisfação da autoridade fiscal com a pretendida elisão praticada pelo contribuinte, que resulta num lançamento de ofício, quanto a interpretação do Fisco com respeito ao conceito indeterminado, que pode ser considerada pelo contribuinte como uma forma de integração ou colmatação de uma lacuna da lei, levam a litígios fiscais que inúmeras vezes provocam a promulgação de uma nova lei para o efeito de tornar mais determinado ou mais preciso o conceito legal, sendo, conseqüentemente, desejável, que sempre as leis tributárias sejam, *ab initio*, precisas e determinadas.

3. INTERPRETAÇÃO DE UM CASO CONCRETO

Um texto legal, mesmo bem redigido, pode conduzir a variadas interpretações, exigindo a utilização de alguns recursos hermenêuticos, razão pela qual o exame de um caso concreto tem bastante utilidade, como possibilitará a lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997:

Art. 1º A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses: (Redação dada pela Lei no 9.532, de 1997)
I - receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras, feitos por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem assim os pagamentos de aluguel de containers, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias;

¹⁹ Elisão e Evasão Fiscal, São Paulo, Lael, 1971, p. 31).

II - comissões pagas por exportadores a seus agentes no exterior;

III - valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos para o exterior: (Redação dada pela Lei nº 11.774, de 17 de setembro de 2008)

a) em decorrência de despesas com pesquisas de mercado, bem como aluguéis e arrendamentos de stands e locais para exposições, feiras e conclaves semelhantes, inclusive promoção e propaganda no âmbito desses eventos, para produtos e serviços brasileiros e para promoção de destinos turísticos brasileiros; (Incluída pela Lei nº 11.774, de 17 de setembro de 2008).

b) por órgãos do Poder Executivo Federal, relativos à contratação de serviços destinados à promoção do Brasil no exterior; (Incluída pela Lei nº 11.774, de 17 de setembro de 2008).

IV - valores correspondentes a operações de cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias (hedge);

V - valores correspondentes aos pagamentos de contraprestação de arrendamento mercantil de bens de capital, celebrados com entidades mercantil de bens de capital, celebrados com entidades domiciliadas no exterior;

VI - comissões e despesas incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas, domiciliadas no Brasil, desde que aprovadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários;

VII - solicitação, obtenção e manutenção de direitos de propriedade industriais, no exterior;

VIII - juros decorrentes de empréstimos contraídos no exterior, em países que mantenham acordos tributários com o Brasil, por empresas nacionais, particulares ou oficiais, por prazo igual ou superior a quinze anos, à taxa de juros do mercado credor, com instituições financeiras tributadas em

nível inferior ao admitido pelo crédito fiscal nos respectivos acordos tributários;

IX - juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocações no exterior, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive comercial papers, desde que o prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses;

X - juros de desconto, no exterior, de cambiais de exportação e as comissões de banqueiros inerentes a essas cambiais;

XI - juros e comissões relativos a créditos obtidos no exterior e destinados ao financiamento de exportações.

4. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA - *RATIO LEGIS*

Como pode ser observado, a lei discrimina onze hipóteses diferentes de remessas de moeda para o exterior, significando assim, que a finalidade, a razão de ser desta lei do imposto de renda, isto é, a sua *ratio legis* desde sua origem em 1943, pelo artigo 97, § 2º do Decreto-lei nº 5.844 e artigo 56 da Lei nº 7.713 de 1988, mantida pelas leis 9.481 e 9.532 de 1997, foi desonerar do imposto de renda na fonte os valores remetidos ao exterior pelas razões explicitadas nos incisos, reduzindo, desta forma, o respectivo custo.

5. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA ISENÇÃO

Entretanto uma autoridade fazendária resolveu interpretar a palavra embarcação, restringindo a desoneração tributária exclusivamente para embarcações destinadas ao transporte de pessoas e cargas, valendo-se de outras leis que, para seus próprios fins, discriminam uma variedade de embarcações.

Para o Direito Marítimo, no mesmo ano de 1997, a classificação das plataformas foi feita pela Lei nº 9.537 em seu artigo 2º, primeiro no inciso V:

“Embarcação: qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita à inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas.”

E no inciso XIV:

“Plataforma: instalação ou estrutura fixa ou flutuante, destinada às atividades direta ou indiretamente relacionadas com a pesquisa, exploração dos recursos oriundos do leito das águas interiores e seu subsolo ou do mar, inclusive da plataforma continental e seu subsolo.”

Naturalmente, a *ratio legis* desta lei, específica para o Direito Marítimo, foi a de discriminar as várias espécies de embarcação, conforme a necessidade de estabelecer regras particulares para cada tipo de embarcação, de acordo com suas respectivas funções e especificidades. É o caso das plataformas para transporte de pessoas e cargas e das plataformas fixas para perfuração e exploração de petróleo. Entretanto, esta diferença não tem qualquer relevância na lei do imposto de renda.

Para início da interpretação dos textos das leis tributárias é bom lembrar que o tratamento de não tributar a receita do aluguel das embarcações e aeronaves estrangeiras tem sua origem no ano de 1943, quando ainda não existiam no Brasil plataformas marítimas de perfuração.

A Tarifa Aduaneira, baseada na Nomenclatura do Sistema Harmonizado (antiga Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas), tem como *ratio legis* discriminar o mais especificamente possível as mercadorias estrangeiras para, de acordo com a política aduaneira, selecionar uma alíquota do imposto de importação para proteger o produto similar nacional.

Por esse motivo, o capítulo 89 engloba genericamente as “embarcações e estruturas flutuantes”, ficando, por sua vez, nos itens 89.01 a 89.04 todos os tipos de embarcações de transporte de pessoas e bens, enquanto as plataformas de perfuração ou de exploração foram classificadas na posição 89.05.

Já a mesma nomenclatura, usada na tributação pelo Imposto sobre Produtos Industrializados, é menos discriminatória do que a Aduaneira, pois tributa exclusivamente produtos fabricados no país.

Assim, não é difícil de compreender que a lei marítima, a nomenclatura aduaneira, bem como a do imposto sobre produtos industrializados, têm propósitos próprios e específicos para as suas respectivas funções, não sendo pertinente, nem útil, apropriar-se, numa lei do imposto de renda, de particularidades ou critérios distintivos de outras leis, mesmo tributárias, conforme a lição de Geraldo Ataliba:

*“Podemos, portanto, concluir que se a lei tributária faz referência a um conceito de fato, o intérprete, para efeitos tributários, não está adstrito ao regime jurídico que outras leis atribuam àquele fato o direito tributário não pode redefinir os conceitos e institutos do direito privado, o que pode é modificar o tratamento jurídico de determinadas situações, para efeitos tributários, para atingir suas finalidades.”*²⁰

No mesmo sentido, Rubens Gomes de Sousa lembrou que o Código Tributário Nacional diz que o legislador tributário pode, para efeitos fiscais, exclusivamente, modificar o conteúdo, o alcance e os efeitos dos conceitos do direito privado que utilize.²¹

Sendo, conseqüentemente, a finalidade da questionada lei reduzir o custo dos valores a serem remetidos ao exterior através da desoneração do imposto de renda que poderia incidir nas mencionadas operações, razão pela qual não tem sentido a interpretação que exclua as plataformas não destinadas ao transporte de pessoas e cargas da desobrigação tributária.

6. INTERPRETAÇÃO LITERAL

A interpretação da lei tributária deve aceitar todos os critérios e elementos próprios da teoria geral da interpretação, seja para a imposição seja para a isenção, coerentemente com o ca-

²⁰ Interpretação no Direito Tributário, São Paulo, EDUC - Saraiva 1975, p. 105 e 107.

²¹ Livro acima, p.105.

ráter e natureza comum, normal e ordinário da norma tributária, lição esta de Eusébio González Garcia.²²

Desta forma, as leis tributárias que estabelecem uma regra que excepcione o tratamento padrão devem receber uma interpretação apropriada como já tive a oportunidade de explicar:

“É natural que o intérprete examine com mais atenção ou rigor se o fato ocorrido pode ser encaixado numa norma isencional que particularize uma determinada situação, já que a situação excluída da tributação sempre tem uma dimensão reduzida, não sendo válidos métodos compressores para reduzir o tamanho do fato, nem métodos dilatadores para ampliar o alcance da norma restritiva, a fim de permitir o encaixotamento.”²³

A interpretação literal das leis que desoneram os rendimentos auferidos no afretamento de embarcações marítimas e fluviais estrangeiras do pagamento do imposto de renda na fonte permite entender que a alíquota zero ou a redução da tributação aplica-se a toda e qualquer embarcação marítima ou fluvial sem qualquer restrição ao seu uso.

Como bem ensinou o Doutor Carlos da Rocha Guimarães, a compreensão literal do texto da lei somente pode ser ampliada por um intérprete, considerando existir uma lacuna:

“Parece, pois, legítimo concluir que a lei tributária (CTN), ao falar em interpretação literal, não pretendeu eliminar o processo de compreensão efetiva do texto legal, mas impedir que, por um processo integrativo (não estritamente interpretativo) se pretendesse preencher o que o seu aplicador considerasse como lacuna da lei, ultrapassando os justos limites que o caso impõe, que são os de só

²² *La Interpretación de las Normas Tributarias*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 27.

²³ *Teoria e Prática das Isenções Tributárias*, Rio, Forense, 1989, p.184.

admitir como interpretação o que se considere implícito na lei.”²⁴

Assim, pode ser concluído que a apreensão do verdadeiro pensamento da lei através da mera capacidade expressiva da linguagem é no sentido de que a vontade do legislador dirige-se para embarcação em geral, não existindo alguma lacuna que permita a desintegração nas diversas espécies de embarcação.

7. INTERPRETAÇÃO APRIORÍSTICA

A restrição da isenção tributária (alíquota zero - não tributação) exclusivamente a embarcações marítimas ou fluviais encarregadas do transporte de pessoas e cargas não foi incluída na redação do inciso I do artigo 1º da Lei nº 9.481 de 1997, nem na Lei nº 9.532 de 1997 nem tampouco no artigo 691 do RIR de 1999.

Consequentemente, a inclusão da finalidade de transportar pessoas e cargas é resultante de uma interpretação preconceituosa e apriorística *in dubio pro fisco*, como bem lecionou Amílcar Araújo Falcão:

*“Por muito tempo se porfiou sobre o método de interpretação que fosse compatível com o direito tributário. Inicialmente, foram defendidos critérios apriorísticos, que remontam ao direito romano e que consideravam que a lei tributária deveria ser interpretada ou num sentido que, ocorrendo dúvida, beneficiasse o fisco (ut fisco faveat), ou, como mais tarde e por muito tempo se pensou, com apoio na sentença de Modestino favorecesse o contribuinte (in dubio contra fisco).”*²⁵

Pelo tempo decorrido e pela democratização do direito público, a interpretação preconceituosa da lei tributária já deveria

²⁴ Interpretação Literal das Isenções Tributárias em Proposições Tributárias, São Paulo, Resenha Tributária e Associação Brasileira de Direito Financeiro, 1975, p. 62.

²⁵ Direito Tributário Brasileiro, Rio, Edições Financeiras, 1960, p. 49.

ter sido superada, pois lição já bastante antiga, adotada por Ezio Vanoni, ensinava que a lei tributária é uma lei da mesma natureza que qualquer outra lei do ordenamento jurídico, razão pela qual deveria ser aplicado o mesmo critério de interpretação formulado para todas as leis e que é adotado pela doutrina geral do direito.²⁶

No Brasil, o pioneiro do direito tributário, Francisco Sá Filho, já lecionava:

*“Certo, é, porém, que em face da exegese, não há lugar nem para o princípio de Modestino, nem para o seu oposto. Efetivamente, a interpretação das leis tem por função revelar-lhes o sentido, ou como diziam ainda os romanos, interpretar “nihil aliud est, quam legis obscurae vel ambigua explicatio”. A missão mais alta da hermenêutica é, precisamente, dissipar as dúvidas emergentes dos textos legais.”*²⁷

8. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA (POR COMPREENSÃO) OU EXTENSIVA (*LACUNA INTRA LEGEM*)

Por uma questão de precisão de linguagem, é necessário distinguir a interpretação da lacuna *intra legem* da integração da lacuna *praeter legem*, tendo em vista a diversidade de qualificação destes fenômenos pela doutrina.

Como já foi explicado anteriormente, na discricionariedade, a lei autoriza que se escolha entre mais de uma forma de aplicação da lei, enquanto na interpretação só é possível uma forma de aplicar a lei, mesmo que seu texto contenha ambiguidades ou seja lacunoso.

Na interpretação analógica (analogia por compreensão ou interpretação extensiva), quando o texto da lei não permite um entendimento unívoco, cabe ao intérprete pesquisar os vários sentidos que a norma possibilita para decidir qual delas é mais ade-

²⁶ “*Elementi di Diritto Tributario*”, de 1934, no livro *Opere Giuridiche*, v. II, Milão, Giuffré, 1962, p. 89.

²⁷ *Estudos de Direito Fiscal*, Rio, Procuradoria Geral da Fazenda Pública - Imprensa Nacional, 1942, p. 37.

quada para o fato analisado ou estender a interpretação para uma situação análoga, como ensina Ricardo Lobo Torres:

*“A analogia do Direito Tributário deve observar alguns parâmetros importantes: só se utiliza quando insuficientes a expressividade das palavras da lei; é necessário que haja semelhança notável entre o caso emergente e a hipótese escolhida para comparação;...”*²⁸

Lição antiga de Ezio Vanoni sobre a analogia em direito tributária foi a seguinte:

*“O intérprete não pode, mediante a aplicação analógica, criar um dever tributário, porque se transformaria em legislador. Mas ao contrário, o procedimento analógico consiste na extensão de um preceito a casos não amparados pela lei, mas que tenham com a hipótese prevista na lei uma relação de afinidade tal que haja uma equiparação estreita com a razão jurídica que equiparou a norma formulada. A analogia não importa à criação de um novo direito, mas à revelação de uma proposição jurídica latente, e à sua aplicação ao caso examinado na esfera de aplicação da norma de direito reconstruída.”*²⁹

Em outra oportunidade, Vanoni assim se pronunciou sobre a interpretação extensiva:

“A chamada interpretação extensiva, com efeito, não constitui uma ampliação do preceito legal mais além da norma, porém unicamente a identificação da efetiva vontade da lei, mais além da fórmula empregada. O intérprete, em seu trabalho, não pode ser vinculado pela expressão cristalizada no

²⁸ Livro mencionado, p. 106.

²⁹ Teoria Generale del Diritto Tributário na Opera Giuridiche, v. II, Milão, Giuffrè, 1962, p. 98/9.

*preceito legislativo. Qualquer que seja a natureza da norma, cumpre-lhe procurar a verdadeira vontade do Estado, através da formulação que tenha recebido na lei.”*³⁰

Ricardo Lodi Ribeiro, também, com base em Larenz, explica o limite da expansão da interpretação depois de exaurido o conceito central:

*“De cada conceito, podemos extrair um âmbito nuclear, representado pelo sentido que, em primeiro lugar, é utilizado na linguagem corrente. No entanto, em tal conceito ainda estão abrangida outras acepções, só algumas vezes levadas em conta no uso lingüístico geral ou apenas utilizadas no uso especial. São os fenômenos contidos na chamada franja marginal do conceito. O limite da franja marginal nos é dado pela interpretação extensiva. Além desta, não há mais que se falar em interpretação, mas integração do direito.”*³¹

8.1 Integração (*lacuna praeter legem*) - Analogia por extensão

A extensão indevida do texto da norma foi muito bem explicada pelo tributarista ítalo-argentino Dino Jarach, ao interpretar o aforismo - quando a lei não distingue, tampouco deve distinguir o jurista:

*“Em geral deve-se dizer - como dizem a literatura e a jurisprudência norte-americana - que deve ser evitado o que os autores denominam *rules of thumb* (regras do dedo polegar), isto é, regras gerais, das quais se extraem consequências além da realidade dos fatos ou dos propósitos do legislador.”*³²

³⁰ *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*, tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio, Edições Financeiras, s.d., p. 320.

³¹ *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*, Rio, Lumen Juris, 2003, p. 97.

³² *Interpretação no Direito Tributário*, São Paulo, EDUC e Saraiva, 1975, p. 86.

A interpretação extensiva, na medida em que esclarece a “francha marginal”, extraindo todo o seu conteúdo, não extrapola o sentido da lei, pois não tem a função de preencher uma pretendida lacuna do mandamento legal, ampliando e completando uma vontade ou um sentido não originário da lei, insuficientemente manifestada ou formatada, através de uma operação de integração, conforme ensinou Massimo Severo Giannini.³³

Com respeito ao mencionado caso concreto, a inclusão da finalidade, de transportar bens e pessoas através de uma interpretação da lei que concedeu a alíquota zero para as embarcações, na realidade a sua inclusão no sentido da lei resulta de uma interpretação (praeter legem) que acaba preenchendo uma pretensa lacuna. Consequentemente, houve um alargamento no sentido da lei com a integração de uma finalidade, originariamente nela não contida.

9. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS SANCIONATÓRIAS

“O ilícito, conforme Lindemberg da Mota Silveira, seja qual for, é o comportamento que infringe um dever jurídico, exigível em razão de uma imposição normativa, ou em decorrência de sua constituição ex voluntas. O mesmo se dá com o ilícito tributário, que é um comportamento disforme à norma tributária, ou ao sistema normativo dela emergente, e que pode ser sancionado com uma pena privativa de liberdade. Nesse caso, o ilícito configura um crime (p.ex. sonegação fiscal). Há casos em que se verifica, concomitantemente, um crime contra a ordem tributária e uma infração, hipótese na qual há incidência de uma pena privativa da liberdade e uma de natureza patrimonial (p.ex. desca-minho). Finalmente, o ilícito tributário pode, tão somente, ser punido com uma sanção pecuniária ou patrimonial; são as chamadas infrações tributárias ou fiscais.”³⁴

³³ “L’Interpretazione dell’Atto Amministrativo e La Teoria Giuridica Generale dell’Interpretazione”, no livro Scritti, volume Primo, Milão, Giuffrè, 2000, p. 87.

³⁴ Estrutura Jurídica do Ilícito Tributário, Belém, IASP - CEJUP, 1987, p. 45.

O cometimento de uma infração tributária por parte do contribuinte ocorrerá por causa de um erro ou de uma fraude. Não sendo a fraude devidamente comprovada, a penalidade aplicável será aquela causada por um erro.

No direito tributário brasileiro, o pagamento errado do tributo é punido independentemente da causa do erro, da subjetividade do agente, vigorando o princípio da responsabilidade objetiva, conforme o artigo 136 do CTN: *Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável, e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do fato.*

A responsabilidade objetiva está restrita aos ilícitos administrativos que não contenham algum tipo de falsidade, porquanto, nesta espécie de ilícito administrativo, a penalidade tributária pecuniária é agravada, independentemente de outras penalidades administrativas e da ação criminal cabível.

Tem cabimento a aplicação do artigo 112 do CTN - *A lei tributária que define infrações ou lhe comina penalidades ... em caso de dúvida deve ser interpretada mais favorável ao acusado* - especialmente quando não ficar configurada a prática criminal, devendo ser aplicada a multa menos gravosa.

Quanto aos incisos do artigo 112, é óbvio que os fatos ilícitos devem ser rigorosamente comprovados, não havendo alguma margem para uma dúvida.

10. INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DA NORMA TRIBUTÁRIA

Ordinariamente, a razão de ser de um tributo é a de fornecer recursos financeiros ao Estado. As receitas públicas sinalagmáticas, como a taxa e o preço público, correspondem ao custo da atividade pública fornecida ao pagador. Já o imposto é uma expropriação da renda/riqueza do contribuinte.

Como os contribuintes são pessoas que exercem uma atividade econômica, seja coletivamente (empresas), seja individualmente, e até mesmo as pessoas que não são empresários (pessoa física), de um modo ou de outro, participam do mercado, os impostos atingem a economia do país, razão pela qual a sua incidência não pode deixar de ser interpretada através de critérios econômicos.

Desta forma, a lei tributária não poderá ser interpretada somente através de critérios jurídicos, como ensina Ricardo Lobo Torres:

*“A interpretação é simultaneamente jurídico-econômica, pois a finalidade econômica vive sempre **sub specie juris**. Relevantes, por conseguinte, os resultados da Economia Política e da Economia do Direito, inclusive no que concerne ao planejamento estatal e das empresas e à economicidade dos tributos.”*³⁵

Leis tributárias, que têm de levar em conta a capacidade contributiva econômica, afirma Tipke, conectam-se a acontecimentos e condições econômicas e necessitam por isso especialmente de uma interpretação econômica, que é caracterizada como ponto de vista econômico. O ponto de vista econômico não é nenhum método especial de Direito tributário, mas deve prevalecer sobretudo onde o legislador tem de regular estado de fato econômico. Ele é parte da interpretação teleológica da lei, visto que leis tributárias servem a fins de oneração de acontecimentos e condições econômicas.³⁶

A interpretação econômica da lei tributária tem como premissa básica evitar um excessivo formalismo jurídico, segundo Kruse:

“O significado econômico do suposto de fato há de determinar segundo seu conteúdo real, não segundo suas formas de manifestação exteriores. A legislação austríaca determina como decisivo o autêntico conteúdo e não a forma de manifestação exterior do suposto de fato. A caracterização dirige-se aqui a alcançar de tal forma o suposto de fato como realmente é, não como se apresenta em base a formais configurações jurídicas. Não é a vestimenta técnico-jurídica ca-

³⁵ Obra citada. p. 162.

³⁶ Klaus Tike e Joachim Lang, *Direito Tributário*, Porto Alegre, Fabris, 2008, p. 321.

*sual ou arbitrária a que deve ser gravada, senão o núcleo econômico do suposto de fato, posto que as leis impositivas ligam-se a procedimentos e organizações econômicas.*³⁷

O contribuinte do imposto deve fornecer ao Estado uma parcela de sua renda ou de sua riqueza, fenômenos econômicos, razão pela qual a interpretação da dívida tributária, primordialmente, deve examinar esse pressuposto fático, como esclareceu Heinrich Beisse:

*“A consideração econômica como princípio de interpretação legal se liga à avaliação da situação fática, além de ser uma interpretação mais livre de conceitos jurídicos.”*³⁸

Posteriormente, reiterou que, ao critério econômico, na interpretação das leis, corresponde, segundo a lógica jurídica, a compreensão e a valoração dos fatos da vida, sobre os quais se não de aplicar as leis e um julgamento econômico dos fatos. Sendo assim, o critério econômico no direito tributário, uma forma de aplicação do método teleológico da investigação jurídica.³⁹

A consideração econômica na interpretação das leis tributárias foi bem explicada por Heinz Paulick ao justificar o parágrafo 42 da Ordenação Tributária Alemã (*A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas. Sempre que ocorrer o abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada*):

“Que na interpretação e aplicação das leis tributárias e no entendimento dos fatos há de ter-se em conta também seu significado econômico, quer se dizer que não somente deve

³⁷ Heinrich Wilhelm Kruse, *Derecho Tributário*, Madri, Editorial de Derecho Financiero, 1978, p. 199.

³⁸ *Estudos Tributários*, em homenagem a Rubens Gomes de Sousa, São Paulo, Resenha Tributária, 1974, p. 42.

³⁹ *Direito Tributário*, em homenagem a Ruy Barbosa Nogueira, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 6, 30 e 36.

interpretar atendendo à aparência externa dos fatos, tal como se manifesta no texto quando se trata de negócios jurídicos, senão que há que atender também o conteúdo economicamente relevante que está na base de tais fatos. Há que indagar o sentido econômico que está detrás dos fatos externos e tê-los em conta na valoração jurídico-tributária.”⁴⁰

Em suma, a interpretação da lei de um imposto, tendo em vista que um imposto costuma ser regido por dezenas de leis, razão pela qual o artigo 212 do CTN exige uma Consolidação anual de cada imposto (nunca cumprida), deve levar em consideração o que Klaus Vogel denominou de instituto jurídico do imposto, isto é, um núcleo de regras básicas que devem ser consideradas no contexto da interpretação de uma lei tributária, até mesmo as de exoneração do pagamento.⁴¹

11. DESCONSIDERAÇÃO DA FORMA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

Tendo em vista que a finalidade do imposto é fornecer recursos monetários para o Estado, o fato gerador desse tributo não pode deixar de ser um fato indicativo da renda ou da riqueza do contribuinte, desde que sua forma jurídica seja compatível com o respectivo fato econômico.

A doutrina de direito tributário, de longa data, tem esclarecido este fato, conforme parecer de 1933 de Francisco Sá Filho:

*“O direito tributário, e é este o caso mais geral, serve-se dos institutos de direito privado como dados de fato, fenômenos quaisquer da vida jurídica e econômica, que, regulados em normas definidas pelo direito privado, são referidos pela lei tributária, apenas no seu sentido genérico essencial, no seu **substractum** originário. Esta é, em sentido imperfeitís-*

⁴⁰ Ordenanza Tributaria Alemana, Madri, Instituto de Estudios Fiscales do Ministério de Hacienda, 1980, p. 50.

⁴¹ “Tributos Regulatórios e Garantia da Propriedade no Direito Constitucional da República da Alemanha”, no livro citado acima, p. 547.

simo, a lição de Becker, o inspirador da lei básica do direito tributário alemão, a Reichsabgabenordnung, de 1929, de Blumenstein, de Max Lion, de Vanoni, que os cita, do mesmo Trotabas, de Griziotti e da grande torrente dos financistas hodiernos."⁴²

O negócio jurídico praticado pelo contribuinte nada mais é do que um *pressuposto de fato*, como esclareceu Carlos da Rocha Guimarães:

*“Quando o direito fiscal tributa um ato jurídico, esse ato, para a lei fiscal, constitui um mero fato. A vontade das partes manifestada no negócio jurídico não é fonte da obrigação tributária; a fonte desta é a lei; assim sendo, o ato jurídico funciona como mero pressuposto de fato, para que nasça o crédito fiscal. Não é, pois, a forma escolhida pelas partes, que é objeto da tributação, mas o seu conteúdo econômico.”*⁴³

O que interessa ao Direito Tributário é a relação econômica, conforme Amílcar Araújo Falcão:

*“Um mesmo fenômeno da vida pode apresentar aspectos diversos, conforme o modo de encará-lo e a finalidade que, ao considerá-lo, se tem em vista... Aquilo que em direito privado é um ato jurídico produto da vontade do indivíduo, em direito tributário é um mero fato -fato gerador ou impositivo. Daí o diverso tratamento de situações jurídicas que se supõe iguais, mas que de fato, não o são. É que, enquanto nas civis ou comerciais, é relevante a **intentio juris**, interessa ao direito tributário somente a vontade empírica, ou seja, a **intentio facti**.”*⁴⁴

⁴² *Estudos de Direito Fiscal*, Rio, Procuradoria Geral da Fazenda Pública e Imprensa Nacional, 1942, p. 4

⁴³ *Dívida Fiscal - Crédito Fiscal*, verbete no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Volume XVIII, Rio, Borsoi, p.120:

⁴⁴ *Introdução ao Direito Tributário*, Rio, Forense, 1993, 4ª Edição, p. 76/78.

O valor da interpretação das leis tributárias foi adequadamente exposto por Eusébio Gonzáles Garcia:

“O propósito de lutar contra a fraude à lei pode igualmente alcançar-se investigando a verdadeira natureza jurídica do contrato ou negócio realizado, e sem causar o caos interpretativo que se derivou da teoria da consideração econômica, com a subsequente incerteza, insegurança e freqüentes arbitrariedades... Pode-se afirmar que não haverá fraude à lei que resista através da adequada interpretação da natureza jurídica do contrato resultante”⁴⁵

A incompatibilidade da forma jurídica com a realidade do fato gerador foi adequadamente observada por Beisse:

“Embora a forma do direito civil seja séria, não há nenhuma obrigatoriedade de tributação da forma escolhida, quando esta se apresenta como um abuso com o objetivo de evitar o imposto. Aqui de novo entra em jogo, inteiramente, o critério econômico na apreciação geral de um fato dessa espécie... Se se trata de intenção de evitar o imposto ou de uma forma abusiva utilizada para isso, é questão que novamente tem de ser compreendida em termos econômicos.”⁴⁶

Brandão Machado, prefaciando livro de Wilhem Hartz, apontou o abuso da forma jurídica como fraude ao pagamento do imposto:

“Tomando-se como modelo a fraude à lei criou-se, como se disse, no direito tributário alemão, o instituto da fraude ao imposto. Que consiste precisamente no emprego de formas jurídicas lícitas para a obtenção de um resultado não propriamente proibido pela lei, mas não desejado pelo Estado, e que é o não pagamento do imposto num caso em que usualmente se deveria

⁴⁵ La Interpretación de las Normas Tributarias - Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 66/73.

⁴⁶ Direito Tributário, Estudos em Homenagem a Ruy Barbosa Nogueira, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 32.

pagar. Fraudar o imposto passou a ser não pagá-lo ou pagá-lo com redução mediante abuso de formas do direito privado.”

Enquanto Hartz:

“O critério econômico é um princípio de interpretação absolutamente jurídico que se insere claramente na teoria do direito tributário e na teoria geral do direito como outro qualquer e uma parte do sistema jurídico geral... É assim o critério econômico um princípio de interpretação... Na apreciação dos fatos geradores o que importa é compreendê-los em seu real conteúdo econômico, sem atentar para a forma acidental ou arbitrária que as partes lhes atribuíram. Casos com o mesmo apoio econômico recebem o mesmo tratamento tributário.”⁴⁷

O arrendamento mercantil é um negócio jurídico distinto da compra e venda desde que ao fim do seu prazo reste um saldo significativo a pagar. Caso o saldo a pagar seja insignificante ou zero, ou o bem tenha se esgotado, não haverá dúvida que o negócio realizado foi uma compra e venda, não sendo legítima, consequentemente, a forma jurídica adotada.

Já relatei uma hipótese de planejamento tributário ou economia fiscal em que foi utilizada uma forma lícita de direito privado quando se cindiu uma parcela do ativo da empresa constituindo uma segunda empresa, para, em seguida, vender as ações ou cotas desta última, operação esta, que na época, tinha um tratamento tributário mais favorável que o da venda do ativo da primeira empresa. Naturalmente que o resultado da economia fiscal provocava duas situações jurídicas diferentes, cabendo aos interessados fazer um balanceamento das vantagens e desvantagens da operação planejada.⁴⁸

⁴⁷ *Interpretação da Lei Tributária*, de Wilhem Hartz, São Paulo, Resenha Tributária, 1993, p. 19/40/41/95.

⁴⁸ “A Interpretação Econômica no Direito Tributário e os Limites do Planejamento Tributário”, no livro *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 15.

Os Casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a Utilização do Gameta de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida

Marise Cunha de Souza

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

1. INTRODUÇÃO

As transformações por que vem passando a sociedade e a descoberta das técnicas de reprodução medicamente assistida, especialmente a da fertilização *in vitro*, implicam, necessariamente, uma nova visão da família, com a reformulação dos conceitos de paternidade e maternidade.

A proposta deste artigo é examinar as possibilidades de novos arranjos familiares envolvendo pessoas do mesmo sexo e seus filhos.

Em nosso país, a literatura a respeito é escassa, a jurisprudência é praticamente inexistente e, embora se tenha conhecimento de um caso ou outro, o fato é que também a utilização da fertilização *in vitro* por casais homoafetivos não é fato comum, ou não chega ao nosso conhecimento, talvez em razão das disposições da Resolução nº 1.358 do Conselho Federal de Medicina, única regulamentação dos procedimentos de reprodução humana sem intercurso sexual.

É, portanto, importante e necessária a discussão do tema e a tomada de posição diante de tão controvertida matéria, eis que o fato social, sem dúvida, baterá às nossas portas para a resolução dos conflitos que surgirem.

2. A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Hoje, é praticamente, pacífico o entendimento de que o art. 226 da Constituição Federal não encerra todos os tipos de arranjos familiares possíveis, tratando-se de enumeração exemplificativa as situações ali elencadas. Dessa forma, vislumbra-se que um grupo formado por irmãos, o avô com o neto, tia e sobrinhos, duas mulheres, dois homens etc. poderão ser considerados entidades familiares. E mais: com a utilização das técnicas de reprodução assistida, em especial a fertilização *in vitro* com gestação de substituição, maior ainda o universo que deve ser abrangido pela nova conceituação, já que os casais homoafetivos masculinos poderão ter filhos com utilização de material fecundante de um deles.

Mas, qual seria o conceito de família necessariamente amplo a ponto de abraçar as mais variadas formas de constituição e configuração desta entidade social, cultural e histórica? Fica bastante claro que o conceito de família constante do Código Civil de 1916 não se presta a identificar os arranjos atuais, posto que sua formulação se baseou na existência de um modelo único, excluindo qualquer outro da proteção legal, em razão da principal preocupação do legislador: garantir a transmissão patrimonial, de modo que permanecessem os bens no reduto familiar do morto. Sob a égide do Código Civil de 1916, a única família legítima e objeto da proteção estatal era a que se constituía pelo matrimônio, patriarcal e hierarquizada.

No final do século XX, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, veio o reconhecimento das transformações sociais ocorridas durante quase um século, e, conseqüentemente, o reconhecimento de que a família não era única, como a desenhava o Código Civil de 1916, mas plural. Assim é que o artigo 226 da Magna Carta reconhece, expressamente, como entidades familiares, além da união matrimonializada, a união estável e a família monoparental.

Após um bom tempo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a referida enumeração era taxativa ou não, atualmente é praticamente unânime o entendimento de que se trata de *numerus apertus*, possibilitando o reconhecimento de

outras configurações como entidades familiares. É o que acontece com a convivência de pessoas do mesmo sexo, com as características da união estável: é, majoritariamente, considerada entidade familiar.

Toda essa transformação social e constitucional se refletiu no Novo Código Civil, que, relativamente ao anterior, mudou o foco: de uma visão individualista e patrimonial, passou-se a prestigiar a função social da família como o ambiente natural para o desenvolvimento do ser humano, crescendo em importância os valores não patrimoniais, como o afeto, o respeito, a solidariedade etc.

Neste ponto, para um melhor entendimento sobre essa mudança de foco legislativo, impõe-se um rápido retrospecto sobre a transformação da família ao longo dos últimos quatro séculos no Ocidente, não se cogitando de épocas longínquas nem de configurações familiares restritas a determinadas raças ou culturas, nem daquelas comuns nos países do Oriente, onde, ainda hoje, podem-se encontrar a poliginia, a poliandria, a poligamia e o casamento em grupo, entre outras formas de composição, sendo, contudo, relevante salientar que a monogamia se tornou predominante não por razões naturais, mas, sim, de ordem religiosa, política e econômica. Assim é que a família monogâmica nasceu concomitantemente ao surgimento da ideia de propriedade, que fez brotar no marido/pai a vontade de transmitir seus bens a seus herdeiros legítimos.

É forçoso ter em mente que a família é uma construção social, uma entidade cultural e histórica, e não uma consequência natural do acasalamento, fato do reino da natureza que existe entre todos os seres vivos. A estrutura familiar, na verdade e desde sempre, obedeceu às regras culturais formuladas em épocas distintas e pelas várias civilizações que habitam ou habitaram este planeta.

Traçaremos, então, em poucas linhas, o caminho percorrido pela família até os dias atuais, em que Maria Berenice Dias chega mesmo a afirmar que não mais se pode falar em uma só família, mas em famílias, diante dos mais variados arranjos que esta entidade social pode apresentar.

Retrocedendo ao mundo ocidental do século XVII, pode-se dizer que, de um modo geral, imperava um modelo de família extensa (casal e seus filhos, parentes velhos, afilhados, agregados etc.) em que a autoridade do marido e pai era incontestável e todos os demais membros da família gravitavam em torno desta figura, modelo sustentado pela filosofia política de que a autoridade do homem era legítima em razão da desigualdade natural existente entre os seres humanos, o que era reforçado pela Igreja, especialmente com relação à mulher. Durante o século XVIII, especialmente na segunda metade, já se anunciava uma radical mudança político-social na França, que culminou com a Revolução Francesa (1789), uma das maiores revoluções da humanidade, que acabou com o “*Ancien Régime*” e a autoridade do clero e da nobreza, dando início à Idade Contemporânea ao proclamar os princípios universais “*Liberté, Egalité, Fraternité*”. Ao mesmo tempo em que a mudança se anunciava na França, acontecia na Inglaterra a Revolução Industrial, com profundo impacto no processo produtivo, nos níveis econômico e social. Os reflexos destas duas revoluções foram sentidos pelo mundo ao longo dos séculos XIX e XX.

Nova era, então, começava a se delinear no Ocidente e a família não fica imune a esse novo traçado político-social. As mulheres e as crianças passaram a ser mais valorizadas, privilegiou-se o papel da mãe e atribuiu-se importância à prole, que, no futuro, representaria força de trabalho não só para o Estado, mas, também, para os pais que já não pudessem se sustentar em razão da idade. Da família extensa da época colonial, passa-se à família nuclear, restrita aos pais e sua prole.

O Brasil não escapou das mudanças ocorridas na Europa, ao que se aliou a chegada da família real de Portugal, em 1808. A família colonial, extensa, que fabricava os víveres e utensílios necessários à sua sobrevivência, viu-se premiada pelas novas circunstâncias históricas, especialmente pela necessidade de inserir-se na aristocracia através da compra de títulos nobiliárquicos, o que fez com que a casa perdesse a autossuficiência, a exigir a reformulação da configuração do ambiente familiar, tornando-se uma família res-

trita, nuclear, com novos hábitos e costumes, aprendidos e aprendidos com a aproximação da realeza.

E, assim, no início do século XX, foi editado o Código Civil que, como reflexo da época em que foi elaborado, reconhecia e protegia apenas um único modelo de família: a família legítima era aquela que se constituía pelo matrimônio; filhos legítimos eram aqueles advindos do casamento; a mulher casada era considerada relativamente incapaz; o pai era o chefe da família, detentor do pátrio poder e a quem os demais membros deviam obediência. Era, pois, uma família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada, com a função de garantir a transmissão patrimonial aos herdeiros legítimos.

Contudo, o século XX foi um tempo de profundas transformações sociais, especialmente no que respeita ao Direito de Família, e, ao seu final, algumas modificações legislativas já haviam sido introduzidas, na tentativa de acompanhar as modificações ocorridas com o passar dos anos (como, por ex., as Leis 4.121/62 e 6.515/77), mas foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que se consolidaram, em termos legislativos, as mudanças havidas no âmbito social.

Desta feita, entramos no século XXI com o reconhecimento pelo Direito, em nível constitucional e infraconstitucional, de que a família tornou-se plural, comportando várias configurações, pois, como mencionado acima, é entendimento majoritário que o art. 226 da CF/88 traz enumeração exemplificativa, e não taxativa. A escala axiológica teve um giro de cento e oitenta graus, a partir dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana: a família assume a função social e primordial de promover o desenvolvimento e bem-estar dos seus membros, passando a questão patrimonial a um segundo plano. A família é despatriarcalizada e repersonalizada, para isso contribuindo fatores de política social e econômica como a urbanização e a industrialização, que acarretaram a mudança da base produtiva, passando de família colonial, extensa, a nuclear.

Conclui-se, portanto, que não existe uma forma de estrutura familiar que seja “natural” ou “certa”, pois a sua constituição es-

tará sempre sujeita à cultura da sociedade e ao momento histórico vivenciado. Atualmente, o tempo é de valorização do ser humano, do reconhecimento de que não há verdades absolutas, da admissão de que a sociedade vive em eterna mutação, da reformulação dos conceitos há tanto tempo arraigados e da liberação dos preconceitos que nossa cultura, através dos séculos, nos impregnou.

Entretanto, nem todos pensam desta forma. Como antes mencionado, majoritariamente a doutrina entende que todo e qualquer arranjo que tenha as características de entidade familiar é merecedor da proteção estatal. Minoritariamente, há aqueles que distinguem: apenas as configurações previstas na Constituição Federal terão a proteção estatal porque são elas as famílias “jurídicas”, enquanto as demais estruturas seriam uma representação sociológica de família, sem o atributo jurídico que lhes asseguraria a proteção do Estado. Filiamo-nos à primeira corrente por entendermos que o ponto de vista expressado pela segunda vai de encontro a todo o conjunto de princípios de natureza constitucional aplicável ao Direito de Família e à nova visão do Direito Civil constitucionalizado, assim como acaba por negar a base afetiva de toda e qualquer família.

3. O CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA

Maria Berenice Dias reconhece a árdua tarefa de conceituar-se a família atual, em razão dos novos modelos que surgem, muitas vezes absolutamente divorciados daquele modelo nuclear, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, com funções de procriação e garantia patrimonial, que nos acostumamos a denominar família. Hoje, temos famílias plurais e a renomada jurista e doutrinadora identifica algumas delas: matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental e eudemonista.

Autores há que destacam as funções desempenhadas pela família, diante da variedade de constituições e estruturas que a entidade familiar pode assumir. Assim, pessoas ligadas por um vínculo afetivo configurariam uma família quando o arranjo se organizasse de modo a desempenhar determinadas funções consideradas essenciais à concepção da família (função de desenvolvimento das

potencialidades dos seus membros, função emocional e psicológica, função de procriação, função econômica, função de socialização, entre outras). Esta é a visão da psicanálise sobre a família, muito bem elucidada por Belmiro Pedro Welter, com os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, *in verbis*: “A psicanálise afirma que a família não é base natural, e, sim cultural da sociedade, não se constituindo tão somente por um homem, mulher e filhos, mas sim de uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico. Prova disso é o fato de que “o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos”.

Como se vê, tantas são as modificações pelas quais a família vem passando e tantos são os modelos que pode adotar em sua constituição e configuração, que se torna difícil, praticamente impossível, circunscrevê-la em uma conceituação única, sem que se cometa a injustiça de excluir alguma forma de relação familiar já existente ou que ainda poderá surgir das rápidas mutações sociais que vêm ocorrendo nos tempos modernos. O que se pode afirmar, sem medo de incorrer em eventual exclusão, é que uma entidade familiar terá, sempre, na base de sua formação, o afeto, independentemente da existência de liame consanguíneo entre os seus membros.

Podemos tentar estabelecer um conceito aberto de família como um núcleo socioafetivo, cujos vínculos entre seus membros se formam no afeto recíproco, independentemente da consanguinidade, onde cada um desempenha sua função com o objetivo de ajudar aos demais, propiciando o desenvolvimento da personalidade e da potencialidade de cada um dos seus participantes, na busca da felicidade, estendendo-se à coletividade, no desempenho de sua função social.

Para arrematar, é pertinente reafirmar que a família refere-se mais às funções a serem exercidas pelos seus integrantes, tanto na relações internas como nas externas, do que à existência de vínculos de consanguinidade, sempre inserida nos postulados de

uma concepção eudemonista, visando ao desenvolvimento pessoal e felicidade dos seus membros.

4. OS NOVOS OLHARES SOBRE A PATERNIDADE E A MATERNIDADE

Com as transformações sofridas pela família, especialmente durante o último século, a introdução de técnicas de reprodução assistida, a possibilidade de utilização de gametas e zigotos de bancos de reprodução humana, bem como a possibilidade da barriga de aluguel, as definições de paternidade e de maternidade com base biológica foram superadas. Surge, no cenário atual, a socioafetividade como vínculo de parentalidade, ao lado do biológico, e, muitas das vezes, sobrepondo-se a ele. É o que os doutrinadores costumam chamar de desbiologização dos laços familiares diante da constatação de que o afeto é o elemento formador fundamental da família. Não é à toa que o art. 1.593 do Código Civil estabelece que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Em “outra origem” estão contidas a adoção, o parentesco socioafetivo, e o parentesco com utilização das técnicas de reprodução assistida.

Neste ponto é relevante chamar a atenção para as famílias reconstruídas, oriundas de descasamentos e recasamentos, nas quais o homem acaba por tratar como filhos os filhos de sua parceira, e vice-versa, a mulher que se une a um homem com filhos acaba por tratá-los como se seus fossem. São exemplos típicos de paternidade e maternidade socioafetivas, que podem, perfeitamente, conviver com as biológicas, redundando numa multiparentalidade muito comum hoje em dia no plano fático, mas ainda rara no plano jurídico.

Como bem observado por Claudete Carvalho Canezin, “O pai ou a mãe, pela atual orientação doutrinária, não se definem apenas pelos laços biológicos que os unem ao menor, e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, de então assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de querer bem ao menor”. Relevante acrescentar que pai e mãe também não se definem pelo gênero (a mulher é mãe, o homem é pai), nem a ele estão ligados,

mas, sim, revelam-se pelas funções que desempenham. Nesta linha de raciocínio, que tem seu suporte nos conceitos psicanalíticos de Jacques Lacan, pai pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo ou da existência de vínculo de consanguinidade, que demonstre autoridade para o filho, eis que este é o signo da figura paterna, a lei, o limite. Igualmente, mãe será aquela pessoa que desempenhar a função que cabe a tal figura, chamada de maternagem, mais ligada à parte afetiva, emocional, psicológica, aos cuidados com o filho.

5. A SEXUALIDADE E A SUA CONSTRUÇÃO (E OPRESSÃO) SOCIAL

De acordo com o entendimento atual, a sexualidade é determinada pela orientação sexual da pessoa e, pela definição fornecida na Wikipédia, a orientação sexual indica qual o gênero pelo qual uma pessoa se sente preferencialmente atraída física e/ou emocionalmente. A orientação pode ser assexual, heterossexual, homossexual, bissexual ou pansexual, e tem a ver com desejo.

Vamos entender mais facilmente isso socorrendo-nos de conceitos e explicações encontrados na página da Internet www.ggb.org.br/orienta-homossexual - acessada em 24.02.10 (“Orientação Sexual e Homossexualidade” - texto original em inglês: S. J. Blommer, PFLAG/Denever, American Psychological Association) onde se esclarece que orientação sexual é um dos quatro componentes da sexualidade humana, ao lado do sexo biológico, da identidade de gênero (macho ou fêmea, em termos psicológicos) e do papel sexual-social. Orientação sexual também é diferente de comportamento sexual porque as rédeas e costumes sociais podem moldar o comportamento, fazendo com que a pessoa reprima a sua orientação sexual quando diferente do padrão. Não há prova científica e definitiva sobre o que determina a orientação sexual de uma pessoa ou de como ela se forma. O que parece certo é que a orientação sexual não é uma opção, uma escolha, havendo relatos de pessoas que, durante anos, tentaram mudar a sua orientação sexual (porque diferente do padrão) e não conseguiram.

Assim, ao contrário do que muitos pensam, a heterossexualidade não é algo natural, de origem meramente biológica. Desta feita, a nossa cultura vem, durante séculos, apontando para a heterossexualidade como o comportamento padrão, o que se solidificou a tal ponto que é grande, ainda hoje, a resistência à mudança, defendendo os mais ortodoxos que esta é a conduta normal enquanto a homossexualidade, que já foi a extremos (de totalmente liberada a tida como uma patologia), seria algo anormal, totalmente fora dos padrões comportamentais. Obviamente, o Direito não fica imune a essas ideologias, a esses padrões socioculturais estabelecidos e aí talvez esteja a resposta à pergunta que nos fazemos quando examinamos a jurisprudência pátria a respeito: por que somente há menos de uma década nossos Tribunais tenham começado a reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva com tais características?

Fato é que a homossexualidade sempre existiu e, de acordo com o momento histórico, era liberada ou reprimida. Na Grécia antiga, por exemplo, não só o homossexualismo masculino era liberado como era tido como elemento transmissor de coragem, intelectualidade, nobreza e outras características consideradas importantes para um homem (liberalismo que também ocorreu em Roma, no Egito, entre outros lugares e civilizações). Em época posterior, com o maior domínio das religiões, a homossexualidade passou a ser considerada um mal, uma perversão. Hodiernamente, não obstante a resistência e o preconceito que ainda permeiam nossa sociedade, a homossexualidade começa a ser encarada, por mais e mais pessoas, com mais naturalidade, com uma maior compreensão e respeito às diferenças, especialmente a de orientação sexual. A aceitação total, sem as restrições em geral impostas por uma falsa moral, com toda certeza ainda demorará, não obstante a rapidez com que as mudanças sociais vêm acontecendo. Afinal, são muitos séculos de culto à heterossexualidade como padrão a ser seguido, com a imposição de um único modelo familiar (homem, mulher e filhos), a sufocar qualquer tentativa de, simplesmente, “ser diferente”, razão pela qual muitas pessoas cuja orientação sexual era homossexual precisaram esconder ou reprimi-

mir essa tendência, o que acabaram por fazer de várias formas (tendo vida dupla, entregando-se ao fanatismo religioso, a vícios - drogas, alcoolismo etc).

6. AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

Assentado que o ambiente familiar é o espaço para que seus membros desenvolvam sua personalidade e suas potencialidades, já que a instituição da família não mais representa um fim em si mesma, e considerando que a sexualidade é um dos componentes da personalidade, conclui-se que a orientação sexual está sob o pálio da garantia constitucional dos direitos da personalidade e, por consequência, deve o Estado estender sua proteção às uniões homossexuais enquanto entidades familiares.

A doutrina e a jurisprudência em Direito de Família começam a não titubear em reconhecer uniões de pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, análogas (ou não) às uniões estáveis, quando nelas se vislumbram todos os requisitos necessários à declaração de sua existência. Não se sustenta o argumento da necessidade de legislação específica para tal reconhecimento diante do que dispõe o art. 226 da Constituição Federal e dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família. Igualmente, não se concebe tratamentos diferentes para uniões que se constituem amparadas na mesma base, o afeto, como costumava acontecer quando os casos de união entre pessoas do mesmo sexo, que formavam uma sociedade afetiva, eram, equivocadamente, tratados como sociedades de fato e julgados em Varas Cíveis, ou seja, a eles aplicavam-se as regras do direito obrigacional para efetuar a divisão do patrimônio amealhado no período de duração da tal sociedade.

As uniões homoafetivas são, pois, entidades familiares e, por conseguinte, merecedoras da proteção estatal. A questão de ser ou não a união homoafetiva uma união estável ainda é objeto de controvérsias e acaloradas discussões, defendendo aqueles que não a admitem como união estável que o art. 226, § 3º da CF/88 fala em “... homem e mulher ...”, referindo-se, assim, à união entre pessoas heterossexuais. O argumento é frágil e não se sus-

tenta diante dos princípios constitucionais, especialmente, os da igualdade (tratamento igualitário de todas as formas de família), liberdade (de orientação sexual, de escolha etc.) e dignidade da pessoa humana (respeito à autonomia da pessoa humana, à autodeterminação a respeito da própria existência). Já aqueles que entendem que a união homoafetiva é uma união estável sustentam que a última é o gênero, podendo ser hetero ou homoafetiva, que são as suas espécies. Com todo respeito aos defensores das duas posições, entendemos despidiend a discussão, posto que o crucial é reconhecer que a união homoafetiva repousa no mesmo patamar constitucional das uniões matrimoniais, das uniões estáveis e da família monoparental, entre outras, ou seja, são todas entidades familiares que merecem a proteção do Estado. Por outro lado, quisesse o legislador constituinte restringir as entidades familiares, o teria feito, bastando para tal excluir, expressamente, a possibilidade de a união entre pessoas do mesmo sexo ser reconhecida como uma família.

É de rigor reconhecer que a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) jogou uma pá de cal na controvérsia, ao conceituar, em nível infraconstitucional, a família como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (art. 5º, II), esclarecendo que “as relações enunciadas neste artigo independem de orientação sexual” (parágrafo único do mesmo artigo). Apesar de o dispositivo referir-se ao homossexualismo feminino, em razão do princípio constitucional da igualdade, deve ser aplicado, também, ao homossexualismo masculino. Em resumo, a referida Lei acaba por reconhecer que as uniões homoafetivas, independentemente do sexo dos parceiros, constituem uma unidade doméstica.

Por força do moderno conceito de família que se extrai do art. 5º da Lei 11.340/06, não tem mais lugar a negativa de qualificar a união homoafetiva como entidade familiar ou, simplesmente, família, quando verificada a presença dos elementos básicos formadores e configuradores desta instituição, que é plural, multifacetária e com a precípua finalidade de proporcionar espaço ao desenvolvimento sadio da personalidade dos seus membros, que se

vinculam por meio do afeto, sendo exatamente este elo afetivo o elemento identificador das entidades familiares.

Outros vão ainda além, afirmando a possibilidade de se entender o instituto do casamento aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Neste sentido, argumenta Roberto Arriada Lorea: “É dizer, especificamente com relação ao casamento, não há necessidade de se aguardar uma nova lei, basta que se estenda a todas as pessoas, sem qualquer preconceito, o direito de acesso à tutela do Estado, nos moldes da legislação vigente ...”.

Por fim, vale tornar à principiologia constitucional e aos artigos que garantem os direitos fundamentais da pessoa humana para, em definitivo, afirmar que não há lugar para preconceito e discriminação de quem quer que seja em razão da orientação sexual ou por causa de qualquer diferença com relação ao que se pretende “normal” ou “natural”. Impõe-se reconhecer a imensa diversidade dos seres humanos em todos os aspectos e conferir os direitos assegurados pela Carta Magna, indistintamente, retirando os véus da ideologia, da religião e da moral pessoal.

De se ressaltar, ainda, que a visão psicanalítica da família e a concepção eudemonista não permitem mais qualquer restrição relativa ao direito de pessoas do mesmo sexo constituírem família e integrarem-se na sociedade como relações iguais às demais, reconhecidas e respeitadas as diferenças. Essas famílias se multiplicam na sociedade e merecem a tutela jurídica como qualquer outra.

7. O NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À PATERNIDADE/MATERNIDADE DOS CASAIS HOMOSSEXUAIS, SEJA PELA ADOÇÃO, SEJA PELA UTILIZAÇÃO DE TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Afirmada a natureza de entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, impõe-se reconhecer-lhes o direito a terem filhos e a registrarem as crianças como tal. Não se diga que a Lei de Registros Públicos não permite constar duas mães ou dois pais no assentamento de nascimento, pois, até que venha a mudança legislativa, cabe ao Poder Judiciário tirar esses casos da invisibilidade, acabar com a cegueira discriminatória e preconceituosa

atrelada ao que se considera ser o padrão social. O registro não pode se configurar num obstáculo para fazer constar do assentamento de nascimento de uma criança dois pais ou duas mães, conforme seja a filiação de um casal homoafetivo masculino ou feminino (ou “Fulano de tal, filho de e de”, sem distinção de gênero), assim como não pode obstar que dele constem dois pais, um biológico e outro afetivo, ou duas mães nas mesmas condições, no caso de multiparentalidade, quando estas situações reflitam a realidade.

A Constituição Federal acolheu as diferenças, proibindo a discriminação, através de vários enunciados e princípios. Não pode, pois, a lei ou o seu aplicador fazer distinção em prejuízo da minoria, o que se consubstancia em verdadeira exclusão daqueles que ostentam e demonstram orientação sexual diversa do modelo adotado.

Cabe, ainda, assinalar que o art. 226, § 7º da Constituição Federal estabelece a liberdade do casal quanto ao planejamento familiar, disposição atinente não só aos casais heterossexuais como também aos homossexuais, em virtude da já mencionada principiologia constitucional e do reconhecimento da convivência de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, quando demonstrados os elementos que a caracterizam como tal.

Havendo, pois, vontade do casal de ter filhos não pode haver entrave de qualquer natureza ao livre planejamento familiar, mormente com o avanço biotecnológico a que temos assistido e que permite a parceiros homoafetivos masculinos realizarem o projeto parental através da FIV com gestação de outrem e óvulo doado.

Para finalizar este tópico, revela-se indispensável reproduzir as palavras de Margarida Moz, no seu artigo “*Diferenças de Gênero e Famílias Homoparentais*”: “Sejam quais forem os termos usados, a dificuldade em classificar os parentes parece residir mais na forma como se explicam as relações familiares em causa (referindo-se às homoparentais). O termo escolhido deverá evidenciar a existência de uma relação de tipo familiar e a posição da pessoa face a quem a nomeia” (página da Internet www.apantropologia.net - Associação Portuguesa Antropologia, acessada em 26.02.10). Não há qualquer

impedimento para que casais homossexuais adotem ou tenham filhos e, se assim encontrarão a tão almejada felicidade, não pode haver empecilho, diante do teor do inc. IV do art. 3º. da Constituição Federal, que proclama, como um dos objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos.

8. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (RA)

São técnicas, utilizadas por médicos especializados, que têm por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis. As técnicas mais usuais são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, nas quais não há o intercuro sexual. A inseminação artificial é uma técnica intracorpórea e ocorre quando o sêmen é introduzido no aparelho genital feminino. A fertilização *in vitro* (FIV) é técnica extracorpórea, através da qual o óvulo é fecundado em um tubo de ensaio ou outra mídia de cultivo, e, posteriormente, o embrião é transferido para o útero materno ou de terceira pessoa, sendo que, no último caso, ter-se-á a fertilização *in vitro* por gestação de substituição, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel. Ambas podem ser homólogas (quando se utiliza os gametas do casal) ou heterólogas (quando se utiliza gameta de doador, um ou ambos).

9. O CASAL HOMOAFETIVO E A POSSIBILIDADE DE PROcriação COM A UTILIZAÇÃO DE MATERIAL FECUNDANTE DE UM DELES, COM O EMPREGO DE TÉCNICAS DE RA

Quando se fala em família homoafetiva pode-se perceber uma tendência generalizada à idealização de um casal (duas mulheres ou dois homens), sem filhos, e, muitas das vezes, quando o assunto está em pauta, logo vem a pergunta: “Por que não adotam? Há tanta criança precisando de uma família ...”. Ora, facilmente se observa que quem assim se posiciona está, na verdade, propondo a solução de um problema social a partir de uma questão pessoal, individual, criando, inclusive, uma situação discriminatória: os casais do mesmo sexo podem adotar, mas não podem ter filhos com material fecundante de um deles, quando a ciência genética oferece esta possibilidade.

Vale salientar que compartilhamos do entendimento esposado por Maria Berenice Dias no sentido de que casais homoafetivos possam adotar sem o subterfúgio de a adoção ser feita apenas no nome de um dos parceiros, assim como, a nosso ver, podem ter filhos com vínculo biológico relativamente a um dos parceiros e, quem sabe, futuramente, aos dois.

Modernamente, com o advento das técnicas de RA, o que operou uma separação entre sexo e procriação, abriu-se para os casais homoafetivos a possibilidade de terem filhos com a utilização do gameta de um deles.

É evidente que um casal homossexual feminino sempre teve esta chance, através do relacionamento sexual de uma delas com um homem, o que, também à evidência, não configura uma opção isenta de problemas. A inseminação artificial, técnica pela qual o sêmen é introduzido no aparelho genital feminino, é uma solução bem razoável para o casal homoafetivo feminino que almeja ter um filho com a utilização de material fecundante de uma delas: será utilizado sêmen de doador para fecundar o óvulo de uma das parceiras. Fica claro que apenas uma delas vai desenvolver o projeto familiar de ambas.

Para os casais homoafetivos masculinos não havia esta possibilidade até que a engenharia genética avançou para permitir a fecundação fora do corpo da mulher e, ainda, com a utilização de útero de outra. Trata-se da fertilização *in vitro*, pela qual óvulos e sêmen são coletados e transferidos para um tubo de ensaio, onde haverá a fecundação. Algum tempo depois, o óvulo fecundado (zigoto) é transferido para o útero materno. Na hipótese de o zigoto ser transferido para o útero de uma terceira pessoa, que se chama mãe hospedeira e que fará a gestação, a técnica chama-se fertilização *in vitro* por gestação de substituição, como mencionado anteriormente.

Esta técnica não só permite que casais homoafetivos masculinos tenham filho com a utilização do gameta de um deles (com óvulos de doadora e útero de terceira pessoa), como permite que ambas as parceiras de uma relação participem do projeto comum de ter filhos, utilizando o material fecundante de uma e, por meio

da FIV com gestação de outrem, implantando-se o zigoto na outra, que fará a gestação e o parto.

Quanto ao registro do filho gerado por mãe hospedeira, desde que seja possível a casais homoafetivos masculinos optarem por ter um filho com a utilização da barriga de aluguel (outra opção seria adotar uma criança), é corolário lógico que no assento de nascimento da criança deverá constar o nome de ambos como pais. Contudo, até que a Lei de Registros Públicos seja modernizada para permitir tal situação, o casal necessitará recorrer à Justiça para tal fim. Aliás, este problema não é exclusividade de casais homossexuais. A utilização da FIV com gestação de substituição causa imenso transtorno ao casal heterossexual que teve que se valer da técnica em razão de a gestação ser contraindicada à mulher: o registro de nascimento será feito no nome da hospedeira, já que o hospital fornece a declaração de nascido vivo com os dados da parturiente e os pais biológicos terão que ajuizar uma ação para reverterem esta situação. Como se vê, a ausência de legislação a respeito acaba por criar discriminações e injustiças: primeiro, porque quem utilizar outras técnicas de reprodução assistida não terá que recorrer à Justiça para o estabelecimento da filiação; segundo, porque, em razão das disposições do registro, a mãe biológica é preterida pela gestacional; e terceiro, porque deixa de considerar a parentalidade de intenção, ou seja, não se verifica quem tinha o projeto de filiação, quem planejou e tocou adiante o empreendimento, para formar uma família cujos vínculos nascem na socioafetividade.

Sobre o tema, impõe-se reproduzir as palavras de Margarida Moz: “não só a maioria dos indivíduos que compõem estes casais (referindo-se aos homossexuais) não é estéril como tão-pouco a reprodução é um ato exclusivamente natural. Ter filhos é um acto de vontade, uma vontade vista como um desejo natural, que a homossexualidade não inibe” (art. e pg. da Internet cit.).

10. E OS FILHOS DE CASAIS HOMOAFETIVOS? QUE INFLUÊNCIA TERÁ EM SUAS PERSONALIDADES O FATO DE TEREM PAIS HOMOSSEXUAIS?

Não existem provas científicas que indiquem qualquer inconveniente para que crianças ou adolescentes sejam adotados por casais homossexuais. Esta é a conclusão que chega Aimbere Francisco Torres, após transcrever texto de Maria Berenice Dias sobre um estudo que conclui que o fato de os pais serem homossexuais em nada influencia os filhos, não leva a um desenvolvimento psicossocial de igualdade de orientação sexual com os pais, que, por seu turno, não demonstram preferência por seus filhos tornarem-se homossexuais.

O professor Torres defende, em seu artigo, a adoção por casais homossexuais e todas as suas considerações aplicam-se à possibilidade desses casais virem a ter filhos com a utilização de técnicas de reprodução assistida. Depois de discorrer sobre a necessidade de inclusão das minorias, que vivem no entorno do Estado e são por ele ignoradas (“*displaced persons*”), especialmente com relação àqueles que têm orientação sexual diferenciada, em conclusão, ele arremata: “Com efeito, salvo a visão preconceituosa e equivocada de nosso legislador e de alguns aplicadores do direito, vê-se, pois, que inexistente argumento jurídico ou científico para não se reconhecer o direito à união e à adoção por pessoas do mesmo sexo. ... não se pode negar as adoções às pessoas homossexuais que vivam conjuntamente, de forma a caracterizar verdadeira entidade familiar ...”.

O estudo antes mencionado joga por terra a crença popular de que o filho de um casal homoafetivo será, necessariamente, homossexual ou terá algum problema psiquiátrico. Bem ao contrário do que a maioria pensa, os pares homossexuais desempenham as funções paternas e maternas e não há interferência na orientação sexual da criança. Neste passo, é importante salientar que a criança se identifica com os papéis (ou funções) que os pais representam (ou desempenham) e não, com a forma física (gênero) deles.

Na reportagem “Filhos criados com casais gays veem situação com naturalidade” (página Internet g1.globo.com/noticias/São Paulo, acessada em 23.02.10), os filhos de casais gays entrevistados afirmam que não sofrem preconceito e veem pontos

positivos na relação das mães ou pais com pessoas do mesmo sexo, considerando “normais” tais relações. O teor das entrevistas corrobora o que as psicólogas, ouvidas na mesma reportagem, revelam, inclusive quanto à crença de que uma criança criada por um casal homossexual será, necessariamente, gay. A psicóloga Helena Marques afirma que “Homossexualidade não é um espelho. É a orientação do desejo. Não é porque os dois (referindo-se aos pais ou mães) são homossexuais que a criança vai virar homossexual”.

Essa crença, aliás, é a grande questão que se coloca no imaginário popular: filho de gay é gay? Todas as pessoas que já escreveram sobre o tema deste artigo abordam o assunto e, em geral, citam pesquisas realizadas (como por exemplo, a de Bailey, Dobrow, Wolfe e Mikach, em 1995, e a de Golombok e Tasker, em 1996, entre outros) que desmistificam este mito. Tais pesquisas concluem que a maioria de filhos de homossexuais apresentam uma orientação heterossexual (Daniel Matias, “Psicologia e orientação sexual: Realidades em transformação”, Scientific Electronic Library Online Portugal, www.scielo.oces.mctes.pt, acessada em 26.02.10). Do excelente estudo elaborado pelo psicólogo português Daniel Matias, extrai-se que eventuais problemas de adaptação social não serão diferentes dos enfrentados por outras minorias, como casais interracialiais, pessoas de outras etnias, condição social etc. O argumento da ausência de modelos parentais apropriados também é rechaçado pelo autor e, para nós, que adotamos a visão psicanalítica da família pós-moderna, em que os seus integrantes desempenham funções que lhes são próprias, tal argumento não tem sustentabilidade. Por fim, afirma o autor do artigo, *in verbis*: “assim, verificamos, através da análise de alguns dos vários mitos relativos à homossexualidade, que esses mitos não se baseiam em literatura científica, mas sim na percepção de estereótipos e preconceitos sobre a população homossexual”.

Cabe, por fim, uma pergunta: como é que as pessoas, que argumentam que o filho de um homossexual será, necessariamente, homossexual, explicam o fato de pessoas que hoje assumem e se proclamam homossexuais tenham sido criadas por heterossexuais? (página da Internet www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto “A ado-

ção por casais homossexuais”, acessada em 23.02.10). Não há explicação plausível e constata-se que o argumento não tem suporte na vida real, como pretendem seus defensores. Fosse verdadeira a assertiva de que filho de homossexual, será homossexual não haveria homossexual filho de heterossexual, ou, *a contrario sensu*, filho de heterossexual seria sempre heterossexual, o que também é falso.

O que se vislumbra é que ainda há muito preconceito e intolerância da sociedade com relação aos homossexuais, e esta não-aceitação social é, provavelmente, a maior dificuldade que eles têm a enfrentar.

11. A LEGISLAÇÃO

No nosso país não há legislação regulamentando a utilização das técnicas de reprodução assistida e tampouco as suas consequências no Direito de Família.

O Código Civil insere, de forma tímida, equivocada e confusa por sua atecnia, três incisos, no artigo 1.597, para estender o manto da presunção *pater is est* a alguns casos de utilização de técnicas de reprodução assistida, mas, vale salientar que referidas normas não regulamentam qualquer técnica. Todavia, especialmente o inciso V é bastante inovador, ao prever a inseminação heteróloga, ou seja, com a utilização de esperma de doador, desde que haja prévia autorização do marido. Entende-se que, *in casu*, se trata de presunção absoluta por configurar verdadeira paternidade socioafetiva e vários estudiosos do assunto admitem o uso da analogia para ampliar o âmbito de incidência da norma para alcançar os casos de fertilização *in vitro* com utilização de sêmen de terceiro.

Na ausência de norma legal a respeito, lança-se mão da Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina como parâmetro moral e ético para dirimir eventuais questões surgidas com a prática de alguma das técnicas de reprodução assistida.

Dos Tribunais estrangeiros em que também não há legislação específica, a notícia que se tem é que estão decidindo as delicadas questões que surgem pela utilização das técnicas de RA com base na manifestação volitiva, ou seja, buscando encontrar o que vem

a ser a paternidade/maternidade de intenção, quais pessoas criaram e deram andamento ao projeto de terem um filho. De fato, algumas questões relativas à reprodução assistida poderão ser decididas com base na manifestação de vontade, atribuindo-se a paternidade/maternidade àquela(s) pessoa(s) que, mesmo antes do nascimento, já reconhecia(m) a criança como filho (filho afetivo). Seria o caso, por exemplo, de FIV com gestação de substituição quando, depois de nascida a criança, a mãe hospedeira se negasse a entregar o bebê ao casal que concebeu o projeto e percorreu os caminhos necessários para ter um filho, inclusive adquirindo material fecundante de banco de reprodução humana.

Com relação à legislação por vir, temos o Projeto de Lei nº 90/99 e seu substitutivo, de 2001, bem como o Projeto de Lei nº 1.184/2003 que dispõem sobre a reprodução assistida. Relativamente ao primeiro e seu substitutivo, temos a lamentar o fato de que, embora o projeto original autorizasse a FIV com gestação de substituição, o substitutivo proíbe a prática. Infelizmente, no PL 1.184/2003, a proibição foi mantida. Em vez de enfrentarem as dificuldades do tema, os autores dos projetos de lei mencionados preferiram proibir a prática desta técnica de reprodução assistida, o que ocasionará imensa lacuna entre os avanços científicos e sociais e a sua regulação legal. A gestação de substituição e os demais procedimentos de reprodução assistida estão aí, cada vez mais largamente utilizados, inexistindo caminho de volta para os avanços tecnológicos que, ao contrário, seguem em velocidade avançada, e o Direito não pode se acanhar e se amedrontar, optando pelo caminho mais fácil da proibição, em vez de enfrentar e solucionar os problemas que fatalmente surgirão.

É oportuno, por fim, mencionar que há uma fresta de luz no fim do túnel, acesa pelo Projeto de Lei nº 2.285/07, conhecido como o Estatuto das Famílias, que não só reconhece como entidade familiar a união homoafetiva (art. 68, *caput*), como assegura ao casal o direito à adoção (inciso II do parágrafo único do artigo citado), embora não aborde a questão da filiação mediante a utilização de técnicas de reprodução assistida.

12. ALGUNS CASOS DE QUE SE TEM CONHECIMENTO E CURIOSIDADES

No Brasil:

Não obstante o silêncio legislativo a respeito, não havendo norma regulamentadora nem qualquer proibição, uns poucos casos provocaram o Judiciário ultimamente, tendo sido a sociedade brindada com a sentença proferida no Rio Grande do Sul (8ª V Família), na qual o magistrado não só reconheceu a existência de união estável entre duas mulheres como determinou que os filhos gêmeos biológicos de uma delas fossem registrados no nome das duas, reconhecendo e valorizando a socioafetividade como criadora de vínculo parental.

Em uma outra ação, em São Paulo, um casal homoafetivo feminino pretende registrar um casal de gêmeos no nome das duas. Neste caso, uma delas doou o óvulo, que foi fecundado por sêmen de doador, e a outra fez a gestação (FIV com gestação de substituição). Não obtiveram a antecipação da tutela e o processo continua.

O TJRS, no julgamento do Ag. 70018249631, em 2007, cuja Relatora foi a então Des. Maria Berenice Dias, positivou o direito de visitação a uma das ex-conviventes, reconhecendo a maternidade de intenção e, via de consequência, a parentalidade socioafetiva. Trata-se de um casal homossexual feminino, em que uma delas fez inseminação artificial para terem um filho. Com a separação, a mãe socioafetiva ajuizou ação de regulamentação de visitas.

No dia 04/02/10, a coluna de Ancelmo Gois, no jornal **O Globo**, noticiou que duas mulheres L e S, “casadas há 15 anos”, haviam entrado com uma ação aqui no Rio de Janeiro. S doou seu óvulo, que foi fecundado por esperma de doador, sendo L a mãe hospedeira (FIV com gestação de substituição). O pedido é para que na certidão de nascimento conste, também, o nome de S.

Na Internet encontram-se, facilmente, anúncios de barriga de aluguel, inclusive com preço.

Em final de abril do corrente ano, o STJ admitiu a adoção por um casal homoafetivo feminino.

Em 11/05, o programa “Profissão Repórter”, da **Globo**, abordou o tema da relação entre pais e filhos gays, em que a maioria,

após a revelação, passava a aceitar o homossexualismo e a apoiar o(a) filho(a).

A **Revista Veja**, de 12/05/10, veiculou extensa reportagem sobre o tema, revelando que as pessoas mais jovens estão abolindo os preconceitos. A reportagem revela que a homossexualidade é encarada com naturalidade entre adolescentes e jovens. Cita uma pesquisa realizada pela UERJ e UNICAMP cujos números indicam que, aos 18 anos, 95% dos jovens já se declararam gays, enquanto na geração passada isso ocorria em torno dos 21 anos, e outra, do IBGE, realizada em 1993, quando 60% dos brasileiros assumiam rejeitar os gays, sendo certo que hoje, o mesmo percentual declara achar a homossexualidade natural.

Coluna no **O Globo**, de 16/05/10, intitulada “Preconceito e hipocrisia”, assinada por uma psicóloga, fala sobre o direito à parentalidade por casais do mesmo sexo e se refere a um projeto de lei, do deputado federal Zequinha Marinho, que, na contramão dos fatos sociais e avanços científicos, veda a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo.

Vale, por fim, salientar que o interesse que o tema da utilização da fertilização *in vitro* com gestação de outrem desperta não é tão recente em nosso país. Em 1990, há, portanto, vinte anos, houve uma novela na Rede Globo intitulada “Barriga de Aluguel”, em que uma moça, Clara, receberia 20 mil dólares para alugar temporariamente seu útero para fazer a gestação do filho de um casal, Ana e Zeca.

Pelo Mundo:

São incontáveis, especialmente de casais homossexuais masculinos, os casos, tanto de adoção, como de filiação com utilização da FIV com gestação de substituição.

Citamos, apenas para ilustrar, dois casos.

Na Inglaterra, Ivan e Steven tiveram um filho gerado na barriga da irmã de Steven, sendo a criança filha biológica apenas de Ivan, que doou o seu sêmen.

Nos EUA, nos estados em que é permitida a cobrança, os casais homoafetivos masculinos estão procurando alugar úteros de indianas porque é mais barato: as americanas cobram U\$ 25,000 e as indianas, U\$ 7,000.

O **Globo on line** noticiou, em 17.07.2008, a realização do sonho de James e Frank, que tiveram gêmeos, utilizando a FIV com gestação de substituição e óvulos doados. Esse caso é interessantíssimo porque dos óvulos doados por uma mulher, 3 foram fecundados com sêmen de James, e outros 3, com sêmen de Frank. Dois zigotos foram implantados na hospedeira, um fecundado por James, e o outro, por Frank, que vingaram e se desenvolveram. Assim, os menores são gêmeos apenas por parte de mãe e os pais não se interessam em fazer o exame de DNA para saber quem é filho de quem.

13. CONCLUSÃO

Proibir a fertilização *in vitro* com gestação de substituição não só penaliza e discrimina os casais homoafetivos masculinos, mas, igualmente, penaliza e discrimina os casais heterossexuais que somente poderão ter um filho com a utilização do útero de terceira pessoa, em razão de algum problema que contraindique que a mãe biológica faça a gestação.

Simplemente não é crível que um tema de tal relevância não tenha merecido, até esta data, a devida atenção de nossos legisladores, ainda mais quando se tem notícia de que a ciência, em futuro não muito distante, poderá, através da reprogramação celular, capacitar homens a produzirem óvulos e mulheres, espermatozoides. Isso significa dizer que casais homossexuais poderão ter filhos biológicos de ambos. O processo seria, mais ou menos, o seguinte: células iPS (células-tronco pluripotentes induzidas) adultas seriam extraídas de uma pessoa e, por meio de manipulação genética, reduzidas ao estado embrionário, no qual, em tese, podem ser reprogramadas para produzir o tipo de célula sexual em falta (nos homens, seria o óvulo, e, nas mulheres, o espermatozoide). Se os cientistas conseguirem, será algo de tal modo revolucionário que suplantará todas as atuais discussões (“Ciência começa a abrir caminho para filhos biológicos de casais gays”, página da Internet g1.globo.com/noticias/ciencia, acessada em 03.03.10).

Pode-se, facilmente, concluir que, diante dos avanços da tecnologia genética e do Novo Direito de Família, que vem sendo desenhado, dia após dia, pelas transformações ocorridas no âm-

bito social, urge que todas as técnicas de reprodução assistida hoje conhecidas sejam regulamentadas, sem qualquer discriminação quanto à orientação sexual dos casais que as utilizarão. Só assim, os princípios da igualdade, liberdade, planejamento familiar e, acima de tudo, o da dignidade humana se farão valer efetivamente.

Entendemos que as pessoas devem fazer o que lhes for possível na busca da felicidade e, desde que a tecnologia genética permite que casais homoafetivos tenham filhos utilizando o material fecundante de um dos parceiros, é obrigação do Estado garantir-lhes este direito, através da necessária regulamentação normativa da matéria. 📄

Prescrição, Direito Intertemporal e Isonomia Material

Ricardo Cyfer

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil da EMERJ e da ESAJ.

É crescente a relevância do ‘tempo’ para as relações humanas, sejam jurídicas, econômicas ou de outra natureza. Em um contrato financeiro, o tempo pode implicar um importante custo de oportunidade, revelando o quanto se deixou de ganhar com outra atividade que poderia ser realizada naquele período. Na perspectiva da responsabilidade civil, pode esvaziar a repercussão de uma conduta lesiva. Por exemplo, decorridos anos desde o fato gerador da lesão moral, sem que a vítima tenha tomado a iniciativa para buscar a reparação, o valor indenizatório pode ser mitigado.

Há uma enorme influência que o aspecto temporal exerce sobre a estabilidade das relações jurídicas, e é sobre esta questão que nos parece necessária uma análise principiológica, notadamente no que concerne à prescrição, vista sob o prisma do princípio constitucional da isonomia.

Sabe-se que o decurso do prazo prescricional extingue a pretensão, isto é, o direito subjetivo do credor de uma relação obrigacional, subsistindo, no entanto, o direito material. O aspecto moral que repousa no compromisso assumido pelo devedor de quitar sua dívida a tempo e a hora cede lugar à segurança jurídica, de modo que, não perseguida a prestação dentro do prazo previsto em lei, desaparece a exigibilidade obrigacional.

Há uma clara colidência entre os valores estabilidade e moralidade, devendo prevalecer o primeiro após certo tempo de

inércia do credor, aspecto ético do instituto prescrição. Isto é, sacrifica-se o acesso ao direito material pela inação do seu titular, resguardando-se um interesse macrossocial, qual seja, a segurança das relações jurídicas.

Com o advento da Lei 10.406/02, que deu ensejo ao Novo Código Civil Brasileiro, houve a necessidade de se criar uma regra de transição atinente à prescrição (artigo 2.028),¹ já que inúmeras situações concretas ficariam subsumidas à vigência de normas objetivamente conflitantes.

Em razão da alteração de diversos prazos prescricionais, tornou-se necessária a criação de uma norma que regulamentasse de forma clara e objetiva o aspecto intertemporal do instituto. Estabeleceu-se que, transcorrendo-se mais de metade do prazo da lei revogada, quando da entrada em vigor do novo Código Civil, aquele deve subsistir até o seu termo final. Do contrário, aplica-se a lei nova, contando-se o prazo nela estabelecido a partir de sua vigência.

A solução encontrada é pragmática, e talvez equacione boa parte das matérias intertemporais ligadas à prescrição. Não obstante, parece-nos que o intérprete não deve jamais se afastar dos fundamentos inerentes ao instituto. Vale dizer, se a aplicação de determinada regra gera, ainda que eventualmente, alguma perplexidade do ponto de vista do seu valor normativo, não deve ser aplicada.

O Direito não deve transigir com teratologias apenas porque a norma objetiva impõe uma determinada solução jurídica, sobretudo ao se interpretar a legislação privatista à luz da Constituição Federal - esta que é o fundamento de validade de todo o ordenamento infraconstitucional, e que serve de fonte de princípios que nos permitem, excepcionalmente, escapar das amarras do positivismo.

O escopo do legislador ao disciplinar os novos prazos prescricionais foi o de reduzi-los de uma forma geral, para garantir maior

¹ Artigo 2.028 - Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

estabilidade às relações jurídicas, haja vista o crescente dinamismo de interlocução entre os sujeitos de direito nos dias atuais, não mais havendo justificativas para a concessão de tanto tempo ao credor, a fim de que exija a prestação em atraso.

Havendo regramento legal para questões de transição do ordenamento no tempo, não há razão para não aplicá-lo, salvo quando atinge princípios que lhes são hierarquicamente superiores.

Serve-nos o recorrente exemplo do prazo prescricional para a hipótese do seguro DPVAT. Consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que seria de vinte anos, sendo o termo inicial a morte ou incapacidade decorrente de acidente automobilístico, fatos que marcam a lesão ao direito material, sendo, portanto, o gatilho para a contagem do prazo.

De acordo com o Código Civil em vigor, tal prazo foi reduzido para três anos, *ex vi* artigo 206, § 3º, IX, *in fine*, posição consagrada pelo enunciado 405 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.²

Com efeito, um atropelamento com morte ocorrido em 1990 permite ao beneficiário do seguro obrigatório ajuizar ação para pleitear a indenização de 40 salários mínimos até o ano de 2010. De outra sorte, o mesmo fato, ocorrido em 1995, portanto, cinco anos depois, ensejaria prescrição da pretensão no ano de 2006. Cria-se, assim, uma inaceitável incongruência, que vai de encontro ao fundamento ético da prescrição, reiterar-se: a perda do direito subjetivo pela ‘inação’.

A dualidade de soluções para situações objetivamente idênticas já causaria, por si só, uma forte inquietude ao intérprete da

² Súmula 405 do STJ - A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos. 0171105-28.2009.8.19.0001 - APELACAO - 1ª Ementa DES. MARCIA ALVARENGA - Julgamento: 22/07/2010 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÕES CÍVEIS. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. MORTE DA VÍTIMA EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO CC/2002, NOS TERMOS DO ART. 2.028. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 229 DO STJ E 88 DO TJRJ. SINISTRO OCORRIDO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI 6.194/74. INDENIZAÇÃO FIXADA COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO DA DATA DO SINISTRO E NÃO O ATUAL. DOCUMENTO MEGADATA QUE NÃO É HÁBIL PARA COMPROVAR O PAGAMENTO DO SEGURO PELA RÉ, CONFORME ORIENTAÇÃO DO VERBETE Nº 38 DO AVISO 83/2009. APELAÇÕES CÍVEIS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM FULCRO NO ART. 557, CAPUT, DO CPC.


norma. Mas, quando esta inconsistência lógica se soma à subversão da *ratio* do instituto, o resultado é um indesejável descompasso sistemático-jurídico, que deve fazer eclodir no operador do Direito um sentimento de desconfiança.

Há, nesse caso, uma inequívoca violação ao princípio da isonomia material. Note-se que, mais que distinguir pessoas em situações similares ou idênticas, dá-se um tratamento mais severo àquele que menos gravemente atinge o valor que norteia o instituto jurídico, desencadeando um processo corrosivo do fundamento ético da prescrição.

Isto é, entrega-se uma prestação jurisdicional desfavorável a quem permanece inerte por menos tempo, e, àquele que se omitiu na busca de seus direitos por meia década a mais, concede-se a indenização. Soluções díspares para premissas fáticas idênticas, quais sejam, acidentes automobilísticos tutelados pelo Seguro Social DPVAT - Lei 6.194/74.

No exemplo *supra*, a diferença de tempo de inação é de cinco anos, período que corresponde ao segundo maior prazo prescricional do atual Código Civil - artigo 206, § 5º. Impõe-se, portanto, a aplicação do princípio da igualdade material e, por conseguinte, a extensão do direito subjetivo da vítima de acidente automobilístico, ocorrido em 1995, até o ano de 2010, quando se opera a prescrição para fato idêntico, porém ocorrido em 1990.

Em última análise, tal medida decorre do fato de que Direito Civil-Constitucional é fruto de uma visão sistêmica e hierárquica do ordenamento jurídico pátrio, que não permite interpretações herméticas e escoradas tão somente no texto de um dispositivo de lei, quando o quadro fático requer solução diversa.

A despeito da cautela que se deve ter com a solução proposta, acreditamos que os princípios gerais de direito não podem se esconder atrás da literalidade, sob pena de se inverter valores jurídicos relevantes e caminhar de encontro aos ensinamentos do eminente Professor Carlos Maximiliano, em sua obra **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Se assim agirmos, chegará o momento em que teremos que explicar aos jurisdicionados que uma decisão, mesmo sem lógica e contraditória, deve prevalecer, dizendo-se simplesmente 'assim manda a lei'. 

Divórcio - Emenda Constitucional 66/2010 - Primeiras Tentativas de Interpretação

Décio Luiz José Rodrigues

*Juiz de Direito da 6ª Vara Cível - Santo
Amaro - SP. Professor da Escola Paulista da
Magistratura.*

Segundo a Emenda Constitucional 66/2010, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, não mais havendo referência à necessidade de separação judicial prévia e nem a decurso de tempo algum para se chegar ao divórcio.

Assim, levando-se em conta a *mens legis* e a *mens legislatoris*, haja vista que nos pareceres/exposição de motivos da Emenda Constitucional indigitada mencionou-se, *apertis verbis*, que o instituto da separação judicial deixaria de existir, entendemos que foi extinta a separação judicial e a extrajudicial, quer por aqueles motivos acima referidos, quer pela irrazoabilidade/não-recepção Constitucional de sua manutenção.

Portanto, extinta, a separação judicial, do mundo jurídico, inclusive no âmbito extrajudicial, o que antes era possível fazê-lo, *ex vi* da Lei n. 11.441 de 2007, cabe o pedido de divórcio pelas partes em comum acordo (o que podemos chamar de divórcio consensual) ou por um cônjuge em face do outro, pois este não queria o divórcio (o que podemos chamar de divórcio litigioso) e sem requisito algum de tempo, muito menos de tempo de separação judicial ou de fato, não se podendo, ainda, indagar a respeito

de culpa *stricto sensu* na decretação do divórcio, pois independe de qualquer condição ou fato, inclusive independe da vontade do outro cônjuge.

Como corolário, ainda, deste sentir, conclui-se que tanto o vínculo conjugal como a sociedade conjugal, que permanecem como institutos distintos, serão extintos, concomitantemente, pelo divórcio, assim como também pela morte e pelas causas de invalidade (nulidade e anulação) do casamento.

E se houver necessidade de discussão da culpa, nesta incluído o descumprimento dos deveres do casamento, para se decidir sobre alimentos, guarda de filho, uso do nome do cônjuge a ser divorciado (hipóteses, por analogia, da perda do uso do patronímico na vetusta separação judicial) e até sobre danos morais ocorridos na relação entre os cônjuges?

Entendemos que tais discussões devem ser travadas em ação própria e entre os então ex-casados, pois, mesmo havendo culpa do cônjuge, é impossível não se decretar o divórcio por isso, nem cabendo defesa/contestação alguma do outro cônjuge quanto ao divórcio, pois a Constituição não vincula mais nada à possibilidade de decretação do divórcio do casal e, quanto aos danos morais indigitados, temos que a competência passa a ser, sem sombra de dúvidas, de Vara Cível, dada a independência total da decretação do divórcio, sem requisito algum, em relação aos danos morais advindos da relação entre as partes casadas.

Outrossim, entendemos que, nas ações de separação judicial em curso, as partes devem ser instadas a adaptarem a ação ao pedido de divórcio, sob pena de extinção da ação de separação por falta de interesse de agir e/ou impossibilidade jurídica do pedido supervenientes e em havendo, após a Emenda, novos ajuizamentos de ação de separação, devem ser extintas por impossibilidade jurídica do pedido, caso não sejam emendadas as iniciais para o pedido de divórcio.

Nem se diga que a emenda violaria o artigo 264 e seu parágrafo único do CPC (“feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por

lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”), pois se trata, *hic et nunc*, de adaptação necessária da Lei ordinária (CPC) a norma de caráter Constitucional *stricto sensu*, com prevalência desta e de seus princípios àquela.

Mas, sem a separação antecedente que levava ao divórcio, não foi subtraído dos cônjuges o necessário prazo para refletirem sobre o que estão fazendo?

Não, pois se trata de partes capazes juridicamente para o matrimônio e para a solução que encontraram e, na *praxis* forense, muitos casos há em que, mesmo após o prazo de separação, há o divórcio e, mais tarde, casam, os dois, de novo, não havendo, pois, regra de ciência exata no relacionamento humano/amoroso.

Passa a ser incabível a ação cautelar de separação de corpos?

Entendemos que ainda é cabível tal ação nas hipóteses em que a permanência da pessoa casada no seio do lar trazer risco/perigo à segurança e/ou à saúde do outro cônjuge ou à da prole, sempre se atentando ao Poder Geral de Cautela do Juiz, haja vista que não mais há razão para se ajuizar a cautelar referida somente para se garantir a um dos cônjuges, autor da ação, que ele possa abandonar o lar sem perigo de estar descumprindo o dever de coabitação, pois não mais se discute culpa *stricto sensu* no divórcio, devendo, o autor, em trinta dias do cumprimento da liminar, ajuizar a ação principal de divórcio, não mais de separação judicial.

Também consignamos que não mais terá valia a cautelar de separação de corpos criada pela Jurisprudência nos casos em que o casal ainda não estava casado por um ano, não queria mais ficar casado desde agora e ajuizava a cautelar para não viverem mais sob o mesmo teto, sem risco de infringirem o dever de coabitação, aguardando, separados, o transcurso do prazo de um ano de casamento para poderem pedir a separação consensual, haja vista que este instituto não mais existe e que não mais necessitam de prazo algum para pedirem o divórcio, *in casu*, consensual.

Nos casos de separação judicial ou extrajudicial já consolidadas antes da Emenda, é possível a ação de conversão da separação em divórcio?

Parece-nos que é possível, inclusive pela via extrajudicial, conforme artigo 52 da Resolução 35 do CNJ, mas já “no mesmo dia”, sem necessidade de se aguardar o antigo prazo de um ano de separação para se pedir a conversão e esta, na prática, vai corresponder a um próprio pedido autônomo de divórcio e amparado na mudança Constitucional, sem requisito algum, nem se cogitando de culpa. 📄

Breve Reflexão da Competência do Foro do Domicílio do Consumidor

Rafael Estrela Nóbrega
Juiz de Direito do TJ/RJ.

A competência nasceu da necessidade de se organizar a atividade jurisdicional, dada a quantidade e variedade de demandas postuladas em juízo.

A par disso, Athos Gusmão Carneiro conceitua competência como a “medida da jurisdição”. Esta definição é criticada pela doutrina, porquanto a jurisdição é una e indivisível, não sendo, portanto, possível medir a “quantidade de jurisdição”.

Portanto, melhor seria conceituar competência como sendo o âmbito legislativamente demarcado para a prática de atos jurisdicionais. Isto porque a função jurisdicional é exercida em todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como o limite do seu exercício é definido em lei.

Assim, para se determinar a competência no âmbito interno, há critérios determinantes em diversas fontes normativas.

A proposta deste trabalho não é discorrer de forma doutrinária acerca dos critérios de competência, mas somente fomentar o debate entre a regra prevista no artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor e a necessidade de se afastar a opção do consumidor de escolher indiscriminadamente o foro mais conveniente para ajuizar sua pretensão.

Para tanto, primeiramente, faz-se necessária a análise do critério territorial para fixação da competência, prevista no artigo 94 do Código de Processo Civil.

A regra geral impõe o dever de propositura da ação no foro do domicílio do réu para as demandas de natureza pessoal.

O conceito de domicílio, como se sabe, está disciplinado na lei civil, sendo o da pessoa física o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 70 do CC/2002).

Por sua vez, o domicílio da pessoa jurídica é o local de sua sede *ex vi* do art. 75, IV, do CC/2002.

Em extensão à regra, dispõe o artigo 75, § 1º, do CC/2002 que tendo a pessoa jurídica vários estabelecimentos, em locais diversos, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

O artigo 100, IV, “a” e “b” do CPC estabelece que o foro competente para a ação em que for ré a pessoa jurídica é o do local de sua sede (em consonância com o disposto no artigo 70 do CC/2002) e também onde se acha a agência ou sucursal quanto às obrigações por ela contraída.

Em grandes comarcas, há os denominados “juízos regionais”. Significa dizer que, por vontade da Lei Estadual, de iniciativa do Poder Judiciário, ocorre uma descentralização dos “juízos centrais” a fim de atender a demanda social em circunscrição territorial afastada do fórum central.

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, a posição mais acertada é aquela que entende ser o juízo regional, de competência absoluta. Isso porque o juízo regional pertence à mesma Comarca, muito embora se localize em fórum diverso do central, razão pela qual a competência é absoluta, portanto, inderrogável por vontade das partes.

Dispõem os parágrafos 3º e 7º do artigo 94 do CODJERJ que:

§ 3º - As Varas Regionais estão inseridas no Foro da Comarca da Capital e a sua competência será determinada pelos territórios das respectivas Regiões Administrativas, na seguinte forma:

§ 7º - A competência dos Juízos das Varas Regionais, fixada pelo critério funcional territorial, é de natureza absoluta, sendo a incompetência declarada de ofício ou a requerimento dos interessados, independentemente de exceção.

Estabelecida a regra geral de competência territorial para as demandas propostas em face da pessoa jurídica e as regras de competência do denominado foro regional, passa-se a analisar o foro privilegiado instituído em prol do consumidor.

Assim dispõe o artigo 101, I, da Lei nº 8.078/90:

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas:

Inciso I. A ação pode ser proposta no domicílio do autor.

Para Kazuo Watanabe, “o foro do domicílio do autor é uma regra que beneficia o consumidor dentro da orientação fixada no inciso VII do Código, de facilitar o acesso aos órgãos judiciais”. Cuida-se, porém, de opção dada ao consumidor, que dela poderá abrir mão para em benefício do réu, eleger a regra geral, que é a do domicílio do demandado (art. 94, CPC) - Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 1ª edição, Forense Universitária, 1991, p. 567).

Registre-se que a disposição contratual no sentido de o consumidor renunciar o direito de se valer do foro de seu domicílio é nula de pleno direito, conforme artigo 51, I, do CDC.

Situação da mais corriqueira no dia a dia forense é o ajuizamento de demandas baseadas em relação de consumo, nas quais o autor/consumidor direciona sua pretensão em juízo no qual a circunscrição territorial possui agência ou sucursal da sociedade ré, mormente quando esta é Instituição Financeira.

De certo, para tanto, utiliza o critério territorial como elemento fixador de competência, na forma do art. 100, IV, “b”, do CPC.

Ocorre que, ao se valer da regra do domicílio do réu, ao consumidor não é lícita a escolha do juízo, porquanto deve ajuizar sua pretensão no foro onde se encontra a sede da pessoa jurídica. Isto é, se não houve obrigação contraída na sucursal ou agência, ao consumidor só são dadas duas opções: propor a ação no foro do seu domicílio se valendo da regra do artigo 101, I, do CDC, ou no foro do domicílio onde está situada a sede da pessoa jurídica.

Fixado o foro na Comarca da Capital onde se encontram o Foro Central e os Foros Regionais, o próximo passo é a competência de juízo pelo critério funcional-territorial, não sendo possível ao autor a escolha de qualquer um deles, mas tão somente a Vara regional vinculada à região administrativa de seu domicílio.

É possível notar, na rotina forense, que as demandas são ajuizadas não para facilitar a defesa do consumidor em juízo, mas sim a atuação do advogado, que procura postular em circunscrição territorial próxima ao seu domicílio profissional.

Na verdade, ao se deparar com uma ação proposta no foro central da Comarca do Rio de Janeiro, sendo ré uma pessoa jurídica, cuja sede se encontra em Estado diverso da federação, bem como o domicílio do autor restar localizado em circunscrição territorial onde haja juízo regional, deve o Juiz declinar de sua competência, por se tratar de incompetência absoluta, salvo prova de que a obrigação foi contraída na agência ou sucursal.

Em outras palavras, ao criar fóruns regionais, está a Administração Judiciária preocupada com uma divisão igualitária dos processos, o que por si só serve como fundamento a se respeitar as regras de organização judiciária.

Além disso, não se pode admitir que seja conferido ao consumidor litigar em qualquer Comarca, posto que acaso a parte ré seja uma Instituição Financeira, há sucursais espalhadas por todo canto da cidade.

É prática comum a propositura de ações no foro central com a finalidade de questionar os expurgos inflacionários relativos aos planos econômicos, quando o consumidor possui domicílio em foro regional, sem que haja qualquer obrigação contraída na agência indicada no polo passivo. Percebe-se, claramente, que o fórum é o da circunscrição territorial do escritório do advogado subscritor da petição inicial, ainda que a lei não contemple qualquer hipótese de escritório profissional como elemento fixador da competência.

Entendimento contrário, em última análise, pode acarretar, inclusive, violação ao princípio do juiz natural, bastando imaginar o ajuizamento de demanda em foro com juízo único, sem que o

local seja sede do réu ou domicílio do consumidor, havendo apenas uma agência da pessoa jurídica.

Não é demais ressaltar que, por vezes, o consumidor se desloca de sua residência para comparecer em audiência, sendo certo que reside em local distante do foro onde propôs a demanda. Basta imaginar, por exemplo, quando o autor tem domicílio no bairro de Campo Grande e demanda no foro central exclusivamente porque confia na celeridade ou por ser o local mais próximo do escritório de seu patrono.

Na prática, significa dizer que a regra do artigo 101, I, do CDC não é respeitada pelo próprio destinatário da norma.

Neste sentido, seguem os seguintes arestos do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECLARATÓRIA C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA NO FÓRUM CENTRAL, QUE TEM JURISDIÇÃO SOBRE O LOCAL ONDE ESTABELECIDO A RÉ. AUTORA RESIDENTE EM SANTA CRUZ, EM REGIÃO ADMINISTRATIVA ONDE HÁ FÓRUM REGIONAL. Sendo ambas as partes domiciliadas na Comarca da Capital, é este o foro competente para o processamento e julgamento da demanda. No que tange à competência de juízo, em se tratando de relação consumerista, e residindo a parte autora em Região Administrativa onde há fórum regional (Santa Cruz), é ali que deve ser processada e julgada a demanda. A facilitação do acesso à justiça foi a lógica que orientou a criação das Varas Regionais, sendo utilizado o critério da descentralização, para que os jurisdicionados residentes em locais mais distantes não precisassem se deslocar até o Fórum Central para utilização dos serviços judiciais. Ademais, melhor se coaduna com o princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo que a ação tramite em uma das varas cíveis do Fórum Regional de Santa Cruz, não havendo motivo para que a autora/agravante dê preferência por ajuizar a demanda no Fórum Central, se existe fórum regional próximo à sua residência. Desprovi-

mento do recurso. (0024845-48.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa, DES. JORGE LUIZ HABIB - Julgamento: 29/06/2010 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL).

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - RÉUS, ORA AGRAVADOS, DOMICILIADOS NA CAPITAL DE SÃO PAULO - AÇÃO INTENTADA NO FORO DE DOMICÍLIO DA AUTORA - FEITO AJUIZADO NO FORO CENTRAL DA COMARCA DO RIO DE JANEIRO - DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA A VARA REGIONAL DE MADUREIRA, UMA VEZ QUE A DEMANDANTE TEM SUA SEDE NO BAIRRO DE ROCHA MIRANDA - INCONFORMISMO - RAZÕES RECURSAIS SEM APÊNDICE À REFORMA DA DECISÃO OBJURGADA - INTELIGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 94, §§ 3º E 7º DO CODJERJ, QUE ENCERRAM REGRAS DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO - COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS VARAS REGIONAIS - RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (0034327-20.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa, DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 02/08/2010 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL).

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que declinou da competência para o Foro Regional de Bangu em razão da competência absoluta. A previsão contida no Código de Defesa do Consumidor não pode sobrepor norma jurídica sobre competência absoluta, como é o caso das Varas Regionais, eis que dentro da mesma Comarca, a competência das Varas Regionais é absoluta. Logo, correta a decisão de declínio. ART. 557 DO CPC RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (0031565-31.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa, DES. MARCO AURELIO FROES - Julgamento: 14/07/2010 - NONA CÂMARA CÍVEL).

Em conclusão, ao se valer da regra prevista na lei consumerista, está o consumidor vinculado a propor sua demanda na vara

regional constante da região administrativa de seu domicílio, já que esta é de competência absoluta. Se pretende demandar no foro do domicílio do réu, em renúncia ao seu, deve ajuizar sua pretensão no local da sede da pessoa jurídica ou no domicílio da pessoa física. Ao consumidor só é permitido indicar o foro onde se encontra a filial ou sucursal como elemento fixador da competência, acaso demonstre a ocorrência de obrigação nele contraída. 📄

A ‘Mudança de Sexo’ e suas Implicações Jurídicas: Breves Notas

Emerson Garcia

Membro do MP/RJ. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em “Education Law and Policy” pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia - Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.

1. ASPECTOS GERAIS DO TRANSEXUALISMO

O sexo da pessoa humana é normalmente determinado de acordo com quatro referenciais de análise: os cromossomos, as gônadas (ovários ou testículos), os hormônios e as características sexuais, primárias ou secundárias. Os dois primeiros não podem ser substituídos - mas as gônadas podem ser retiradas -, os dois últimos sim. Enquanto os hormônios podem ser alterados com relativa facilidade, as características sexuais, mais especificamente as primárias, apresentam alguma complexidade: o grande desafio é o de lograr êxito, em termos de aparência e correto funcionamento, na alteração anatômica da genitália. Nesse particular, enquanto a alteração do gênero masculino para o feminino, apesar de difícil, tem sido realizada com maior frequência, o contrário tem se mostrado particularmente complexo, não só em termos de aparência, como em relação à funcionalidade.

Conquanto não possa ser considerada uma expressão unívoca, “mudança de sexo”, para os fins de nossa exposição, consiste na alteração das características físicas aparentes, por meio

de processo cirúrgico, de modo que o indivíduo se assemelhe às pessoas que possuem o sexo oposto. A cirurgia não incursionará no plano genético, sendo precipuamente direcionada a substituir o órgão genital existente por aquele que caracteriza o sexo oposto¹. Intervenções dessa natureza permitem que as características comportamentais do agente, que se coadunam com aquelas inerentes ao sexo oposto, se ajustem à sua aparência física. Na medida em que os fatores físico e psíquico tornem-se convergentes, aumenta a possibilidade de efetiva inserção no ambiente social, nem sempre caracterizado pela tolerância e pelo respeito ao próximo.

O transexualismo, que afeta aos homens em maior intensidade que às mulheres, tem sido visto como patologia, originária de falhas cromossômicas ou desequilíbrios hormonais, que impõe uma ruptura aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física;² pode se manifestar tanto na infância, como na fase adulta, havendo estudos, inclusive, que sugerem a possibilidade de o seu delineamento se principiar no curso da própria gestação. O transexual, face à resistência endógena, já que o indivíduo não aceita a si próprio, e à constante discriminação exógena, sendo conhecidas as dificuldades de inserção social de um homem que deseja ser mulher ou de uma mulher que almeja ser homem, tende a assumir uma postura isolacionista, o que, não raro, coloca em risco a sua própria vida, sempre ameaçada pela sombra do suicídio.

Em decorrência das peculiaridades dessa patologia, que tem raízes no plano psíquico e somente encontra lenitivo nas profundas modificações a serem promovidas no plano físico,³ sendo confundida, com relativa frequência, com meros distúrbios da sexualidade, tem

¹ Nos homens, é realizada a secção do pênis e do escroto, com posterior construção da vulva; a supressão do pomo de Adão e a inserção de prótese de silicone, formando o busto feminino. As mulheres, por sua vez, recebem um pênis, normalmente de silicone e, em regra, com funcionalidade apenas estética.

² Cf. CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 141.

³ Os tratamentos puramente psicológicos mostram-se absolutamente ineficazes em relação ao transexual, que se mostra irredutível em sua pseudoidentidade com o sexo oposto, não coopera e rejeita a terapia. Cf. SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de*

sido comum a resistência, no ambiente social, ao reconhecimento de sua gravidade e do verdadeiro martírio que acomete o seu portador.

E o que é mais grave, a resistência costuma se transmutar em indiferença quando contextualizada no âmbito do Poder Público, que nem sempre oferece o apoio necessário a quem dele necessita. Em verdade, sempre foram comuns as tentativas de enquadrar os responsáveis pelas cirurgias de transgenitalização na tipologia do art. 129, § 2º, III, do Código Penal, que trata da denominada *lesão corporal gravíssima*,⁴ o que reflete uma evidente confusão entre a ofensa à integridade física e a terapia voltada ao restabelecimento do equilíbrio físico e psíquico. Na atualidade, o reconhecimento de que o transexualismo configura uma patologia e que a intervenção cirúrgica é o método adequado ao seu enfrentamento, a um só tempo, conferem ao indivíduo irrestrito poder de decisão⁵ e afastam a responsabilidade penal do médico.

A República Federativa do Brasil não conta com legislação específica voltada ao transexualismo, quer em relação aos fatores que permitem a sua individualização, quer em relação ao tratamento a ser realizado. Somente em 1997 o Conselho Federal de Medicina⁶ aprovou, em caráter experimental, a realização de *“cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia,*

sexo - aspectos médico-legais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 115; e DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 290.

⁴ Cf. FRAGOSO, Heleno Claudio. “Transexualismo: cirurgia: lesão corporal”, in *Revista de Direito Penal* nº 25/25, 1979.

⁵ Código Civil, art. 13, *caput*: “[s]alvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Face à unidade existencial do ser humano, parece evidente que a “exigência médica” referida no preceito pode estar associada tanto à preservação da incolumidade física, como à psíquica.

⁶ Resolução nº 1.482/1997, art. 1º. Em momento anterior à iniciativa do Conselho Federal de Medicina, o Congresso Nacional chegou a aprovar o PL nº 1.909-A, que acrescentava um § 9º ao art. 129 do CP (“*Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de Junta médica e precedida de consentimento expreso de paciente maior e capaz*”), sendo o texto, ao final, vetado pelo Presidente da República, o Gal. João Baptista Figueiredo. A temática voltou a ser abordada no PL nº 70-B, de 1995, que, além de inserir um § 9º ao art. 129 do CP, promovia alterações no art. 58 da Lei nº 6.015/1973, permitindo a alteração do prenome, quando realizada intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário, e exigindo que a condição de transexual fosse declinada no registro de nascimento e no documento de identidade.

neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.” Essa norma, não obstante emanada de um conselho de fiscalização profissional, pode ser considerada um verdadeiro divisor de águas na realidade brasileira, sendo decisiva para a compreensão de que o transexualismo efetivamente constitui uma patologia e de que a intervenção física é indispensável à estabilização psíquica do indivíduo.⁷ Nessa linha, havendo livre manifestação de vontade do transexual, que age nos estritos limites de sua privacidade,⁸ o médico que intervém no tratamento dessa patologia age no plano da licitude, no exercício regular de sua profissão, o que torna dispensável a solicitação de autorização judicial, quer para simplesmente legitimar, quer para determinar a sua realização.⁹

⁷ Em acórdão que bem retrata o entendimento prevalecente nos tribunais até 1997, assim se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “[a] cirurgia pretendida que não é corretiva e tem efeito mais psicológico, mesmo porque o sexo biológico e somático continua sendo o mesmo, não é permitida em nosso País. Ainda que devendo o transexual ser tratado com seriedade, com acompanhamento médico desde a infância, e mesmo sabendo que em outros países essa cirurgia é realizada, não se pode autorizar a sua efetivação” (3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 596103135, rel. Des. Tael João Selistre, j. em 12/09/1996). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do mesmo modo, decidiu que “[a] mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em transformar um homem numa mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir” (4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1992.001.06087, rel. Des. Marden Gomes, j. em 04/03/1993).

⁸ Esse entendimento tem sido acolhido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão: BVerfGE 49, 286-297; 60, 123-134; 116, e 243-264. Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 10ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 75.

⁹ O Tribunal de Justiça de São Paulo examinou a questão em seus exatos termos: “Registro Civil. Assento de nascimento. Alteração. Pedido de retificação de nome e alteração de sexo no registro civil c. c. autorização para cirurgia de reatribuição sexual. Inviabilidade. Transexualismo que reclama tratamento médico que só pelo especialista pode ser deliberado. Admissibilidade da cirurgia de transgenitalização mediante diagnóstico específico e avaliação por equipe multidisciplinar, por pelo menos durante dois anos (CFM, Resolução 1 652/02). Apelante inscrito e em fila de espera para o tratamento, que deve ser definido pela equipe multidisciplinar, independentemente de autorização judicial, por se tratar de procedimento médico, competindo ao médico a definição da oportunidade e conveniência. Recorrente que, por ora, é pessoa do sexo masculino. Alteração no registro civil que poderá ser tratada oportunamente após resolvida, no âmbito médico, a questão de transexualidade.” (10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 4174134500, rel. Des. Carvalho Viana, j. em 09/10/2007).

Em 2002, foi editada nova normatização, a Resolução nº 1.652/2002, que autorizou a realização da “*cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo*”¹⁰ e, em caráter ainda experimental, a do “*tipo neofaloplastia*”.¹¹

Ambas as resoluções do Conselho Federal de Medicina tinham como destinatários exclusivos os “transexuais”, assim considerados aqueles que apresentassem “(1) desconforto com o sexo anatômico natural; (2) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; (3) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; (4) ausência de outros transtornos mentais”.¹² O que distingue o transexual do homossexual e do travesti é a incontível aversão psicológica, em caráter continuado, ao próprio sexo, o que justifica, sob o prisma médico, a submissão a intervenções cirúrgicas e a tratamentos hormonais com o objetivo de alterar os seus órgãos genitais externos e, consequentemente, assegurar a sua integridade psíquica e, porque não, física, evitando atentados à própria vida. O homossexual e o travesti, de modo diverso, não apresentam idêntica resistência à própria identidade sexual: o primeiro prefere manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo; o seu órgão genital, longe de ser um empecilho à felicidade, é a verdadeira fonte do seu prazer; o segundo, por sua vez, que pode ser homossexual ou heterossexual, obtém prazer ou segurança ao adquirir a aparência de pessoa do sexo oposto, o que se dá com o recurso a roupas e adereços.

A partir dessas breves premissas de caráter propedêutico, abre-se um extenso leque de problemas afetos à situação jurídica do transexual. Há um direito subjetivo à mudança de sexo, de modo que seja possível compelir o Poder Público a realizá-la?¹³ O transe-

¹⁰ Resolução nº 1.652/2002, art. 1º.

¹¹ Resolução nº 1.652/2002, art. 2º.

¹² Resolução nº 1.652/2002, art. 3º.

¹³ Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. “Direito à adequação de sexo do transexual”. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, p. 22-23, set./out. 1996.

xual que apresente evidentes características do sexo oposto, mas que não se submeteu à cirurgia para a alteração do sexo anatômico inato, pode pretender a alteração do seu registro civil, de modo que ele corresponda aos contornos de sua personalidade e ao papel que desempenha no ambiente social? Admitindo-se a alteração do registro público, com ou sem cirurgia, quais são os limites a serem observados (v.g.: alteração apenas do prenome ou do próprio sexo inicial; menção ao sexo antigo no próprio registro etc.)?

Creemos que a solução dessas questões e de outras mais que possam surgir no ambiente social será necessariamente influenciada pelo referencial de dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil.¹⁴

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS.

Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, quer essa ameaça provenha de ações (v.g.: atentados à integridade física), quer de omissões (v.g.: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta na forma de ser humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser ou fazer algo. A liberdade, enquanto critério de formação e expressão da capacidade intelectual, é inerente ao ser humano num estado de natureza, não podendo sofrer restrições que atentem contra a sua base axiológica ou descaracterizem por completo a capacidade de determinação e decisão. A referência à “*dignidade da pessoa humana*” é naturalmente excludente das pessoas jurídicas, que poderão figurar como sujeitos de inúmeros direitos, mas não possuirão propriamente uma *dignidade* a ser protegida. No outro extremo, toda e qualquer pessoa humana possui dignidade.

¹⁴ CR/1988, art. 1º, III.

A inserção do homem na sociedade e a sua necessária submissão aos comandos das estruturas estatais de poder não permitem o desenvolvimento de liberdades amplas e irrestritas, isto sob pena de se inviabilizar a liberdade alheia, com o consequente comprometimento do bem comum. As restrições, no entanto, devem observar os balizamentos traçados pelo texto constitucional e não ultrapassar a medida do necessário à salvaguarda dos bens e interesses correlatos. Em qualquer caso, como afirmou o Papa João Paulo II, na Encíclica *Veritatis Splendor*, de 6 de agosto de 1993, nunca se pode aviltar ou contrariar a dignidade humana, ainda que nobres sejam os objetivos (nº 92): afinal, não é lícito alcançar o bem com a prática do mal (nº 80).

Ainda em meados do século XX não era incomum que alguns atributos inerentes à espécie humana fossem enquadrados sob a epígrafe dos direitos da personalidade. Adriano de Cupis, em sua festejada monografia,¹⁵ já realçava a existência de direitos destinados a dar conteúdo à personalidade; seriam direitos essenciais, sempre sujeitos à “*sensibilidade*” do ambiente social, o que poderia conduzir à sua expansão ou retração, vale dizer, mudando a consciência moral, muda o modo de ver a pessoa no seio da sociedade, o que, por via reflexa, também faz mudar os direitos considerados essenciais para a personalidade; seriam direitos inatos, protegidos universalmente pelos ordenamentos jurídicos modernos (nas palavras do autor: “*gli ordinamenti giuridici moderni hanno subito costantemente, può dirsi universalmente, la pressione delle idee sociali relative all’essenzialità dei diritti: tanto che si è discorso di una communis opinio esistente al riguardo, espressione di una comune volontà immanente in ogni ordinamento giuridico*”). Em momento anterior, ressaltara Rui Barbosa¹⁶ que “*a minha pessoa não é sómente a entidade physica de minha individualidade, é, igualmente, o complexo de todos os direitos de que a minha existencia necessita, a minha existencia moral e*

¹⁵ *I Diritti della Personalità*, Milano: Giuffrè, 1950, p. 18-22.

¹⁶ *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, colligidos e ordenados por Homero Pires, v. II, Do Poder Legislativo, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, p. 365.

a minha existencia exterior, a minha existencia privada e a minha existência política; desses direitos é que se compõe a pessoa humana, no estado social". Reforçando a necessidade de proteção desses atributos, dispõe a Constituição tunisiana de 1959, após a reforma de 2002 (art. 5º, 2ª parte), que o Estado, além de proteger a dignidade do ser humano, deve buscar o desenvolvimento de sua personalidade.

Apesar da referência aos direitos inatos do homem, tanto a Declaração de Direitos da Virginia, de 1776, como a célebre *Déclaration* francesa de 1789, não fizeram referência à dignidade humana; esta última apenas falou em *dignité* em relação aos cargos governamentais. Somente no século XX, mais especificamente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (todas as pessoas são "*livres e com a mesma dignidade*"), é que a expressão veio a ser utilizada e, a partir daí, definitivamente incorporada às convenções internacionais de direitos humanos e a inúmeros textos constitucionais.

A proteção da dignidade humana costuma enfrentar uma dificuldade básica, que é a de identificar o que está, ou não, abrangido por ela. Num extremo, corre-se o risco de ver como atentatórias à dignidade humana meras afrontas ao bom gosto e à moral comum; no outro, a de não estender a sua proteção a valores efetivamente basilares da espécie humana. Aqui, retrai-se em excesso; lá, amplia-se ao ponto de amesquinhar-se. Face à dificuldade conceitual, não é incomum que, a partir das experiências colhidas no ambiente sociopolítico, parcelas características da dignidade humana passem a receber proteção específica, precisando os contornos da violação. É o que se dá, por exemplo, com a proibição da tortura, cuja principal função é preservar aspectos físicos e morais inerentes à dignidade de todo e qualquer ser humano.

A verificação do efetivo respeito à dignidade humana será amplamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, sendo extremamente difícil a construção de arquétipos gerais e infalíveis. Referenciais libertários, protegendo a individualidade, a identidade e a integridade; igualitários, afastando a discriminação arbitrária; ou sociais, exigindo um rol mínimo de prestações sociais, com a consequente imposição de deveres prestacionais ao Estado,

em muito contribuirão na aferição do respeito pela dignidade humana.¹⁷ Relativamente mais clara será a situação da pessoa que tenha o seu próprio *status* humano aviltado, sendo reduzida à condição de objeto, fórmula que exige um nível mínimo de convergência no ambiente sociopolítico, com o que se evitará que os conceitos pessoais do intérprete a respeito de bom gosto e moral comum sejam superpostos à noção de dignidade humana, suprimindo a autonomia individual. Como atributo inerente à própria noção de humanidade, a dignidade, por natureza, é indisponível, o que afasta a invocação da voluntariedade para justificar a sua violação.

Kant¹⁸ já afirmara que tudo tem um “*preço*” ou uma “*dignidade*”: o que tem um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente; o que é superior ao preço e não admite equivalente tem uma dignidade. O ser humano, sendo um fim em si mesmo, tem um valor intrínseco, uma dignidade; não pode ser tratado como meio; considerado como pessoa, não como elemento do sistema da natureza, é sujeito de uma razão moralmente prática, estando acima de qualquer preço.¹⁹ Conclui, assim, que “*o respeito que eu tenho pelos outros ou que os outros têm por mim é o reconhecimento da dignidade nos outros homens, bem como que existe um valor, que não tem preço ou um equivalente com o qual se possa substituir o objeto da estima*”. A filosofia kantiana, fundada no respeito pelo próximo e no valor intrínseco do ser humano, justifica a insurgência contra a opressão e aponta para a incorreção de práticas como a tortura e o terrorismo, onde o homem é tratado como objeto.

Como observa Häberle,²⁰ a dignidade humana, em muitas Constituições modernas, constitui a premissa antropológica do Estado Constitucional, do direito estatal e, em futuro próximo, do direito internacional; acresce, ainda, que é extremamente difundida, no di-

¹⁷ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito (Autorität und Integration, Zur Gramatik von Recht und Verfassung)*, trad. de Elisete Antoniuk, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 315-316.

¹⁸ *Metafísica dos Costumes*, trad. de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

¹⁹ Cf. KANT. *Metafísica...*, p. 392.

²⁰ “*Dignità dell'uomo e diritti sociali nelle Costituzioni degli Stati di diritto*”, in BORGHI, Marco. *Costituzione e diritti sociali*, Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990, p. 99 (100).

reito alemão, a repulsa à “*fórmula objeto*”, indicativo de que nenhuma pessoa pode servir de objeto à constrição estatal ou social, o que permite, inclusive, seja reconhecida a sindicabilidade de alguns direitos sociais, como o dever de o Estado garantir a assistência social.

3. A PERMEABILIDADE AXIOLÓGICA DA DIGNIDADE HUMANA

Conquanto seja perceptível a paulatina sedimentação dos contornos basilares da dignidade humana, com a correlata identificação de uma tendência ao universalismo, daí resultando a impossibilidade de serem idealizados arquétipos locais ou regionais deles dissonantes, é inegável que o desenvolvimento da humanidade não é uniforme e muito menos indiferente aos circunstancialismos de ordem espacial e temporal. Enquanto alguns países alcançam elevados níveis de desenvolvimento humano e social, outros lutam, até o limite de suas forças, para que a própria condição humana não seja negada ao indivíduo. É nesse contexto que se identifica a intensa permeabilidade axiológica da dignidade humana. Ainda que os seus contornos basilares devam ser comuns a todos os povos, é inegável que o maior desenvolvimento de alguns deles enseje o surgimento, no meio social, de uma concepção mais ampla e exigente quanto aos padrões mínimos de liberdade, igualdade e das prestações sociais asseguradas a cada pessoa.

A partir dos valores auferidos no meio social, que refletem a identidade cultural de um povo, verifica-se a retração ou a ampliação do potencial expansivo da dignidade humana, o qual, repita-se, não deve permanecer aquém dos contornos basilares sedimentados na sociedade internacional.

É possível se falar, assim, em “*direitos e deveres essenciais à dignidade humana*”, que se integram ao seu núcleo duro, e em “*direitos e deveres complementares à dignidade humana*”, que apresentam um conteúdo variável, consoante as circunstâncias de ordem espacial e temporal, e servem de reforço ao núcleo duro.²¹

²¹ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*, v. I, Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 572.

Considerando o atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, a diversidade que lhe é inerente e o pluralismo característico de sua ordem jurídica, parece-nos indubitável que o transexual, acima de tudo, merece amplo e irrestrito respeito: sua disfunção psicológica não deve ser motivo de discriminação²² ou, pior, de exclusão.

4. A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO E O SEU OFERECIMENTO PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE

Tratando-se de patologia que gera uma verdadeira agonia existencial, sendo fonte de conflitos internos que podem conduzir à autoflagelação e ao próprio suicídio, é necessário que o Poder Público torne operativa a regra do art. 196 da Constituição de 1988, reconhecendo que a saúde, efetivamente, “*é direito de todos e dever do Estado*”, e disponibilize a cirurgia de transgenitalização àqueles que dela necessitem. A dignidade da pessoa humana e a carga axiológica que lhe dá sustentação atuam como fatores de integração da referida norma constitucional, o que permite a imediata exigibilidade daquelas prestações que, por sua essencialidade, integram o núcleo duro da dignidade humana. *In casu*, a tutela à saúde é erigida ao *status* de condição essencial ao pleno desenvolvimento da pessoa, o que lhe confere os contornos típicos de um direito fundamental

²² O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no Processo C-13/1994, interpretando a Diretiva 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976, que versa sobre a igualdade entre homens e mulheres na relação de emprego, decidiu que “[t]endo em conta o objetivo perseguido pela Diretiva 76/207, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e às condições de trabalho, o artigo 5º, n. 1, desta diretiva opõe-se à dispensa de um transexual por motivo relacionado com a sua mudança de sexo. Com efeito, dado que o direito de não discriminação em razão do sexo constitui um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o âmbito de aplicação da diretiva não pode limitar-se apenas às discriminações resultantes da pertença a um ou a outro sexo. A sua aplicação deve ser extensiva às discriminações que tenham a sua origem na mudança de sexo, uma vez que as mesmas resultam essencialmente, senão exclusivamente, do sexo do interessado, porque despedir uma pessoa porque tem a intenção de sofrer ou sofreu uma mudança de sexo, é aplicar-lhe um tratamento desfavorável relativamente às pessoas do sexo de que era considerada fazer parte antes desta operação” (P. e S. vs. Cornwall County Council, European Court Reports, 1996, p. I-02143).

imediatamente exigível, permitindo o surgimento de situações jurídicas subjetivas.²³

Pretensões dessa natureza, que já encontravam acolhida em decisões isoladas,²⁴ deram os primeiros passos para alcançar o plano coletivo com o acolhimento, em agosto de 2007, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de pedido formulado pelo Ministério Público Federal, no sentido de que a cirurgia fosse disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde.²⁵ A União, apesar de ter manejado os recursos extraordinário e especial, deles desistiu, como foi amplamente noticiado pelos meios de comunicação, em julho de 2009.

²³ Cf. COCCONI, Monica. *Il Diritto alla Tutela della Salute*, Padova: CEDAM, 1998, p. 63.

²⁴ TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.07095, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. em 26/07/2005.

²⁵ *“Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na Tabela Sih-Sus de Procedimentos Médicos de Transgenitalização. Princípio da Igualdade e Proibição de Discriminação por Motivo de Sexo. Discriminação por Motivo de Gênero. Direitos Fundamentais de Liberdade, Livre Desenvolvimento da Personalidade, Privacidade e Respeito à Dignidade Humana. Direito à Saúde. Força Normativa da Constituição. 1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2 - A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3 - A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade. 4 - O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5 - O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. 6 - A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais portanto, visões de*

Após a decisão do Tribunal Regional Federal, mas em momento anterior à desistência dos recursos pela União, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1.707, de 17 de agosto de 2008,²⁶ instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o “*processo transexualizador*”, a ser implantado nas unidades federadas.²⁷

mundo heterônomo, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7 - A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 - O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. 9 - A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistente risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11 - Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 - As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 - As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas” (TRF-4ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS, rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, DJ de 23/08/2007).

²⁶ DOU de 19/08/2008.

²⁷ Eis a motivação que acompanha a Portaria nº 1.707/2008: “*Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade; Considerando que a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, instituída pela Portaria nº 675/GM, de 31 de março de 2006, menciona, explicitamente, o direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero a todos os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS); Considerando que o tran-*

Acresceu, ainda, que compete à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde a adoção das providências necessárias à plena estruturação e implantação do programa,²⁸ observando-se, em qualquer caso, os balizamentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1.652/2002.²⁹

5. REFLEXOS DA “MUDANÇA DE SEXO” NO REGISTRO PÚBLICO

O registro público, como se sabe, tem como principal funcionalidade, além da eventual função constitutiva, assegurar a publicidade de certos acontecimentos de interesse coletivo e, conseqüentemente, contribuir para a preservação da segurança jurídica. Naquilo que se relaciona ao presente estudo, as atenções se voltam ao registro civil das pessoas naturais, que individualiza a pessoa e o seu estado civil, e mais especificamente a duas informações que contribuem para que esse objetivo seja alcançado: o prenome e o sexo.

Numa visão tradicionalista, seria possível afirmar que o prenome, ressalvadas as exceções contempladas em lei, é, em linha de princípio, imutável,³⁰ o sexo, por sua vez, assumiria características inatas, não podendo ser alcançado por meras alterações de aparência. Entendimento dessa natureza, como soa evidente, não se harmoniza com o necessário respeito à dignidade humana, da qual se desprendem todos os direitos que protegem e viabilizam a expansão da individualidade física e psíquica inerente a qualquer ser humano.

sexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico, situações estas que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde preconizada e a ser prestada pelo SUS; Considerando a Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia do transgenitalismo.”

²⁸ Portaria nº 1.707/2008, art. 3º.

²⁹ Portaria nº 1.707/2008, art. 1º.

³⁰ Lei nº 6.015/1973, 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.”

A inalterabilidade do prenome, como se percebe pela sistemática legal, é meramente relativa; deve se ajustar às exceções expressamente previstas na Lei de Registros Públicos e àquelas que se desprendam da Constituição, que informa e serve de fundamento de validade para toda a ordem jurídica. Ao “mudar de sexo” a pessoa inaugura uma nova fase de sua personalidade, daí decorrendo a imperiosa necessidade de que seja reindividualizada perante si e seus pares. Não há dignidade se a pessoa tem renegado o seu *eu* e é impedida, por razões de ordem patológica, a se integrar ao *nós*, vale dizer, ao ambiente social. Nesse contexto, a autorização judicial para a mudança do prenome decorreria diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual está ínsita a proteção da personalidade individual. À alteração do gênero sexual estendem-se os mesmos argumentos, o que torna igualmente necessária a alteração do sexo originariamente inserido no registro civil, que não mais se harmoniza com a realidade.³¹

A proposição, no entanto, não é tão simples quanto aparenta ser. Há, ainda, duas outras questões a serem enfrentadas. A primeira consiste em identificar se a cirurgia de transgenitalização é requisito necessário à alteração do prenome e do sexo ou se é possível que uma pessoa que fisicamente ostente as características de um homem, mas que, no plano psíquico, se sinta uma mulher, possa igualmente alterá-los. A segunda diz respeito à necessidade, ou não, de ser inserida alguma observação no registro a respeito da situação anterior da pessoa.

Em prol da possibilidade de alteração do prenome e do sexo, mesmo nas situações em que não tenha sido previamente realizada a cirurgia de transgenitalização, argumenta-se que a verdade registral não pode desconsiderar que o transexual vive sob uma evidente contradição entre a forma de seus genitais externos e os aspectos psicológicos que integram a sua personalidade. Ao prestigiar o sexo morfológico e ignorar os aspectos inerentes ao pensamento e ao comportamento da pessoa, o registro civil incor-

³¹ A retificação do prenome e do sexo, no assento de nascimento, após a cirurgia, tem sido acolhida pela jurisprudência: TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.01910, rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. em 13/09/2005.

reria em erro, não retratando a verdadeira identidade sexual. Nesse caso, deveria prevalecer o entendimento pessoal do indivíduo em relação ao próprio sexo ou, de modo mais exato, o diagnóstico médico como transexual. O sexo, assim, acompanharia o psíquico, não o físico.

Em que pese tratar-se de entendimento bem intencionado e que se preocupa com aspectos inerentes à personalidade individual, não cremos que pessoa biologicamente normal e pertencente a um gênero sexual bem definido possa ser transposta para outro, com embasamento, único e exclusivo, em seus transtornos psíquicos. Entendimento diverso, em verdade, terminaria por fazer que o próprio registro civil fosse acometido dos mesmos males do transexualismo: retrataria o que se sente, não o que é visto na realidade, o que certamente afrontaria a sua funcionalidade, conduzindo-o ao descrédito.

Como afirmamos, a correta compreensão do que está dentro e do que está fora do potencial expansivo da dignidade humana pode redundar em lamentáveis omissões ou em caudalosos excessos. Esse parece ser o caso. Desde o período colonial, avançando pelo Império e continuando sob a República, o sexo biológico, não o psíquico, sempre foi o critério utilizado na individualização da identidade jurídica das pessoas. A uniformidade alcançada por esse critério, ainda que não seja o melhor, certamente contribui para a harmonia e a paz no ambiente social. Admitir que certas pessoas tenham o sexo definido de acordo com padrões biológicos (*rectius*: órgãos genitais de homem ou de mulher, ou ambos, isto no caso de hermafroditismo³²) e, outras, consoante padrões psicológicos, é eliminar um critério objetivo e seguro, utilizado há

³² Estabelecendo a distinção entre hermafroditismo verdadeiro e pseudo-hermafroditismo, observa Carlos Fernandez Sessarego que o primeiro deles é uma síndrome caracterizada pela presença simultânea das gônadas masculina e feminina, o que influi sobre a formação dos genitais externos, o aspecto somático e o comportamento psíquico; o pseudo-hermafroditismo consiste na ausência de homogeneidade entre os órgãos genitais externos e o sexo genético; no transexualismo, por sua vez, a anomalia é puramente psíquica, não havendo anomalias nas gônadas ou nos órgãos genitais externos (“*El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares*”, in *Revista de Derecho Civil, Inmobiliário, Agrário e Empresarial* n° 56/7, abr.-jun./1991).

séculos na aferição dessa característica humana. Se, por um lado, o transexual não está obrigado a se submeter a uma cirurgia que pode colocar em risco a sua incolumidade física, por outro, não há como se considerar ínsito em sua esfera jurídica o direito de ser conhecido por um sexo que mesmo na aparência não ostenta.

No direito alemão, foi editada, em janeiro de 1980, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1981, a *Transsexuellengesetz* (TSG)³³, que prevê as situações em que será admitida a troca de prenome (*Änderung der Vornamen*, TSG, §§ 1º ao 7º) ou a própria alteração do sexo (*Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit*, TSG, §§ 8º a 12) constante do registro de nascimento (*Geburtregister*). Para ambos os propósitos, a pessoa deve ter no mínimo 25 anos de idade, preencher os requisitos de nacionalidade e apresentar, em razão de sua transexualidade, por no mínimo três anos, o sentimento de que pertence ao sexo oposto.³⁴ Diversamente da modificação do prenome, a alteração do sexo constante do registro civil está condicionada à prévia realização da cirurgia.³⁵

Especificamente em relação à alteração de sexo no registro civil, o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG),³⁶ interpretando o princípio da dignidade da pessoa humana³⁷ e a especial proteção que o Estado confere ao casamento e à família,³⁸ decidiu que referida medida não estaria ao alcance de pessoas casadas, enquanto permanecerem casadas, ainda que já submetidas à cirurgia de transgenitalização. A decisão a respeito da cirurgia, por sua vez, se situa na esfera personalíssima do transexual, não estando condicionada à concordância do seu cônjuge.³⁹ Esse entendimento, à evidência, é perfeitamente aplicável à realidade brasileira.

³³ O título completo é: “Lei sobre a alteração do prenome e a identificação do gênero sexual em casos especiais” (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen*).

³⁴ TSG, § 1º, (1), 1 a 3 e § 8º, (1) 1.

³⁵ TSG, § 8º, (1), 4.

³⁶ 1º Senado, j. em 27/05/2008, 1 BvL 10/05.

³⁷ *Grundgesetz* de 1949, art. 1º, 1.

³⁸ *Grundgesetz* de 1949, art. 6º, 1.

³⁹ BVerfG, in “*Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 08, 433”. Cf. JARASS e PIEROTH. *Grundgesetz...*, p. 84.

Resta verificar quais os efeitos das alterações promovidas no registro público em relação às informações preexistentes. Observa-se, de logo, que a opção pela coexistência de ambas terminaria por gerar mal maior que aquele que se buscou combater. Afinal, o indivíduo, longe de pacificar os seus conflitos intrínsecos, terminaria por vê-los perpetuados no próprio registro público, que assegura a permanência e a publicidade da informação. No extremo oposto, tem-se que a pura e simples supressão das informações preexistentes apresentaria dois inconvenientes: (1º) retrataria, como se subsistente desde o nascimento, uma situação que somente surgiu em momento posterior, após a cirurgia de transgenitalização; (2º) comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade costuma depositar sobre o registro público.

Na medida em que o registro público deve retratar a realidade, não é aceitável seja justamente ele a inviabilizar o acesso à informação de que a pessoa, durante parte de sua vida, foi conhecida por nome diverso e considerada pertencente a gênero sexual distinto do atual.⁴⁰ Entre o nascimento e a morte, pontos de partida e de chegada da existência humana, há toda uma dinâmica de relações que situam a pessoa no contexto social e permitem o seu reconhecimento; quando tais relações assumem relevância social, passam a ser encartadas no registro público. Nessa linha, considerar originário o que foi adquirido é mentira incompatível com a *ratio essendi* do registro. Uma forma de preservar a funcionalidade do registro e não ressuscitar o abalo psíquico que sempre atormentou o transexual é nele inserir a observação de que os campos *w* e *x*, vale dizer, aqueles referentes ao prenome e ao sexo, foram alterados por força de decisão judicial,⁴¹ proferida pelo órgão jurisdicional *y*, no processo *z*. Embora não se negue que certamente se obteria maior transparência com a anotação do designativo “transexual”, cremos que os efeitos deletérios em muito superariam os resultados a serem obtidos. Afinal, além de estigma-

⁴⁰ Cf. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 75.

⁴¹ Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007.

tizar o indivíduo, que ostentaria uma marca visível ao olhar mais desatento, ainda romperia com o modelo binário de gênero sexual, dando azo ao surgimento de um *tertium genus*, o que certamente intensificaria a discriminação. O mesmo se diga em relação a outras “técnicas” mais sutis, mas igualmente discriminatórias, como “feminino cirúrgico” ou “masculino construído”.

Ainda que num primeiro exame sejamos levados a crer que o prenome e o sexo do indivíduo somente digam respeito a ele, essa conclusão não resiste a uma reflexão mais acurada. Essas informações, conquanto inicialmente ambientadas na intimidade de cada qual, dela se desprendem e assumem relevância coletiva ao constataremos que podem gerar reflexos sobre a vida e o patrimônio de terceiros. É plenamente factível que terceiros de boa-fé se relacionem com o indivíduo única e exclusivamente por acreditarem que ele pertence a um dado sexo; essas pessoas, à evidência, têm o direito de saber se tal pertença é inata ou adquirida. O exemplo mais sugestivo é o daqueles que pretendam contrair núpcias com pessoas que “mudaram de sexo”. Seria admissível negar-lhes o direito de saber que o futuro cônjuge possuía nome diverso e, legalmente, ostentava o mesmo sexo que o seu? Toda pessoa tem um passado, que pode ser abonador ou desabonador, o que certamente deve ser objeto de avaliação por parte daqueles que com ele pretendem se relacionar. O total silêncio do registro, no entanto, simplesmente inviabilizaria o acesso, por parte de outros particulares, de uma considerável parcela da vida do antigo transexual.

Não bastassem os argumentos de ordem sentimental ou de pura opção pessoal, ainda merece referência a constatação de que o casamento com o outrora transexual, em regra, tornará inviável a reprodução, isto porque o novo órgão genital raramente alcançará um padrão ótimo de funcionamento. A questão em nada se assemelha à da mulher estéril, como pensou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo acórdão foi corretamente reformado pelo Superior Tribunal de Justiça;⁴² afinal, o fato de a mulher não

⁴² “Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada

poder procriar é mera contingência, não descaracterizando os seus contornos intatos; por outro lado, no outrora transexual que, na aparência, se transmudou de homem em mulher, tem-se uma limitação imanente.

A solução simplista de afirmar que aquele que se sentir enganado sempre poderá pleitear, no prazo decadencial de três anos, face ao erro essencial em relação à identidade do cônjuge, a anulação do casamento,⁴³ não se afeiçoa ao imperativo respeito aos demais valores constitucionais envolvidos. Esses valores principiam pela pessoa do outro cônjuge, pois também ele possui uma dignidade a ser respeitada, o que inclui o direito de expandir a sua personalidade ao lado da pessoa que melhor se ajuste aos seus sentimentos, à sua maneira de vida e aos seus referenciais de certo e errado. O Estado não pode manter-se ao lado da malícia e do engodo.

A exemplo do princípio da dignidade humana, também o direito à informação possui estatura constitucional. Nos exatos termos do art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”. Conquanto deva coexistir com as hipóteses de sigilo, o direito à informação há de prevalecer nas situações em que, não dizendo respeito, única e exclusivamente, à intimidade alheia e à subsistência do Estado, possam gerar reflexos diretos na esfera jurídica dos demais componentes do grupamento.


Observa-se, no entanto, que a questão, por vezes, é contextualizada tão somente na esfera jurídica daquele que logrou

do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007).

⁴³ Código Civil, arts. 1557, I e 1560, III.

êxito em alterar o nome e o sexo, sendo ignorada a funcionalidade do registro público e o potencial interesse da coletividade.⁴⁴

EPÍLOGO

O reconhecimento do transexualismo enquanto patologia e a correlata necessidade de o Poder Público possibilitar, àqueles que dela necessitem, a realização gratuita da cirurgia de transgenitalização, é medida necessária e imprescindível à preservação do núcleo duro da dignidade humana. Alteradas as feições anatômicas do órgão genital, é a dignidade humana, mais uma vez, que, à míngua de autorização normativa expressa, direcionará os órgãos jurisdicionais na apreciação do pedido de alteração, no registro civil das pessoas naturais, do prenome e do sexo originários. Na medida em que o registro reflete um referencial de informação e de publicidade, estando necessariamente lastreado nos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, será necessária a averbação, à margem do registro, de observação informando que as alterações foram promovidas por força de ordem judicial .

⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que das certidões do registro público competente não deve constar que a alteração de nome e de sexo é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual (3ª T., REsp. nº 1.008.398/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15/10/2009, Inf. nº 411). No mesmo sentido: “*Processual Civil. Apelação Cível. Transexualismo. Alteração do Nome e Sexo do Apelante em Registro Civil. Jurisprudência Majoritária. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Provimento. I. A apelação deve ser conhecida, pois tempestiva e de acordo com determinações legais. II. Apelante submeteu-se à intervenção cirúrgica para mudança de sexo e possui fenótipo feminino, além de condição psicológica de mulher. III. Princípio da dignidade da pessoa humana tem vertentes na questão da cidadania, da personalidade e da saúde (física e psíquica), possibilitando, com alicerce em jurisprudência majoritária, o provimento do pleito. IV. Em vistas da dignidade e da privacidade do apelante, não se deve fazer averbação da alteração; V. Decisão Unânime*” (TJPA, 3ª Câmara Cível Isolada, Proc. nº 2007.30049340, rel. Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior, j. em 05/03/2009, DJ de 09/03/2009).

O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma Proposta de Revisão do Fetiche Individualista

Vlamiir Costa Magalhães

Juiz Federal no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Pós-graduado em Regulação e Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra/Portugal e pela EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal/RJ.

“a Justiça é dura com os pequenos delinquentes porque é mais fácil para a Magistratura proceder contra eles do que se situar contra os poderes fortes.”¹

Ao referir-se ao movimento iluminista e seus efeitos no campo penal, SCHÜNEMANN² o denominou como o “Big Bang intelectual” que permitiu ao homem sair de sua culpável imaturidade.

¹ A afirmação transcrita acima constitui um trecho de um comentário feito por Luigi Ferrajoli acerca do entrelaçamento entre criminalidade, política e Poder Judiciário. Cf. artigo publicado no jornal *El País*, em 27.11.1990, p. 28, *apud* GOMES, Luiz Flávio. “Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem”. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 168.

² SCHÜNEMANN, Bernd. “O direito penal é a última *ratio* da proteção de bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal”. *Revista Bra-*

O fundamento de tal afirmação foi a então almejada busca de legitimação do sistema punitivo por meio da limitação do Estado em prol da máxima liberdade individual. Contextualmente, desde o fim da era feudal e durante os primórdios do liberalismo, a organização do Estado assentou-se na tese rousseauiana³ acerca da existência de uma espécie de contrato social pressuposto, mediante o qual cada indivíduo cederia parcela de sua autonomia em prol da viabilidade da convivência em sociedade, que seria garantida pela autoridade estatal, detentora, em caráter monopolístico, de potencial punitivo para controle de atividades nocivas aos interesses comunitários.

Destarte, segundo a doutrina do pacto ou contrato social, os indivíduos deixariam seu estado de natureza e passariam a viver, vantajosamente, em estado de sociedade. Isto se daria tão somente com o fim de viabilizar a manutenção da liberdade inerente ao estado de natureza mediante limitação da vontade individual pelas regras ditadas pela vontade majoritária (*pactum societatis*)⁴. Fulcrado nessas premissas, Beccaria construiu os argumentos que, mais tarde, viriam a constituir a base de diversos valores arraigados no discurso criminal da atualidade. Refiro-me, especialmente, à proteção de bens jurídicos individuais como finalidade única do Direito Penal e à preservação do princípio da intervenção penal

sileira de Ciências Criminais. Número 53. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2005, p. 13.

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴ Sobre o tema, confira-se o dizer de BARATTA, verbis: “A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a idéia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado. Foi, pois, a necessidade que constrangeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defendê-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. 3a edição. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 33.

mínima e seus consectários (fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal).

Na visão de Beccaria, somente a necessidade de um suporte coletivo para alcançar felicidade e vida digna levou os indivíduos a abrirem mão de parcela de sua liberdade. Ainda assim, isso se daria apenas na medida mínima imprescindível à preservação dos valores sociais mais relevantes, conjuntamente denominados por ele de “depósito de salvação pública”. Este seria, portanto, o fundamento legitimador do poder punitivo estatal⁵.

Costuma-se atribuir a denominação de Direito Penal liberal a este modelo de estruturação do ordenamento penal vislumbrado a partir do período iluminista, sendo inafastável sua vinculação à concepção política, econômica e social vigente à época⁶. Ocorre que o Direito Penal hodierno tem, sob sua indelegável responsabilidade, a tutela de novos valores e interesses jurídicos decorrentes do mundo contemporâneo, em especial os titulados pela coletividade, sendo destacáveis, dentre estes, os ligados à ordem constitucional econômico-social.

O núcleo do Direito Penal Econômico (protetor da ordem econômico-social constitucionalmente estabelecida)⁷ está repleto

⁵ A então nascente classe burguesa tratou de deturpar esta idéia e fazer valer seu poder econômico com vistas à defesa de seus principais interesses (liberdade e propriedade), manipulando, pelos instrumentos políticos de que dispunha, o direcionamento do sistema punitivo estatal cujo foco foi então voltado para a proteção dos meios de produção (posse e domínio de bens móveis e imóveis). Com a eclosão da Revolução Industrial, a opressão da imensa massa de trabalhadores trouxe concomitantemente a necessidade do controle de sua reação em face da classe dominante e das próprias estruturas ligadas ao sistema capitalista, o que reforçou a tendência de uso classista do sistema penal. Destarte, toda a engrenagem institucional e normativa de índole penal-repressiva foi arquitetada visando à proteção da propriedade privada e dos valores a ela ligados, sendo fácil concluir que, de início, os clientes preferenciais dos estabelecimentos prisionais foram pinçados aos montes em meio às camadas mais pobres da população. Sobre as raízes e atualidades da utilização do Direito Penal como mecanismo de controle da classe economicamente miserável, confira-se por todos: DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

⁶ MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 43/44 e 57.

⁷ A ordem econômica consiste no conjunto de metas estatais constitucionalmente estabelecidas e legalmente detalhadas em relação à economia. O Direito Econômico abrange

de tipos delitivos voltados à proteção de valores chamados de difusos, coletivos, metaindividuais ou universais (i.e.: titulados por um número indeterminado e indivisível de pessoas), sendo estes consagrados recentemente, isto em se considerando os peculiares padrões temporais do mundo jurídico. Tais interesses guardam essência completamente distinta em relação aos bens jurídicos individuais resguardados pelo Direito Penal clássico.

Como já visto, os direitos fundamentais ascenderam politicamente nos fins do século XVIII com o advento das revoluções liberais nos EUA e na França, daí porque apareceram no cenário jurídico como esferas impenetráveis de autonomia individual. Modernamente, as liberdades individuais não podem mais ser vistas com tom absoluto ou contraditório para com os demais direitos fundamentais. Portanto, correta é a visão oriunda da doutrina portuguesa segundo a qual a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponde a uma emancipação anárquica, mas sim à autorresponsabilidade na atuação econômica e social. Por isso, também nestes campos os indivíduos não podem se considerar desligados dos valores comunitários, tendo, ao revés, o dever de os respeitar⁸.

Em que pese não se tratar de tema pacificamente resolvido, há razoabilidade na defesa do acolhimento, ainda que implícito⁹, do princípio da intervenção mínima do Direito Penal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, mesmo os mais ferrenhos críticos do sistema punitivo do Estado têm se rendido à legitimidade

o conjunto de normas jurídicas que regula a intervenção do Estado na economia. Por sua vez, o Direito Penal Econômico é composto pelo conjunto de normas jurídicas que protege a ordem sócio-econômica mediante previsão de delitos e sanções penais. Os delitos econômicos são, portanto, condutas penalmente típicas que têm o fim de prover, preventiva e repressivamente, a segurança e a regularidade da política econômica do Estado.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4ª edição. Almedina: Coimbra, 2009, p. 156. O autor aludido utiliza o verbo “respirar”.

⁹ Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da intervenção mínima não está expressamente consignado no texto constitucional ou no Código Penal, integrando a política criminal, sendo a ele relacionadas duas características do Direito Penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

do emprego da tutela penal quanto a valores universais inerentes à ordem econômico-social¹⁰. É neste contexto que se afirma, com razoabilidade, que o modelo liberal de um Direito Penal genuinamente mínimo somente poderia existir no âmbito de um Estado igualmente mínimo que não existe mais¹¹.

É em meio a tais circunstâncias que o movimento de cunho filosófico-jurídico conhecido como garantismo penal vem ganhando espaço, sendo, não raras vezes, invocado com ares de panaceia defensiva. Pode-se afirmar, inclusive, que se vivencia no Direito Penal contemporâneo do Brasil um autêntico fetichismo¹² sobre os direitos individuais e, mais especificamente, sobre o direito à liberdade¹³. Por outro lado, a banalização e a promiscuidade com

¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro... op. cit.*, p. 37. Confira-se o trecho respectivo: “(...) a partir da consideração do direito penal como direito desigual, deve-se empreender dois movimentos: 1º) instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, a saúde, e o bem-estar da comunidade (o chamado ‘uso alternativo do direito’): criminalidade econômica e financeira, crimes contra a saúde pública, o meio ambiente, a segurança do trabalho, etc;”. Este autor também critica a histórica omissão do legislador penal sobre este mandamento constitucional criminalizador, verbis: “Entre nós, a Constituição de 1946 empregara em vão o termo ‘repressão’ para o abuso do poder econômico: jamais o legislador ordinário atendeu à ‘imposição constitucional de tutela penal’. O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante.” *Op. cit.*, p. 90.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

¹² A palavra fetiche remete à ideia de objeto ao qual se atribui poder sobrenatural e se presta ao culto. Nesse sentido: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6ª edição. Curitiba: Positivo, 2006, p. 403.

¹³ Nesse sentido, confira-se o dizer de BARRETO, verbis: “Os direitos humanos nascem e desenvolvem-se nesse contexto com uma dupla dimensão. Primeiro, tornou-se um processo de recuperar os fundamentos do sistema jurídico na argumentação moral, contrapondo o direito ao paradigma mitológico da lei moderna. Para tanto, tornava-se necessária a substituição da totalidade normativa pretendida pela vontade do soberano por um conjunto de direitos originais, expressão da liberdade e igualdade naturais entre os homens. Mas a passagem do mito para o fetiche irá consumir-se quando a primeira dimensão, que permitiria a legitimação dos processos legislativos, ganha características nitidamente fetichistas, que eleva ao mais alto grau de simbolismo social os direitos originais, quando escorrega para uma totalização dogmática e normativa que repete o paradigma positivista e formalista. Os direitos humanos ganharam, assim, características que ameaçam desnaturá-los (...) A reavaliação dessa face fetichista dos direitos humanos torna-se assim etapa necessária no processo de situar essa categoria de direitos como constituindo o núcleo moral do estado de direito democrático.” BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 08/09.

que vem sendo tratada a teoria garantista no Brasil têm contribuído para a deturpação de seu autêntico sentido. Em verdade, o extremismo na visualização dos preceitos garantistas vem sendo concebido com o notório propósito de servir de escudo para a delinquência econômico-empresarial, expressão moderna da criminalidade do colarinho branco vislumbrada a partir da terceira década do século passado.

Originalmente, aponta-se que o garantismo penal teria surgido na Europa continental como uma corrente da criminologia crítica. No entanto, a teoria garantista só veio mesmo a ganhar força na Itália, onde constituiu instrumento acadêmico-doutrinário de reação em face do uso flexível do Direito Penal pelo Poder Público. Deve-se esclarecer que, na década de 70, o governo italiano travou intenso combate a grupos políticos que se valeiram de práticas tidas como terroristas para tentar emplacar suas ideias e intenções, dentre eles, as “Brigade Rose” (Brigadas Vermelhas)¹⁴. Na atualidade, o retorno às luzes do pensamento penal proposto na formulação garantista tem por adversários correntes tachadas como hipercriminalizadoras, tais como o movimento da Lei e da Ordem e a política de Tolerância Zero, francamente potencializados pelos ingredientes ideológicos da chamada doutrina da Defesa Social¹⁵.

Portanto, toda a teorização consubstanciada pelo garantismo penal surgiu como esboço de resposta à emergência da legislação antiterrorista editada na Itália e na Espanha. Como bem sintetizou

¹⁴ SWAANINGEN, René van. “Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, 2ª ep., Madrid, 2002, p. 272/273. A primeira menção às Brigadas Vermelhas se deu em Milão, em 17.09.1970, num atentado terrorista frustrado que tinha por objetivo atingir empresários ligados ao governo. Por conta de ações atribuídas ao “terrorismo vermelho”, entre 1969 e 1987, a Itália registrou 14.600 atentados terroristas, nos quais faleceram 419 pessoas e foram feridas outras 1182 pessoas. Cf. MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Edusp, 2001, p. 251/253. Tais números alarmantes levaram ao abuso dos instrumentos penais pelo Estado e, em contrapartida, à exacerbação da defesa dos direitos e garantias individuais pela comunidade científica. Como se verá, ambos os focos de radicalização são desprovidos de razoabilidade e legitimidade.

¹⁵ Neste sentido: CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

ARAUJO JUNIOR¹⁶, o garantismo defende que o Direito Penal somente se legitima para restringir a liberdade individual se houver um rigoroso controle do poder normativo do Estado com respeito aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade. A exemplo dos iluministas que outrora tentaram limitar os abusos punitivos de governos absolutistas, o movimento garantista tentou, mais recentemente, impor limites às manifestações penais de regimes governamentais com resquícios fascistas.

O italiano Luigi Ferrajoli é tido como o maior expoente ligado à teoria do garantismo penal. Em sua obra intitulada **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**, este autor preconizou a necessidade de observância de dez princípios básicos - os quais denominou de “axiomas” - para que um determinado sistema normativo-penal venha a ser considerado garantista. Tais axiomas têm a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal. Seguindo este diapasão, os três significados básicos do modelo penal garantista foram sintetizados por FERRAJOLI¹⁷ como sendo, simultaneamente, um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.

Vistas essas premissas, nota-se que, no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, tem ocorrido frequentemente uma cega e mecanizada importação da tese garantista. Pode-se afirmar até mesmo que as ideias embutidas no garantismo penal têm sido muito mais citadas do que efetivamente estudadas e conhecidas a fundo, inclusive pela parcela da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros¹⁸ que tem aplaudido e fomentado o denominado

¹⁶ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. “O Direito Penal Econômico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número 25. Ano 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 1999, p. 155.

¹⁷ O referido autor é ex-magistrado e professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino. A obra aludida foi traduzida para o idioma português. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

¹⁸ Ainda que não caiba aprofundar a questão devido aos estreitos limites materiais deste estudo, pode-se afirmar que algumas das recentes nomeações para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal têm sido baseadas, de forma exclusiva e notória, em vexatório

“garantismo à brasileira”¹⁹. No formato em que vem sendo concebido e aplicado por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, esse “garantismo à brasileira” vem a confirmar a assertiva de Massimo BRUTTI²⁰, direcionando-se predominantemente aos crimes do

apadrinhamento político, o que se dá com fulcro na lamentável - mas politicamente conveniente - redação do art. 101 da Constituição de 1988. Em adendo, cabe enfatizar que, na atual composição do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer profissional (advogado ou catedrático) que tenha razoável experiência (teórica ou prática) na área criminal. Mais impressionante ainda é o fato de que, dentre os 11 Ministros do principal órgão do Poder Judiciário brasileiro, há apenas um magistrado de carreira e que também jamais atuou na judicatura criminal. Por tais razões, não assusta que apenas em raríssimas oportunidades tenha o Supremo Tribunal Federal logrado levar a cabo ações penais de sua competência originária. Curiosamente, são fartos os acórdãos proferidos pelo aludido órgão jurisdicional, em sede recursal, tratando de matéria penal e processual penal. Ou seja, argumenta-se sobre uma realidade que, se conhecida na teoria, ao menos não é posta em prática. Esses fatores inegavelmente comprometem a qualidade e a confiabilidade técnicas da contribuição do Supremo Tribunal Federal para o aprimoramento da Justiça Criminal brasileira.

¹⁹ Há quem afirme que esta equivocada visão tem encontrado amparo em parte jurisprudência dos Tribunais Superiores no contexto do que se pode chamar de “garantismo à brasileira”, que nada mais é senão um discurso legitimador da impunidade por meio da desmedida exaltação da liberdade individual e do abuso do direito de defesa. Sobre o tema, precisa e integralmente correta é a conclusão de LENART, segundo o qual, diante de tantos empecilhos que tem sido criados neste campo minado que é o combate à delinquência dourada, seria mais sincero e coerente que os Tribunais renunciassem, de uma vez por todas, aos recentes contorcionismos retóricos que têm causado tanta perplexidade. Assim agindo, poderiam, por exemplo, simplesmente rechaçar genericamente a possibilidade de decretação da prisão preventiva em casos de crimes do colarinho branco por ausência de risco socialmente relevante. LENART afirma ainda que tal medida iria ao encontro da ardente reivindicação de parcela dos estudiosos pátrios que não veem na livre e desenvolta atuação de empreendedores desonestos, corruptos empedernidos e roedores de recursos públicos uma ameaça significativa à ordem pública. Assim, em prevalecendo o tal “garantismo à brasileira”, seria finalmente consagrado o lema segundo o qual onde não há sangue, não há realmente crime, mas apenas deslizes e contratempos fiscais ou mercadológicos. Segundo LENART, a origem do “garantismo à brasileira” se prende a alguns grandes escritórios, mas vem recebendo entusiasmada acolhida por parte de setores do Judiciário e do público especializado, o que talvez se deva mais à ignorância do que à coincidência ideológica, já que, muitos dos que defendem essas teses exóticas acham que estão seguindo a prática de países mais desenvolvidos, o que não é condizente com a verdade. Cf. LENART, André. **Garantismo à brasileira**. Texto disponível no seguinte link: <http://reservadejustica.wordpress.com/tag/garantismo-a-brasileira>. Acesso em 30.03.2010.

²⁰ Massimo Bruti é professor de Direito na Universidade de Roma e, ao comentar as intenções pseudogarantistas do governo de Silvio Berlusconi quanto à reforma da legislação penal e processual penal da Itália, assim disse: “*El garantismo se limita a los delitos de cuello blanco. Para los delitos comunes aumentan las penas. La estrategia es obstruir la investigación de los delitos económicos, despenalizando algunos, reduciendo su plazo de prescripción y alargando la duración de los procesos.*” Cf. entrevista concedida ao jornal

colarinho branco ao passo que, para os delitos comuns, resta o incremento do rigor penal. A falta do devido aprofundamento teórico se faz sensível, a começar, pela ausência de análise ou mesmo menção sobre o comentado contexto histórico-político de formação da teoria garantista.

Na introdução à aludida obra de Ferrajoli, Norberto BOBBIO²¹ já chamava a atenção para a corajosa batalha vivida pelo autor em meio a debates políticos e artigos jornalísticos tidos e havidos no seio da explosão de violência entre o governo italiano e grupos políticos opositores. A batalha de Ferrajoli, citada por Bobbio, acabou por dar origem à sua festejada tese. Portanto, o garantismo penal foi construído no contexto de uma legislação de emergência elaborada em um Estado que buscava reprimir atos terroristas. Mesmo considerando este quadro de exceção, é imprescindível alertar que Ferrajoli jamais defendeu absurdos, tais como o engessamento interpretativo do Poder Judiciário em prol de uma legalidade pétrea²². Genuinamente, o garantismo penal não tem qualquer relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. Percebe-se apenas que o modelo normativo garantista preconiza um programa limitativo da intervenção penal a ser centralizado na tutela de direitos individuais²³.

Chama a atenção, por exemplo, a pouca divulgação sobre o fato de Ferrajoli ter reconhecido que, ao lado de uma massiva

El País, em 09.10.2009, cuja versão integral encontra-se disponível no sítio: www.elpais.com. Acesso em 30.03.2010.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal... op. cit.*, p. 12.

²² Ao discorrer sobre o garantismo penal, o próprio FERRAJOLI admitia a existência de espaços de poder interpretativo insuprimíveis, como se vê no trecho a seguir: *“Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela (...) Daí segue que não só é estranha, mas também incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei, expressa na célebre frase de Montesquieu: ‘os juízes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis’.”* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2a edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 42 e 43.

deflação das proibições legais, um programa de Direito Penal mínimo ou garantista tem também de voltar seus holofotes para a tutela de bens fundamentais, o que implica, necessariamente, uma *“maior penalização de condutas, hoje não adequadamente proibidas nem castigadas”*²⁴. Portanto, até mesmo o grande artífice da teoria garantista admite que há campos socialmente relevantes nos quais o legislador penal foi omissivo ou extremamente brando, o que se faz mais marcante no específico setor dos interesses tutelados pela coletividade. Trata-se de realidade inaceitável, haja vista que estes valores não guardam relação de antagonismo ou de subsidiariedade para com os direitos e garantias individuais. Ao contrário, há - ou, ao menos, deveria haver - uma salutar relação de simbiose e complementariedade entre os mesmos²⁵.

²³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 41.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal...** *op. cit.*, p. 438. No mesmo sentido é a preleção de SARLET, confira-se: *“(...) as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.”* SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade, o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 89.

²⁵ Sobre o tema, confira-se o respectivo trecho: *“Podemos, por tais motivos, caracterizar o Estado liberal como um Estado limitado por normas secundárias negativas, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder; e o Estado social, ou socialista, como um Estado vinculado por normas secundárias positivas, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos (...) enquanto o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem (...) As garantias liberais ou negativas baseadas em vedações legais servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade dos arbitrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral, as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador (...) Obviamente os dois tipos de garantia e os correspondentes modelos de Estado não se excluem entre si, como, vez ou outra, costuma-se afirmar de maneira injustificada nas contraposições entre liberdades individuais e justiça social (...)”*. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal...** *op. cit.*, p. 795.

O tradicional garantismo negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, denominada de função liberal-iluminista, ao passo que a visão mais atual preconiza a existência de um duplo viés (negativo e positivo) na teoria garantista. Este último aspecto é sustentado no neoconstitucionalismo²⁶- *locus* da própria construção da moderna teoria do bem jurídico-penal²⁷- e numa nova visão sobre o princípio da proporcionalidade. Neste diapasão, o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público (sobretudo, os normativos), possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso, e de outro, a proibição de proteção deficiente. É exatamente o mandamento proibitivo de proteção deficiente²⁸ que impede que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude²⁹.

²⁶ Trata-se de conceito formulado na Espanha e na Itália e quem tem tido ampla reverberação na doutrina brasileira. O aplauso ou crítica às premissas do neoconstitucionalismo configuram uma questão de opção pessoal, sendo, no entanto, indiscutivelmente sensíveis as alterações que vêm ocorrendo na forma de se enxergar o ordenamento jurídico, assim sintetizadas por SARMENTO, verbis: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.” Cf. SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 233/234.

²⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 51.

²⁸ No Brasil, o mais completo estudo sobre o princípio da vedação de insuficiência e suas implicações no Direito Penal é exposto na obra de BALTAZAR JUNIOR. Cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crime organizado e proteção de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49/74.

²⁹ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119. No mesmo sentido, segue a preleção de SARLET: “Não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma

Muitos dos problemas atuais do Direito Penal decorrem da transformação pela qual vem passando a própria criminalidade vivenciada na sociedade contemporânea. Sensatas são as palavras de CARVALHO³⁰ quanto à constatação de que a criminalidade que se impõe hoje não é mais a velha criminalidade de subsistência que há vinte anos sustentava a seletividade da Justiça Criminal, cabendo concluir que a aludida mutação na questão criminal abrange a emergência de novos agentes (poderes criminais - criminalidade organizada) e novas formas de criminalidade (crimes do poder - criminalidade econômica e financeira), obrigando cientistas e políticos a repensarem radicalmente a efetividade das técnicas de tutela e garantia.

É importante salientar que se trata de tema que vulnera interesses de grupos poderosos, sendo esta uma circunstância cuja influência não pode ser desconsiderada no âmbito da discussão acadêmica³¹. Ademais, é interessante notar que todo este esforço contrário ao estabelecimento da tutela penal em face dos abusos cometidos no âmbito econômico-empresarial surge, com fachada falsamente garantista, exatamente no momento histórico em que o Direito Penal começa a abordar não só os microinfratores de outrora (em regra, negros, miseráveis e analfabetos), mas também a macrodelinquência no seio da qual avultam criminosos dotados de grande potencial econômico-político e infrações de larga nocividade social.

na esfera jurídico-penal, pois impõe e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.” SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Número 47. Ano 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2004, p. 89.

³⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

³¹ Trata-se de fator bem captado pelo dizer de BARATTA, *verbis*: “*Quanto mais direto e decisivo seja o peso com base no qual os grupos de interesse, utilizando para isso os múltiplos canais que se encontram à sua disposição, afetem a legislação penal, maior será a importância da instância científica e maior será o grau a que fica reduzida, desempenhando um papel instrumental na preparação dos elementos técnico-jurídicos (...)*.” BARATTA, Alessandro. “Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal”. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, nº 31, jan.-junho, p. 18.

Nesse aspecto, há que se manifestar concordância com a percepção de MORAES FILHO³² que, textualmente, asseverou ser curiosa a coincidência temporal entre a exaltação do unidirecional do garantismo penal (e dos chavões corolários: descriminalização, despenalização e desjudicialização) e a fase contemporânea na qual a ciência penal passa por louvável processo de reequilíbrio.

Se o amor extremado a ideologias jamais constituiu fundamento confiável para qualquer teoria, não é menos real o fato de que a recente emergência de um pseudogarantismo tem o evidente propósito de proteger da incidência da lei penal toda uma classe de agentes que sempre gozou - e, de certa forma, ainda goza - das be-nesses do aparato punitivo estatal. A teoria garantista parte de uma visão pessimista das relações de poder, na qual o Estado figura como entidade intrinsecamente má, o que leva a uma ingênua concepção do homem como “bom selvagem”³³. Pois é a essa equivocada premissa que se contrapõe a escorreita advertência de BOBBIO, segundo o qual: “*não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal.*”³⁴

Sob todos os aspectos, é lapidar o alerta feito por SCHÜNE-MANN³⁵ de que o Direito Penal foi historicamente concebido com dois objetivos fundamentais: proteger interesses privados individuais e ter por clientela as camadas mais pobres da população. Portanto, há premente necessidade de revisão deste padrão odioso como decorrência das novas demandas da sociedade. No mesmo sentido, é robusta a fundamentação de SARLET³⁶, segundo o qual,

³² Conforme citação proferida na Conferência sobre “Crimes contra a Economia Popular”, in **Direito Penal dos Negócios**, coletânea publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, p. 110, *apud* CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 103/104.

³³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 259.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 87.

³⁵ SCHÜNE-MANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio**. Madrid: Tecnos, 2002, p. 53.

³⁶ Trata-se de tendência de duvidosa constitucionalidade por afronta ao princípio da proporcionalidade, na submodalidade proibição de proteção deficiente a direitos fundamentais. Nesse sentido, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**, p. 12. Publicado em 12.07.2005. Disponível no sítio da internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 25.08.2008.

se resumido em sua dimensão meramente negativa, o movimento garantista acaba privilegiando criminosos poderosos, deixando imunes delitos de elevado potencial ofensivo ao interesse público. Seja ele advindo do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, não há dúvida de que este caminho hermenêutico é inconstitucional à luz da teoria do dever estatal de proteção (eficiente e efetiva) a todos os interesses fundamentais, inclusive os titulados pela coletividade.

Experimenta-se na atualidade a era do Direito Penal Constitucional, sendo certo, portanto, que o sistema punitivo deve ser enxergado sob os ditames da Carta Magna. Neste contexto, não se pode olvidar o acolhimento constitucional de direitos fundamentais de todas as espécies, gerações ou dimensões, e não somente de direitos individuais ligados ao binômio liberdade-propriedade. Não há liberdades ou direitos absolutos e assim ocorre para o bem da subsistência harmoniosa em sociedade³⁷.

O modelo penal garantista-individualista puro constituiu ideologia jurídica fundada nos pilares do Direito Penal liberal, cuja existência pretendia ser justificada na necessidade de preservação da segurança jurídica do indivíduo e não no interesse do Estado ou da comunidade. O cogente aperfeiçoamento da noção garantista passa pela compatibilização da proteção a todas as gerações de direitos humanos como condição para seu reconhecimento pelo Estado, sob pena de indevida institucionalização de um “garantismo autista”³⁸. A conjugação das duas vertentes de proteção aos direitos fundamentais conduzirá à formação de um saudável “ga-

³⁷ Sobre o tema, vale conferir a seguinte explanação, *verbis*: “A doutrina afirma constantemente o caráter complementar das diversas gerações de direitos humanos. Significa com isso que o garantismo penal pode e deve, em princípio, conviver harmoniosamente com os direitos sociais. Todavia, deve-se admitir que as chamadas ‘liberdades burguesas’, que na sua origem explicam o direito penal garantista, nem por isso estão imunes de severas críticas que, em última análise, terminam por colocar em xeque as próprias bases do garantismo.” FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 24.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 47, p. 89, mar.-abr., 2004.

rantismo penal integral”³⁹, o que não só otimizará a proteção do indivíduo contra eventuais irracionalidades punitivas por parte do Estado, mas, com igual vigor, também permitirá o resguardo eficaz dos anseios da sociedade.

A própria validade da tese garantista está em boa parte ligada à reconstrução da referida tese sob as luzes da proporcionalidade em seu duplo viés, de modo a que se possa garantir, na esfera jurídico-penal, respostas adequadas aos avanços da criminalidade atual⁴⁰. A abolição do Direito Penal e tendências assemelhadas jamais integraram a pauta autenticamente garantista. O Estado Democrático de Direito é comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões e não apenas com a liberdade individual e, muito menos, com o abuso desta. Neste aspecto, é flagrante a atualidade dos ensinamentos de HUNGRIA⁴¹ que, em caráter visionário, assim prenunciou: “(...) *a democracia liberal protege os direitos do homem e não os crimes do homem. Maldita seria a democracia liberal, se se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinquência.*”

Outrossim, deve-se chamar a atenção para o fato de que a teoria do garantismo penal não é majoritária na doutrina estrangeira, rejeição esta que é especialmente sensível nos países da Europa Continental. Ao revés, o garantismo encontrou perfeito ambiente de difusão numa América Latina assolada por governos autoritários que, a partir da década de 60, geraram, em especial no Brasil e na Argentina, vigorosa restrição penal a direitos individuais⁴². Parece razoável defender que um erro anterior não deve justificar um outro atual, de mesmas proporções ou, quiçá, até

³⁹ Cf. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência...* *op. cit.*, p. 121/122.

⁴¹ Cf. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal*, v. I, tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 67.

⁴² Neste sentido: DE GRANDIS, Rodrigo. “Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral”. In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 368.

maiores. Na correta ilustração de MENDONÇA⁴³, o pêndulo que, na época da ditadura, estava voltado para a suposta proteção do Estado em prejuízo das garantias individuais, não pode oscilar totalmente para o outro lado, descurando do interesse comunitário.

Ao discorrer sobre a necessidade de levar a sério os direitos econômico-sociais fundamentais, CANOTILHO⁴⁴ também já advertiu sobre os riscos contidos no “hipergarantismo” que, ao erigir-se como cultura dominante, tem se convertido em ideologia jurídica de suporte de organizações criminosas. No plano do Direito Penal, as refrações do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminista-liberal centrada na proteção do indivíduo (criminoso) com quase completo desprezo pela vítima que, no caso específico do Direito Penal Econômico, é a própria sociedade⁴⁵.

Embora as circunstâncias históricas e político-sociais de sua origem expliquem em parte o paradigma garantista, a exacerbação absoluta das chamadas liberdades burguesas não está imune de severas críticas que, em última análise, colocam em xeque as próprias bases do garantismo penal unidimensional. Faz-se necessária, portanto, a adaptação e atualização desta teoria às demandas da sociedade contemporânea, mais especificamente, em atenção ao caráter intrinsecamente complementar das diversas gerações de direitos humanos⁴⁶. O garantismo penal pode e deve acomodar

⁴³ MENDONÇA, Andrey Borges de. “A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral”. In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Juspodvm, 2010, p. 179.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Justiça constitucional e justiça penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Número 58. Ano 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev. de 2006, p. 330.

⁴⁵ Segundo SARMENTO, o ultragarantismo penal aplicado aos crimes do colarinho branco seria exemplo da tentativa das elites econômicas e culturais, que perderam espaço na política majoritária, de manterem o seu poder, reforçando no arranjo institucional do Estado o peso do Judiciário, no qual elas ainda têm hegemonia. Cf. SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2010, p. 259.

⁴⁶ A doutrina constitucionalista costuma traçar distinção entre o gênero “direitos fundamentais *lato sensu*” (prerrogativas da pessoa decorrentes de sua própria condição humana) e suas espécies: direitos humanos (previstos em tratados internacionais), direitos do homem

a proteção de todas as categorias de direitos fundamentais que, em tese, complementam a noção de liberdade, sem que se possa, com isso, cogitar sobre um ilusório prejuízo ao núcleo essencial representado pelas conquistas liberais⁴⁷.

Aliás, resta quase esquecido que a necessidade de convivência harmônica entre os direitos fundamentais de cunho individual e coletivo é expressamente prevista no art. 32 do Pacto de São José da Costa Rica⁴⁸, que deixa patente a existência de deveres de solidariedade, isto é, de obrigações do indivíduo para com a comunidade na qual se encontra inserido. Logicamente, isso induz à legitimidade da limitação dos direitos de cada pessoa pelas exigências do bem comum no seio de uma sociedade verdadeiramente democrática.

No fundo, o modelo garantista nada mais expressa senão a firme intenção de levar a sério os direitos fundamentais como um todo e foi essa a razão pela qual Luigi Ferrajoli foi chamado de “fundamentalista dos direitos fundamentais”⁴⁹. No entanto, como visto, a tese desse autor italiano é construída no seio de um contexto peculiar e, por conseguinte, retrata uma concepção específica sobre a teoria dos direitos fundamentais, uma visão unidire-

(sem previsão expressa) e direitos fundamentais em sentido estrito (previstos na Constituição). Neste estudo, tais expressões são tratadas como sinônimas do gênero retrocitado.

⁴⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 7 e 24.

⁴⁸ Ao tratar dos deveres das pessoas, o capítulo V do referido tratado internacional estabelece no art. 32, itens 1 e 2 o seguinte: “1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade; 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.” Pode-se dizer que a origem deste mandamento encontra-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, *verbis*: “Art. 4. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos (...)”. Mais adiante, o mesmo documento normativo traz outra disposição pertinente importante: “Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.”

⁴⁹ MARTÍ MARMOL, José Luis. “*El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales*”. In *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Ed. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 365.

cional⁵⁰ na qual os direitos fundamentais são concebidos apenas com eficácia negativa em relação às funções estatais⁵¹.

O Direito Penal precisa galgar maior efetividade no enfrentamento da criminalidade econômico-empresarial e o caminho para tanto, ao contrário do que prega parcela da doutrina e da jurisprudência, não passa por discursos autoritários, arbitrários, usualmente confundidos com o Direito Penal do inimigo ou coisa que o valha. Tem-se aqui um ranço deixado pela época em que o Direito

⁵⁰ Confira-se o comentário de FELDENS sobre o assunto: “Essa compreensão unidirecional dos direitos fundamentais, a qual se traduz em uma concepção também unilateral de garantismo, fundamenta-se em um premissa da teoria de Ferrajoli com a qual decididamente não podemos concordar. Ferrajoli prega o garantismo como uma visão pessimista do poder, entendendo-o, sempre, como um mal. Compreender o Estado como sempre um mal, assinalando-lhe um ‘irreduzível grau de ilegitimidade política’, parece-nos demasiadamente forte. Que um determinado poder (governo) possa descambar ‘para o mal’, achando-se exposto a ‘degenerar-se em despotismo’ não equivale a dizer que todo poder é mal e que necessariamente descambará para o despotismo.” FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69/70.

⁵¹ Em que pese a referência prioritária ao ordenamento processual penal, é aplicável ao tema abordado a apreciação de BEDÊ JÚNIOR e SENNA, *verbis*: “Recentemente, a doutrina processual penal volta os olhos, numa clara visão reducionista, apenas para os direitos fundamentais do réu. Os defensores dessa Garantismo Supremo, ao reconhecerem que o Estado é ontologicamente arbitrário e que jamais estaria correto em punir penalmente, atuam muitas vezes, como na famosa série juvenil Harry Potter, taxando de ‘trouxas’ quem não acredita nos ‘magos’ dessa re(é)novada onda processual. Com a devida vênia, a balança não pode pender exclusivamente para esse lado, pois o Estado não mais pode ser considerado - numa visão liberal-individualista - como o inimigo do cidadão, já que, numa visão democrática e social, ele existe para a realização do bem comum(...) A se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista, haverá sério risco para a efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade.” BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25. No mesmo sentido, segue a impressão de Afrânio Silva JARDIM: “Por tudo isto, é preciso combater-se, em todas as frentes, a visão liberal-individualista de que o cidadão deve opor-se ao Estado, como se este não existisse justamente para realização do bem comum. Certo que, historicamente, temos presenciado muitos desvios neste desiderato, nada obstante, em assim ocorrendo, cabe democratizar o Estado e não combatê-lo como se fosse um inimigo comum. Na realidade, é justamente a progressiva intervenção estatal na vida social que tem impedido que as desigualdades de classes tornem ainda mais opressora a ordem econômica vigente nos países do Terceiro Mundo.” JARDIM, Afrânio Silva. “Bases constitucionais para um processo penal democrático”. **Direito Processual Penal** nº 11. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 309/310.

Penal era visto como a Magna Carta do criminoso⁵², ou seja, um ordenamento regrador dos limites do combate à delinquência. Sob todos os aspectos, confundir o estabelecimento da tutela penal sobre os valores mais relevantes da ordem socioeconômica com tais movimentos configura postura equivocada e constitucionalmente desatualizada⁵³. Na contramão da evolução do ordenamento penal-constitucional ao redor do mundo, as recorrentes notícias acerca da resistência jurisprudencial dos Tribunais Superiores quanto à efetividade da jurisdição criminal no âmbito da delinquência econômico-empresarial permitem vislumbrar a vigência de uma espécie de Era Lochner⁵⁴ do Direito Penal Econômico brasileiro.

⁵² HASSEMER, Winfried. *Por que no debe suprimirse el derecho penal*. México: 2003, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 34.

⁵³ O diferenciado grau de repercussão do neoconstitucionalismo nas diversas instâncias do Poder Judiciário brasileiro foi assim explicado por SARMENTO, *verbis*: “(...) boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Poder Judiciário sobre todas as suas instâncias.” SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 254.

⁵⁴ Nos Estados Unidos, até meados da terceira década do século passado, houve um período que ficou conhecido como Era de Lochner, quando, a partir do caso Lochner v. New York, a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam interferência na esfera econômica com base na interpretação da cláusula do devido processo legal. Roosevelt propôs o “*Court-packing plan*” pelo qual pretendia aumentar o número de membros daquele órgão e assim nomear pessoas mais afinadas com os objetivos do Poder Executivo. O projeto foi rejeitado, mas, por pressão da opinião pública, a Suprema Corte adaptou sua jurisprudência aos novos tempos e admitiu a intervenção estatal em assuntos como fixação de jornada de trabalho e salários, além do controle de preços. Sobre o tema, confira-se: BARROSO, Luis Roberto. “A crise econômica e o Direito Constitucional”. *Revista Forense*. V. 323. Rio de Janeiro: Forense, julho-setembro de 1993, p. 90; WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gângster: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado*. Trad. C.E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 64 e SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In *Por um*

Como acentuam BEDÊ JÚNIOR e SENNA⁵⁵, a preconceituosa oposição à modernização dos ideais garantistas acaba por gerar uma espécie de “síndrome de Alice”, como se, assim como a citada personagem, estivéssemos no país das maravilhas, onde não existem indivíduos movidos por cabal descaso para com os valores sociais, nem organizações empresariais criminosas com poder suficiente para comprometer a estrutura do Estado e o bem-estar da coletividade⁵⁶.

Ao criticar o radicalismo individualista de alguns quanto à compreensão da teoria garantista, FISCHER⁵⁷ asseverou que a tarefa do moderno Direito Penal consiste em que sejam adotados todos os mecanismos para garantir que as funções sociais se mostrem eficazes na garantia do bom convívio comunitário. Este mesmo autor proferiu certa afirmação⁵⁸ no sentido de que, à luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, fator este exponenciado pelo princípio da solidariedade, é fundamental superar-se a análise do Direito Penal pelo ângulo puramente indi-

constitucionalismo inclusivo: *História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2010, p. 259.

⁵⁵ BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27/28.

⁵⁶ Sobre a relatividade dos direitos fundamentais e suas implicações no campo penal, assim discorreu Alexandre de MORAES: “Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito(...) Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas (...)) Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.” MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 46/47.

⁵⁷ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 97.

⁵⁸ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição... op. cit.*, p. 118 e 121.

vidual, estando em voga delitos econômicos que atingem frontal e intensamente interesses da coletividade. O novo paradigma normativo que aqui se defende decorre da assunção definitiva de que os direitos fundamentais não mais se resumem a escudos frente ao poder estatal, mas estendem-se à demanda pela proteção do Estado em face de ataques a bens jurídicos socialmente fundamentais oriundos de quaisquer pessoas.

O que foi dito sobre o movimento garantista leva à conclusão de que o Direito Penal não deve restringir-se à preservação dos dez axiomas proclamados pela particular visão de Luigi Ferrajoli sobre os direitos fundamentais. No contexto da vigente Constituição de 1988 e do Estado Democrático de Direito por ela sustentado, a função do Direito Penal ultrapassa esses limites para o fim de abranger, sempre que se fizer necessário, o resguardo de todas as categorias de direitos fundamentais, qualquer que seja sua geração ou dimensão. Na perspectiva da moderna hermenêutica dos direitos fundamentais e dos textos normativos a eles concernentes (constitucionais, legais e convencionais), não cabe afastar as tradições em bloco, mas também não se deve aceitá-las acriticamente, referendando seus vícios e distorções⁵⁹.

Por todo o exposto, não se está aqui a atacar pura e simplesmente o modelo garantista de Direito Penal, mas tão somente defendendo-se a necessidade de que se promova, nos âmbitos científico e pragmático, um “processo de desfetichização”⁶⁰ a fim de que a proposta garantista seja finalmente enxergada e aplicada em sua integralidade, num contexto constitucionalmente atualizado, no qual é legítima a tutela penal de interesses metaindividuais. Faz-se impositiva uma releitura ampliativa do sistema garantista de modo a que se atinja o citado garantismo integral. Filio-me ao entendimento⁶¹ que inclui, no campo os bens jurídicos

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In *Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 224.

⁶⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 09.

⁶¹ Neste sentido: DE GRANDIS, Rodrigo. “Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral”. In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais*

dignos de tutela penal, valores ligados à ordem constitucional econômico-social não vinculados diretamente a pessoas determinadas, mas sim à toda a coletividade (v.g.: a higidez da ordem tributária e previdenciária, a preservação do meio ambiente e do equilíbrio do mercado de capitais). Em essência, tais interesses jurídicos guardam liame estreito com os princípios mais importantes da vigente Constituição da República e o menosprezo destes pelo Estado, a pretexto de atender aos reclamos de um “garantismo hiperbólico monocular”⁶², descumpre o princípio da proporcionalidade em seu aspecto de vedação à proteção deficiente dos direitos fundamentais. 📄

penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 368

⁶² Expressão cunhada por Douglas FISCHER para designar a desproporcionalidade da corrente garantista que defende que apenas direitos fundamentais individuais são dignos de receber proteção por norma penal. FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal (integral)?” *In Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 48.

Caracteres da Culpabilidade Enquanto Medida da Pena

Cássio Benvenuto de Castro
Juiz de Direito no Rio Grande do Sul

INTRODUÇÃO

A categoria jurídico-penal da culpabilidade não se apresenta perfeita e acabada. Pelo contrário, trata-se do mais complexo instituto da doutrina criminal - sequer há univocidade acerca da sua inclusão topológica: a culpabilidade integra o conceito de crime (escolas tripartite) ou apenas significa o liame que relaciona o injusto (fato típico e antijurídico) à pena (escola bipartite, de vasta aceitação no Brasil)? A vastidão de angústias doutrinárias exclama-se em Roxin, ao referir que *“la culpabilidad es un tema eterno del Derecho Penal y su principal problema específico: tanto en su existencia y en sus presupuestos como en la constatación de su fundamento y medida está expuesta a dudas que nunca serán despejadas; y ello, no obstante, debe al mismo tiempo servir de soporte y legitimación al Derecho Penal”*¹. Nos últimos dois séculos, inúmeras correntes científicas sucederam criteriosos estudos dessa problemática, que não permanece alheia às intempéries positivadas na legislação. Afinal, parece não existir parcimônia acerca da função e/ou posição sistemática da culpabilidade, vez que obscurecidas pelo laconismo codificado ou momentaneamente recortado em reformas legais contraditórias.

¹ ROXIN, Claus. *“Culpabilidad, prevencion y responsabilidad em derecho penal”*. In: *Culpabilidad y prevencion em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Editorial Réus, 1981, p. 147.

Corriqueiro exemplo metafórico talvez autoexplique, perfunctoriamente, a topologia da culpabilidade na dinâmica analítica do direito penal. Imagine-se certo indivíduo erguendo um copo de líquido à própria boca, com a finalidade de saciar a sede. Digamos que o conteúdo do recipiente significa o injusto (fato típico + contrário ao direito). A compleição física do sujeito sedento - e seus desdobramentos morfofisiológicos dali e conseqüentemente advindos - representam corolário da incidência da norma penal (seja a pena, a medida de segurança ou, numa concepção roxiniana, a desnecessidade da intervenção criminal máxima). De sua vez, o copo/taça, seja a forma que detiver, representaria a culpabilidade. Quero dizer, esta categoria transcende posição dogmática de requisito intrínseco do crime ou inerente à teoria da pena - justamente, ela exercita o liame que relaciona o injusto aos respectivos consectários interventivos penais: o preceito da norma penal (sanção).

Daí a significativa importância da culpabilidade: trata-se de *link* valorativo de conexão, por vezes reputado açodadamente pressuposto da pena - isto é, categoria técnico-axiológica que relaciona o crime a seu consectário lógico normativo: o preceito da norma, popularizado no signo 'pena'. Pelo caráter de 'entrelugares' categorial, natural a gama das discussões que circundam o tema.

Vislumbrada tridimensional e analiticamente, a singela metáfora denota multifária funcionalidade da culpabilidade. Num primeiro momento, constitui limite da intervenção penal (ou, como referido, das conseqüências preceituais normatizadas pela sanção) - o tamanho do copo/vasilhame não permite (maior)² escala de ingestão de líquido que a sua medida; noutra linha de visada, a culpabilidade é o fundamento da pena - ora, não fosse o tal depósito do líquido, impossível (pelo menos, civilizadamente) a ingestão saciadora; finalmente (e complementando as duas ideias subjacentes), o recipiente se presta de medida, dosagem, grau

² A culpabilidade como princípio estabelece barreira à potestade interventiva penal. Tanto em termos absolutos - de açodar a punição, ou não - como relativos; no sentido de maior ou menor ingerência da sanção.

de reparação da necessidade corporal, de maneira semelhante ao critério positivado no art. 59, do CP - níveis de reprovação da conduta, reproche medidor da pena.

Obviamente que o arremedo gráfico exemplificado não resolve seculares celeumas travadas acerca da culpabilidade. Tampouco ombrearia tal pretensão nessas apertadas linhas monográficas. Entretanto, de alguma espécie delimita a variação conceitual desta categoria jurídico-penal como um *entre-lugares* - estranho às teorias do crime e da pena. Com efeito, o signo 'culpabilidade' é utilizado em diversos *sentidos* na doutrina penal. Trata-se de palavra aparentemente singela (para os desavisados) que reúne, no mínimo, uma tríade estrutural: (a) culpabilidade como princípio, (b) categoria dogmática jurídico-penal (fundamento da pena) e, no devir analítico, (c) medida da pena. Frequentemente, essas três assertivas promiscuem-se descriteriosamente bem como se tangenciam, reciprocamente, em caracteres tecnicamente incommunicáveis entre si.

Sem embargo, a trilogia polissêmica não refuta o entendimento funcional do instituto, de acordo com orientação de Luiz Flávio Gomes³: (a) a culpabilidade é fundamento da pena; (b) fator de graduação da sanção; e (c) limite da potestade punitiva. Caso surpreenda as variegadas acepções da melhormente discutida entidade da academia criminal, pode-se ressaltar que referidas diretrizes não são antitéticas e/ou excludentes. Pelo contrário, complementam-se na dinâmica da avaliação penal como ciência eminentemente pragmática, todas resultantes de fundamentos comuns e propulsionadoras de indelével consequência: a intervenção (ou não) maior ou menor do sistema penal sobre as condutas aferidas judicialmente. Vale dizer, a culpabilidade não define a estática do direito penal, mas determina, na sua evolução teórico-praxista, para onde o direito penal está se conduzindo - o futuro do direito penal depende do destino da culpabilidade!

³ GOMES, Luiz Flávio. "Sobre a tríplice função da culpabilidade em direito penal". In: *www.direitocriminal.com.br*, acesso em 15/04/2001.

Essas linhas cingem-se à terceira dimensão da culpabilidade - ou seja, caracteres do instituto como graduação da sanção penal⁴. Afinal, culpa reserva o significado de reprovação; e seja ela maior ou menor, em sua dinâmica racional, somente permite similar cisão analítica de molde a facilitar o estudo; situação deveras mitigada na pragmática forense do instituto. A pena criminal representa a mais evidente manifestação do estado. À crise de identidade da própria entidade estatal, culminam as intempéries da culpabilidade, que padece de eminente reformulação normativa contemporânea. Os novos direitos consagrados *efetivamente* aos indivíduos programam a (re)leitura de clássicos institutos de todos ramos do direito sem embargo de, não raro, permanecerem legislativamente atarracados a intransigências oitocentistas. O juízo da culpabilidade não permanece alheio a tal realidade - imiscuída a uma nova dinâmica social, exige (re)paginação teleológica, pena de parecer soterrado, discursivamente, às variações ontológicas de outrora como categoria mais problemática da esfera criminal.

1. PRESSUPOSTOS DE ANÁLISE

Prefacialmente à caracterização medidora da culpabilidade, impende brevíssima referência às duas variantes subjacentes do tema, parcelas indissociáveis da incidência do reproche, e que culminam à dissecação sistemática do instituto: uma concepção principiológica, de importância limitativo-garantista imprescindível; e outra dogmática, corolário normativo e sistematizador dos pressupostos valorativos do juízo de reproche.

1.1. Princípio da culpabilidade: limite à potestade punitiva. Ruptura epistemológica do nexa de imputação objetivo

O direito sancionador primitivo fundava-se na possibilidade da imputação do resultado ao agente independentemente dos aspectos subjetivos (dolo) e normativos (culpa) de sua conduta.

⁴ Esta reflexão, como subentende o título epigrafoado, não se aventura a considerações psicanalíticas e/ou juízos ético-sociais. Tampouco se aprofunda à epistemologia filosófica, deveras enriquecedora ao substrato do assunto. Adstringe-se a considerações normativas, seja de cunho legislado e/ou doutrinário.

Tratava-se de singela aritmética: a cada evento oriundo duma causa fisicamente identificada, o indivíduo (ou grupo deles) sujeitar-se-ia(m) à intervenção criminalizadora. Esse desdobramento, absolutamente fisiológico (em detrimento dos programas valorativos/subjetivos), não ocorria apenas quando se punia em decorrência da causação de resultado unívoco, mas também nas ocasiões em que a pena é sensivelmente agravada em razão da exclusiva causação do ilícito (crimes qualificados pelo resultado desprezadores dos elementos subjetivos/normativos do injusto). Na leitura de Nilo Batista⁵, tratava-se duma responsabilidade *objetiva e difusa*.

Apesar de, atualmente, aparentar fenômeno longínquo da atual problemática jurídico-penal, a responsabilidade objetiva imperou durante vários séculos no ambiente punitivo. Na totalidade das civilizações clássicas, o nexó de imputação era rigorosamente alheio às intempéries voluntarísticas individuais dos agentes. Ressalta Luiz Luisi⁶ que, somente no alvorecer da Idade Média, a importância da vontade começou a ser admitida na responsabilização das práticas delituosas. Peculiaridade a denotar, em termos da história do direito, o caráter relativamente incipiente da limitação da voracidade punitiva pela subjetivação/normatização do injusto. A depuração das mazelas objetivas do direito penal consolidou-se, com foros similares aos contemporâneos, pelos práticos italianos e pós-glosadores, ao identificarem na *culpa lato sensu* um conceito genérico, também abrangente do dolo - ou seja, sentido de tudo que seria 'repreensível'. Mesmo assim, campos residuais de cunho objeti-

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 102. Objetiva, por desprezar os mezinhos aspectos subjetivos da conduta; difusa, por considerar plausível a responsabilização coletiva. Batista chega a dar o exemplo do construtor que, por um defeito fortuito da obra, vitima o filho do consumidor dos seus serviço de empreitada. Em consequência, no direito antigo, o filho do construtor deveria responder, na mesma proporção, pelo sinistro - lida decorrência do caráter difuso e objetivo do evento.

⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 33. O autor comenta que, apesar de haver notícias residuais de estudos da voluntariedade no desdobramento do fato-crime por volta do século VIII, formalmente, somente nos primeiros decêndios do século XVI, pode-se afirmar uma preocupação significativa pelo afastamento da responsabilização objetiva no quadrante do direito penal.

vo permaneciam no direito medieval, resumidas no instituto da *versari in re illicita*⁷.

De fato, a ideia de responsabilidade objetiva é antitética a todas reflexões inerentes ao juízo de reprovação de fatos individuais. Os axiomas basilares do *nullum crimen sine culpa*, desde seus cotejos introdutórios, formularam-se de molde a limitar, em todas manifestações estatais (legislativa, executiva e judiciária), o domínio eminente dos sistemas penais⁸. Também pudera, o liame causalista-objetivo no direito penal, ressaltam Zaffaroni e Pierangeli, é “forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem se exigir que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente”⁹. Disso ecoa: o princípio da culpabilidade elidiu o nexó de imputação físico-objetivo, num primeiro momento açambarcando todos seus conseqüências hoje visualizados mais tecnicamente - as normas da responsabilidade pessoal e subjetiva. A partir desta ruptura epistemológica instrumentalizada pela *culpa lato sensu*, numa época na qual os caracteres objetivos do fato-crime estavam todos no tipo e, na culpabilidade, os demais requisitos subjetivos/normativos, a teoria psicológica da culpabilidade assumiu significativa expressão teórica consolidadora dessas impressões doutrinárias. As maiores conquistas do princípio da culpabilidade, salienta Roxin¹⁰, foram a eliminação do acaso e a superação do direito penal do resultado. Sem embargo, o legado contemporaneamente sufragado (já que meramente descritivo-naturalista) por esta semântica ressalta-se na peculiaridade de permanecerem arraigados no bojo do princípio da culpabilidade

⁷ Significa responsabilizar por algum evento cuja previsibilidade não se enquadrava no desdobramento fático querido ou vislumbrado pelo agente.

⁸ Sistemas penais no sentido organismos estatais engendrados para persecução (*lato sensu*) do crime em todas suas perspectivas.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 451/2.

¹⁰ ROXIN, Claus. “A culpabilidade e sua exclusão no direito penal”. In: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135.

frequentes sinonímias¹¹ que lhe promiscuem a depuração técnica sem, contudo, representar retrocesso pragmático digno de nota. De toda sorte, vale refrisar que a culpabilidade surgiu nortendo a limitação do poder de punir em termos subjetivos/normativos, subdividindo-se, atualmente, em três premissas basilares do direito penal democrático: os princípios da (a) culpabilidade; e da responsabilidade (b) subjetiva e, finalmente, (c) pessoal.

Esta aparente rarefação conceitual subentende-se ao caráter principal desta dimensão jurídico-penal da culpabilidade. Com Humberto Ávila, “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”¹². Assim, na categoria de princípio, malgrado a tergi-versação semântica de outrance, tem-se agora preceito garantista: em seu norte, verticaliza-se a dignidade da pessoa humana; e como meta, delimita-se a (maior/menor) potestade punitiva.

1.2. Categoria dogmática jurídico-penal: culpabilidade fundamento da pena

A virtude constitucional do princípio da culpabilidade é dú- plice, esclarece Nivaldo Brunoni, “inscrevendo-se ora como fundamento da pena e do próprio *jus puniendi*, ora como limite da intervenção punitiva do Estado. Como fundamento da pena, pro- jeta o sistema penal numa perspectiva ética, no centro da qual está o homem como sujeito de responsabilidade moral, entendido, pois, em sua característica capacidade de autodeterminação, para o mal e para o bem. Como limite da pena, reponde à exigência de evitar que o Estado, na persecução da finalidade preventiva, abuse de seu poder punitivo e chegue, até, a ‘ferir’ o respeito ao

¹¹ Genericamente, o princípio da culpabilidade tem se prestado a um conceito “guarda- chuva”: acolhe na sua categorização outras decorrências principiológicas passíveis de dife- renciação analítica - v.g. os princípios da responsabilidade pessoal e subjetiva.

¹² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

qual não se põe nenhuma exigência de irrogar pena; como limite da pena, projeta o sistema numa perspectiva utilitarista na qual o maior perigo é o de instrumentalização do homem para o ‘homem comum’”¹³.

O princípio da culpabilidade - baliza material/formal prefacial à intervenção estatal - não estabelece de maneira absoluta os caracteres da reprovação no exame jurídico-penal. Influencia decisivamente, sem embargo de permanecer em aberto a estrutura analítica do culpável. Isto é, o sentido ora examinado da reprovabilidade, seus pressupostos formais topológico-normativos se delineiam num segundo momento: quando do entendimento da culpabilidade como categoria dogmática do crime.

Neste capítulo, em apertado esboço, mister se elencar os caracteres da escola sobremaneira majoritária no direito brasileiro, capitaneado pela doutrina de Welzel, marco finalista estrutural da culpabilidade à vista de seus requisitos positivos e, por exclusão antitética, negativos. Com Cezar Bitencourt¹⁴, hoje os pressupostos da culpabilidade são: capacidade de autodeterminação; consciência da ilicitude; e a exigibilidade de outra conduta. A ausência destes elementos é suficiente para impedir a reprovação da conduta. De outro lado, o acertamento positivo de tais caracteres justifica claramente o ‘porquê’ e ‘para que’ da pena estatal - fundamento do preceito punitivo institucionalizado.

1.2.1. Teoria normativa pura

A escola *neoclassista* possuía natureza mista: apesar de consagrar a noção de reprovabilidade - conceito de inegável carga axiológica -, não depurou a culpabilidade dos aspectos psicológicos endógenos à individualidade do agente. Dolo e culpa ainda permaneciam requisitos/formas promiscuidos na valoração do objeto tópico fato-crime. Considerando reprovação sinônimo de

¹³ BRUNONI, Nivaldo. *Princípio da culpabilidade: considerações, fundamento, teoria e consequências*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. “Alguns aspectos da culpabilidade na atualidade”. In: *Revista dos tribunais*, n. 756, p. 426.

culpabilidade, a teoria normativa purificou a dogmática da teoria do delito, decantando seus requisitos específicos.

No despertar do segundo terço do século XX (década de 1930), o gênio de Hans Welzel não discriminou inéditos elementos ao fato-crime. Todavia, à guisa dos caracteres de antemão identificados, readequou-os sistematicamente, acarretando significativa evolução na dogmática do direito penal. O trabalho protético do professor alemão separou, definitivamente, as peculiaridades subjetivas - intrínsecas ao agente do fato - das valorativas: estas sim, constitutivas do juízo de reprovação pertinente à cognição do julgador. A culpabilidade em Welzel, resume Lobato, está “inserida no sistema finalista do delito, o qual trabalha com as estruturas lógico-reais, também denominadas ontológicas. A vontade é a característica fundamental da ação finalisticamente orientada, sendo que, enquanto nos crimes dolosos o tipo penal abrange a própria ação final, nos delitos culposos o tipo penal cuida do modo de execução da ação final frente a consequências sociais não incluídas na vontade do agente”¹⁵.

Com efeito, a vertente finalista da culpabilidade não formulou novos requisitos integrativos da dogmática do crime, tampouco suprimiu os de antemão identificados pelo neokantismo. Tão somente reordenou a posição sistemática da matéria-prima existente, propondo a depuração das estruturas formais do delito, à guisa da observação da natureza própria dos objetos da observação. O significado da conduta pertencia à ontologia das coisas. Daí Brunoni afirma: “a partir de então, a dogmática se encaminhará à ‘subjetivação’ do tipo e à ‘normatização’ da culpabilidade, pondo em prática o que se passou a denominar ‘etização’ do Direito Penal: reprovação em razão da inobservância do dever de se omitir da prática ilícita”¹⁶.

¹⁵ LOBATO, José Danilo Tavares Lobato. “Da evolução dogmática da culpabilidade”. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (org.). *Temas de direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 308.

¹⁶ BRUNONI, Nivaldo. *Princípio da culpabilidade: considerações, fundamento, teoria e consequências*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 148/9.

Em suma, a dogmática precedente à concepção finalista separava obsessivamente os requisitos externos e, por decorrência, objetivos do injusto, daqueles internos, por sua feita subjetivos. Todo externo-objetivo era reputado inerente à anti-juridicidade; a parcela interna-subjetiva era associada à culpabilidade, mera relação anímica do autor ao resultado, situação contra a qual Welzel disparou seus estudos: “As doutrinas do tipo e do injusto dão guarida, cada vez mais, a elementos anímicos, que haviam sido atribuídos, em princípio, erroneamente, ao conceito de culpabilidade: primeiro os elementos subjetivos do injusto e depois a vontade de ação. O conceito de culpabilidade, como tal, não compreende, ao contrário, elementos subjetivos-anímicos e conserva apenas o critério normativo da reprovabilidade, com base no qual se examina se a vontade de ação é culpável. Nesse processo não se perdeu nenhum dos elementos anteriores, mas cada um ganhou um lugar mais apropriado, devido ao conhecimento da estrutura final da ação. Com o que estamos em condições de chegar à solução correta dos problemas da ação, da tipicidade e da antijuridicidade dos delitos dolosos e culposos, do conceito da culpabilidade, do erro de tipo e do erro de proibição”¹⁷.

Outrossim, superando a promiscuidade histórica entre o erro de *fato* e o de *direito*, Welzel definiu a posição topológica da “potencial consciência da ilicitude”, adotando a teoria “limitada da culpabilidade”. Assim, a figura do erro de tipo exclui dolo e/ou culpa sem tocar ao juízo de culpabilidade; de outro lado, a categoria do erro de proibição elide ou atenua o potencial conhecimento da ilicitude, remanescendo incólume o caráter do injusto. “*El error de prohibición, en cambio, deja intacto el dolo del hecho y se refiere - con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho - a otros fundamentos que están fuera del tipo, que excluyen la antijuridicidad*”¹⁸. Esta perspectiva deve-se à depuração

¹⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

¹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal - parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma editor, 1956, 177.

ontológica do elemento subjetivo do tipo. Cediço que, ao adotar o dolo natural e separar a *voluntariedade* mais a *previsão*¹⁹ da “consciência da ilicitude”, utilizando-se da escansão outrora proposta por Dohna (separação da valoração do objeto *versus* objeto da valoração), Welzel delimitou os lindes problemáticos do erro jurídico-penal - a exclusão da consciência da ilicitude deixaria incólume o exame da tipicidade; o erro de tipo refuta o dolo (e/ou a culpa) sem, contudo, malferir a valoração da culpabilidade.

Nesta porfia, a culpabilidade tornou-se puro juízo valorativo, um juízo de censura cotejado ao fato do agente. Tal reprovação situa-se na crítica de quem examina a conduta alheia (jugador), tendo por matéria-prima tópica o agente do crime e seu fato criminoso²⁰. No caso em exame, era-lhe possível e exigível outra conduta conforme o direito. Em vista disso, tem-se como pressupostos da culpabilidade na teoria normativa pura a: (a) possibilidade do indivíduo autode-terminar-se (imputabilidade); (b) potencialidade de compreender o caráter ilícito de sua demanda (potencial conhecimento da ilicitude); e (c) a possibilidade concreta do agente atuar agir de outra forma, conforme o direito (exigibilidade de outra conduta).

2. MEDIDA DA PENA: GRAUS DE CULPABILIDADE

Brevemente verificados os limites materiais à intervenção penal (princípio), tanto quanto fundamentados positiva/negativamente os requisitos da reprovação como categoria dogmática jurídico-penal, o derradeiro sentido da culpabilidade transparece na medição da pena. Na verdade, o exercício mental do julgador apresenta-se progressivo em sua dinâmica: após acertar os aspectos primários da potestade punitiva (limites à potestade estatal) e cotejados os pressupostos positivos da concreção reprovatória (fundamento da pena), resta-lhe quantificar a resposta interventiva penal. Com efeito, o parâmetro de censura imputado às condutas oscila gradualmente, cotejada a intensidade da energia delitiva perpetrada ao evento. Neste momento, a culpabilidade define

¹⁹ Para o finalismo, dolo açambarca a vontade mais a previsão (natural) do desdobramento fático (conduta+nexo+resultado). A consciência da ilicitude fica relegada à culpabilidade.

²⁰ Assis Toledo, *op. cit.*, p. 230.

o ‘como/quanto’ punir de acordo à situação concreta julgada - trata-se de sentido gestor da pena.

Cedição que tanto o injusto como a culpabilidade²¹ - categorias pressupostas do preceito sancionador - são conceitos graduáveis. A magnitude da infração, já em abstrato²² (e, também, na análise casuística), comporta variações de acordo com o montante de danosidade social extrínsecas do fato-crime. Similarmente, a culpabilidade, segundo Jescheck²³, mede-se pelo grau de reprovação da situação concreta, levando-se em consideração os motivos e metas do réu, caracteres internos objetiváveis²⁴ no delito e o patamar de contrariedade ao dever nos atos culposos. Ou seja, examina-se a totalidade da situação - externa ao agente e objetivamente constatada pelo fato praticado.

Em decorrência, o Código Penal brasileiro menciona a culpabilidade como fator de graduação da pena. No art. 29, concebe-a como limite²⁵ máximo da punição, ao estabelecer que apenas sancionará o agente na ‘medida de sua culpabilidade’. Tal referência ostenta a concepção unilateral da culpabilidade, advogada por Roxin, para o qual a pena não pode superar o limite

²¹ Vale reforçar que a culpabilidade não é pressuposto do crime; mas pode ser classificada, consoante Luiz Flávio Gomes (*in*: Sobre a tríplice função da culpabilidade em direito penal, *op. cit.*), como requisito do fato punível. Neste, adentram o injusto, a culpabilidade e a punibilidade.

²² Também, de acordo com a situação concreta, o grau de injusto pode ser graduado. V. g. a reparação voluntária do dano (atenuante ou minorante pelo CP).

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal - parte general*, v. II. Trad. S. Mir Puig; F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, p. 1207.

²⁴ Seria humanamente impossível ao julgador, avaliar situações anímicas inerentes às condutas dos indivíduos. Certamente que todos desenvolvimentos voluntarísticos manifestam-se e, por decorrência, demonstram-se probatoriamente, através de ‘instrumentais’ objetivos sensíveis à percepção terrena. Estes caracteres conceituais ‘indicadores’ dos fenômenos anímicos são denominados, segundo Hassemer, de Dispositionsbefriffe - circunstâncias objetivas (externas ao agente) que indicam sua tendência anímica. *In*: *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde; Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, sd, p. 227.

²⁵ Óbvio que, ao se falar em limite, está presente a noção do sentido da culpabilidade como princípio - sua função político criminal de elidir a potestade punitiva, seja em absoluto ou aos quadrantes proporcionais à conduta do agente. Outrossim, o art. 29, do CP, ao limitar, subentende a quantificação, semântica também atribuível à culpabilidade nesta terceira dimensão - a medida da resposta penal.

da culpa (*lato sensu*) do agente; todavia, antevendo necessidades preventivas, a sanção pode ser tributada em patamar inferior ao grau de reprovação. “*Sólo cuando las necesidades de prevención general y especial así lo exijan, puede la pena imponerse hasta el límite máximo que representa el grado de culpabilidad*”²⁶. Esta construção subentende a reconciliação do direito penal à política criminal, tributando-se balizas máximas ao sancionamento.

De outro lado, o mesmo CPB acolhe, no art. 59, a concepção bilateral²⁷ da culpabilidade, de mais larga aceitação no meio acadêmico - por refletir o caráter de eminência retributiva da resposta penal. Ao lado de outras circunstâncias judiciais, ‘o juiz, atendendo à *culpabilidad*’, fixará a pena-base. Significa que a extensão e a gravidade da pena não podem superar, em momento algum, o limite da culpabilidade; tampouco seria admissível se impor uma sanção inferior ao grau de reprovação examinado à conduta. Neste processo, acena Brunoni, busca-se a “aplicação de uma pena que reflita o grau de censura que recai sobre a conduta do agente, não só por ser questão de justiça, mas também porque a pena adequada à culpabilidade assegura melhor a pacificação e a vigência das normas penais”²⁸. De fato, a proporcionalidade entre pena e culpabilidade fomenta consenso social e a própria aceitação do condenado na sua nostalgia reflexiva.

Respeitável entendimento doutrinário considera esta terceira dimensão da culpabilidade como mero desdobramento dinâmico do fundamento da pena. Seriam faces cronologicamente distintas do mesmo instituto jurídico: enquanto categoria dogmática, a culpabilidade arrola os requisitos da reprovação; na derradeira perspectiva, apenas mede o grau de censura, sem distinção substancial. Paganella Boschi, ao comentar o art. 59, do CPB, aduz que “os antecedentes, a conduta, a personalidade, os motivos, as cir-

²⁶ ROXIN. Claus. Concepcion bilateral y unilateral del principio de culpabilidad - sobre la relacion entre culpabilidad y prevencion en la dogmatica jurídico-penal y en el derecho de determinacion de la pena. *In: Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. trad. Muñoz Conde. Madrid: Editorial Réus, 1981, p. 196.

²⁷ *Idem*, *ibidem*.

²⁸ *Op. cit.*, p. 316.

cunståncias e as consequências do crime destinam-se a ajudar na aferiçaõ e compreensãõ pelo juiz de todos os aspectos inerentes à imputabilidade, à potencial consciência da ilicitude e à exigibilidade de conduta diversa, em suma, dos aspectos inerentes aos elementos estruturantes da culpabilidade”²⁹. Entretanto, o magistrado gaúcho tangencia a própria tese ao sustentar, logo a seguir, que o art. 59 projeta singularidades relacionadas ao conhecimento do “homem total”.

Justamente, esta figura de ‘totalidade’ invocada diferencia as dimensões da culpabilidade nas suas próprias essências. E por uma razão singela e flertada, *en passant*, pelo respeitável doutrinador: a culpabilidade, no âmbito da determinação da pena, é mais ampla que seu espectro como fundamento da sanção (versículo ‘2’), abarcando a totalidade das circunstâncias do fato. Leia-se, a estrutura positiva da culpabilidade (fundamento da pena) é amplamente independente do grau de reprovação. Roxin arremata: “*en la culpabilidad como fundamento de la pena se trata de si el autor debe ser castigado, es decir, de cuestiones como las siguientes: ¿pudo el autor actuar de otro modo?, ¿es necesario por razones preventivas sancionar penalmente su comportamiento? Los elementos de los que se deriva una respuesta afirmativa no se pueden, sin más, <extender> hasta el punto de que puede leerse en ellos la magnitud de la culpabilidad. Esta magnitud depende más bien de circunstancias en parte completamente distintas*”³⁰.

Daí ser corrente a majoritária defesa teórica de que fatores pertencentes à sistemática do injusto influenciam na medição da pena, ratificando a autonomia das dimensões da culpabilidade - enquanto *fundamento e medida*. A tese da ‘duplicidade do dolo’, formulada por Gallas³¹ e defendida domesticamente, entre outros,

²⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 220.

³⁰ “*Culpabilidad, prevencion y responsabilidad em derecho penal*”. In: *Culpabilidad y prevencion em derecho penal*. trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Editorial Réus, 1981, p. 180.

³¹ O elemento subjetivo possuiria dúlice função: situar-se-ia no tipo, mas também seria examinado quando do juízo de reprovação, na culpabilidade. Com efeito, Gallas questiona a separação dogmática intransigente entre o injusto e a culpabilidade, nos moldes rígi

pelo Prof. Luiz Flávio Gomes³², recolhe ao âmbito da graduação da censura os aspectos subjetivos e quantificáveis do injusto. Citando Wessels, Pierangeli sinaliza a inter-relação que, apesar de autônoma, referencia as categorias jurídico-penais: “assim como ‘injusto’ e ‘culpabilidade’ se correspondem um ao outro, subsiste uma relação de trocas entre a forma de conduta e a forma de culpabilidade do acontecimento punível. A realização dolosa ou negligente do tipo de injusto constitui, como forma de conduta, o correlato para a forma de culpabilidade estampada pelas ponderações da censurabilidade (estágios da culpabilidade), à forma de comissão dolosa ou negligente corresponde o tipo de culpabilidade dolosa ou negligente”³³. Tem-se conclusão similar numa interpretação histórica, à medida que o Código Penal, em sua redação original, não graduava a culpabilidade, mas a intensidade do “dolo”.

Desde Frank, o dolo e a culpa teriam a função de excluir ou graduar a culpabilidade. Ele serviu-se dos exemplos “do caixa que se apropria do dinheiro para despesas supérfluas e do empregado mal remunerado que o faz para debelar enfermidade da esposa (dolo) ou do cocheiro que, embora o risco de acidente, é obrigado a conduzir a carruagem sob a ameaça de ser despedido”³⁴. Cediço

dos diagnosticado pela ontologia finalista. O professor de Heidelberg, principal divulgador desta doutrina, refere que “la situación del dolo dentro del sistema no depende sólo de consideraciones ontológicas, como supone la teoría finalista, sino que constituye al propio tempo un problema de valoración”. E valoração, em termos jurídicos - ou seja, ciência atributiva/crítica por excelência -, não atine a uma específica categoria jurídico-penal, mas se imbrica a todos compartimentos da teoria penal.

Ou seja, injusto e culpabilidade não manteriam relação de coordenação aparentemente antitéticas, mas de complementariedade, apresentando graus de sucessividade incidíveis na cognição do delito. Em Gallas, o conceito de ‘dever’ seria idêntico tanto para a culpabilidade como para a caracterização do ilícito, apenas variando a perspectiva concretista da primeira em face do caráter generalizante da segunda. De outro lado, enquanto o injusto permanece afeto ao desvalor da ação e do resultado, a culpabilidade fornece subsídios à reprovação do ‘ânimo’ do autor do fato, em circunstâncias delitivas valoradas. In: GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p. 62 e 63.

³² GOMES, Luiz Flávio. “Sobre a tríplice função da culpabilidade em direito penal”. In: www.direitocriminal.com.br, acesso em 15/04/2001.

³³ PIERANGELI, José Henrique. “Desafios dogmáticos da culpabilidade”. In: *Revista dos tribunais* n. 761, p. 452.

³⁴ *Apud* Paganella Bosch, *op. cit.*, p. 192.

que o dolo, desde o finalismo, não mais influi para exclusão da culpabilidade. Todavia, permanece latente a perspectiva teórica que afere o grau de reprovação pelas circunstâncias totais do fato - vale dizer, em se considerando a pessoa do agente, seu comportamento no evento e aspectos do injusto. Assis Toledo³⁵, referindo-se à teoria eclética (ou mista) adotada pelo CPB, ensina que a culpabilidade do art. 59 avalia-se em função da gravidade do “injusto”. Logo, o conceito da culpa quantificável é tríplice, segundo Johannes Gründel³⁶: ao mesmo tempo é culpa da ação, do autor e do todo - a primeira é incondicional, a segunda é condicionada e a terceira é difícil de julgar.

Decididamente, o termo “culpabilidade” utilizado como fator judicial do art. 59, do CPB, é infeliz. Trata-se de circunstância judicial que não se adstringe à *parcelaridade* dos demais aspectos ali mesmo elencados. Pela reflexão atravessada, neste derradeiro momento, a culpabilidade é o “todo” de censura quantificável, sem equivalência matemática aos outros sete caracteres, como supõe a leitura da indigitada regra.

Ad captadam benevolentiam, utilizo-me de conceito da psicologia, analogamente justificável à consideração da “totalidade”. O grau de reprovação fecha o “gestalt”³⁷ da conduta aferida. Isto é, a culpabilidade analisa simbioticamente não apenas as nuances do indivíduo, mas também aspectos objetivos/subjetivos do injusto, culminando na aferição de maior ou menor censura pelo evento como resultado do “todo”. Nessa perspectiva, a culpabi-

³⁵ Princípios que regem a aplicação da pena. In: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso: dez/2009.

³⁶ *Apud* Assis Toledo, *op. cit.*, p. 246.

³⁷ “A Psicologia da forma, Psicologia da Gestalt, Gestaltismo ou simplesmente Gestalt é uma teoria da psicologia que considera os fenômenos psicológicos como um conjunto autônomo, indivisível e articulado na sua configuração, organização e lei interna. A teoria foi criada pelos psicólogos alemães Max Wertheimer (1880-1943), Wolfgang Köhler (1887-1967) e Kurt Koffka (1886-1940), nos princípios do século XX. Funda-se na ideia de que o todo é mais do que a simples soma de suas partes.

Por volta de 1870, alguns estudiosos alemães começaram a pesquisar a percepção humana, principalmente a visão. Para alcançar este fim, eles se valiam especialmente de obras de arte, ao tentar compreender como se atingiam certos efeitos pictóricos. Estas pesquisas deram origem à Psicologia da Gestalt ou Psicologia da Boa Forma. Seus mais famosos pra-

lidade é termo “genérico” ou, segundo Mezger³⁸, ‘criterio rector determinante’ na graduação da pena, do qual são especificações perfunctórias a personalidade, os motivos, as circunstâncias, etc. Não seria absurdo referir que as circunstâncias judiciais são exemplificativas, à guisa da ‘totalidade’ concreta do culpável. Segundo Boschi³⁹, “as circunstâncias judiciais são meras coadjuvantes, colocadas pela lei à disposição do juiz para o procedimento de graduação da censura”, devendo-se ler a culpabilidade (medida da pena) como a resultante do somatório dos demais fatores regradados no art. 59, à medida que as partes formam o “todo”, porém a ele não se equiparam.

Assim, ao fixar a pena-base, o juiz deveria considerar, após análise das circunstâncias judiciais exemplificativas, o grau de censura/culpabilidade em três níveis: máximo, médio ou mínimo - aproximando-se do termo médio da pena in abstracto ou do termo médio/mínimo, conforme o caso. Referir que o agente era “imputável e atuou cômico da ilicitude” (como sói acontece em inúmeros julgados) seria repetir, agora no cálculo da pena, situação já

ticantes foram Kurt Koffka, Wolfgang Köhler e Max Wertheimer, que desenvolveram as Leis da Gestalt, válidas até os nossos dias. Com seu desenvolvimento teórico, a Gestalt ampliou seu leque de atuação e transformou-se em uma sólida linha filosófica.

Esta doutrina traz em si a concepção de que não se pode conhecer o todo através das partes, e sim as partes por meio do conjunto. Este tem suas próprias leis, que coordenam seus elementos. Só assim o cérebro percebe, interpreta e incorpora uma imagem ou uma idéia. Segundo o psicólogo austríaco Christian von Ehrenfels, que em 1890 lançou as sementes das futuras pesquisas sobre a Psicologia da Gestalt, há duas características da forma - as sensíveis, inerentes ao objeto, e a formais, que incluem as nossas impressões sobre a matéria, que se impregna de nossos ideais e de nossas visões de mundo. A união destas sensações gera a percepção. É muito importante nesta teoria a idéia de que o conjunto é mais que a soma dos seus elementos; assim deve-se imaginar que um terceiro fator é gerado nesta síntese”. In: SANTANA, Ana Lúcia. <http://www.infoescola.com/psicologia/gestalt/>, acesso em janeiro/2010.

Pelo ‘gestalt’, A+B não significa, meramente a conjunção das parcelas (A+b), mas forma-se um terceiro elemento ‘C’. Assim ocorre com a culpabilidade que, além de reles circunstância judicial, neste quadrante semântico, é a medida da censura; ou seja, o produto da simbiose das demais variáveis parciais.

Apenas num arremedo de atecnia que o art. 59, do CP, parece ter equiparado a culpabilidade aos demais coadjuvantes da pena-base.

³⁸ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 498.

³⁹ *Op. cit.*, p. 221.

motivada para se concluir pela condenação. Reitero o perigo da reles tautologia: ao estabelecer a pena-base, o magistrado não deve ressaltar a culpabilidade fundamento da sanção; isto desqualificaria a medida da censura e resultaria em contraditório *bis in idem* - óbvio que, para calcular a pena, precedentemente, deve ter sido estabelecida a reprovabilidade da conduta examinada.

Em termos científico-ideais, esta seria a leitura da culpabilidade como grau de censura: máxima, média e mínima. Todavia, em virtude da redação positiva do art. 59, do CP - que parece equiparar as circunstâncias parciais à culpabilidade -, a doutrina propõe solução acolhedora da tese de Gallas⁴⁰. Ou seja, fala-se em graus de ‘dolo’ e da ‘culpa’. Daí, a ‘culpabilidade’ do art. 59, num chofre de artificialismo, estipula tríplice noção de censurabilidade: três noções graduáveis do elemento subjetivo - menosprezo (dolo direito de segundo grau), desprezo (dolo direto de primeiro grau) e indiferença (dolo eventual); e três ideias de culpa no sentido estrito - levíssima, comum/leve e grave. Esta correção valorativa, pretensamente, assegura a aplicabilidade da ‘culpabilidade’ circunstanciada, assistematicamente, no Código Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS ARTICULADAS

1. A culpabilidade exercita o *link* axiológico entre o injusto e a pena criminal. Logo, sua localização sistemática é estranha às teorias do crime e da sanção, pautando verdadeira categoria ‘entre-lugares’ jurídico-penal. A depender da corrente acadêmica defendida, poder-se-á aproximar o postulado normativo da reprovação à teoria do delito ou à da sanção (injusto - culpabilidade - pena).

⁴⁰ Por todos, vale ressaltar posição de Fernando Capez - “dolo e dosagem da pena: a quantidade da pena abstratamente cominada no tipo não varia de acordo com a espécie de dolo, conduta, o juiz deverá levá-la em consideração no momento da dosimetria penal, pois, quando o art. 59, *caput*, do CP manda dosar a pena de acordo com o grau de culpabilidade, está-se referindo à intensidade do dolo e ao grau de culpa, circunstâncias judiciais a serem levadas em conta na primeira fase da fixação. Não devemos confundir culpabilidade, que é o juízo de reprovação do autor da conduta, com grau de culpabilidade, circunstância a ser aferida no momento da dosagem da pena e dentro da qual se encontram a espécie de dolo e o grau de culpa”. *Op. cit.*, p. 206.

A referência açodada de que a culpabilidade é pressuposto da pena não explica suas conexões semânticas precípuas. Todos fatores precedentes ao preceito/sanção - ou seja, integrantes do suporte fático abstrato da norma penal (tipicidade + ilicitude) - enquadrar-se-iam, sem distinção, como requisitos da pena. A tipicidade e a ilicitude como causas, conectam-se *pela* culpabilidade, ao predicado pena. Neste exercício, analiticamente, a reprovabilidade apresenta-se em diferentes sentidos coarctados às sua tríplice funcionalidade: (a) limita a intervenção punitiva; (b) fundamenta positiva/negativamente a subsunção do delito à modelagem normativa penal; (c) e quantifica o montante de reprovação.

2. O princípio da culpabilidade - num primeiro momento identificado pela ruptura epistemológica transacionada pela teoria psicológica da culpabilidade - representa a superação do nexo de imputação objetivo no direito penal. Contemporaneamente, sua consagração imanente nas constituições sintetiza o limite à intervenção penal aos patamares da responsabilização pelo fato voluntário e pessoal do agente.

Em seu norte, preconiza a dignidade da pessoa humana; como meta, identifica os limites à potestade punitiva estatal em todos níveis de intervenção institucionalizada (legislativa, judicial, executiva).

A categoria dogmática da culpabilidade açambarca, no transcorrer das correntes teóricas que lhe estruturam o conteúdo, diferentes pressupostos positivos e, por exclusão, negativos da imputação concreta. Além dessa função de garantia, sistematizou-se a reprovabilidade da conduta do agente como fundamento da pena, situada na intersecção das teorias do crime e da sanção.

Vale reforçar - a depender da corrente adotada-, a culpabilidade aproxima-se à categoria do delito ou da pena.

3. No derradeiro momento do raciocínio axiológico pelo julgador, a culpabilidade presta-se à medição da censura atribuível ao evento do agente. Trata-se de dimensão autônoma em relação à reprovação-fundamento, sopesado o desdobramento dinâmico conatural desta análise científica. Exemplos desta perspectiva identificam-se nos arts. 29 e 59, do CPB.

A tese de Gallas explica a duplicidade do dolo nas circunstâncias judiciais. No entanto, não apenas à guisa do elemento subjetivo é de ser adotada esta corrente, mas à vista da “totalidade” das circunstâncias do caso, o que inclui o grau de reprovação do injusto. De fato, a “culpabilidade” do art. 59 transcende a parcellaridade dos demais fatores judiciais (personalidade, motivos, etc.) - estes sim, seriam mais bem compreendidos como coadjuvantes do “todo”, a culpabilidade como medida da pena.

4. A pena criminal simboliza a intervenção máxima institucionalizada pelo direito/Estado na vida em sociedade. Tanto que a evolução das estruturas comunitárias, refletidas nas relações de poder, subentende diferentes perspectivas sancionatórias ao longo dos tempos.

A culpabilidade, nas diversas linhas semióticas, é (a) princípio de política criminal, (b) fundamento e, também, (c) medida da pena. Representa a limitação concreta e quantificável do arcabouço punitivo-interventor mais sensível do Estado perante a respectiva comunidade. Em vista destas considerações, diga-me sua concepção acerca da categoria jurídico-penal da culpabilidade que lhe direi aquilo que entende sobre a implicação metodológica do direito penal e, por decorrência, da relação/abjuração do estado e o respectivo povo.

Sobremaneira significativa que, em detrimento da natureza dos institutos jurídicos, na dinâmica globalizada contemporânea, grassa a discussão de para onde vai o direito e a conseqüência organização social⁴¹ - daí a peremptória importância do enlace teleológico da culpabilidade no cenário jurídico-penal. ☐

⁴¹ O direito é produto social; mas a sociedade, à vista da força normativa dos novos direitos e das estruturas estatais da atualidade, em várias sortes é influenciada pela cogência dos sistemas normativos. Logo, têm-se relações circulares de complementariedade que, aos sobressaltos, atingem estabilidades provisórias - a sociedade forma/influi (n)o direito, mas é por ele influenciada.

A Transmissão das Obrigações no Contrato de Trespasse

Thiago Ferreira Cardoso Neves

Professor de Direito Empresarial da EMERJ, pela qual é pós-graduado em Direito Público e Privado.

1. INTRODUÇÃO

O exercício da atividade empresarial, atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, na forma do art. 966 do Código Civil, se caracteriza pela concentração de quatro fatores de produção: capital, matéria-prima, mão de obra e tecnologia.

Não obstante a concentração desses fatores, a atividade empresarial, para ser exercida, depende da existência de um instrumento, ou seja, para que haja o exercício dessa atividade economicamente organizada não basta estarem presentes aqueles fatores de produção; é imperioso que o empresário ou sociedade empresária explore a sua atividade através de um estabelecimento.

A existência de um estabelecimento é, pois, uma das características de uma atividade empresarial.

Esse mesmo estabelecimento, pelo meio do qual o empresário exerce a empresa, pode ser objeto de negócio jurídico translativo, isto é, pode ser transferido para um terceiro, que passará a explorar a atividade outrora exercida pelo alienante.

O terceiro adquirente, que pode não ser um empresário, passará a sê-lo e continuará o negócio antes explorado por aquele empresário que iniciou a atividade através do estabelecimento alienado.

Portanto, o adquirente sucederá, com a aquisição do estabelecimento, o empresário alienante nos seus negócios.

Nesse estudo, examinar-se-ão as repercussões desse negócio translativo, especificamente no que tange às obrigações que foram contraídas pelo empresário alienante do estabelecimento, quando exercia a atividade através desse instrumento antes da alienação.

Para tal, se faz necessário examinar com maior profundidade o próprio estabelecimento, bem como a forma pela qual pode ele ser transferido.

Posteriormente, dever-se-á estudar a forma como as obrigações contraídas pelo empresário, no exercício de sua atividade, podem ser transferidas e, assim, será possível explorar as responsabilidades de cada um, empresário alienante e empresário adquirente, bem como perceber o equívoco da lei no tratamento da matéria.

Faz-se, então, o convite para o início desse estudo.

2. ESTABELECIMENTO

Estabelecimento é o complexo de bens reunidos pelo empresário para o exercício da sua atividade. Não se confunde, pois, com o local físico em que o empresário ou sociedade empresária exerce a empresa. A esse espaço físico em que se situa, se estabelece o empresário ou a sociedade, dá-se o nome de loja, ou casa comercial¹.

Portanto, o estabelecimento não é concretamente visualizável. Deve ele ser compreendido abstratamente.

Por essa razão, entende-se que a natureza jurídica do estabelecimento é de uma universalidade de fato², pois consiste na

¹ Casa comercial é a nomenclatura adotada por Sérgio Campinho para designar o estabelecimento físico em que se situa o empresário. CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 321. Prefere-se, todavia, o termo *loja*, empregado por Carvalho de Mendonça, por ser aquele vulgarmente conhecido no dia-a-dia.

² Prevalece amplamente na doutrina o posicionamento de que o estabelecimento, ou fundo comercial, ou azienda, tem a natureza de uma universalidade de fato, uma vez que a conjugação dos elementos que o compõem decorre da vontade de seu titular. CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 323; FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.

reunião de bens, pela vontade do empresário, formando uma unidade individualizada³.

O empresário reúne determinados bens para o exercício da sua atividade, e escolhe aqueles essenciais para tal.

Por isso, tem-se o estabelecimento como um instrumento do exercício da atividade empresarial, pois ela será exercida através desses bens, por intermédio deles. Sem a sua coligação, impossível será exercer a empresa.

Esses bens, denominados pela doutrina de elementos do estabelecimento, podem ser corpóreos, como as mercadorias e os móveis utilizados pelo empresário, e incorpóreos, como a marca e a patente.

Importante salientar que o estabelecimento não é titular desses bens, isso porque não é ele sujeito de direitos. Quem titulariza os elementos do fundo de empresa é o empresário ou a sociedade empresária, que os reúne formando um todo unitário, para o exercício de sua atividade.

Questão que enseja dúvida é acerca dos contratos. Questiona-se se são eles elementos do estabelecimento ou não.

Os contratos são espécies de negócio jurídico, e são “instrumentos jurídicos para a constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica⁴”.

Os contratos, pois, instrumentalizam as obrigações contraídas pelas partes do negócio jurídico. Em verdade, os contratos são fontes das obrigações, ou seja, dos contratos exurgem, nascem relações obrigacionais.

Sob a perspectiva da atividade empresarial, os contratos são celebrados pelo empresário para o exercício da sua atividade.

Em sendo os contratos celebrados pelo empresário, para o exercício da empresa, fontes das obrigações inerentes a essa atividade por ele exercida, percebe-se que essas espécies de negócios jurídicos instrumentalizam as obrigações por ele contraídas e não pelo estabelecimento.

³ Essa compreensão é importante para que se possa entender a individualidade de cada estabelecimento, especialmente nos casos em que há uma matriz e diversas filiais. A matriz e cada filial compreendem um estabelecimento isolado e individualmente considerado.

⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 05.

Portanto, se os contratos são fontes dessas obrigações, eles pertencem ao empresário e não ao estabelecimento.

Todavia, essa constatação, por si só, não retira dos contratos a qualidade de elemento do estabelecimento. Isso porque, como visto, o direito brasileiro não adotou a teoria da personificação do estabelecimento, ou seja, não é ele um sujeito titular de direitos.

Então, nenhum dos elementos do estabelecimento pertence a ele. Assim, constata-se que o simples fato de o estabelecimento não ser titular de um bem, ou de um contrato, não retira desses a característica de elemento do fundo.

Em verdade, o que exclui os contratos da qualificação de elementos do estabelecimento é, conforme lição do saudoso mestre Rubens Requião, o fato de não serem eles uma espécie de bem jurídico⁵, ou seja, os contratos não são bens jurídicos.

Os contratos são espécie do gênero negócio jurídico, e esse último é espécie de ato jurídico *lato sensu*.

Os atos jurídicos são atos aptos a criar, extinguir, ou modificar relações jurídicas. E os bens jurídicos são o objeto das relações jurídicas.

Então, um contrato pode fazer nascer uma relação jurídica, cujo objeto é um bem jurídico, mas não pode ser ele próprio um bem. Assim, por exemplo, em um contrato de prestação de serviço, o bem jurídico é o serviço e não o contrato em si.

Se os elementos do estabelecimento são bens jurídicos, e os contratos não se enquadram nessa espécie jurídica, não são eles elementos do estabelecimento.

Ocorre que, os contratos, assim como o estabelecimento, são instrumentos da atividade empresarial exercida pelo empresário ou sociedade empresária.

Isso porque a atividade exercida através do estabelecimento só se viabiliza com a celebração de contratos. O empresário precisa celebrar contratos para exercer a sua atividade. Em verdade,

⁵ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 1º volume. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 292.

a própria atividade é exercida através dos contratos e do fundo de empresa.

Veja-se, por exemplo, a hipótese do exercício profissional da atividade de venda de produtos. Sendo o negócio a exploração da venda de determinado bem, essa atividade só se concretiza com a celebração de um contrato de compra e venda. O efetivo exercício da atividade depende da celebração desse contrato, bem como da existência de um estabelecimento, pois os bens inerentes ao exercício da empresa devem estar nele inseridos.

O próprio empresário só terá o bem para a venda se comprá-lo de um fornecedor ou se adquirir a matéria-prima para produzi-lo. Tudo isso se dá com a celebração de contratos.

Daí se infere que, apesar de não serem elemento do estabelecimento, os contratos são inerentes à atividade empresarial, estando umbilicalmente ligados ao fundo de comércio.

3. TRESPASSE

O estabelecimento, por consistir em uma universalidade de bens, pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, na dicção do art. 1.143 do Código Civil.

Então, por se constituir em um complexo de bens individualizado, cujo titular é o empresário ou a sociedade empresária, o fundo empresarial pode ser objeto de um negócio jurídico translativo, ou seja, pode ser alienado através de um contrato.

Nisso consiste o trespasse ou traspasse, o contrato para transmissão do estabelecimento.

Através de trespasse, o empresário ou sociedade empresária aliena o conjunto de bens. Não é, pois, o trespasse a alienação de apenas um ou alguns elementos do estabelecimento.

Para que se caracterize o trespasse é imperioso que haja a transmissão dos elementos essenciais para a continuidade da atividade empresarial pelo adquirente.

Por essa razão, o mero ato de passar o ponto não caracteriza o trespasse. O ponto é apenas um dos elementos do estabelecimento; é a sua localização. Na lição do mestre Marcelo Andrade

Féres, o ponto é “o local onde o empresário encontra-se com a sua clientela⁶”.

Então, o empresário ou a sociedade empresária, ao passar o ponto, está apenas mudando a localização do estabelecimento. Está levando o complexo unitário de bens de um local para o outro.

Aquele que se estabelecer no ponto comercial transferido, iniciará uma nova atividade ou continuará a sua atividade antes explorada em outro local. Não estará, portanto, continuando a atividade daquele que lhe passou o ponto⁷.

Outra observação que deve ser feita é que, com o trespasse, transfere-se a titularidade do estabelecimento. Com a celebração desse contrato, o titular do estabelecimento passa a ser outro empresário ou sociedade empresária.

Trata-se, então, de situação diversa daquela que ocorreu com a cessão de cotas societárias ou com a venda de ações. Nesse caso, altera-se apenas a figura dos sócios, permanecendo o estabelecimento sob a titularidade da mesma sociedade.

Depreende-se, pois, que com a venda do estabelecimento há a transferência conjunta dos elementos que o compõe, a fim de permitir a continuidade da atividade pelo seu adquirente.

Questão tormentosa é a que diz respeito à transmissibilidade dos contratos e, conseqüentemente, das obrigações contraídas pelo empresário ou sociedade empresária no exercício da atividade explorada através do estabelecimento objeto da alienação.

Como visto no tópico anterior, os contratos não são elementos do estabelecimento, todavia, também são instrumentos do exercício da atividade empresarial. Ligam-se, pois, os contratos

⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.* p. 29.

⁷ Para o mestre Fábio Ulhoa Coelho, no entanto, o contrato de compra e venda do estabelecimento é muitas vezes proposto, no meio empresarial, por meio da expressão “passa-se o ponto”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118). Então, para o emérito professor da PUC-SP, passar o ponto significa alienar o estabelecimento. É verdade que, na prática, alguns empresários utilizam expressões como “passo o ponto” com a intenção de transmitir o seu estabelecimento. Todavia, deve-se levar em conta que muitos não conhecem os termos técnicos adequados a cada negócio jurídico. Tecnicamente, então, a par de respeitabilíssimo entendimento em contrário, a expressão “passar o ponto” não pode ser utilizada como sinônimo de trespasse.

à atividade econômica exercida pelo empresário ou sociedade empresária.

Muitos deles são essenciais à continuidade da empresa, como o contrato de locação do imóvel comercial em que está estabelecido o fundo empresarial, quando o empresário não for o proprietário do bem imóvel, e os contratos com os fornecedores.

Então, a alienação do estabelecimento, sem a transmissão dos contratos, pode inviabilizar o exercício da empresa. Isso porque o adquirente do estabelecimento continua a atividade exercida pelo empresário alienante, ou seja, é ele sucessor do negócio do alienante.

Assim, é indubitoso que, havendo a sucessão do negócio, hão que ser transferidos os contratos inerentes à atividade empresarial explorada no estabelecimento objeto da alienação, sob pena de o adquirente não conseguir prosseguir-la.

Conclui-se, portanto, que o contrato de trespasse só terá eficácia se, juntamente com a transferência dos elementos essenciais à atividade, houver a transmissão dos contratos também indispensáveis à sucessão do negócio.

E essa transmissão se dá através da cessão da posição contratual ou, simplesmente, cessão do contrato.

4. CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL NA VENDA DO ESTABELECIMENTO

A cessão da posição contratual, ou cessão do contrato, não possui regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, pode ser caracterizado como um negócio jurídico atípico⁸.

Consiste esse negócio na transferência de todos os direitos e obrigações de que é titular uma parte contratual para um terceiro estranho à relação. Esse terceiro assume, então, a posição contratual do cedente, passando a ser parte do contrato. Ele irá suceder o cessionário nas obrigações e direitos oriundos do contrato.

A cessão do contrato é um negócio vantajoso, haja vista que a relação contratual é mantida, havendo apenas uma substituição,

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro. Teoria geral das obrigações*, v. II. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 231.

uma sub-rogação subjetiva do contrato. Permite-se, com isso, a circulação do contrato em sua integralidade e não apenas uma mera cessão de crédito ou uma assunção de débito.

Questiona-se, todavia, a posição do cedido nessa relação. O cedido é aquele que originalmente estava no contrato e que permaneceu após a celebração do negócio translativo, ou seja, é o outro contraente que passou a ter uma relação contratual com o terceiro após a cessão.

Importando a cessão do contrato uma transferência dos créditos e débitos para um terceiro estranho à relação contratual originária, é imperioso que haja a manifestação do cedido para a validade do negócio, haja vista que ele passará a ser credor ou devedor de outra pessoa.

A manifestação do cedido pode ser prévia ou posterior à cessão. Nesse último caso, o consentimento após a transferência da posição contratual será tido como uma ratificação do negócio.

É essa, pois, a hipótese trazida pela lei quando do tratamento da transferência dos contratos no trespasse, conforme dispõe o art. 1.148 do Código Civil: “Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para a exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante”.

Infere-se do dispositivo transcrito que a lei civil previu a cessão do contrato no caso de alienação do estabelecimento, haja vista que determinou que a transferência do estabelecimento importa a sub-rogação do adquirente do fundo nos contratos estipulados para a sua exploração.

Como se vê, reconheceu a lei a importância da transmissão dos contratos ligados à atividade exercida pelo empresário quando da transferência do fundo empresarial.

Previu, ainda, o *Digesto* brasileiro, que os terceiros poderão rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência. Aqui são cabíveis duas observações. Primeiro, que

o trespasse só produzirá efeitos, nos termos do art. 1.144 da lei civil, após a averbação do contrato à margem da inscrição do empresário no RPEM e após a publicação na imprensa oficial. Segundo, que os terceiros a que se refere a lei são os cedidos, servindo a publicação na imprensa oficial como uma notificação para que eles se manifestem, ratificando ou não a cessão da posição contratual.

Então, aquele que não concordar com a cessão no contrato de que é parte poderá rescindi-lo no prazo de 90 dias.

Portanto, o consentimento poderá ser dado de forma expressa ou tácita. Após a publicação, poderá o cedido manifestar sua concordância com a cessão do contrato ou permanecer inerte. Após o transcurso do prazo de 90 dias sem que tenha se manifestado, presume-se que concordou com a transferência da posição contratual⁹.

Com a anuência, tácita ou expressa, do cedido, válida será a cessão do contrato e, conseqüentemente, das obrigações nele representadas, sendo o adquirente do estabelecimento o sucessor do alienante nessas obrigações, ou seja, será ele o obrigado e não mais o alienante, como se verá a seguir.

5. TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES E O EQUÍVOCO COMETIDO PELO LEGISLADOR

Dispõe o art. 1.146 do Código Civil que o “adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento”.

Como já exhaustivamente explicitado, o trespasse consiste na venda do estabelecimento, compreendendo a transferência de

⁹ Há posicionamento no sentido de que a hipótese tratada no art. 1.148 do Código Civil é de uma cessão imprópria do contrato, ou sub-rogação legal da relação contratual, uma vez que a cessão da posição contratual, nesse caso, implementar-se-ia independentemente da anuência do contratante cedido, prevendo a lei apenas a possibilidade de rescisão do contrato pelo cedido, no prazo de 90 dias, se houver justa causa. FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.* p. 69.

todos os elementos essenciais à continuidade da empresa para o trespasário, bem como dos contratos inerentes ao exercício da atividade empresarial.

O trespasário, adquirente, passa a ser sucessor do alienante nas obrigações contratuais, assumindo a sua posição no polo passivo das obrigações por ele assumidas.

Vê-se, pois, que há um primeiro equívoco do legislador ao dispor que o adquirente responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência.

Em verdade, o trespasário assume a obrigação, ou seja, ele passa a ser o obrigado e não apenas o responsável pelo pagamento.

Como cediço, a obrigação representa um vínculo jurídico que prende o devedor ao credor. Ao assumir uma obrigação, o devedor se compromete com o credor a cumpri-la, razão pela qual ele apenas se desonera, faz romper esse vínculo, com o pagamento.

Todavia, à exceção das obrigações personalíssimas, em que a obrigação só pode ser cumprida pelo devedor pessoalmente, nas demais é possível que haja o seu cumprimento por um terceiro, inclusive admitindo-se a substituição do próprio devedor na relação obrigacional.

O devedor, de acordo com a Teoria Dualista da obrigação, tem o débito e a responsabilidade, ou seja, tem ele o dever primário de solver voluntariamente o débito, bem como a responsabilidade, que possibilita o credor de se valer dos meios legais para compelir o devedor a cumprir com sua obrigação.

Por essa razão, o adquirente do estabelecimento, o trespasário, não é apenas responsável pelo pagamento, ou seja, não tem ele apenas a responsabilidade, mas também o débito. Com a sub-rogação pessoal, passa o adquirente a ser o próprio devedor, como se originariamente tivesse assumido a obrigação. Incumbe a ele, assim, efetuar o pagamento voluntário, e não mais ao alienante do estabelecimento.

Portanto, cometeu o legislador um equívoco ao prever que o adquirente apenas responde pelo pagamento das obrigações contraídas antes da transferência do fundo comercial.

Equívocou-se, ainda, o legislador ao dispor que o alienante, o devedor primitivo, é solidariamente *obrigado* ao pagamento dos débitos.

Ocorre que, como visto, com a sub-rogação, o único obrigado é o adquirente do estabelecimento. Apenas ele tem o dever de adimplir voluntariamente com a obrigação.

O legislador, em verdade, poderia ter previsto que o alienante continuaria a responder solidariamente pelo pagamento das obrigações contraídas antes do trespasse, mas não poderia prever que o alienante continuaria sendo o obrigado, haja vista que, com a venda do estabelecimento e transferência dos contratos, ele não é mais parte na relação obrigacional.

Todavia, mesmo que a lei tivesse disposto que o alienante seria solidariamente responsável pelas obrigações, não teria sido o ideal. Isso porque, nesse caso, poderiam os credores, havendo inadimplemento, demandar diretamente o alienante. Frise-se que, assim poderiam fazê-lo apenas no caso do não pagamento das obrigações no prazo, mas jamais poderiam exigir, no vencimento, o pagamento pelo alienante, uma vez que o único obrigado, o único que detém o dever de cumprir voluntariamente com a obrigação é o adquirente do fundo.

O regime correto de responsabilidade a se estabelecer, nesse caso, é o da subsidiariedade, salvo se as partes dispuserem de modo diverso, ou seja, o alienante é responsável subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações, ressalvadas as hipóteses em que, no ato de transferência do estabelecimento, o alienante assumir solidariamente a responsabilidade com o adquirente, renunciando ao benefício de ordem.

Assim, no caso de inadimplemento do devedor (o adquirente do estabelecimento) cabe aos credores demandá-lo. E apenas na hipótese de impossibilidade de satisfação de seu crédito, poderão demandar o alienante, uma vez que o único que detém o débito e a responsabilidade é o adquirente.

A responsabilidade solidária prevista na lei, no caso de transferência do estabelecimento, contraria o próprio regime legal de subsidiariedade, como ficará comprovado a seguir.

A solidariedade passiva impõe um regime de concorrência, em que todos os devedores solidários concorrem para o pagamento do débito. Todos eles têm o dever de adimplir integralmente com a obrigação.

Poderão, então, os credores, no vencimento, exigir de um, de uns, ou de todos, o pagamento integral da dívida.

Ocorre que, o cumprimento da obrigação por apenas um, ou alguns dos devedores solidários, produz um efeito peculiar: faz surgir uma relação de crédito e débito entre esses devedores.

A prestação, para o credor, é una, mas entre os devedores solidários é ela divisível, devendo ser partilhada entre eles a quota-parte atribuída a cada um.

Dispõe o art. 238 do Código Civil que “o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores”.

Portanto, o que se infere, e como já dito: a dívida pode ser paga integralmente por um só dos devedores solidários. No entanto, esse que adiantou a parte dos demais passa a ter um direito de crédito em face deles, e a consequência é a possibilidade do exercício do direito de regresso contra os demais.

Poderá, assim, o devedor que satisfaz integralmente a dívida, exigir dos demais o pagamento de suas quotas.

E não havendo menção expressa à quota de cada um, presume-se que são iguais. Por exemplo, havendo uma dívida solidária entre dois devedores sem que haja previsão expressa quanto à quota de cada um e tendo sido feito pagamento integral da dívida por um deles, o que pagou tem o direito de exigir do outro 50% do valor pago ao credor.

Ocorre que, no trespasses, não se aplica esse regime, uma vez que o devedor é o adquirente do estabelecimento, sucessor das obrigações.

Pela lei, o alienante é obrigado solidário. Então, ainda segundo o regime imposto pela lei, no caso de pagamento integral da dívida pelo adquirente do estabelecimento, poderia ele regressar contra o alienante para reaver 50% do valor pago.

Ocorre que, o único devedor é o adquirente e não o alienante. Portanto, se o credor exigir do alienante o pagamento integral da dívida, poderá ele recusá-lo, mas também poderá, por mera liberalidade, pagar a dívida. Nesse caso, terá direito de regressar contra o adquirente exigindo o valor integralmente pago, pois somente esse último é o obrigado pelo pagamento.

Da mesma forma, se o adquirente efetuar o pagamento, não terá direito de regresso em face do alienante, haja vista que ele assumiu integralmente as obrigações inerentes aos contratos cedidos, não lhe sendo lícito exigir do alienante que cumpra com uma obrigação que não é mais dele, pois com o trespasse e transferência dos contratos, o alienante é excluído das relações obrigacionais inerentes à empresa.

Hipótese semelhante ocorre com o fiador. O fiador, ao renunciar ao benefício de ordem, assume uma responsabilidade solidária, pois o credor poderá, no caso de inadimplemento, exigir do fiador e/ou do afiançado a integralidade da dívida.

Ocorre que, se o afiançado pagá-la, não terá direito de regresso contra o fiador, porque o fiador é mero responsável e não obrigado. Não tem ele o débito, mas, tão somente, a responsabilidade.

Igualmente, caso o fiador pague a dívida, poderá exigir do afiançado integralmente o valor pago, pois esse último é o devedor, o obrigado a cumprir voluntariamente a obrigação¹⁰.

Quanto às obrigações tributárias, a questão é diversa. O devedor, na relação tributária, é o contribuinte, aquele que pratica o fato gerador, nos termos do inciso I, do parágrafo único do art. 121 do CTN.

Ainda segundo a lei tributária, em seu art. 123, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias, salvo disposição de lei em contrário.

¹⁰ É essa a lição do sempre brilhante mestre Sylvio Capanema. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da Locação do Imóvel Urbano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 636.

Portanto, no caso do trespasse, o contrato, por si só, não poderá prever a responsabilização do adquirente do estabelecimento e tampouco isentar o alienante do pagamento dos tributos devidos antes da alienação do fundo, isso porque, antes do trespasse, aquele que praticou o fato gerador foi o alienante, ou seja, é ele o contribuinte, o devedor tributário.

Todavia, o Código Tributário Nacional, em seu art. 133, regulou a questão da transferência dos débitos tributários quando da venda do estabelecimento. Segundo o mencionado dispositivo, o adquirente do estabelecimento responde, exclusivamente, pelos tributos a ele inerentes, devidos até a data da alienação, se o alienante cessar a exploração da atividade, ou subsidiariamente, se o alienante prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 06 meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ramo ou em outro ramo de comércio.

Questiona-se, então, se terá agido corretamente o legislador nesse caso.

Como se vê, a lei atribuiu ao adquirente uma responsabilidade tributária exclusiva pelo pagamento dos tributos devidos anteriormente à alienação do estabelecimento no caso de o alienante cessar a exploração de atividade empresarial, ou seja, se o alienante deixar de exercer atividade empresarial após a venda do estabelecimento, estará ele isento de qualquer responsabilidade.

A questão deve ser examinada sob a ótica da responsabilidade dos sucessores no Direito Tributário. Essa responsabilidade é forma de sujeição passiva indireta por transferência. O devedor direto é o contribuinte, uma vez que a obrigação tributária nasce para ele em decorrência do fato gerador por ele praticado.

O responsável é aquele que não ostenta a condição de contribuinte, mas sua obrigação decorre de disposição expressa de lei. Então, sob a ótica da obrigação tributária, o responsável é sujeito passivo indireto da relação tributária, nos termos do art. 121, parágrafo único, II, do CTN, uma vez que não tem relação direta com a situação que constitua o fato gerador.

Ademais, segundo previsão expressa do art. 128 do CTN, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito

tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Na hipótese do art. 133 do CTN, a venda do estabelecimento ocorrida após o fato gerador do tributo opera a transferência da responsabilidade do cumprimento da obrigação tributária para o adquirente.

Estabelece a lei que o responsável tributário é o adquirente do estabelecimento. Assim, é ele quem detém a obrigação de pagar os tributos cujos fatos geradores foram praticados antes da venda do fundo, não obstante não ser ele o contribuinte, o devedor direto. Tem ele, segundo a teoria das obrigações, a responsabilidade, mas não tem o débito¹¹.

O legislador tributário assim estabeleceu por razões de conveniência, a fim de facilitar a arrecadação pelo Fisco. É mais fácil, pois, encontrar o adquirente do fundo empresarial, que se encontra estabelecido no mesmo lugar, do que tentar encontrar o alienante para cobrar-lhe os tributos inerentes àquela atividade exercida no estabelecimento alienado.

Parece ter agido corretamente o legislador nessa hipótese.

Isso porque, como visto, o trespasse acarreta a transmissão das obrigações inerentes à atividade empresarial exercida através do estabelecimento alienado.

Então, o adquirente do fundo empresarial, segundo a regra geral das obrigações, passa a ser o devedor, aquele que detém o dever de adimplir voluntariamente a obrigação. E não poderia ser diferente no caso das obrigações tributárias.

A única observação é que, no caso da relação tributária, a venda do estabelecimento não poderá acarretar a mudança de *status* do alienante do estabelecimento. Ele continuará sendo chamado de contribuinte, o devedor direto, pois foi ele quem praticou o fato gerador.

¹¹ Em conformidade com esse entendimento, o emérito professor Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. ROSA JR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 534.

Previu a lei tributária, ainda, no inciso II do art. 133, que no caso de continuidade do exercício da atividade empresarial pelo alienante, sua responsabilidade será subsidiária.

Ora, essa foi a solução sustentada genericamente, no caso das obrigações civis e comerciais, em que se afirmou que o regime adequado de responsabilidade pelo adimplemento das obrigações, no *trespasse*, é o da subsidiariedade.

Dessa forma, fica o credor tributário protegido contra eventual má administração da atividade pelo empresário adquirente do estabelecimento que o impossibilite de adimplir com as suas obrigações.

Parece, então, ter andado bem o legislador tributário ao dispor dessa forma.

6. CONCLUSÃO


Depreende-se do exposto que o legislador civil, ao contrário do legislador tributário, tratou de forma inadequada a questão da transmissão das obrigações no contrato de *trespasse*.

Viu-se que, diante da teoria geral das obrigações, o devedor é aquele que detém o débito, o dever de cumprir voluntariamente a obrigação, e a responsabilidade, possibilitando ao credor demandá-lo para o cumprimento forçado da obrigação.

Quando da transferência do estabelecimento, transferem-se também as obrigações inerentes à atividade nele exercida. Assim, o adquirente do estabelecimento passa a ser o devedor, o obrigado, aquele a quem incumbe o adimplemento das obrigações.

Estabeleceu a lei civil, o que parece equivocado, um regime de solidariedade que não condiz com o sistema de transferência das obrigações quando da venda do fundo empresarial.

O regime adequado é o da subsidiariedade, em que o adquirente do estabelecimento é o obrigado direto, enquanto que o alienante responde apenas subsidiariamente, na impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo alienante, salvo se as partes, voluntariamente, estabelecerem, em contrato, uma responsabilidade solidária.

No caso da obrigação tributária, estabeleceu o legislador um regime conveniente de responsabilidade, uma vez que estabeleceu uma responsabilidade exclusiva e integral do adquirente do estabelecimento caso o alienante não mais exerça a empresa, bem como uma responsabilidade subsidiária do alienante caso ele prosiga explorando profissionalmente uma atividade empresarial. 

Mandado de Segurança Coletivo

Breves Considerações sobre o Retrocesso da Regulamentação Trazida pela Lei n° 12.016/09*

Marcelo Pereira de Almeida

*Mestre em Direito Processual Civil pela UNE-
SA e professor da mesma Universidade. Pro-
fessor de Direito Constitucional da EMERJ.
Advogado no Rio de Janeiro.*

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa a apresentar algumas considerações críticas sobre a regulamentação do mandado de segurança coletivo na dicção da Lei n° 12.016/09.

Para atingir a finalidade proposta, o trabalho foi desenvolvido em cinco seções, abordando os pontos sensíveis do instituto com os principais aspectos indicados pelo legislador.

Na primeira seção, faz-se uma breve apresentação histórica do desenvolvimento do modelo de tutela coletiva no ordenamento brasileiro.

Na segunda, identifica-se a inserção do mandado de segurança coletivo no ordenamento brasileiro, com algumas considerações doutrinárias sobre a natureza do instituto.

* Ensaio apresentado no I Seminário do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais - LAFEP, vinculado ao programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Federal Fluminense.

Na terceira, discute-se o tratamento da legitimidade do mandado de segurança, principalmente em relação às disposições constantes nos dispositivos da atual lei de regência do instituto.

Os bens jurídicos tutelados são tratados na quarta seção, com o enfoque da limitação trazida pelo legislador.

E, por fim, são feitas breves considerações sobre o regime da coisa julgada e da litispendência no mandado de segurança coletivo.

Nestas linhas, não se tem qualquer pretensão de esgotar a questão, mas sim trazer alguns pontos de reflexão, de sorte a proporcionar o debate aberto e construtivo sobre um tema de magnitude incontestável.

2. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO

O regime de tutela dos direitos, no modelo *civil law*, sempre foi visto sob um enfoque estritamente individualista. A regra da legitimidade individual, segundo a qual cada um defenderia em juízo seus próprios interesses, não permitia muitas exceções, sendo raros os casos de substituição processual ou de alguma forma a defesa em nome próprio de interesse alheio.

Por esse motivo, alguns direitos de toda uma comunidade não podiam ser defendidos em juízo porque não havia uma pessoa legitimada para tanto, na medida em que não havia uma determinada pessoa prejudicada. Na verdade, todos eram prejudicados, e, com isso, ninguém detinha legitimidade, o que representava uma verdadeira negativa ao acesso à justiça.

Nas últimas décadas, principalmente no segundo pós-guerra, identificou-se uma mudança de paradigmas com o surgimento de novos anseios sociais. Nessa realidade, além de emergirem novos problemas antes inexistentes, a informação e o apelo ao consumo infiltram-se democraticamente nas casas ricas e pobres, o cidadão passa a ter plena consciência de seu direito ao trabalho, ao lazer, à saúde, à educação, à proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Este maior número de informações instigou o desejo humano de buscar a satisfação de seus novos e antigos interesses.

Esses fatos geraram anseios coletivos, e surgiram os conflitos de massa. A nova realidade impunha a criação de novos mecanismos de proteção, tanto no plano do direito material como no do processual.

A defesa adequada dos interesses metaindividuais é considerada como ponto sensível para se alcançar o pleno acesso à justiça, segundo Cappelletti e Garth.¹

Entre os países que adotam o modelo **civil law**, o Brasil foi pioneiro na criação e implantação dos processos coletivos.

A primeira lei brasileira a tratar de forma mais ampla os interesses difusos é a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que atribuiu legitimidade ao cidadão para defender o patrimônio público.

Em meados da década de setenta surgiu a real preocupação pela tutela dos interesses metaindividuais, com a repercussão dos trabalhos desenvolvidos na Itália. José Carlos Barbosa Moreira foi o precursor, em artigo publicado em 1977.² Seguindo esse caminho, vieram Waldemar Mariz de Oliveira e Ada Pellegrini Grinover, que passaram a divulgar essas ideias.³

A Lei nº 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente, por sua vez, trouxe a legitimidade do Ministério Público para a defesa do meio ambiente. Porém, foi a Lei nº 7.347/85, a denominada Lei da Ação Civil Pública, que causou maior repercussão no ordenamento processual pátrio.

Essa lei foi elaborada por uma comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., que redigiram o anteprojeto formulado após o encerramento de um seminário sobre o tema. O referido anteprojeto foi aprovado pela Associação Paulista de Magistrados, em 1983, e apresentado ao público pela primeira vez durante o I Congresso Nacional de Direito Processual Civil, ocasião

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 12-13.

² *Ibidem*, p. 127.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 800.

em que José Carlos Barbosa Moreira apresentou as primeiras sugestões de aprimoramento.⁴

Aquelas propostas foram apresentadas ao Congresso Nacional por intermédio do Projeto de lei nº 3.034/84. Em seguida, alguns representantes do Ministério Público fizeram alterações no projeto original e apresentaram novo projeto, que finalmente foi convertido na Lei nº 7.347/85,⁵ aperfeiçoada posteriormente por outras normas.⁶

A Constituição de 1988 estendeu seu cabimento para a defesa de outros interesses transindividuais, atribuiu *status* constitucional à tutela coletiva e ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação, além de prever expressamente a figura do mandado de segurança coletivo, conferindo legitimação aos partidos políticos e às entidades de classe para a sua impetração. O mandado de segurança coletivo foi regulamentado recentemente pela Lei 12.016/09 e será objeto de análise mais cuidadosa nas seções seguintes.

A Lei nº 7.853/89 foi a primeira a tratar de matéria complementar à ação civil pública, com o fito de proteger as pessoas portadoras de deficiência, dispondo, ainda, sobre aspectos processuais específicos da defesa coletiva para esse grupo social específico.⁷

Em seguida, foi editada a Lei nº 7.913/89, com o objeto voltado à defesa coletiva dos investidores do mercado de valores mobiliários, por danos a eles causados e com previsão inovadora referente à possibilidade de ressarcimento de danos individuais a esses investidores. Foi a primeira notícia da defesa de interesses denominados individuais homogêneos, que, até então, só poderiam ser tutelados em conjunto pela figura do litisconsórcio, uma vez que a ação civil pública possibilitava apenas a proteção de interesses difusos, com a destinação da indenização para o fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro”. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 78

⁵ GRINOVER. *Op. cit.* p. 805.

⁶ *Ibidem*, p. 806.

⁷ Pode ser destacado o artigo 3º, § 6º que reza: “em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos colegitimados pode assumir a titularidade ativa”.

A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) veio a seguir com normas específicas para a ação civil pública ajuizada na defesa da criança e do adolescente.⁸

A mais relevante alteração da Lei da Ação Civil Pública veio com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que modificou profundamente a sua estrutura. Todo o Título III tem aplicação em qualquer ação civil pública, conforme determina o artigo 21 da Lei nº 7.347/85.⁹ Foi acrescentada, ainda, a possibilidade de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos e a de celebração de termo de ajustamento de conduta.

Outras regras que afetam a tutela coletiva devem ser lembradas.

Em 1992, foi editada a Lei nº 8.437, que condicionou a concessão de tutela de urgência à audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.¹⁰

A Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) ampliou também o campo de incidência da ação civil pública. Seu artigo 88 determinou a inclusão do atual inciso V no artigo 1º da Lei nº 7.347/85. Com isso, os danos causados por infração da ordem econômica passaram a ser tuteláveis por intermédio dessa ação.

A medida provisória nº 1.570/97, convertida na Lei 9.494/97, fez previsão de limitação territorial ao âmbito da coisa julgada ao território de competência do juízo prolator da sentença, com a alteração feita no teor do artigo 16 da Lei nº 7.347/85. Alteração muito questionada pela doutrina.¹¹

A referida lei prevê, ainda, a restrição de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, condicionando-a, no que

⁸ Não havia previsão expressa de defesa dos interesses individuais homogêneos das crianças e dos adolescentes.

⁹ A redação deste dispositivo foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰ O STJ já decidiu que essa exigência não se aplica à ação popular.

¹¹ Ada Pellegrini Grinover sustenta com veemência que a coisa julgada não estaria limitada a esse âmbito de competência do juízo (cf. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 795). Em sentido semelhante, criticando a alteração legislativa, cf. VIGLIAR, José Marcelo M., **Ação Civil Pública**, n. 10.2. p. 105; e MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Manual do Consumidor em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 130.

tange às demandas coletivas, à audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. E a Medida Provisória nº 2.102/2001 alterou a redação do inciso V do artigo 1º da Lei 7.347/85, que passou a vigorar com a seguinte redação: “por infração da ordem econômica e da economia popular”.

Nessa breve evolução histórica, deve ser consignado que foram apresentadas e discutidas propostas nas comunidades jurídicas do Rio de Janeiro e de São Paulo de elaboração de um código de processo civil coletivo. Essas propostas culminaram na elaboração de projeto de lei para sistematizar a ação civil pública, encaminhado ao Congresso Nacional, em setembro de 2009, pela Comissão de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. O referido projeto recebeu a numeração de 5.139/09, mas infelizmente foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados,¹² sendo alvo de recurso na tentativa de submetê-lo ao Plenário dessa Casa Legislativa.

3. O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A primeira disciplina do mandado de segurança coletivo se deu pela Constituição de 1988, como forma de facilitar a defesa de interesses líquidos e certos pertencentes à determinada coletividade.

Como se sabe, o mandado de segurança consiste no meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

¹² CCJC da Câmara rejeita projeto de lei que disciplina a ação civil pública. O Projeto de Lei (PL) nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A Comissão rejeitou o parecer pela aprovação, em forma de um substitutivo apresentado pelo deputado federal Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ). Em seu lugar, foi acatado o voto em separado do deputado José Carlos Aleluia (DEM-BA), pela rejeição. Como o projeto foi rejeitado em caráter conclusivo, não precisa ser votado pelo Plenário.

Esse instrumento não apresentava regulamentação específica por lei — a única previsão legal existente sobre o mandado de segurança coletivo estava no art. 5º, inciso LXX da Constituição de 1988 —, e por esse motivo inúmeras divergências surgiram em relação à abrangência de sua aplicação, uma vez que, devido à ausência de normas procedimentais específicas, aplicava-se o estatuto do microsistema de tutela coletiva, formado, principalmente, pelas Leis n° 7.347/85 e 8.078/90.

Parte da doutrina sustenta que o mandado de segurança coletivo não seria um instituto novo, pois a intenção do constituinte de 1988, ao criar a referida ação, foi possibilitar o agrupamento de determinados indivíduos e dar, a esse grupo, capacidade processual.¹³

Não faria sentido ter sido criada ação com o único intuito de evitar os inconvenientes causados pelo agrupamento de pessoas que poderiam ajuizar o *mandamus* em litisconsórcio ativo.

Constata-se que não foi somente essa a intenção do constituinte, principalmente porque indicou quais seriam as partes legítimas para figurar no polo ativo, situação que restringe as possibilidades de sua impetração, conforme será abordado na seção seguinte.

Athos Gusmão Carneiro¹⁴ e Cássio Scarpinella Bueno¹⁵ também não reconhecem o mandado de segurança coletivo com instrumento novo, mas apontam o fator diferenciador em relação ao individual na legitimação específica.

Infere-se que realmente parece não se tratar de instituto novo; porém, o seu emprego está relacionado a fatores peculiares dos interesses coletivos, não só em relação à legitimidade, mas também ao objeto e ao modelo da coisa julgada.

4. LEGITIMIDADE ATIVA

Segundo o Texto Constitucional, só podem impetrar mandado de segurança coletivo os partidos políticos com representação

¹³ DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes, Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, v. 4. p. 87.

¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o Mandado de Segurança Coletivo. Revista de Processo n° 178. São Paulo: RT. 2009, p. 10.

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. A Nova Lei do Mandado de Segurança. Comentários sistemáticos à Lei n° 12.016/09. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 121.

no Congresso Nacional, as organizações sindicais e as entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

Os entes mencionados possuem legitimação extraordinária para a causa, sendo substitutos processuais.¹⁶

No artigo 5º, LXX, a legitimidade para impetrar a segurança coletiva é direta, sem qualquer intermediação, e, por isso, nem os partidos políticos, nem as associações, nem as entidades e sindicatos, para defenderem os direitos de seus filiados, necessitam de qualquer autorização por parte deles, pois agem em nome próprio. Atuam como substitutos processuais, e devem ater-se à finalidade para a qual foram criados, trabalhando em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A Lei nº 12.016/09 criou novas disposições sobre os requisitos e o procedimento do mandado de segurança, tanto na esfera individual quanto na coletiva, revogando sobretudo as Leis nº 1.533/51 e 4.348/64, principais leis de regência do instituto do mandado de segurança.¹⁷

O artigo 21 da Lei nº 12.016/09 dispõe que os partidos políticos, com representação no Congresso Nacional têm legitimidade para impetrar mandado de segurança na “defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.

Constata-se que a legislação não inovou em relação às disposições constitucionais, pelo contrário, apresentou restrições para a aplicabilidade do mandado de segurança coletivo, definindo pertinência temática para os partidos políticos se valerem do instrumento, direcionando-o apenas aos interesses dos seus integrantes ou finalidade partidária.

¹⁶ ARRUDA ALVIM. *Código de Processo Civil Comentado*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 427. A questão referente à legitimidade para o mandado de segurança coletivo não é pacífica. Ada Pellegrini sustenta que seria uma legitimação ordinária das entidades que defendem interesses institucionais. GRINOVER. Ada Pellegrini. *Mandado de segurança coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada*. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1981, p. 286.

¹⁷ A Lei nº 12.016/09 foi publicada no dia 7 de agosto de 2009, fruto do PLC nº 125/06.

Essa restrição não se coaduna com a intenção do constituinte, tendo em vista que, ao fazer a previsão da legitimidade para a organização sindical, entidade de classe ou associação, apontou que os interesses defendidos por essas entidades seriam os dos seus membros ou associados, não fazendo qualquer restrição em relação ao partido político.

Antes da regulamentação, já havia dúvida acentuada sobre a abrangência da legitimidade e do interesse de agir do partido político em mandado de segurança, havendo forte tendência em se conceber restrições semelhantes às que existem para as outras entidades. Essa orientação foi acolhida em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.¹⁸

A referida lei, neste particular, procura destacar que os partidos políticos, associações, entidades e sindicatos devem ater-se à finalidade para a qual foram criados, agindo em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Por esse motivo, os referidos legitimados, ao impetrarem mandado de segurança coletivo, irão fazê-lo na defesa de direito líquido e certo de seus membros. E assim segue também a orientação do legislador em relação aos bens jurídicos tutelados.

Nesse contexto, verifica-se que só seria possível essa via para tutelar direito coletivo em sentido estrito, uma vez que as associações, entidades e sindicatos atuam na defesa de uma coletividade determinada ou, pelo menos, determinável.

Em relação aos partidos políticos, a melhor interpretação seria a ampliativa, permitindo que impetrem mandado de segurança para defender qualquer interesse transindividual que comporte a utilização desta via.

A noção de partidos políticos é trazida de forma exemplar por José Afonso da Silva, que assevera: “O partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”.¹⁹

¹⁸ STJ- 6ª T - RMS 2423-4 - rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro- Dj 22.11/93, p. 24974.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 123.

De acordo com o conceito apresentado pelo autor, os partidos políticos se propõem a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular. Destinam-se, desse modo, ao povo, não sendo correto impedir que tais agremiações impetrem o *mandamus* na defesa da coletividade.

Sobre a legitimidade dos partidos políticos, afirma, ainda, que se todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) o alistamento eleitoral, a razão de existência dos partidos políticos é a própria subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais. Logo, com este raciocínio, o constituinte pretende fortalecê-los, concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança coletivo para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública.²⁰

Verifica-se que a Lei n° 12.016/09 se mostra manifestamente contrária à previsão constitucional do mandado de segurança coletivo, que prevê a legitimação do partido político sem definição de pertinência temática. Assim, ao avaliar a casuística, deve o interprete fazer a leitura constitucional adequada e permitir a legitimação mais ampla possível ao partido político para o mandado de segurança coletivo, proporcionando a máxima efetividade deste instrumento.²¹

Infere-se, pois, que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partidos políticos para a defesa dos cidadãos em geral, e não apenas de seus filiados.

A legitimidade ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações vem definida na segunda parte do *caput* do artigo 21, que trás o requisito da pré-constituição da entidade há pelo menos um ano e desde que a impetração se dê para a tutela jurisdicional dos direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos,

²⁰ SILVA. José Afonso. *Op. cit.* p. 124.

²¹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Op. cit.* p. 123.

e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada autorização especial para a impetração.

A ausência de autorização especial para a impetração do mandado de segurança coletivo foi superada expressamente pelo legislador, acompanhando os entendimentos que prevaleceram.²²

Mesmo com a indicação pelo constituinte de legitimados específicos para a impetração de mandado de segurança coletivo, parece que este rol seria meramente exemplificativo, ao se interpretar o instituto com o modelo constitucional de tutela dos direitos que prima pelo acesso mais amplo à ordem jurídica justa.²³

O mandado de segurança coletivo se caracteriza como uma ação coletiva, com procedimento específico, e, assim, não seria razoável restringir a legitimidade para impetração a um grupo limitado, ao passo que, para as outras ações que tutelam interesses coletivos, a legitimação seja mais ampla, com uma tendência de ampliação, como se observou na inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados para ação civil pública pela Lei n° 11.448/07, e o elenco dos legitimados apresentado no PL 5139/09, que visa, conforme foi dito, harmonizar o sistema da ação civil pública.

5. BENS JURÍDICOS TUTELADOS

Em relação aos bens jurídicos tutelados, o art. 21, parágrafo único da lei prevê a impetração de mandado de segurança coletivo para tutelar interesses coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Essa é uma grande e discutível novidade, tendo em vista a omissão grave no que se refere aos direitos difusos, espécie do gênero dos direitos coletivos.

O direito de que trata o texto constitucional é o direito *tout court*, seja individual (de pessoa física ou jurídica), coletivo ou difuso, pois as normas sobre direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas *vis expansiva*, como é curial: não havendo vedação na Constituição Federal, a impetração para defesa de direito difuso é admissível.

²² BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.* p. 126.

²³ ZAVASCKI. Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2. ed. São Paulo: RT. 2007, p. 214.

Conforme apontado por Cássio Scarpinella Bueno²⁴, a restrição do manuseio do mandado de segurança coletivo aos interesses indicados na Lei n° 12.016/09, não abrangendo interesses difusos, é inadequada e sustenta que a solução do problema estaria nas vantagens da tutela coletiva em relação à individual, e o desejo do constituinte em proporcionar um processo mais justo.

6. COISA JULGADA E LITISPENDÊNCIA

A coisa julgada será limitada aos membros do grupo, conforme o disposto no artigo 22. Assim, evitou atribuir à decisão a imposição *erga omnes*, tão discutida no direito coletivo, ou mesmo sua restrição territorial - aspecto ainda mais discutido. Então, nesse ponto a lei foi conservadora e aparentemente acertada.

Sobre o regime da litispendência, o artigo 22, § 1°, consigna que não será identificada em relação às ações individuais. Porém, aplicando disposição análoga ao regime coletivo para ações ordinárias, deixa de beneficiar o impetrante com eventual decisão coletiva, caso ele não desista de sua ação individual.

Há um equívoco apenas terminológico, uma vez que a ação individual deve ser apenas suspensa. Assim o autor individual poderá retomar seu curso, caso não beneficiado no processo coletivo. Esse aparenta ser um erro da lei, mas que deve ser corrigido pela jurisprudência, conforme indicado por José Miguel Garcia Medina.²⁵

No já mencionado procedimento específico do mandado de segurança coletivo (arts. 21 e 22 da nova Lei), impõe ao titular do direito individual que pretenda aproveitar-se dos efeitos da sentença a ser proferida no mandado de segurança coletivo que desista da ação de segurança ajuizada individualmente. A Lei 12.016/2009 dá, portanto, ao mandado de segurança coletivo tratamento mais grave, para aquele que

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.* p. 132.

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Comentários à Lei n° 12. 016/09.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

se defende individualmente contra ato ilegal ou abusivo, que o previsto como regra geral para as outras ações coletivas (cf. art. 104 da Lei 8.078/1990).

Assim, a leitura mais coerente para o referido dispositivo é aquela que possibilite ao impetrante de mandado de segurança individual a opção de aguardar o resultado do mandado coletivo com a possível suspensão do processo individual, mas, para isso, bem como para a própria desistência, se faz necessário instituir um modelo que permita a ampla divulgação das demandas coletivas com uma orientação adequada para o jurisdicionado.


7. SÍNTESE CONCLUSIVA

Após as considerações esposadas neste ensaio, chega-se a algumas conclusões sobre o tratamento dado ao mandado de segurança coletivo pela Lei n° 12.016/09.

Inicialmente, identifica-se um ponto sensível que requer atenção especial da comunidade jurídica. No pouco tempo de existência do sistema de tutela coletiva no Brasil, há um intento constante de se restringir o seu alcance por parte do Estado.

Podem ser citados como exemplo a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública, com a alteração da redação do artigo 16 da Lei n° 7.347/85, pela Lei n° 9.494/97; a vedação do uso desta ação para tutelar questões tributárias ou qualquer outra contribuição instituída pelo Poder Público, trazida pela MP 2180-35/01, além das restrições de concessões de tutelas de urgência em face do Estado, agora consagradas pela própria Lei n° 12.016/09.

No mandado de segurança coletivo não foi diferente. A regulamentação foi tímida e restritiva, conforme apontado, perdendo-se a oportunidade de se dispor com coerência regras para um instrumento de tamanha importância no sistema de tutela dos direitos no Brasil, sobretudo em relação às demandas de defesa dos interesses coletivos que devem, por razões que saltam aos olhos, receber um regramento amplo e adequado.

O que se sugere, neste breve ensaio, é a instituição de um verdadeiro sistema de proteção aos interesses coletivos, com a possibilidade de se utilizar o mandado de segurança coletivo, ao lado dos outros instrumentos destinados a tutelar esses interesses, com a amplitude que almejou o Constituinte, pois só assim será possível pensar em uma prestação jurisdicional eficiente. 

A ‘Boca de Urna’ como Espécie de Propaganda Extemporânea

Cristiane Tomaz Buosi

Juíza de Direito - Titular da 203ª Zona Eleitoral e da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra Mansa-RJ.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é analisar a amplitude da aplicação de conceitos arraigados na prática eleitoral, fundado em princípios jurídicos e sistematizações legais e infralegais, com o intuito premente de se alcançar a moralização do processo eletivo e o ideal democrático.

O sistema de normas que hoje forma o direito eleitoral, infelizmente, apresenta-se diluído em um sem número de leis e atos normativos que se sucedem, eleição após eleição, com o intuito de buscar a efetiva e justa democratização do processo eletivo. Trata-se, basicamente, de um complexo sistema de normas voltado, especialmente, para o processo eleitoral, seja antes, durante e após as eleições.

Assim, diante da impossibilidade do aplicador do direito eleitoral em utilizar-se de um único sistema normativo, devem-se harmonizar não apenas todas as leis e atos normativos eleitorais em vigor, quando da análise de um caso em concreto, como também as regras de interpretação e os princípios gerais do direito, na busca da justiça e da efetivação do papel da Justiça Eleitoral como defensora do ideal democrático.

Neste contexto apresentado, o presente trabalho visa a ponderar acerca da praxis denominada “boca de urna”, como forma de expressão ilícita de propaganda eleitoral não amparada pelo

direito e, portanto, configuradora de ilícito administrativo-eleitoral, passível de multa a ser arbitrada pela justiça.

Busca, assim, na *mens legis* contida nos artigos 36 e seguintes da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997 (“Lei das Eleições”), impedir a quebra da isonomia entre os candidatos com a realização de propaganda irregular; o que difere do injusto capitulado no artigo 39, § 5° do mesmo diploma legal, o qual deverá ser analisado no âmbito do Juízo Criminal Eleitoral.

2. CONCEITO DE “BOCA DE URNA”

A conduta denominada historicamente de “Boca de Urna” é prevista nos incisos II e III do artigo 39, § 5° da Lei n° 9.504/97, cuja redação foi alterada pela Lei 11.300, de 10.05.2006. *In verbis*:

Artigo 39, § 5º: Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

(...)

II- a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;

III- a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos.

Em regulamentação ao supracitado dispositivo legal, a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n° 23.191, de 11 de janeiro de 2010, ao dispor sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas em campanha eleitoral, visando às Eleições de 2010, assim dispôs, no que se refere à “Boca de Urna”:

Art. 54 - Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção de 6 meses a 1 ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de R\$ 5.350,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) a R\$ 15.961,50 (quinze mil novecentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos):

(...)

II- a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca-de-urna;

III- a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos.

Visam os dispositivos em questão proteger o livre exercício do voto, bem como o ato de votar, vedando atitudes que podem cercear a livre manifestação de vontade do eleitor, no exercício do poder de sufrágio.

Define Joel J. Cândido a “boca de urna” como “aquela propaganda realizada sem desordem, no dia da eleição, com adeptos - e, às vezes, até candidatos - distribuindo material a eleitores, junto às seções (daí o nome ‘boca de urna’), não raro com veículos estacionados repletos de adesivos e cartazes, portando bandeiras e estandartes, muitas vezes usando vestuário com nomes de candidatos, logotipos e *slogans* de partidos e coligações” (Cândido, p. 157).

No que se refere ao crime em questão, ensina o festejado autor que “a norma quer assegurar, ainda, tranquilidade à Justiça Eleitoral para que ela possa propiciar o exercício do voto a todos os eleitores e bem executar a totalização e escrituração dos votos. (...) É crime contra o sigilo e o exercício do voto” (Cândido, p. 343).

Concretamente, consiste em delito que pune a distribuição de material de propaganda a eleitor, no dia da votação, com o intuito de influir na formação de sua vontade.

Também incorre no comando legal o sujeito que tenciona alterar a genuína vontade do eleitor, mediante manifestação, aliamento ou coação.

Pune-se, assim, a mera conduta da distribuição de material de propaganda em período irregular (“no dia da eleição”), independentemente da efetiva capacidade, ou efetividade, em viciar a intenção ou o voto do eleitor que recebeu o material em questão.

O Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento de que o crime de “boca de urna” independe da obtenção do resultado específico, ou seja, o convencimento ou coação do eleitor.

No sentido do exposto:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - ORDEM DENEGADA PELA INSTÂNCIA A QUO - CRIME DE BOCA DE URNA - CONDUTA PREVISTA NO ART. 39, §5º, II, DA LEI Nº 9.504/97.

1- *O crime de distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, é de mera conduta, consumando-se com a simples distribuição da propaganda.*

2- *Inadequada é a via sumária e documental do habeas corpus para o trancamento da ação penal (Precedentes/STE: Ag. 1.974, de 23.11.99, rel. Min. Jobim; RHC nº 20, de 5.11.98, rel. Min. Néri da Silveira e HC nº 312, 1º.4.97, rel. Min. Costa Leite)*

3- *Recurso a que se nega provimento”*

(RHC n. 45/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ, de 06.06.2003, p. 136; grifos nossos)

3. CONCEITO DE PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA

Propaganda eleitoral é aquela que tem por fim a captação de votos dos eleitores para a investidura em cargo público eletivo em uma eleição, procurando convencer aquele a quem se destina que determinado candidato é o mais indicado para ocupar o cargo em questão.

Segundo o artigo 36 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997:

A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

No mesmo sentido, a Resolução/TSE nº 23.191, de 11 de janeiro de 2010, regulamentando o artigo supra, com vistas às Eleições de 2010, assim dispôs:

Art. 2º- A propaganda eleitoral somente será permitida a partir de 6 de julho de 2010.

(...)

Art. 49- É permitida, no dia das eleições, a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido

político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos.

Art. 49, § 1º- São vedados, no dia do pleito, até o término do horário de votação, a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado e os instrumentos de propaganda referidos no caput, de modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos.

Propaganda extemporânea, por conseguinte, é aquela veiculada de forma e em períodos vedados pelos diplomas normativos reguladores da matéria; supradescritos.

Trata-se de espécie de propaganda irregular, já que praticada de forma contrária às regras jurídicas vigentes - regras estas baseadas no Poder de Polícia¹ da Justiça Eleitoral para controlar a propaganda eleitoral; em clara violação ao princípio do controle judicial da propaganda eleitoral.

O controle realizado pela Justiça Eleitoral sobre a propaganda irregular tem por finalidade promover o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos e evitar a criação de desigualdade entre estes, além de evitar a camuflagem ao abuso do poder econômico ou político.

Salienta ainda Marcos Ramayana, ao tratar do tema em questão, que “esta propaganda é um exemplo de utilização indevida de recursos e arrecadação irregular dos mesmos” (Ramayana, p. 156).

Com base na previsão legal, define Marcos Ramayana a propaganda extemporânea, como “forma ilegal de veiculação de propaganda antes do prazo previsto no art. 36 da Lei n° 9.504/97” (Ramayana, p. 156).

¹ Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, configura o *poder de polícia* como “verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade” (Carvalho Filho, p. 68), fundada no “interesse público” (Carvalho Filho, p. 74). Com base no conceito supra aduzido, verifica-se, assim, que a Justiça Eleitoral, ao coibir a prática da propaganda extemporânea, e fiscalizar a sua ocorrência, realiza verdadeira atividade de polícia administrativa-eleitoral, uma vez que atua de forma subjacente à lei e, consoante o festejado autor, “esta (o poder de polícia) já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos” (Carvalho Filho, p. 68).

Da mesma forma, para a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, confundem-se os conceitos de propaganda extemporânea e propaganda antecipada, já que aquela se reduz à praticada anteriormente ao dia 6 de julho do ano eleitoral. Nesta linha de análise, segundo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, caracteriza-se propaganda eleitoral extemporânea quando:

“(...) leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias a configurar o abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral” (Respe nº 15.732/MA, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJ de 7.5.1999).

No mesmo sentido:

“(...) A propaganda extemporânea é caracterizada pela divulgação de que tal ou qual candidato seria o mais apto. (...) O pedido de voto não é requisito essencial para a configuração do ilícito, desde que haja alusão à circunstância associada à eleição. (...) Para a identificação deste trabalho antecipado de captação de votos, é comum que o julgador se depare com atos que, embora tenham a aparência de licitude, podem acabar por ferir a igualdade de oportunidade dos candidatos do pleito” (TSE, Min. Felix Ficher, AgR-Rp nº 205-74.2010.6.00.0000/DF, DJ. 11/05/2010, p. 31-32).

A fim de se configurar a propaganda fora de época, é necessário ainda que a mensagem veiculada esteja diretamente relacionada à eleição vindoura. Ou, como muito bem colocou Olivar Coneglian, “para que uma mensagem seja considerada eleitoral, há necessidade de que ela esteja enganchada na eleição” (Coneglian, p. 207).

Definido peremptoriamente pela lei pertinente o momento de início da propaganda regular, mas sem expressa previsão de término, é possível reduzir-se o conceito de propaganda extemporânea apenas àquele preconizado pela doutrina e jurisprudência supra-aduzidas? Quando este prazo legal para veiculação de propaganda eleitoral termina?

Entende Joel J. Cândido que a propaganda regular termina “com o fechar da última urna” (Cândido, p. 156). Ao aprofundar o tema, sabiamente pondera, contudo, que o período de 48 horas antes, e 24 horas após a eleição é um período em que a propaganda em questão é restringida. Segundo ele, “é um período de liberdade restrita da propaganda, dentro de um período de propaganda com liberdade ampla, (...) para garantir a fecundidade dos princípios da propaganda” (Cândido, p. 156).

Em consulta realizada ao Tribunal Superior Eleitoral acerca do prazo para realização de propaganda eleitoral lícita, assim já se decidiu:

“(...) não há marco inicial de proibição. O que a lei estabelece é um marco inicial de sua permissão (art. 36, caput, da Lei nº 9.504/97)” (Res. nº 20.507-TSE, de 18.11.99, rel. Min. Costa Porto, grifos nossos).

Com base nos conceitos supra, é possível enquadrar como propaganda extemporânea também aquela veiculada no dia das eleições, de forma contrária às leis eleitorais vigentes?

Pelos argumentos adiante explicitados, a resposta há de ser positiva.

4. O DIREITO ELEITORAL COMO REFLEXO DOS VALORES SOCIAIS DE IGUALDADE E OPORTUNIDADE

Como dito alhures, visa o presente trabalho a interpretar os conceitos de “boca de urna” e “propaganda extemporânea” à luz da principiologia e, principalmente, da finalização a ser buscada pelas normas eleitorais, em busca da harmonização dos conceitos e da melhor proteção jurídica dos bens a serem protegidos, notadamente do ideal democrático.

Para tanto, e considerando-se especificamente o tema ora estudado, é necessário tecer algumas considerações acerca da função das normas diretivas da propaganda eleitoral.

O Direito Eleitoral representa o conjunto de normas jurídicas que regulamentam o processo de escolha dos ocupantes de cargos públicos eletivos, como desdobramento do princípio democrático inserido no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal². Disciplina, assim, os meios necessários ao exercício da soberania popular.

Para Fávila Ribeiro, citado por Joel J. Cândido, “o Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental” (Cândido, p. 25).

É certo que um dos mais importantes valores tutelados pelo direito eleitoral é a *pars conditio*, assim entendida a igualdade de condições entre os candidatos concorrentes. Para o direito eleitoral, não é permitido o tratamento privilegiado a candidato, partido político ou coligação, com fulcro no princípio da igualdade, preconizado no artigo 5º da nossa Lei Maior.

Conforme lição de José Jairo Gomes: “O princípio em tela adquire especial relevo nos domínios do Direito Eleitoral, já que rege diversas situações. Basta lembrar que os concorrentes a cargos políticos-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei - que têm em vista o resguardo de outros valores - e as naturais desigualdades que entre eles se verificam” (Gomes, p. 44-45).

Ao primar pela igualdade como seu princípio fundamental, está o Direito Eleitoral nada mais que priorizando o ideal democrático, fundamento da sua existência, uma vez que, desde Aristóteles, citado por José Afonso da Silva, “a igualdade (...) é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e

² “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

fim da democracia” (Silva, p. 133). Conclui o filósofo ainda que “toda democracia se funda no direito à igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade” (Silva, p. 133).

Outrossim, como corolário da garantia à efetivação do primado da igualdade material entre os candidatos, partidos políticos e coligações, toda a atuação da Justiça Eleitoral, do Ministério Público, dos partidos políticos e candidatos, inclusive o eleitor, deve pautar-se na preservação do princípio da lisura das eleições.

Conforme defendido por Marcos Ramayana, “as eleições (...) usadas como campo fértil da proliferação de crimes e abusos do poder econômico e/ou político atingem diretamente a soberania popular tutelada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal” (Ramayana, p. 14).

Tal princípio é expresso no artigo 23 da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990), *in verbis*:

“O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

5. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO SISTEMA DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ATRAVÉS DA REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL

A liberdade de manifestação do pensamento na forma da comunicação social³ é garantia constitucional, corolário da norma prevista no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal, a qual consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação⁴.

³ Constituição Federal/1988, art. 220, *caput*: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

⁴ Constituição Federal/1988, art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Consoante Alexandre de Moraes, “o que se pretende proteger (...) é o meio pelo qual o direito individual constitucionalmente garantido será difundido, por intermédio dos meios de comunicação de massa” (Moraes, p. 746).

De outra banda, assegura a Constituição da República a igualdade⁵ entre todas as pessoas.

Ab initio, é de se considerar que a proibição da propaganda eleitoral, fora do lapso tolerado pelo sistema normativo, não ofende a liberdade de expressão constitucionalmente consagrada, uma vez que a liberdade de expressão representada, neste estudo, pela propaganda eleitoral há de ser harmonizada com os demais princípios basilares do texto constitucional, sobretudo a busca do equilíbrio na disputa eleitoral, através do primado da igualdade de oportunidades entre candidatos, partidos políticos e coligações.

Na defesa desta linha de pensamento, Alexandre de Moraes, aprofundando o estudo acerca da amplitude do direito constitucional à liberdade de comunicação social, admite que, “apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais” (Moraes, p. 747).

Deve-se, assim, harmonizar os conceitos, na busca à democracia, fundado em um pleito igualitário⁶, justo e pautado na legalidade.

Conforme ensina ainda o citado mestre, “quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns

⁵ Constituição Federal/1988, 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 termos seguintes:...”

⁶ Discorrendo sobre o a aplicação do princípio da igualdade enquanto valor a ser ponderado na aplicação do direito, Tércio Sampaio Ferraz Junior, com sapiência, aduz: “Como princípio de justiça, a igualdade aparece, pois, como um código identificador do equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais. (...) é possível introduzir no princípio uma flexibilidade valorativa (...) conforme as circunstâncias concretas” (Ferraz Júnior, p. 323).

em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” (Moraes, p. 28).

Nesta linha de análise, “o princípio da harmonização permite que o legislador crie restrições ao direito de manifestação do pensamento no dia da eleição, sem que com isso fira esse direito constitucional, pois deverá ponderar sobre os bens jurídicos em jogo: combinando os princípios da lisura do pleito e da igualdade entre os candidatos com o direito de livre expressão do pensamento” (Luz e Souza, p. 01).

Utiliza-se, para a ponderação dos valores em questão, sobremaneira, o princípio da proporcionalidade “como ferramenta metodológica no controle de validade das restrições aos direitos fundamentais” (Pereira, p. 166). Trata-se, na visão de Jane Reis Gonçalves Pereira, de aplicação do princípio em questão como um “postulado aplicativo - ou seja, como um dever que estrutura a aplicação de outras normas jurídicas” (Pereira, p. 167).

A ponderação dos bens em conflito, bem como da linha interpretativa a ser seguida, baseia-se na capacidade de o intérprete “afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais” (Barcellos, p. 261).

Defende, desta feita, Ana Paula Barcellos que a técnica em questão possibilita a “solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, p. 262). Para a autora, acertadamente, “a ponderação é tida como uma técnica de solução de determinados conflitos normativos, a saber, aqueles que envolvem colisões de valores ou de opções político-ideológicas e que não são superáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, p. 264).

É o presente caso, como adiante se verá.

6. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS ARTIGOS 36 E 39, PARÁGRAFO 5º, II E III DA LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997 - A “BOCA DE URNA” COMO ESPÉCIE DE PROPAGANDA EXTEMPO-RÂNEA

Para finalizar o presente estudo, cumpre apreender a extensão da norma de proibição contida no artigo 39, parágrafo 5º, incisos II e III, da Lei nº 9.504/97, ou seja, se contém apenas um ilícito penal ou se contém também, em seu bojo, como um comando de valor, caráter normativo administrativo-eleitoral.

Cumpre apreender, ainda, qual a natureza jurídica da regulamentação normativo-eleitoral da propaganda eleitoral, ou seja, se está amparada pelo princípio da legalidade geral ou pelo princípio da estrita legalidade ou reserva legal.

Para tanto, necessário apurar-se a análise do diploma legal que regulamenta a propaganda eleitoral. Como apresentado no presente estudo, em capítulo supra, a legislação pertinente delimita o período permissivo para propaganda eleitoral⁷ - e não o contrário; ou seja, não descreve as condutas contrárias ao direito, como ocorre com os tipos penais. Assim, no que concerne às regras regulamentadoras da propaganda eleitoral, aplicável, no que se refere à contrariedade normativa não-penal, a segunda hipótese, qual seja, o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal, segundo o qual só é lícita a conduta se fundada em expressa previsão legal.

E conforme preconizado por José dos Santos Carvalho Filho, em caso de contrariedade ao princípio da reserva legal, “havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude” (Carvalho Filho, p. 17).

Quanto à extensão da norma de proibição contida no artigo 39, parágrafo 5º, incisos II e III da Lei nº 9.504/97, a conduta “Boca de Urna”, ao ser tipificada como o crime tratado no capítulo 2 do presente estudo, e baseando-se no princípio de que o direito penal delimita ilícitos fundamentais, *ultima ratio* da proteção estatal, não estarão, amiúde (e a par da conflagração do delito em

⁷Artigo 36 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997: “A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição”)

questão) infringindo os responsáveis econômicos pela sua prática - candidatos, partidos políticos e coligações - o ilícito normativo-administrativo, caracterizado por propaganda irregular, por ausência da permissão legal necessária, à luz do princípio da reserva legal supraexposto?

Baseando-se no primado de que as normas jurídicas devem ser interpretadas como um todo sistemático e harmônico, bem como utilizando-se a interpretação teleológica⁸, trazida pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁹, é forçoso concluir que sim.

Mas não é apenas a interpretação teleológica que induz a tal aplicação.

Como é de conhecimento comum, no estudo do conceito de norma jurídica, esta consiste no comando valorativo inserido no texto legal; comando este que se divide, basicamente, em civil, penal e administrativo. Contudo, a par da consequência advinda da violação do comando valorativo inserido na norma jurídica - consequência civil, penal ou administrativa - está o valor preconizado pela norma em questão. Valor este que denota um comando normativo a ser respeitado pelo destinatário da norma jurídica infringida.

Acerca do aspecto conceitual da ilicitude, ensina Marcos Bernardes de Mello que “no caso da ilicitude (...) o elemento cerne do suporte fático consiste na contrariedade a direito. (...) Para configurar a contrariedade a direito caracterizadora da ilicitude não importa a que ramo da Ciência Jurídica pertença a norma violada; não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer outra espécie. (...) A substância ontológica de todos eles, porém, é a mesma: a violação da ordem jurídica (Mello, p. 191)”.

⁸ Segundo Tércio Sampaio Ferraz, “a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir-se um propósito às normas” (Ferraz Junior, p. 265). No estudo do tema, continua o respeitado autor: “(...) É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de prever suas próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências” (Ferraz Junior, p. 266).

⁹ “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum”.

Continua, ainda, sabidamente o autor que “a contrariedade a direito na conduta ilícita é irrecusável, porque nela (conduta) se consubstancia a violação das normas jurídicas e, conseqüentemente, da ordem jurídica como um todo” (Mello, p. 195).

E, como conclusão lógica, “se o fato, evento ou conduta, concretiza os pressupostos do suporte fáctico da ilicitude, não há como tratá-lo como se não fosse ilícito” (Mello, p. 197).

Aplicando-se o conceito em questão à problemática ora estudada e partindo-se, portanto, da conceituação do ilícito a partir da conduta (“boca de urna”) realizada em afronta à ordem jurídica, resta a análise da sanção cabível, em face dos agentes envolvidos.

É certo que, em face do agente que deflagrou, pessoalmente, as condutas discriminadas nos incisos II e III do artigo 39, § 5º da Lei nº 9.504/97, recaem as conseqüências legais trazidas pelo tipo penal em questão.

Contudo, analisando-se a ilicitude subjacente ao delito em si, a qual traduz propaganda irregular, na modalidade extemporânea, posto que praticada em época vedada pelo direito, é cabível a sanção administrativo-eleitoral pertinente, relacionada à prática de propaganda extemporânea, pelo candidato que a patrocinou, ou diretamente se beneficia com esta, da mesma forma que ocorre com as demais formas irregulares de propaganda eleitoral, combatidas e sancionadas pela Justiça respectiva.

Assim, ao tipificar como crime os atos descritos no artigo 39, §5º, incisos II e III da Lei nº 9.504/97, traz o texto legal um comando normativo que discrimina um ilícito jurídico, vedado pelo direito. E, se é vedado, logicamente, não é permitido.

Via de consequência, partindo-se da conclusão supra de que, para ser lícita, a propaganda eleitoral tem de ser expressamente permitida pela legislação específica, por aplicação do princípio da reserva legal, esta só pode configurar propaganda irregular, na modalidade propaganda extemporânea, já que praticada em período e forma, vedados pelo sistema normativo eleitoral em vigor.

A efetividade das normas em análise também infirma a interpretação ora defendida.

Na ponderação firme de Marcos Caires Luz e Liliam Cristina Perez Alves de Souza, “um bom promotor, um bom juiz eleitoral, um bom delegado, um bom policial não necessariamente é aquele que prende mais. (...) É garimpado dia após dia e, tratando-se de processo eleitoral, o sucesso não passa nunca pela espetacularização da atuação judicial à custa de eleitores ou de candidatos, ao invés, passa pela atuação firme e contundente, (...) respeitando, sempre, a intervenção mínima do direito penal” (Luz e Souza, p. 3).

Sobre o tema, cita Nilo Batista o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 80.362-8/SP, em que soberanamente se posicionou no sentido de que “ante o quadro de notória impotência do Judiciário para atender à demanda multiplicada de jurisdição e, de outro, à também notória impotência do Direito Penal para atender aos que pretendem transformá-lo em mirífica, mas ilusória, solução de todos os males de vida em sociedade - tendo, cada vez mais, aplaudir a reserva à sanção e ao processo penal do papel de *ultima ratio* e, sempre que possível, a sua substituição por medidas civis ou administrativas, menos estigmatizantes e de aplicabilidade mais efetiva” (Batista, p. 84).

Na esteira do pensamento preconizado pelo eterno mestre Francesco Carnelutti, “uma vez estabelecida a existência do delito, resta a questão da aplicação, ou melhor, da adequação da pena. (...) Na verdade, falta ao direito penal a sua finalidade quando a lei não serve mais para fazer saber aos cidadãos o que, sob a ameaça da pena, devem ou não fazer; pois, a fim de que possa servir para isso, mediante o conhecimento que os cidadãos procuram dela, a lei penal deve ser simples e concisa. (...) O problema do processo, (...) muito mais do que um problema de leis é um problema de homens e de coisas (...) e o caminho para resolvê-los não é complicar a lei cada vez mais, mas, pelo contrário, fazer com que se converta em simples, limitando-se às diretrizes fundamentais e, além do mais, provendo uma boa escolha dos homens, que, segundo tais, devem operar” (Carnelutti, p. 59-60).

Na mesma linha de análise, ponderam Marcos Caires Luz e Liliam Cristina Perez Alves de Souza que “caberá às autoridades

competentes, a partir do princípio da intervenção mínima, coibir os excessos e os abusos que porventura possam ser cometidos a pretexto de se pregar a liberdade de pensamento e de expressão” (Luz e Souza, p. 3).

E a punição mais efetiva, a ser proporcionada pelo aplicador do direito, assim, mais do que punir criminalmente o agente que praticou o crime em questão, é sim, coibir a sua prática, ou seja, alcançar o agente deflagrador da propaganda extemporânea que, como é de conhecimento ordinário, é quem detém os recursos econômicos necessários para patrociná-la, ou seja, o candidato, partido político ou coligação, em notório “flerte” com o abuso do poder econômico e político.

Em apoio à linha de pensamento defendida nos presentes, os ilustres Desembargadores em atuação perante o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Jacqueline Lima Montenegro e Luiz Márcio Alves Pereira, no julgamento do Recurso Eleitoral nº 6.670-Classe RE, pelo Tribunal Regional Eleitoral, do Estado do Rio de Janeiro, em 27 de novembro de 2008. Neste, manifestou-se a primeira como “bastante simpática à tese de aplicação de multa com relação à boca-de-urna, classificando-a como uma evolução em propaganda extemporânea (...) desde que haja prova mínima de liame entre aquele que distribui e aquele que se beneficia, por menor que seja”. No mesmo julgamento, o segundo também defendeu a sua aplicação, por ser a “boca-de-urna” uma “afronta a igualdade do processo eleitoral” e como forma de coibir “o abuso do poder econômico enorme traduzido pela boca-de-urna”.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ponderando-se, assim, ambos os imperativos normativos - período permissivo para propaganda eleitoral e período em que esta é vedada, desde que exercida na forma discriminada no diploma normativo, é forçoso se concluir que, ainda que não configurado o crime de “boca de urna”, e ainda que configurado, pode a prática em questão também configurar propaganda extemporânea, em face do candidato, partido político ou coligação, porque realizada fora do período permitido em lei - lei esta que, como dito alhures,

discrimina, expressamente, o período e a forma de realização da propaganda eleitoral.

Passível, por conseguinte, neste caso, ao candidato, partido político ou coligação, a aplicação da multa administrativo-eleitoral, caso comprovado o seu patrocínio financeiro ou notoriamente presumido o conhecimento da prática da propaganda irregular, que beneficie o candidato, partido político ou coligação, ainda que em tese; da mesma forma que acontece nos demais casos de propaganda extemporânea, já reconhecidas e aplicadas pela jurisprudência. ☐

Novas Ferramentas para a Superação da Crise Empresarial Argentina e Brasil

Sandro Lucio Barbosa Pitassi
Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. INTRODUÇÃO

Na análise das novas ferramentas para a superação da crise empresarial, pode-se afirmar que surjam como protagonistas da mencionada crise, de forma panorâmica, o desfinanciamento e o endividamento das empresas.

Sabe-se que o endividamento pode ser chamado de ativo ou voluntário, passivo ou involuntário, acrescentando-se as decisões de terceiro, as próprias políticas econômicas estatais (aspecto objeto da macroeconomia), a situação internacional, a taxa de juros, o risco do país, a balança de pagamentos, sem falar nos tratados de cooperação econômica.

No que se refere à crise patrimonial, aparece como principal causa o consumo desmedido, chegando-se a indagar, por outro lado, se seria legítimo recorrer-se ao crédito de forma permanente, entendendo-se pela resposta positiva, desde que permaneça sustentado o crescimento. Caso contrário será irrazoável tal prática.

Ligada à questão da crise empresarial, consoante já ressaltado, a taxa de risco do país ganha considerável destaque, visto que, conforme a qualificação do país, a taxa de juros será maior ou menor.

Frisa-se que, dentro da ótica da recuperação das empresas, observa-se tendência mundial pela busca de soluções de cunho preventivo, em vez da decretação da quebra, notas observadas, repita-se, na ordem mundial.

Sabe-se que anteriormente não se vislumbrava tanta preocupação com a questão da recuperação de empresas em estado crítico, entendendo-se como ato de falência a própria tentativa do devedor para renegociar seus débitos, o que gerava certa inibição na busca dos credores, a fim de que se materializasse um plano de recuperação.

Tal fenômeno se alterou não só no Direito Brasileiro, com o advento da nova Lei de Falências, mas, igualmente na Argentina, pondo-se como eixo norteador a própria salvação da empresa, o que implica na ampliação e no surgimento de novas alternativas com o intuito de se preservar a empresa.

Tal mudança comportamental de ordem legislativa resulta da constatação da importante função exercida pelas empresas, intimamente ligadas ao desenvolvimento socioeconômico de um país. Isso reclama busca de mecanismos que possibilitem sua recuperação judicial e extrajudicial, trazendo-se soluções eficazes e céleres aos problemas, sem falar na questão das crises abruptas, fatos que se repetem no cenário da nova ordem econômica mundial, decorrência da própria globalização e da impossibilidade de se viver isoladamente.

A empresa que enfrenta quadro de crise precisa reencontrar seu equilíbrio financeiro, o que exige a própria renegociação de seus débitos junto aos credores. Isso numa fase extrajudicial, colocando-se, por exemplo, o aumento do prazo para cumprimento da obrigação ou a própria redução do débito, figurando o acordo extrajudicial como recurso importante no estudo do tema.

O que se coloca como fundamental no instituto da recuperação da empresa é a ótica de sua viabilidade econômico-financeira, superando-se a crise, com manutenção de uma fonte produtora, além do emprego dos trabalhadores e dos próprios interesses dos credores, sendo nítido o fato de que a preservação da empresa acabará por se traduzir em verdadeira função social e estímulo à atividade econômica.

No Brasil, com o advento da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que revogou a legislação falimentar prevista no Decreto-Lei n. 7661, de 21 de junho de 1945, criou-se a recuperação judi-

cial, a extrajudicial, além da falência do empresário e da sociedade empresária, salientando-se que no presente estudo se dará destaque à recuperação judicial, que apareceu em substituição à concordata preventiva.

A nova Lei de Falências brasileira tem como alvo a preservação da empresa, pois, conforme anteriormente registrado, esta figura como matriz geradora de empregos e de arrecadação de tributos, buscando-se sua recuperação diante de uma crise econômico-financeira.

Contudo, dentro do sistema jurídico brasileiro não pode ser ignorada, para o deferimento da recuperação judicial, a própria viabilidade econômico-financeira da empresa.

Aquela ideia de que o Direito Falimentar resolveria os problemas econômicos merece ser revisitada, diante do próprio efeito econômico globalizador que repercute no Direito Concursal.

Sendo assim, novos princípios foram incorporados nas legislações dos diversos países, colocando-se como pontos comuns a eleição de um novo bem jurídico tutelado, ou seja, deve-se salvar a empresa, além de um novo pressuposto material que implica numa antecipação da insolvência, sem falar na própria relativização da *par conditio creditorum*.

Deve-se, em suma, salvar a empresa e tratar de que continue sobrevivendo, deixando de lado aquela ideia de que os bens deveriam ser liquidados para retornarem ao mercado e serem usados por outros.

O melhor é que a empresa siga produzindo - já que é uma organização de bens e serviços - evitando-se a quebra.

O quanto antes se deve corrigir aquelas defasagens, a fim de que a empresa apresente concretas possibilidades de continuação.

2. NOVAS FERRAMENTAS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE EMPRESARIAL NO DIREITO ARGENTINO

Na Argentina, a matéria é regulada pela Lei n. 24.522 de Concursos e Quebras, sancionada em 20 de julho de 1995 e promulgada em 7 de agosto de 1995, sendo parcialmente modificada

pelas Leis 24.760 e seu artigo 7º, 25.113 e seu artigo 8º, 25.563, 25.589, 25.640 e 26.086.

O que importa, em última análise, é o objetivo de se salvar a empresa, a qual é um bem em si mesmo, salvando-se tal fonte de trabalho e de produção, até mesmo pela própria constatação do fracasso do sistema liquidatório, baseado no mero intuito de se salvar os bens, devendo a quebra se colocar como exceção.

A lei argentina estipula um prazo para o acordo, frisando-se que, anteriormente a 1995, caso fosse ultrapassado tal prazo, ocorreria a quebra, terminando-se na liquidação.

Atualmente se permite a vinda de um terceiro, a fim de que os credores acordem acerca da venda da empresa, permitindo-se a salvação de certos tipos societários (sociedade anônima e Ltda.).

O artigo 48 da lei traz a previsão de que o Juiz possa impor a venda de ações, transferindo-as para aquele que logrou êxito na celebração de acordo com os credores.

Uma das formas de se salvar a empresa é exatamente o acordo, convocando-se todos, acrescentando-se que a oferta feita aos credores poderá ser diferenciada.

Aquele princípio *par conditio creditorum*, que assegura igualdade de tratamento entre os credores que se encontram nas mesmas condições, atualmente foi relativizado.

O Síndico realizará um estudo, a fim de avaliar o que se apresenta como melhor alternativa, a liquidação ou o pagamento, por exemplo, de 50%, até porque a aprovação do acordo é instrumento melhor do que a liquidação, podendo o Juiz impor a proposta, caso ocorra oposição de um credor.

Registra-se que nos Estados Unidos da América se privilegia a ideia de que os credores se organizem e cuidem do patrimônio, sem falar no traço de se tirar a questão do âmbito judicial.

Tratando-se a questão da antecipação da insolvência, sabe-se que esta se caracteriza pela impossibilidade de se pagar com meios próprios as obrigações que se vencem, trazendo-se a ideia de se antecipar tal situação.

Na Argentina, apresenta-se o acordo preventivo extrajudicial, o qual constitui uma faculdade dada àquele empresário que

se encontra em condições desfavoráveis de convocar privadamente seus credores, oferecendo-lhes um acordo.

O Juiz sobrestará as execuções e dará um prazo para que se completem 66% dos créditos, logrando-se êxito na obtenção de um acordo preventivo. Relembre-se que o Juiz poderá impor o acordo aos credores remanescentes, caso verifique a ausência de razões pra oposição.

Dessa forma, se evita o concurso preventivo, o qual é lento e apresenta maiores problemas. Todavia, neste há suspensão de juro, o que não ocorre no caso do acordo preventivo extrajudicial.

Ao se analisar a questão da categorização dos credores, tem-se na Argentina a possibilidade de existência de um menu de acordos, ou seja, um para cada categoria, sendo que o credor tomará em cada categoria a proposta que lhe convenha.

Quando se observam os efeitos pertinentes à celebração do acordo e seus efeitos, podem ser apresentados três caminhos, ou melhor, o da aprovação do acordo, o da eliminação do credor dissidente por consignação do importe do dividendo concursal (solução adotada no Chile) ou o da imposição do acordo à minoria, como se passa na Argentina.

Salienta-se que o conceito de cessação de pagamento traduz um estado do patrimônio, o qual não permite o cumprimento das obrigações certas, líquidas e exigíveis, o que não surge, obviamente, de um dia para o outro, trazendo aspectos de generalidade que permanecem.

Para superação de tal estado, se buscará uma solução de cunho preventivo ou de liquidação, esta consistente na quebra, bases não só do processo falimentar argentino, mas dos principais sistemas mundiais.

Processo concursal, portanto, abrange o concurso preventivo e o de quebra.

Constitui o concurso preventivo um processo judicial no qual se dá o cumprimento de certas formalidades e a apresentação perante o Juiz competente. Isso para que seja designado um síndico, identifiquem-se os créditos e averigüe-se a legitimidade dos mesmos, permitindo-se a apresentação de proposta para pagamento,

além da exigência da manifestação de concordância da maioria dos credores.

O Juiz homologará o acordo e, no caso de não cumprimento, ocorrerá a quebra - sistema liquidatório, instância mais grave.

O acordo preventivo extrajudicial consiste na formulação de acordo pela maioria dos credores qualificados, inexistindo verificação dos créditos nem a figura do síndico, sendo de custo menor, ocorrendo a homologação pelo Juiz, caso não ocorra alegação de nulidade, abarcando não só os credores participantes, mas igualmente os credores dissidentes e os ausentes. Ressalte-se que no direito brasileiro se exige a unanimidade dos credores.

Apresenta como inconveniente o acordo preventivo extrajudicial exatamente a possibilidade de o credor, sem ter ciência do mesmo, ser obrigado a aceitar uma diminuição de seu crédito.

Trouxe a lei argentina a novidade consistente no concurso do agrupamento econômico, no qual um conjunto de pessoas físicas ou jurídicas - sendo obrigatória a pluralidade - poderá apresentar o concurso do agrupamento econômico, bastando que apenas um dos integrantes esteja em situação de cessação de pagamentos, o que revela injustiça, já que prejudica aquele credor de um dos membros que não esteja na referida situação.

Outro sistema que se apresenta dentro da questão da recuperação da empresa é o do concurso do garante ou do fiador, até porque, mesmo que o devedor principal esteja em situação de cessação de pagamento, seu concurso preventivo não beneficia o fiador ou garante, não se transmitindo os respectivos benefícios. Ou seja, se o devedor deve 100 e apresenta proposta de pagamento de 50, passando a dever tal quantia, tal novação não se estenderá ao fiador, o qual continuará devedor de 100, aspecto que diferencia o direito concursal argentino do âmbito civil.

A solução legal é a de se permitir que o fiador apresente a situação de cessação de pagamento, mesmo não se encontrando em tal quadro, o que dá maior proteção ao crédito.

No âmbito do concurso preventivo, surge a figura da liquidação administrativa, pois, por exemplo, os bancos e companhias de seguro estão impossibilitados de se apresentar em concurso

preventivo, até porque, em que pese a possibilidade de quebra, tal fato não será manejado sob as luzes da lei de quebra de forma integral, mesclando-se com as leis dos órgãos controladores, aplicando-se a lei de quebra de forma subsidiária, pois deve-se garantir os depósitos e a fé pública da moeda. Lembre-se de que na ordem dos privilégios ocupa o topo o Banco Central, sendo que os detentores dos depósitos acabam recebendo quantia inferior àquela depositada.

Como sujeitos concursais poderão figurar todas as pessoas jurídicas em caráter privado, incluindo-se as sociedades de economia mista, o patrimônio do *de cujus*, o nascituro e o incapaz, colocando-se discussão no que se refere aos condomínios.

Três princípios regem o concurso, traduzidos na universalidade do patrimônio, na coletividade do processo e na igualdade dos credores que se encontram em idêntica situação, recebendo o mesmo tratamento, organizando-se os credores em categorias.

Ocorrerá a apresentação de um plano, sendo que poderá haver o pagamento de várias maneiras, seja através da entrega de uma mercadoria ou da formação de uma sociedade, ocorrendo, de qualquer forma, a aprovação da maioria dos credores.

Por ser universal, como ocorre na sucessão hereditária, abarca a totalidade dos bens que formam o patrimônio, apenas não respondendo com bens absolutamente impenhoráveis, bem como com o percentual de 20% do salário, além do bem de família, das ferramentas para o exercício dos ofícios e os sepulcros.

Coletividade implica na impossibilidade do ajuizamento de novas ações, ressalvados os créditos laborais e as garantias legais como, por exemplo, a hipoteca e a anticrese, havendo uma renúncia obrigatória das ações individuais.

Estas são, em linhas gerais, as considerações acerca das ferramentas atuais para a superação da crise empresarial na ótica do direito argentino. Chama-se atenção para a nova filosofia, verdadeira tendência mundial, em que o que se apresenta como alvo principal é a ideia de se salvar a empresa, por se traduzir esta em fonte de trabalho e de produção, protagonista de verdadeira função social.

3. NOVAS FERRAMENTAS PARA A SUPERAÇÃO DA CRISE EMPRESARIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Com a introdução da Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, houve a regulamentação da recuperação judicial, extrajudicial e da falência do empresário e da sociedade empresária.

Ao tratar do novo direito falimentar que se consolidou com a Lei acima referida, destacou Gustavo Bregalda Neves:

São duas as finalidades precípua da nova lei: sanear o mercado, vindo estabelecer regras para retirar de circulação empresas insolventes, ou seja, aquelas que influenciam em todo o sistema mercantil, como o aumento dos juros bancários em razão da insegurança criada por estas, além de recuperar a empresa, já que algumas empresas, ainda que passem por um momento de turbulência financeira, têm condição de continuar a desenvolver a sua atividade econômica. Isto porque, para o Estado, a retirada de empresas de circulação atinge em cheio a sociedade, pois é esta que gera empregos, paga impostos e coloca em circulação bens e serviços essenciais ou não à coletividade.

Enfrentando as questões que levaram à mudança legislativa na matéria, discorre Paulo Roberto Colombo Arnoldi:

Como decorrência natural o modelo procedimental de liquidação do ativo para pagamento do passivo, com encerramento das atividades, vigentes com o Decreto-Lei 7.661/45, ocorriam sérios problemas de ordem social como: a) desemprego; b) perda de renda e c) queda na arrecadação de tributos e do produto interno bruto (PIB). Frente a este quadro, amplamente desfavorável, esgotou-se o sistema de insolvências anterior, o que necessitou reformas em sua estrutura jurídica.

A antiga legislação acerca da matéria focava seu modelo procedimental na liquidação do ativo e conseqüente pagamento do

passivo, encerrando-se as atividades produtivas. Isso repercutia negativamente na ordem social, gerando o próprio esgotamento do sistema de insolvência existente.

Seguindo tendência mundial, novos mecanismos foram introduzidos, consistentes nos institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, substituindo-se a concordata, lançando suas luzes sobre as implicações econômicas do fenômeno, trazendo soluções mais céleres e eficientes, até porque o objetivo final não é o da declaração da inviabilidade da empresa como fonte de trabalho e de produção, mas exatamente o da manutenção de tal unidade econômica, possibilitando a continuidade da mesma e o comprometimento com sua função social.

Como princípios basilares da Lei n. 11.101/2005, pode-se enumerar os seguintes:

- a) Preservação da empresa, verdadeira fonte de riqueza, emprego e renda;
- b) Distinção entre a figura da empresa e do empresário;
- c) Recuperar aquelas sociedades e empresários que apresentem viabilidade para tanto, devendo o Estado propiciar as respectivas condições, afastando do mercado aqueles que se mostrem inviáveis para tanto;
- d) Privilegiar a segurança jurídica;
- e) Proteger os trabalhadores através do estabelecimento da preferência destes no recebimento de seus créditos, seja em sede de falência ou de recuperação;
- f) Classificar-se os créditos com a observância das garantias;
- g) Celeridade processual;
- h) Participação ativa dos credores;
- i) Possibilitar o acesso ao procedimento das empresas de pequeno porte e microempresas;
- j) Obter-se o máximo de valor dos ativos;
- k) Repressão severa nos crimes afetos à falência e recuperação judicial.

Estes são basicamente os princípios vetores da nova sistemática da matéria, passando-se a tratar, a seguir, de forma panorâmica acerca dos respectivos institutos.

3.1. Recuperação Judicial

Tal instituto visa à superação da crise econômico-financeira do devedor, mantendo-se a empresa, sua função social e o próprio estímulo da atividade econômica.

Seus objetivos consistem na própria reorganização da empresa em crise, incentivando a negociação entre devedor e credores, abarcando o maior número possível de credores e empregados, regulando-se, por outro lado, a convolação da recuperação em falência, além da fixação de mecanismos ligados à alteração do plano e o estabelecimento de limites da apreciação judicial acerca da execução do plano.

Basicamente, seu escopo maior é o da superação do quadro de crise.

O respectivo plano deverá ser apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de sessenta dias a partir da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, trazendo o detalhamento da situação econômico-financeira do devedor, além dos respectivos meios de recuperação a serem adotados, detalhando-se prazos e formas de pagamento aos credores, sendo fundamental a indicação da viabilidade econômica, acostando-se, por outro lado, laudo pertinente a tal aspecto além da avaliação dos bens e artigos do devedor.

Uma crítica que se levanta é exatamente a de que para aquele que se encontra em delicada situação, afigura-se delicado lograr êxito na reunião em único plano de soluções que correspondam aos interesses de diversos credores.

Qualquer credor poderá manifestar ao Juiz eventual objeção ao plano no prazo de trinta dias da data da publicação da relação de credores apresentada pelo administrador judicial, sendo que, nesse caso, o Juiz determinará a convocação de Assembleia Geral para deliberação, podendo o plano sofrer alterações nesta, desde que ocorra a concordância do devedor e não sejam sacrificados os direitos de forma exclusiva dos credores ausentes.

Caso ocorra rejeição do plano de recuperação judicial, poderão os credores apresentarem plano alternativo e, uma vez rejei-

tado este pela Assembleia, deverá o julgador decretar a falência do devedor.

Acerca dos meios de recuperação judicial, tratou o artigo 50 da Lei de elencar formas de recuperação, tratando-se de rol não taxativo, exemplificando-se a possibilidade de concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, cisão e incorporação, fusão ou transformação de sociedade, alteração do controle societário, aumento de capital social, redução salarial, dação em pagamento, usufruto da empresa, administração compartilhada etc.

Enumera a Lei, nos artigos 73 e 74, os casos nos quais o Juiz poderá convolar o plano de recuperação, uma vez que se mostre inviável, em falência - isto durante o processo de recuperação judicial - tais como na hipótese de deliberação da Assembleia Geral dos credores, da não apresentação pelo devedor do plano de recuperação no prazo de sessenta dias da decisão que deferiu o processamento do pedido, além da ausência dos documentos essenciais indicados no artigo 53 da Lei, bem como, se houver o descumprimento pelo devedor de obrigação assumida no plano de recuperação após a concessão da recuperação.

3.2. Microempresas e empresas de pequeno porte

Trouxe a Lei capítulo em que trata da recuperação judicial da micro e da pequena empresa, retirando, contudo, a possibilidade da recuperação extrajudicial, o que pode ensejar, inclusive, discussões acerca da constitucionalidade de tal tratamento diferenciado, até porque o artigo 170, inciso IX da Constituição Federal estatui exatamente tratamento favorecido para tais empresas.

Sobre o tema ensina Waldo Fázzio:

*Microempresa e empresa de pequeno porte são agentes econômicos, conquanto diferenciados quanto à dimensão negocial. E nem por isso menos importantes que as empresas **stricto sensu**. A própria Constituição Federal o admite, quando lhes assegura regime jurídico especial, o que concretiza o seu estatuto (Lei nº 9.841/99). Daí por que*

o regime jurídico de insolvência que as disciplina, coerentemente, comporta regras excepcionadoras do regime empresarial comum.

De qualquer forma, poderão optar pela vinda de um plano de recuperação, utilizando-se dos meios previstos na Lei, ou lançando mão de um plano especial, todavia, de menor espectro, tratando-se de verdadeira moratória, em que o devedor poderá realizar o pagamento de seus débitos em trinta e seis parcelas mensais iguais e sucessivas, sendo a oferta de pagamento apresentada no prazo de até sessenta dias após o deferimento do processamento da recuperação, atingindo apenas os credores quirografários, devendo-se concretizar o primeiro pagamento no prazo de cento e oitenta dias da distribuição do pedido de recuperação judicial.

Frisa-se a ausência de necessidade de anuência dos credores, abrindo-se o prazo de trinta dias para apresentação de objeções pelos credores sujeitos ao plano.

O plano especial dispensa a vinda de laudo econômico-financeiro, bem como a avaliação de ativos, sendo fundamental a prévia avaliação pelo micro e pequeno empresário da possibilidade de honrar as obrigações nos prazos indicados na Lei.

Verificado o não cumprimento da proposta, ocorrerá a convalidação da recuperação em falência.

4. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EMPRESAS

Sem dúvidas, depara-se com um instituto novo no direito brasileiro, traduzindo-se em mecanismo legal que viabiliza a negociação de acordos com grupos de credores escolhidos pelo devedor, sendo que o Decreto-lei n. 7.661/45 não trazia tal previsão de composição, chegando a impedir soluções de mercado.

Basicamente, permite ao devedor o mencionado instituto a negociação direta com seus credores, promovendo sua recuperação no âmbito extrajudicial, desembocando-se na homologação judicial.

Trata-se de instituto novo no direito concursal brasileiro, discorrendo Luiz Fernando Valente de Paiva da seguinte forma:

Tradicionalmente, os credores brasileiros costumavam demonstrar certa resistência a qualquer forma de composição em grupo, preferindo negociar o pagamento de seus créditos diretamente com o devedor. Os reflexos das recentes crises norte-americana e dos setores brasileiros de energia e telecomunicações promoveram uma evolução na forma de condução das negociações, por meio do rompimento do padrão de comportamento em processos coletivos de renegociação de dívidas. Credores e devedores passaram a trabalhar em conjunto para encontrar soluções no sentido de permitir o pagamento dos débitos da forma menos gravosa aos envolvidos: para os credores, no menor prazo possível e para os devedores, de forma a garantir a continuação do negócio.

Pode-se dizer que se trata de um procedimento concursal preventivo, cuja fase inicial é marcada pela contratação e seu término terá a marca da homologação pelo Juiz.

Constitui documento indispensável o plano de recuperação extrajudicial, o qual produzirá efeitos relativamente ao devedor e aos credores sujeitos ao mesmo, após a devida homologação, acrescentando-se a vedação de arrependimento por aqueles credores que aderiram ao plano.

Obviamente, perderá o plano de recuperação judicial sua força vinculante caso inoçorra a homologação pelo Juiz, o que significa a retomada pelos credores do direito de exigir suas prestações consoante se dava anteriormente.

5. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fim de se ilustrar o tratamento do instituto junto à Corte encarregada do exame da legislação infraconstitucional, apresenta-se, a título de ilustração, alguns julgados que se seguem.

No julgamento do REsp 598881/SC, tendo como Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, a 4ª Turma, em 15.12.2009 assim se asseverou:

COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. DECRETO-LEI 7661/45. TITULOS DE VALOR INSIGNIFICANTE FRENTE AO

PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. DESCABIMENTO. PRECEDENTE. Nos termos da Jurisprudência do STJ, “Apesar do Art. 1º do Decreto-Lei 7661/45 ser omissivo quanto ao valor do pedido, não é razoável, nem se coaduna com a sistemática do próprio Decreto, que valores insignificantes provoquem a quebra de uma empresa. Nestas circunstâncias, há que prevalecer o princípio, também implícito naquele diploma, de preservação da empresa”. (REsp 959695/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 30.03.2009). PRECEDENTES. Recurso Especial não conhecido.

Verifica-se, assim, que mesmo com base no Decreto-Lei 7.661/45, se privilegia a ideia de preservação da empresa, como unidade econômica e produtiva, evitando-se a decretação da quebra e a consequente liquidação do ativo.

Em outra oportunidade, ao julgar o Conflito de Competência 2008/0272295-5, tendo como Relator o Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, a 2ª SEÇÃO em 23.09.2009 se pronunciou nos seguintes termos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES CONTRA O DEVEDOR-COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO-PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. CONFLITO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O Princípio da Preservação da empresa, insculpido no art. 47 da Lei de Recuperação e Falências, preconiza que “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. Motivo pelo qual, sempre que possível, deve-se manter o ativo da empresa livre de constrição judicial em processos individuais. O destino do patrimônio da empresa ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por

Juízo diverso daquele da recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação.

Concretiza-se, portanto, a questão relativa à universalidade do Juízo da recuperação, tudo com vistas a permitir o melhor funcionamento do estabelecimento, viabilizando-se o sucesso do plano de forma concreta dentro do raciocínio de se privilegiar sempre a própria empresa, seus credores e trabalhadores.

No julgamento do AgRg n. 1022464/SP, figurando como Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, a 4ª Turma, em 02.06.2009, afirmou:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REEGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. VALORES INSIGNIFICANTES. QUEBRA DA EMPRESA. DESCABIMENTO. UNIDADE PRODUTIVA. PRESERVAÇÃO. LEI Nº 11.101/2005. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Mais uma vez fica estampada a preocupação com a tão falada preservação da empresa, sendo que na colisão entre a mencionada ideia e interesses nitidamente de menor porte, em nome da própria função social da unidade produtiva, impõe-se que prevaleçam os interesses circunscritos à empresa, estando abarcados, obviamente, os interesses dos credores e dos trabalhadores.

Idêntico raciocínio foi aplicado no julgamento do AgRg no REsp 1089092/SP, tendo como Relator o Ministro MASSAMI UYEDA, da 3ª Turma em 14.04.2009, quando se afastou pedido de quebra, o qual foi ajuizado sob a égide do Decreto -Lei 7661/45, com base em dívida não paga de pequeno valor, deixando-se de decretar a quebra com base na nova legislação, aplicando-se a mesma de forma retroativa, com fundamento exatamente no Princípio da Preservação da Empresa e na ideia de que deva preponderar o próprio interesse social de que uma unidade produtiva não pereça diante de interesses de menor representação.

A ordem é da necessária observância dos Princípios da Manutenção da Unidade Produtiva e da Excepcionalidade da Decretação da Falência, ideia apresentada no julgamento do REsp 802324/SP, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi da 3ª Turma com julgamento em 18.11.2008. Ressalte-se a jurisprudência uníssona do STJ neste sentido.

Outro ponto fundamental tratado no julgamento do Conflito de Competência nº 90504/SP, em que figura como Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES, da 2ª Seção em 25.06.2008, é o do Juízo Universal, retratado nos seguintes termos:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUÍZO UNIVERSAL. DEMANDAS TRABALHISTAS. PROSSEGUIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Há de prevalecer, na recuperação judicial, a universalidade, sob pena de frustração do plano aprovado pela assembléia de credores, ainda que o crédito seja trabalhista. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP.

Vê-se que o juízo universal prevaleceu mesmo perante um crédito de natureza trabalhista.

Em outra oportunidade ao tratar do Conflito de Competência, 88661/SP, sendo Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES, da 2ª Seção em 28.05.2008, cristalizou o STJ a diretriz de que no caso da empresa em recuperação judicial, impõe-se a suspensão das execuções individuais, até porque uma vez aprovado o plano de recuperação judicial, os créditos serão satisfeitos de acordo com as condições nele estipuladas, o que torna incabível o prosseguimento das execuções individuais.

6. CONCLUSÕES

O que se verifica da análise dos ordenamentos jurídicos argentino e brasileiro é que através da ideia de se salvar a empresa, preservando-se sua capacidade produtiva e dando-se ênfase a sua função social, busca-se instrumentos e condições aptas a proporcionarem a base necessária para o desenvolvimento dos países, até porque os anteriores sistemas legais revelaram-se esgotados e ineficientes.

Fundamental é se viabilizar a superação do quadro de crise econômico-financeira do devedor, preservando-se, em última análise os trabalhadores, credores e a própria empresa e sua atividade econômica.

Inserir-se possibilidade de negociação entre credores e devedor, abrindo-se leque de alternativa ao drástico quadro falimentar em que se privilegia a liquidação do ativo.

As novas ferramentas de recuperação das empresas podem traduzir a busca de um interesse social mais relevante, o da geração de produtos, empregos e tributos, sendo imperiosa a remoção dos velhos obstáculos representados pela burocracia, complexidade e pelos custos elevados dos procedimentos. 📄