

MPMG

jurídico

Ano V - N.º 19
janeiro, fevereiro e março - 2010
ISSN 1809-8673

Mala Direta
Postal

9912234147/2009 - DIRMG
PGJ

...CORREIOS...

Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Matéria Especial

Teoria crítica do Direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento

Gregório Assagra de Almeida

Entrevista

Ângela Maria Marini Simão
Portugal Frola

Público Constitucional, Administrativo e Institucional

Coletivo Material e Processual

Civil Material e Processual

Penal Material e Processual

Informações Variadas

Disseminare

19



Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Ano V - N.º 19

janeiro/ fevereiro/ março - 2010

ISSN 1809-8673

Circulação Nacional e Internacional

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Corregedor-Geral

Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Procurador de Justiça Evandro Manoel Senra Delgado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis

Secretário-Geral

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Caçado

Chefe de Gabinete

Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça

Promotor de Justiça Flávio Alexandre Correa Maciel

Diretor-Geral

Fernando Antônio Faria Abreu

Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento

Fernando Soares Miranda

Coordenação Editorial

Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Diretoria de Produção Editorial

Alessandra de Souza Santos

Revisão

Hugo de Moura

Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

Editoração

Samuel Alvarenga Gonçalves

Projeto Gráfico

Marcia Odete Corrêa da Silva

Diagramação

Marcia Odete Corrêa da Silva

Isabel Gontijo Hamdan (estágio supervisionado)

Os artigos e textos publicados neste boletim são de responsabilidade exclusiva de seus autores e não representam, necessariamente, a posição ou ideologia do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



Editado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Av. Álvares Cabral, 1.740, 1º andar, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG - CEP: 30170-916

Fones: (31) 3330-8299 e (31) 3330-8182 / E-mail: mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

Site www.mp.mg.gov.br

| | |
|---|---|
| I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA | 6 |
| II APRESENTAÇÃO | 6 |
| III CONVITE DA COORDENAÇÃO EDITORIAL | 7 |

1 MATÉRIA ESPECIAL 8

1.1 Teoria crítica do Direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento 8

Gregório Assagra de Almeida

2. ENTREVISTA 18

2.1 *Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota* 18

3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL 22

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL 22



3.1.1 A importância dos vários ângulos de estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais 22

Vânia Márcia Damasceno Nogueira

3.1.2 O Direito Econômico e o Princípio da Predominância do Interesse 27

Rafaela Braga Ribeiro
Cynthia Lessa Costa

3.1.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área 30

A) Obras Doutrinárias 30

3.1.3.1 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2009, 358 p. 30

B) Artigos 30

3.1.3.2 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **O Ministério Público na Constituição de 1988: avaliação sobre o seu papel no controle da legalidade administrativa**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte: Forum, ano 7, nº 27, out./dez. 2009, pp. 95-110. 30

3.1.4 Jurisprudência da área 31

3.1.4.1 TJMG, 1º Grupo de Câmaras Cíveis. *Concurso Público. Conceito de deficiência física para concorrer às vagas reservadas para portadores de necessidade especial*. 31

3.1.4.2 TRF1, 3ª Turma. *Ação de improbidade administrativa. Repercussão apenas no âmbito municipal. Atuação do Ministério Público Federal*. 31

3.1.4.3 TRF1, 1ª Turma Suplementar. *Indicação de promotor eleitoral. Questionamento do Ato. Competência (1)*. 31

3.1.4.4 TRF1, 1ª Seção. *Indicação de promotor eleitoral. Questionamento do Ato. Competência (2)*. 31

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL 32

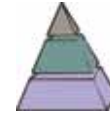


3.2.1 Orientação Técnica 02/2010 (art. 2º da Res. PGJ nº 78/2005) – Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico do Ministério Público de Minas Gerais 32

Marcos Paulo de Souza Miranda

| | |
|--|-----------|
| 3.2.2. Consórcios Intermunicipais de Saúde | 36 |
| Rafael Medina Machado | |
| 3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área | 39 |
| <i>A) Obras Doutrinárias</i> | 39 |
| 3.2.3.1 SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. Ação Popular Ambiental. São Paulo: RT, 2008, 319 p. | 39 |
| <i>B) Artigos</i> | 40 |
| 3.2.3.2 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. Revista de Processo – REPRO nº 176, ano 34. São Paulo: RT, outubro de 2009, pp.174-194. | 40 |
| 3.2.4 Jurisprudência da área | 40 |
| 3.2.4.1 STJ, 2ª Turma. Dano moral coletivo. Tutela especial dos direitos dos idosos. | 40 |
| 3.2.4.2 STJ, 2ª Turma. Fornecimento de energia elétrica. Débitos Antigos. Consumidor | 40 |
| 3.2.4.3 TJMG, 7ª Câmara Cível. Ação Popular. Legitimidade ampla. Conceito de cidadania que é maior do que o conceito de eleitor | 41 |
| 3.2.4.4 STJ, 2ª Seção. Ação Coletiva. Macro-lide. Suspensão facultativa da ação individual | 41 |
| | |
| 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL | 42 |
| 3.3.1 Transexualismo e Registro Civil das Pessoas Naturais | 42 |
| Emerson Garcia | |
| 3.3.2 Algumas notas sobre o (dispensável) art. 232 do Código Civil | 45 |
| Rodrigo Mazzei | |
| 3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área | 50 |
| <i>A) Obras Doutrinárias</i> | 50 |
| 3.3.3.1 SILVA, Ovídio Baptista da Silva. Processo e Ideologia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 342 p. | 50 |
| <i>B) Artigos</i> | 51 |
| 3.3.3.2 BODENMÜLLER, Mariana da Silva. A aplicabilidade da multa de 10% estabelecida no art. 475-J do Código de Processo Civil na execução de prestação alimentícia. Revista Dialética de Direito Processual, nº 83, São Paulo, fevereiro de 2009, pp. 80-86. | 51 |
| 3.3.4 Jurisprudência da área | 51 |
| 3.3.4.1 TJMG, 17ª Câmara Cível. Comprovação dos requisitos para deferimento de assistência judiciária gratuita. Princípio da verdade real. | 51 |
| 3.3.4.2 TJMG, 10ª Câmara. Recurso cabível contra decisão que julga impugnação em cumprimento de sentença. | 51 |
| 3.3.4.3 STJ, 1ª Turma. Ministério Público. Tutela das fundações. Recebimento de verbas públicas. | 51 |
| 3.3.4.4 TAMG, 7ª Câmara Cível. Acidente de trânsito. Responsabilidade civil solidária do condutor e do proprietário do veículo. | 52 |

3.3.4.5 TJMG, 1ª Câmara Cível. *Regulamentação de visita. Pai que apresenta conduta agressiva em relação à genitora que mantém a guarda do menor. Recomendação de cautela.* 52



3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL 54

3.4.1 O respeito ao princípio da individualização da pena na fixação da pena-base: combate à politização na aplicação da pena mínima 54
Juliano Silva do Lago

3.4.2 A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09 55
Leonardo Barreto Moreira Alves

3.4.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área 59

A) Obras Doutrinárias 59

3.4.3.1 SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro.* São Paulo: RT, 2005, 269 p. 59

B) Artigos 60

3.4.3.2 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Súmula vinculante em matéria penal.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, nº 81, ano 17, nov./dez. de 2009, pp. 139-160. 60

3.4.4 Jurisprudência da área 60

3.4.4.1 STJ, 5ª Turma. *Estelionato judiciário.* 60

3.4.4.2 STF, 2ª Turma. *Reformatio in pejus indireta.* Tribunal do Júri. 60

3.4.4.3 TJMG, 5ª Câmara Criminal. *Venda de bebida alcoólica a menor. Tipicidade penal.* 61

3.4.4.4 STJ, 6ª Turma. *Falso testemunho de irmão buscando favorecer irmão.* 61

4 INFORMAÇÕES VARIADAS 62

4.1 SOCIEDADE EM DEBATE 62

4.1.1 A importância da família para o direito dos idosos 62
Lillian Virginia Carneiro Gondim

4.2 LÍNGUA E LINGUAGEM 63

4.2.1 Viva a dialética! A arte do diálogo 63
Cláudio Márcio Bernardes

4.3 DIREITO EMPRESARIAL 66

4.3.1 Prepostos empresariais 66
Matheus Campolina Moreira

4.4 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO 72

4.4.1 Da inconstitucionalidade da vedação legal absoluta à Liberdade Provisória contida na Lei de Tóxico 72
Laís Mendes Oliveira

| | |
|--|-----------|
| 4.5. DIÁLOGO MULTIDISPLINAR | 74 |
| 4.5.1 A Reeducação Postural Global, a Fisioterapia e o Direito | 74 |
| Diva Braga | |
| Rafaela Paoliello Sossai e Lemos | |
| Luciano Braga Lemos | |
| Luciana Rambalducci Martins Simmer | |
| Fabíola dos Santos Dornellas | |
| 4.5.2 Indicação de obra de outra área | 76 |

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Alceu José Torres Marques

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

A qualidade de uma revista deve ser medida pelas manifestações de apoio e crítica que recebe de seus leitores. Tanto uma quanto outra são imprescindíveis e funcionam como o verso e o anverso de uma história de sucesso, visto que se complementam na dose certa.

As mensagens de elogio ao nosso trabalho fornecem-nos a energia necessária para não desanimar em nossa empreitada; são, pois, o combustível e o incentivo vitais para a superação de quaisquer desafios.

Por outro lado, as mensagens de crítica são igualmente importantes; funcionam como bússolas que nos orientam nessa jornada, possibilitando-nos corrigir eventuais desvios e voltar à trilha da tranquilidade e da certeza.

Tudo isso representa, sem dúvida, uma luta. Segundo as palavras de Bertold Brecht, “Há homens que lutam um dia e são bons, há outros que lutam um ano e são melhores, há os que lutam muitos anos e são muito bons, mas há os que lutam toda a vida e estes são imprescindíveis”.

Na edição de nossas publicações, procuramos ser estes últimos homens. Aperfeiçoar a cada novo dia a qualidade das revistas que estão sob nossa responsabilidade e, para tanto, como sempre enfatizamos, a contribuição de todos vocês é sempre muito bem-vinda e especial.

A todos, o nosso sincero abraço!

II APRESENTAÇÃO

Emerson Felipe Dias Nogueira

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

Assessor Especial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Caros(as) amigos(as),

Iniciamos mais um ano de publicações do Centro de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais. Ao olharmos para trás, temos a certeza de que as escolhas foram acertadas e de que nossas lutas tiveram um excelente propósito. Aprendemos muito no decorrer de todos esses anos, sempre em busca da excelência de nosso trabalho.

Franklin D. Roosevelt certa vez nos falou que “O único homem que nunca comete erros é aquele que nunca faz coisa alguma”. Nunca tivemos medo de ousar; aliás, vale a pena lembrar que o MPMG Jurídico é fruto de um desafio lançado na gestão do então Procurador-Geral de Justiça Jarbas Soares Júnior, com o propósito de levar a membros, servidores e público externo um novo formato na divulgação do saber jurídico: uma revista com informações pontuais, diretas, abrangentes e atuais, dando preferência aos textos que, por sua natureza e concisão, se revelassem mais atraentes a uma gama de leitores cada vez mais exigente.

Nesta edição, apresentamos a vocês artigos com variadas propostas: na Seção Coletivo, procurou-se demonstrar a visão prática da atuação ministerial; na Penal, buscou-se uma abordagem das atualizações legislativas no plano da tipificação penal; nos artigos da Seção Público, predominou-se a veia dogmática. Contamos ainda com nomes que hoje são referência na doutrina nacional, como é o caso de Emerson Garcia e Rodrigo Mazzei. Há ainda a visão crítica trazida pelo texto de Marcelo Elias Sanches sobre as tutelas de urgência e abuso de direito. Por fim, nas informações variadas, cuidou-se de colacionar um material com reflexos e vieses de patente interesse.

Outro ponto forte desta edição foi a seleção de resenha literária e de jurisprudência com tema que foge do lugar comum e revela um segmento do Direito de primeira qualidade.

Por todas essas razões, com certeza vocês desfrutarão esta edição.

Até a próxima!

III CONVITE DA COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prezados(as) Senhores(as),

A Coordenação Editorial reitera o convite para que você também faça parte das nossas publicações como colaborador.

Para isso, você pode enviar os seus artigos ou comentários a fim de que eles sejam publicados em um boletim que, a cada dia que passa, consolida-se como um importante veículo de propagação da cultura jurídica no Brasil e no exterior.

Como sempre lembramos, os textos devem ser redigidos de forma clara, pontual, direta e de fácil compreensão, bem como digitados no formato *Word (Windows)* – versão mais atual – com, aproximadamente, 60 (sessenta) linhas; fonte *Times New Roman*; corpo 10 para o texto principal, corpo 9 para as citações que possuam mais de três linhas, as quais deverão vir destacadas do texto; entrelinhamento simples; parágrafos justificados; recuo de 1,00 para o texto principal e 1,50 cm para as citações; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); utilizando-se da mesma fonte do texto, os títulos em corpo 12, em negrito; e, por fim, a indicação da fonte bibliográfica completa, em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” como nota de rodapé, em corpo 8.

O autor deverá identificar-se e, caso seja da sua vontade, também poderá encaminhar a sua foto 3x4 (ou digital com boa resolução) e titulação correspondente para serem divulgadas junto ao corpo do texto. É necessário ainda fornecer endereço (o qual não será divulgado) para fins de encaminharmos um exemplar do boletim e certificado (ISSN) em que constar a sua contribuição.

Os textos deverão ser enviados, preferencialmente, para o e-mail mpmgjuridico@mp.mg.gov.br, ou para a Coordenação Editorial – Av. Álvares Cabral, nº 1.740, 1º andar, Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30170-916, Belo Horizonte (MG).

Envio de artigos e outras informações:

mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

1 MATÉRIA ESPECIAL

1.1 Teoria crítica do Direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento¹

Gregório Assagra de Almeida

Professor e Coordenador do Curso de Mestrado da Universidade de Itaúna

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito Processual Civil e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Membro da Comissão de Juristas do Ministério da Justiça encarregada de elaborar o Anteprojeto da nova

Lei da Ação Civil Pública (PL nº 5.139/2009)

Coordenador Editorial do MPMG Jurídico

Presidente do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – DE JURE

Autor de vários livros



do Direito não pretende ser inovadora. Sua finalidade é o redirecionamento e até mesmo a reunificação dos esforços e empreitadas que foram realizados em diferentes campos do conhecimento, os quais levam, de modo lento, mas seguro, ao núcleo do pensamento crítico: *adesão ao real, descoberta da verdade pela recusa de negar, distorcer ou omitir a realidade*. Essa ruptura com o senso comum teórico, levada a efeito pela *dialética da participação*, não representa um salto quantitativo *do formalismo ao concretismo, do idealismo ao realismo, do metafísico ao histórico*, mas o longo processo de construção teórica, compõe-se de várias etapas importantes para a formação da *teoria crítica do direito*, sendo que as categorias com que ela trabalha foram constituídas no plano de um contexto interdisciplinar cujo ponto de convergência é uma visão crítica da sociedade. Afirma Coelho que a seleção das vertentes da *teoria crítica do Direito* pode conduzir ao risco da omissão, mas as principais concepções que influenciaram a construção do pensamento jurídico crítico estariam situadas no campo da *epistemologia*, da *semiologia*, da *sociologia* e da *psicanálise*, sem excluir os antecedentes no campo da própria jusfilosofia.³

A *epistemologia crítica* propôs-se responder à necessidade de um novo paradigma, capaz de combater e ultrapassar os obstáculos relativos à objetividade das ciências sociais, de forma a contribuir para a solução dos grandes problemas da humanidade, muitos relacionados a uma neutralidade científica falsa. Assim, como esclarece Luiz Fernando Coelho, a epistemologia passa a constituir a vertente do pensamento crítico em dois momentos. O *primeiro* com o questionamento sobre a pretensão de verdade estabelecida no paradigma neopositivista.⁴ O *segundo* por intermédio da constatação de que o critério da objetividade simplesmente elidia os significados brotados da produção social, que não pudessem ser reduzidos ao plano de uma objetividade empírica ou analítica, *mas não tinha o condão de destruí-la como verdade*.⁵

SUMÁRIO. 1. Teoria crítica do Direito e vertentes do pensamento crítico. 2. Objeto da teoria crítica do direito. 3. A hermenêutica jurídica na teoria crítica do direito. 4. Categorias da teoria crítica do Direito. 5. Teoria crítica do Direito e o acesso à justiça. 6. Um novo conceito sobre o acesso à justiça. 7. O acesso à justiça para além do Judiciário. 8. O acesso à justiça como método de pensamento. 9. O acesso à justiça como paradigma para os modelos explicativos dos direitos e garantias fundamentais consagrados na CF/88. 10. Conclusões finais. 11. Referências bibliográficas.

1. Teoria crítica do Direito e vertentes do pensamento crítico

A *teoria crítica do Direito* é um movimento de pensamento aberto e composto de várias correntes teóricas que têm, como causa comum, a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais.²

Ao escrever sobre as vertentes do pensamento crítico, diz Luiz Fernando Coelho que a *teoria crítica*

¹ Este trabalho foi elaborado e publicado na obra: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. V.1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, PG. 159 - 177.

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 266.

³ Diz ainda COELHO, Luiz Fernando: “É ilusório pretender que as grandes realizações da humanidade sejam produto de súbita invenção, espécie de luz interior a iluminar a consciência e provocando com isso a descoberta da verdade. O acaso a que muitas vezes se atribuem as criações científicas somente o é na aparência, pois o simples fato de estar o cientista engajado num trabalho, que tem seu aspecto prático e o propriamente teórico, voltado para uma tentativa de descoberta ou para elaboração de algo desconhecido, já destrói o fator ‘acaso’, e os espíritos intuidores, que adquirem a capacidade de ‘ver’ fora dos estereótipos metodológicos, não são seres auto-suficientes e muito menos autocriados, mas produzidos por fatores genéticos, socioculturais e ambientais”. (Teoria crítica do Direito, p. 53-55).

⁴ Conclui COELHO, Luiz Fernando: “[...] se a verdade pode ser definida como a correspondência com os fatos, também os fatos podem ser definidos como a correspondência com a verdade, o que é o mesmo que asseverar que a realidade, tal como a concebemos, é contruída pelo saber”.

⁵ Afirma também COELHO, Luiz Fernando: “A epistemologia crítica responde, portanto, no plano objetivo da sociedade como objeto de um

A constatação de que as interações sociais são envolvidas pela *expressão comunicativa* foi fundamental para o pensamento crítico. A dimensão comunicativa do existir humano passou a ser enfatizada pela filosofia contemporânea e, com isso, conferiu à linguagem e à comunicação social espaço privilegiado, causando uma revolução linguística. É o que muito bem ressalta Luiz Fernando Coelho, destacando que a dimensão pragmática do discurso científico produziu efeito na ciência do direito, proporcionando a fundamentação lógica e semiótica da nova hermenêutica das normas jurídicas, abrindo as portas para as concepções contemporâneas da *nova retórica*, tais como a de Perelmann, a *tópica de Viheweg* e a lógica do concreto. Com esta, inicia-se a *teoria crítica do Direito*.⁶

A concepção *psicanalítica* de Sigmund Freud também contribuiu para a formação do pensamento crítico, especialmente em razão de Freud ter ampliado seus estudos para explicar os fenômenos culturais.⁷ Afirma Luiz Fernando Coelho que o pensamento jurídico dogmático tem resistência às concepções de Freud, tendo em vista que a psicanálise releva que a norma jurídica seria um produto da própria natureza humana e não o resultado de uma criação racional. Há, com isso, uma mudança de paradigma epistemológico quanto aos planos da autonomia e da racionalidade do Direito, os quais orientam o pensamento jurídico desde Platão e Sócrates.⁸

A *vertente fenomenológica*, apesar de voltada para uma metafísica que a afasta da realidade, ajudou a ampliar os horizontes do pensamento crítico, seja em razão de ter aberto as portas para uma aproximação ao conceito de

estrutura social, na sua condição de objeto que envolve o sujeito que a ela conhece, seja por ter influenciado a criação das categorias importantes do pensamento crítico, principalmente a conceituação de práxis.⁹

Outras vertentes contribuíram para a construção do pensamento crítico, conforme destaca Luiz Fernando Coelho.¹⁰

A *sociologia da compreensão*, especialmente por força do pensamento de Max Weber, ao estabelecer o conceito de *tipo-ideal* como conceito *histórico-concreto*, contribuiu para a ampliação de novos horizontes ao pensamento crítico.¹¹

A *filosofia marxista* desenvolveu as bases do *neo-humanismo* a partir da concepção que tem o ser humano como a manifestação do ser social. A criação do pensamento teórico-crítico de dimensão social, formado sem preconceitos e dogmas, sofreu forte influência da filosofia marxista. O *marxismo* e a concepção teórico-crítica, dele decorrente, produziram dois resultados fundamentais para o desenvolvimento do pensamento crítico: a) a demonstração de que o mais relevante não é a teoria em si, mas o resultado por ela produzido; b) o esclarecimento ligado à *dialética da participação*, segundo a qual a sociedade não deve ser compreendida como um objeto no sentido positivista, mas como *complexidade, totalidade que se autoinstitui como transdisciplinariedade objetiva*.¹²

A *teoria crítica da sociedade*, desenvolvida pela Escola de Frankfurt, especialmente por força dos estudos de Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor Adorno, Hebert Marcuse e Jürgen Habermas, constitui também uma das grandes vertentes de constituição do pensamento jurídico crítico. A referida escola de pensadores alemães procurou desenvolver estudos críticos em relação às repercussões sociais sobre o modo com que se concebe

saber, à proposta marxiana da undécima tese: 'Os filósofos não fizeram mais do que interpretar o mundo de forma diferente: trata-se, porém, de modificá-lo'. Só que essa modificação exige o engajamento teórico e prático do cientista, sua inserção consciente no seu próprio meio social, sua 'participação'. Muito mais do que a procura de um modelo metodológico ou científico, a pretensão do pensamento crítico é evitar o aprisionamento por quaisquer estereótipos e, assim, abandonar-se ao livre fluir da criatividade. Mais importante do que fazer ciência é conscientizar-se do papel criador e transformador do cientista, tanto na natureza quanto na sociedade. Mais importante do que o padrão metodológico é o projeto político, e mais importante do que a descrição do projeto é a sua realização". (Teoria crítica do Direito, p. 63-64).

⁶ Teoria crítica do Direito, p. 71.

⁷ Acrescenta COELHO, Luiz Fernando: "No universo teórico que procura explicar as origens das instituições sociais, destaca Freud as observações antropológicas que levaram à crença de que a origem dos homens é marcada pelo convívio sob o que se convencionou denominar 'hordas', cada uma delas sob a dominação de um macho violento e ciumento, déspota absoluto e senhor de todas as fêmeas, dono da vida e da morte de seus filhos, vistos como rivais. Estes se revoltam, matam o pai e o devoram. Após o parricídio, arrependem-se, interiorizam o remorso, unem-se fraternalmente e renunciam à posse sobre as mulheres de seu pai. Esta é a origem da exogamia e da proibição do incesto, bem como o início da obediência às leis, a qual apenas a forma de expiar o complexo de culpa pela extinção do pai, uma forma de reconciliação com ele. A identificação é, pois, inicialmente explicada como consequência da expiação, o que, embora antropológicamente questionável à luz de estudos posteriores, vale como interpretação da metáfora. A organização social, as restrições morais e a religião estariam destarte relacionadas com a refeição totêmica, uma repetição e uma comemoração daquele ato horrendo: ao devorar o pai, o filho com ele se identifica e adquire parte de sua força". (Teoria crítica do Direito, p. 72-73).

⁸ Afirma também COELHO, Luiz Fernando: "[...] Freud caracteriza a funcionalidade do social, cria a perplexidade diante do direito e iguala os processos de representação". (Teoria crítica do Direito, p. 78).

⁹ Nesse sentido, COELHO, Luiz Fernando, o qual acrescenta: "Quanto à fenomenologia, dela já se tratou como havendo inspirado alguns conceitos incorporados à noção de categoria crítica como instrumento de um saber prospectivo e construtivo; entretanto, considerando que o caráter de imanência atribuído à dialética, como princípio inerente ao ser social, é outra noção que repercute no conceito de sociedade como estrutura total e dinâmica, a fenomenologia passa a ser vertente da crítica social, pois se trata de elaborações que receberam seus contornos mais nítidos através da fenomenologia". (Teoria crítica do Direito, p. 88 e 95).

¹⁰ Teoria crítica do Direito, p. 87-110.

¹¹ Ressalta COELHO, Luiz Fernando: "É a partir da metodologia da compreensão, com a qual a sociologia se distancia das ciências naturais, que Weber estabelece seu conceito de tipo-ideal ('idealtypus'), entendido não como produto de conceituações generalizadoras, à maneira da tradicional sociologia durkheimiana, mas como 'conceito histórico-concreto', a partir da abstração de particularidades nos fenômenos que estuda". (Teoria crítica do Direito, p. 99-100).

¹² É o que ressalta COELHO, Luiz Fernando, aduzindo também: "[...] dentro do contexto interdisciplinar que as inspirou, as categorias críticas têm no marxismo um ponto de convergência, um denominador comum que vai propiciar a criação de novos conceitos e a modificação de antigos com vistas aos projetos teórico e prático da crítica social. E assim, ele permeia os estudos sobre a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis, o que nos leva a estudar a filosofia marxista ao tratarmos desses temas, naqueles pontos que com ela mais diretamente se relacionam". (Teoria crítica do Direito, 103-104).

e manipula a ciência no âmbito da sociedade capitalista contemporânea.¹³

Contudo, há na doutrina quem destaque alguns momentos na história de expressão do pensamento crítico, especialmente no âmbito da produção acadêmica. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que, especialmente nas décadas de 70 e 80 do século XX, houve significativa manifestação, com produção na área acadêmica, do pensamento crítico, enfatizando a *Critique du Droit*, na França, o movimento *Critical Legal Studies*, nos Estados Unidos e, anteriormente, a Escola de Frankfurt, que lançou na Alemanha as bases para construção de uma teoria crítica.¹⁴ Antonio Carlos Wolkmer também indica a origem filosófica contemporânea da *teoria crítica do Direito* na Escola de Frankfurt.¹⁵ Todavia, Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe apontam que o pensamento crítico contemporâneo teve início nas universidades francesas, na década de 70 do século XX.¹⁶

¹³ É o que esclarece COELHO, Luiz Fernando, acrescentando: “O núcleo de suas teses é o questionamento do axioma positivista da separação entre a ciência e ética e os desastrosos efeitos dessa separação num mundo de tecnologia moderna. Dentro desse espírito, propuseram-se estabelecer as articulações entre o conhecimento dos processos sociais e as investigações empírico-analíticas, com a racional organização do comportamento sociopolítico”. (*Teoria crítica do Direito*, p. 105-106).

¹⁴ Aduz BARROSO, Luís Roberto: “O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos países, notadamente nas décadas de 70 e 80. Na França, a ‘*Critique du Droit*’, influenciada por Althusser, procurou atribuir caráter científico ao Direito, mas uma ciência de base marxista, que seria a única ciência verdadeira. Nos Estados Unidos, os ‘*Critical Legal Studies*’, também sob influência marxista — embora menos explícita — difundiram os fundamentos de sua crença de que ‘*law is politics*’, convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários. Anteriormente, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt lançara algumas das bases da teoria crítica, questionando os postulados positivistas da separação entre ciência e ética, completando a elaboração de duas categorias nucleares — a ideologia e a práxis —, bem como identificando a existência de duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terá sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica”. (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 15-16).

¹⁵ Escreveu WOLKEMER, Antonio Carlos: “Os principais integrantes da Escola de Frankfurt (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas) buscam distanciar-se do marxismo ortodoxo, mas sem deixar de compartilhar metodologicamente do ideário utópico, dialético, crítico, revolucionário e emancipador. Na verdade, a articulação de uma teoria crítica, como categoria e fundamento de legitimação, representada pela Escola de Frankfurt, encontra toda sua inspiração teórica na tradição nacionalista hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretção do materialismo histórico marxista”. (*Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 5).

¹⁶ Afirnam WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos: “O movimento começou nas universidades francesas, na década de 70. Um grupo considerável de professores marxistas, sentindo-se ameaçados em seus cargos acadêmicos, decidiram criar uma associação crítica do Direito e publicar uma revista chamada ‘*Procès*’. No primeiro volume, datado de 1978 (publicado pela editora Maspero) aparece o ‘*Manifesto para uma teoria crítica do Direito*’. Esse trabalho coletivo pretendia questionar as idéias aceitas sobre o Direito em nossa sociedade, assim como ele é ensinado na universidade. Os mais conhecidos representantes dessa associação são Michel Mialle e Antonine Jeammaud. A associação logo se estendeu para a Bélgica, Alemanha, Portugal, Espanha, Inglaterra, tendo, na América Latina, seus principais ecos no México, Brasil, Venezuela e Argentina”. (*Filosofia do direito: uma introdução crítica*, p. 63-64).

Em síntese, a *teoria crítica do Direito* pretende questionar o pensamento jurídico tradicional em vários pontos de suas premissas básicas, tais como a neutralidade, completude, cientificidade e, com isso, destacar o caráter ideológico do Direito, buscando a sua equiparação à Política, dentro de um discurso que, estabelecido com base em uma prática libertária e transformadora, objetiva combater o uso do Direito como técnica e instrumento de manutenção da hegemonia da classe dominante.¹⁷

Como escreve Michel Mialle, a *teoria crítica do Direito* permite não apenas o descobrimento das diferentes dimensões escondidas em relação a uma realidade que se encontra em movimento, mas abre, principalmente, os caminhos para uma nova dimensão: a da *emancipação*.¹⁸

Em uma concepção crítica da doutrina clássica sobre o humanismo abstrato, Joaquín Herrera Flores ressalta a importância de uma filosofia crítica em torno dos direitos humanos como produtos culturais, apontando como benefícios imediatos a movimentação de consciências e a denúncia do horror da tortura, da discriminação, da indiferença diante do ser humano e da destruição ecológica.¹⁹

2. Objeto da teoria crítica do Direito

A *teoria crítica do Direito* tem como principal objeto de suas críticas outras concepções teóricas tradicionais e, nesse contexto, ela procura integrar as seguintes funções: a) *deontológica*,²⁰ palco da preocupação predominante do *jusnaturalismo*; b) *ontológica*,²¹ para onde se volta o *positivismo jurídico*; c) a *fenomenológica*,²² centro de

¹⁷ Nesse sentido, escreve BARROSO, Luís Roberto: “Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou jurista”. (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 13-3).

¹⁸ Afirma também MIALLE, Michel: “Porque, em definitivo, trata-se de saber porque é que dada regra jurídica, e não dada outra, rege dada sociedade, em dado momento. Se a ciência jurídica apenas nos pode dizer como essa regra funciona, ela encontra-se reduzida a uma tecnologia jurídica perfeitamente insatisfatória. Temos direito de exigir mais dessa ciência, ou melhor, de exigir coisa diversa de uma simples descrição de mecanismos”. (*Introdução crítica do direito*, p. 23).

¹⁹ *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, p. 119.

²⁰ A conotação deontológica, como ensinam WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos, decorre da investigação que visa esclarecer os valores supremos em relação aos quais se vincula o direito e dessa função nasce a filosofia do direito como teoria da justiça. (*Filosofia do direito: uma introdução crítica*, p. 40).

²¹ Esclarecem WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos, que a função *ontológica* estuda o ser e a natureza fundamental do direito, com a preocupação de responder à pergunta sobre sua essência. (*Filosofia do direito: uma introdução crítica*, p. 41).

²² Assinalam WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos que a função *fenomenológica* visa pensar o direito enquanto ação na

preocupação do *realismo jurídico*.²³ Essa integração é feita de forma desmistificadora e emancipadora, como próprio da natureza de um pensamento crítico que não se satisfaz com a mera descrição da realidade social ou com a simples interpretação fechada da norma e ou do sistema jurídico.²⁴ Portanto, não se trata de uma concepção teórica pronta e acabada em torno do Direito e do próprio fenômeno jurídico.²⁵

Escrevem Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe que: a) no plano *deontológico*, a *teoria crítica do direito* teria a justiça como uma instância específica da ideologia reinante e, nesta dimensão, visa demonstrar que os problemas de valoração jurídica são opiniões ou crenças de uma visão de mundo da classe dominante; b) no plano *ontológico*, a *teoria crítica do direito* combate a neutralidade gnoseológica do positivismo jurídico para demonstrar o íntimo relacionamento existente entre o saber jurídico e o poder e, ao mesmo tempo, destacar que, apesar das tentativas de controle epistemológico, o conhecimento jurídico está política e ideologicamente determinado; c) no plano *fenomenológico*, a *teoria crítica do direito* defende a possibilidade de uso emancipatório do Direito e renega uma sociologia do direito do tipo positivista, de modo a demonstrar os benefícios de uma abordagem dialética do processo histórico-social do Direito. Como defensores de uma postura crítica em relação ao Direito, Warat e Bastos Pêpe afirmaram que os filósofos do Direito têm o dever moral de denunciar os *graus crescentes de uma injustiça cada vez mais tolerada pela indiferença dos seres homens absorvidos pelo consumo e as trivialidades do dia-a-dia das grandes cidades*.²⁶

3. A hermenêutica jurídica na teoria crítica do Direito

No plano da filosofia da hermenêutica jurídica, a *teoria crítica do Direito* propõe a superação da *dogmática jurídica clássica*, em suas versões *legalista*, *conceptualista*

realidade social. (*Filosofia do direito: uma introdução crítica*, p. 43).

²³ Nesse sentido, WARAT, Luís Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*, p. 45.

²⁴ Nesse sentido, escreveu MIALLE, Michel: “Um pensamento crítico já não pode contentar-se em descrever dado acontecimento social, tal e qual ele se oferece à observação: ele não pode deixar de o reinsserir na totalidade do passado e do futuro da sociedade que o produziu. Desenvolvido assim, em todas as suas dimensões, esse acontecimento perde o caráter chão, unidimensional, que a mera descrição lhe conferia: torna-se preche de todas as determinações que o produziram e de todas as transformações possíveis que podem afectá-lo”. (*Introdução crítica ao direito*, p. 23).

²⁵ Nesse sentido, WARAT, Luís Alberto e PÊPE Albano Marcos Bastos afirmam: “O que se chama de teoria crítica é tão-somente um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias dominantes. Seu objetivo assemelha-se a uma guerra de guerrilhas, isto é, infinitas estratégias teóricas que visam minar os alicerces da fortaleza do dogmatismo jurídico. Um espaço teórico bastante fragmentado, nada monolítico e cheio de promessas. [...] Os discursos críticos do Direito, assim entendidos, estão desvinculados do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica”. (*Filosofia do direito: uma introdução crítica*, p. 65).

²⁶ *Filosofia do direito: uma introdução crítica*, p. 46.

e *analítica*.²⁷ Propõe, também, a superação da *zetética*,²⁸ nas suas dimensões *teleológica*, *sociológica*, *axiológica*, *realista* e *culturalista*.²⁹ Assim, para a teoria crítica, tanto na concepção *dogmática*³⁰ quanto na *zetética*,³¹ o *direito continua sendo instrumento de dominação*.

Como afirmou Antônio Alberto Machado, a *teoria crítica do Direito* objetiva combater o mito da neutralidade do Direito, de modo a demonstrar que a interpretação e a aplicação da lei, realizadas de forma *supostamente* neutra e distante da realidade social, é uma manutenção servil dos interesses das classes superiores, consagrados na

²⁷ Ensina COELHO, Luiz Fernando: “Na *dogmática legalista*, o princípio jurídico dogmatizado é a ‘lei’. A *dogmática conceptualista* procura preservar os conceitos gerais’ subentendidos nas normas positivas de toda espécie e delas racionalmente inferidos. A *dogmática analítica*, por sua vez, identifica o princípio com a vontade do Estado e privilegia a racionalidade dos métodos hermenêuticos para discernimento do princípio jurídico aplicável, não abrindo espaço para a intuição ou quaisquer formas de sentimentalismo. Ocorre, assim, uma dogmatização do método, na medida em que os procedimentos decorrentes da ciência da lógica passam a catalisar a investigação científica no campo das ciências jurídicas, concentradas na análise do direito”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 326-327).

²⁸ Explica COELHO, Luiz Fernando: “A palavra ‘zetética’ vem do grego ‘zetein’ — indagar, pesquisar, perguntar — e, em oposição ao dogmatismo, identifica a busca da verdade mediante o questionamento constante, recusando as respostas prontas e acabadas”. Acrescenta o autor: “Por interpretação, *zetética* é a atitude hermenêutica que preconiza a prevalência do conteúdo da lei sobre o significado aparente das palavras. Envolve, de modo geral, as correntes do pensamento hermenêutico que colocam em primeiro plano o conteúdo social e ideológico do direito. Essas escolas não aceitam acriticamente o princípio jurídico e, algumas com maior intensidade, outras menos, subordinam a lei, o conceito e o método às situações reais e sempre cambiantes da vida social. A tese basilar da atitude *zetética* é que o direito não é imóvel, nem vazio, mas essencialmente mutável, devendo se adaptar às condições sempre renovadas da sociedade. O direito existe para solucionar problemas sociais concretos e não para manter dogmas, teorias e princípios abstratos, afastados da realidade da vida”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 333-334).

²⁹ Explica, novamente, COELHO, Luiz Fernando: “A *zetética teleológica* abrange a *teoria de Ihering* e *jurisprudência de interesses de Heck*. A *sociológica* compreende a escola da livre investigação científica, a *escola do direito livre* e a *escola norte-americana de jurisprudência sociológica*. A *axiológica* reúne as correntes *culturalistas*, *escolas que postulam a prevalência dos valores na experiência jurídica e sua realização nos atos decisórios*. E a *zetética realista* orienta os trabalhos hermenêuticos levando em conta como o direito se apresenta na realidade histórica — como decisão, linguagem ou objeto cultural. Compreende três expressões do *realismo jurídico*: o *psicológico*, o *lingüístico* e o *culturalista*”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 334).

³⁰ Afirma COELHO, Luiz Fernando: “No que tange às escolas de orientação *dogmática*, a crítica revela que, deixando de considerar os aspectos éticos da ordem social e jurídica, garantida e legitimada pelo princípio jurídico, elas na verdade colocam o direito e a jurisprudência a serviço, não da paz, da ordem, da segurança, da liberdade e da justiça, mas das pessoas que se beneficiam de uma ordem social que deve ser mantida e a cujos interesses convém que permaneça inalterada. Isso se dá em detrimento das grandes massas de pessoas alijadas dos benefícios da cultura e da civilização, as quais têm interesse não na manutenção do ‘status quo’, mas em sua transformação no sentido de uma distribuição mais equânime dos bens, pelo menos daqueles considerados essenciais à sobrevivência e à dignidade”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 367).

³¹ Pondera COELHO, Luiz Fernando: “Quanto à hermenêutica de orientação *zetética*, a crítica revela que suas diversas escolas, embora subordinem declaradamente o princípio *dogmático* a considerações sociopolíticas, acabam por reduzir-se a um *dogmatismo* encoberto. Em outras palavras, seus pressupostos são *dogmáticos*, pois nenhuma dessas escolas consegue desligar o direito da ideia de ordem vinculada à estatização da sociedade nem da noção *idealista*, *anacrônica* e evidentemente falsa do Estado como entidade situada acima da ordem social e *neutralmente responsável por ela*”. (*Aulas de introdução ao direito*, p. 367).

norma jurídica. Torna-se, assim, fundamental a estratégia que busca um *pluralismo jurídico* mais democrático, explorando as contradições, fissuras do ordenamento jurídico positivo.³²

Lênio Luiz Streck defende uma *nova crítica do Direito*. Essa nova concepção, diz ele, procura contrapor a experiência, à historicidade e à faticidade e representa um importante passo para a definição do pensamento jurídico como pensamento prático, como pensamento orientado à coisa mesma. A finalidade é contribuir para que o jurista se dê conta de que nas situações da vida existe similitude, porém inexistente identidade. Os traços caracterizadores da situação particular não podem ser desconsiderados por força do caráter *abstrato* da pauta geral.³³ A tarefa de uma *nova crítica do Direito* será a de estabelecer condições para o plano da reflexão jurídica, permitindo a compreensão da crise do Direito e do Direito como crise, de modo a possibilitar a construção de fatores necessários para a sua superação.³⁴

4. Categorias da teoria crítica do Direito

Esclarece Luiz Fernando Coelho que, no plano epistemológico, a *teoria crítica do Direito* possui categorias próprias, as quais não constituem um *a priori* formal ou material e sim estruturas de pensamento que foram construídas para o fenômeno jurídico como seu objeto reflexivo. São, assim, categorias da teoria crítica: *sociedade; ideologia; alienação e práxis*.³⁵ O Direito, assim, passa a ser compreendido em função da sociedade, da ideologia, da alienação e da práxis, diversamente da concepção positivista. Elas não são estudadas como objeto do Direito; este é que é estudado pelo ponto de vista da *sociedade*, da *ideologia*, da *alienação* e da *práxis*. A *sociedade* não é concebida como ordem e progresso, mas como movimento social.³⁶ A *ideologia* é compreendida como uma imagem

manipulada que a sociedade tem sobre ela mesma.³⁷ A *alienação* é o próprio produto da ideologia dominante, configurando-se como situação de inconsciência da grande maioria dos integrantes da sociedade sobre o papel que nela desempenham bem como sobre seus direitos fundamentais.³⁸ Por fim, a *práxis*, apresentada como a dimensão ética da teoria crítica do Direito, seria a união do saber com o fazer, visando, precipuamente, à transformação da realidade social.³⁹

Com efeito, a teoria crítica do Direito, por intermédio de uma visão libertadora e emancipadora, construtiva e prospectiva, propõe a revisão e a superação da hermenêutica jurídica tradicional.

Em relação ao que foi analisado, observa-se que a *teoria crítica do Direito* é uma concepção teórica aberta e flexível. Ela propõe uma visão teórica emancipadora, livre de preconceitos ou de barreiras artificiais da racionalidade, bem como uma práxis transformadora da realidade social. Teoria e práxis são compreendidas em conjunto. A *dialética da participação* é sua proposta metodológica, a qual exige uma interação interdisciplinar efetiva, que tenha o condão de abranger várias dimensões teóricas num compromisso não só de compreender e interpretar, mas principalmente de compreender e interpretar para transformar a realidade.⁴⁰

movimentos sociais de grupos marginalizados que tendem à ascensão social, em conflito com indivíduos e grupos que tendem à manutenção do 'status quo'. (Aulas de introdução ao direito, p. 384).

³² COELHO, Luiz Fernando: “A ideologia é a imagem que a sociedade projeta dela mesma e dos indivíduos e agrupamentos que a integram, imagem geralmente inconsciente, manipulada por meio dos instrumentos de que dispõem os segmentos dominantes, no sentido de induzir comportamentos que atendam a seus interesses. Entre esses instrumentos, destacam-se a mídia, a educação e a indústria cultural”. *Aulas de introdução ao direito*, p. 384.

³³ COELHO, Luiz Fernando: “A alienação é o produto da ideologia, e significa a inconsciência dos membros da coletividade acerca do papel que realmente desempenham na sociedade. Ou seja, existem atitudes, crenças e comportamentos induzidos pela ideologia e aceitos como legítimos, mas que ocultam e dissimulam a atuação verdadeira; por exemplo, o representante político que se diz defensor do povo, mas que na verdade defende interesses particulares, ou o advogado que se julga honesto defensor de seus clientes, mas que se vale da corrupção e da mentira, o industrial que se julga criador de empregos e riqueza do país, mas que contribui para a miséria de populações inteiras na medida em que polui os rios e se entrega a práticas oligopolistas, e o magistrado ‘dogmático’ que se declara defensor das leis, em nome da certeza jurídica e da segurança jurídica, e ao mesmo tempo ignora as exigências da justiça material e os valores mais altos que pairam acima das leis, o juiz que se isola em sua solidão e não se mistura com o povo, em nome de falsa neutralidade ideológica”. *Aulas de introdução ao direito*, p. 384-5).

³⁴ COELHO, Luiz Fernando: “Finalmente, a práxis é a união entre o saber e o fazer. Equivale à dimensão ética da teoria crítica e importa a irrenunciável tarefa de engajamento político do jurista na defesa dos direitos fundamentais do homem, como ser humano e como cidadão, e a utilização das expressões históricas do direito para construção e reconstrução da sociedade e do próprio direito como justiça”. *Aulas de introdução ao direito*, p. 385).

⁴⁰ Nesse sentido, COELHO, Luiz Fernando: “[...] a dialética da participação exige a elaboração de categorias que só ganham sentido enquanto instrumentos de uma realidade histórica concreta, a qual por sua vez também só ganha sentido quando assumida pelos agentes envolvidos, de modo consciente, na práxis transformadora: ou seja, as categorias elaboradas por essa dialética da transformação não são apenas intérpretes da realidade, mas indicadoras de uma estratégia política que catalisa o saber articulado com o fazer. São as categorias do pensamento crítico, ou ‘categorias críticas’. *(Teoria crítica do Direito, p. 45-46).*

³² Acrescenta MACHADO, Antônio Alberto: “O conhecimento crítico do direito supõe, naturalmente, um saber anti-dogmático em concreto diálogo com as determinantes sociais desse fenômeno. Portanto, o pensamento crítico parte da constatação de que o idealismo jurídico do universo teórico tradicional, limitado pelo conhecimento lógico-formal e meramente descritivo de normas e instituições, tal como positivadas pelo legislador racional, jamais responderá às necessidades empírico-dialéticas de um direito articulado com a base material da sociedade e concebido como instrumento de sua transformação”. *(Ministério Público, democracia e ensino jurídico, p. 67).*

³³ *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 287-288.

³⁴ Diz STRECK, Lênio Luiz: “[...] Esse processo implica a fusão de horizontes entre o novo (tornado visível ‘como’ novo — o Estado Democrático de Direito e seu perfil transformador) e o velho (compreendido ‘como’ velho, a partir do dar-se conta das crises de paradigmas antes delineadas). A crise ocorre exatamente nessa transição: o velho não morre, e o novo não nasce; o velho obnubila o novo, pois!”. *(Jurisdição constitucional e hermenêutica, p. 873).*

³⁵ Assim, afirma COELHO, Luiz Fernando: “São significantes que se reportam a seus referenciais semânticos — a sociedade, a ideologia, a alienação e a práxis —, mas que ao mesmo tempo constituem pontos de vista especiais, instrumentos para pensar o direito. Daí a denominação categorias do pensamento crítico ou ‘categorias críticas’”. *(Aulas de introdução ao direito, p. 384).*

³⁶ COELHO, Luiz Fernando: “A sociedade é vista não como ordem e progresso, mas como movimento social, ou seja, organização dos

A partir da *teoria crítica do Direito* como uma das diretrizes reflexivas, propôs-se uma nova leitura constitucional, superadora de uma visão clássica em torno da *summa divisio* *Direito Público e Direito Privado*, que não corresponde ao Estado Democrático de Direito brasileiro e, por ainda prevalecer, tem impedido a transformação da realidade social.⁴¹

Há, dentre outros, quatro grandes fundamentos que negam a *summa divisio clássica*. *Primeiro* por ela, partir de uma visão autoritária, impor privilégios ao poder público, contrariamente aos direitos e interesses individuais e coletivos. *Segundo* porque a *summa divisio* clássica pressupõe, pelo menos em tese, a separação entre o Estado e a Sociedade, dualismo esse incompatível com a concepção de Estado Democrático de Direito, pois todo poder emana do povo e em seu nome deverá ser exercido (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Na verdade, o Estado Democrático de Direito é a dimensão organizacional da própria sociedade. *Terceiro* porque, em uma concepção crítica, de dimensão transformadora, e na concepção do novo constitucionalismo, não basta o reconhecimento do Direito; torna-se fundamental também a sua proteção e efetivação concreta. Portanto, são imprescindíveis a compreensão e o enquadramento metodológico do Direito no plano de sua proteção e de sua efetivação, não sendo suficiente a natureza jurídica ou a qualidade de parte como parâmetros de enquadramento metodológico. *Quarto* porque, no caso precisamente do Brasil, a Constituição Federal consagrou expressamente uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada: *Direito Coletivo e Direito Individual*, inserindo-a no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88), que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, e, por isso, impõe as verdadeiras diretrizes para enquadramento metodológico dos modelos explicativos do sistema jurídico.

Não é de admitir, portanto, qualquer concepção fechada que não faça da Constituição um constituinte transformador da realidade social. Da mesma forma, não podem ser aceitas concepções fechadas que têm o Direito como mera técnica ou como mera técnica de dominação. O Direito é instrumento de transformação com justiça da realidade social e, como tal, deve ser compreendido. O Direito é ciência e não mera técnica jurídica.

O Direito como mera técnica de manutenção do poder não tem, como muito bem enfatizou Rosa Maria de Andrade Nery, compromisso com o ser humano, nem com os seus valores, como aconteceu com o massacre humanitário provocado pelo nazismo alemão, no qual havia técnica jurídica, mas não havia valores, nem a

identificação do Direito como ciência.⁴²

5. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça

O enfoque sobre o acesso à justiça *como movimento de pensamento* constitui atualmente um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, que ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social.

Não há como pensar no Direito, hoje, sem pensar no acesso a uma ordem jurídica adequada e justa. Direito sem efetividade não tem sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à justiça, que é o mais fundamental dos direitos, pois dele, como manifestaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁴³ é que depende a viabilização dos demais direitos. Com efeito, a problemática do acesso à justiça é, atualmente, a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do Direito.

6. Um novo conceito sobre o acesso à justiça

O estudo do acesso à justiça pressupõe a compreensão dos problemas sociais. Não é mais aceitável o enfoque meramente dogmático-formalista. Cappelletti, um dos estudiosos mais autorizados a falar sobre a matéria, esclarece que o dogmatismo jurídico é uma forma degenerativa do positivismo jurídico, que conduziu a uma simplificação irrealística do próprio Direito ao seu aspecto normativo, deixando de lado outros valores não menos importantes, relacionados aos sujeitos, às instituições, aos procedimentos, aos deveres e às responsabilidades das partes, dos juízes e dos próprios juristas.⁴⁴

A atenção dos juristas, antes voltada para a ordem normativa, hoje somente tem sentido se também direcionada para a realidade social em que essa ordem normativa está inserida,⁴⁵ está voltada para a efetividade

⁴² Acrescenta ANDRADE NERY, Rosa Maria de: “A estrutura técnico-normativa do Estado nazista autorizava muitas das condutas hoje identificadas como repugnantes e aviltantes do homem e de sua dignidade. A estrutura técnico-normativa do nazismo era técnica, mas não científica”. (Noções preliminares de Direito Civil, p. 22-23).

⁴³ Acesso à justiça, p. 11-2.

⁴⁴ Concluiu CAPPELLETTI, Mauro: “Nesta imposição formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do ‘resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado’, com a ‘doutrina do silogismo judicial segundo a qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo [...]’. Não menos importante é o fato de que nesta imposição formalística, acaba por haver uma identificação do direito positivo com a justiça, ou seja, que é o mesmo, uma recusa de avaliar o direito positivo tendo como base os critérios de justiça, sociais, éticos, políticos, econômicos”. (O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. Revista de processo, n. 61, p. 144).

⁴⁵ Nesse sentido, BERIZONCE, Roberto Omar. *Efectivo acceso a la justicia: prólogo de Mauro Cappelletti*, p. 11.

⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de: “[...] o modelo da *summa divisio* clássica *Direito Público e Direito Privado*, que ganhou corpo no Estado Absolutista e se consagrou no Estado Liberal de Direito, é atualmente um dos principais obstáculos ao combate à pobreza e às desigualdades sociais”. (Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 415).

dos direitos, principalmente para os direitos constitucionais fundamentais.

Assinala Roberto Omar Berizonce que a transformação do pensamento jurídico passa, fundamentalmente, por duas vertentes: a) *uma renovação metodológica*, caracterizada pela utilização da investigação sociológica e análise histórico-comparativa dos estudos dos problemas e, sobremaneira, pelas propostas de soluções de política legislativa; b) a concepção do ordenamento jurídico como um verdadeiro *instrumento de transformação social*, visão esta superadora das tradicionais missões de proteção e sanção.⁴⁶

Novamente Cappelletti ressalta que o aspecto normativo do Direito não é renegado, mas visto como um dos elementos em relação aos quais devem ser observadas em primeiro plano as pessoas, as instituições e os processos, pois é por intermédio deles que o Direito vive, forma-se, desenvolve-se e impõe-se.⁴⁷

Cappelletti chega a propor, para substituir a *concessão unidimensional*, limitada à análise da norma, uma *concessão tridimensional do Direito e da sua análise*, que constitui: a) a análise do *problema da necessidade social* que um determinado setor do Direito deverá resolver; b) a análise da *resposta* ou *solução* prevista para a hipótese no plano normativo, no institucional e no processual; c) a análise crítica dos *resultados*, dentro do plano social *lato sensu* (econômico, político etc.), que deverão ser produzidos, concretamente, no âmbito da sociedade.⁴⁸

7. O acesso à justiça para além do Judiciário

Essa visão de acesso à justiça não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o Ministério Público, a Arbitragem, a Defensoria Pública etc. Até no plano jurisdicional, o direito de acesso à justiça não é só o

⁴⁶ *Efectivo acceso a la justicia: prólogo de Mauro Cappelletti*, p. 11-2.

⁴⁷ Acrescenta CAPPELLETTI, Mauro: “*Em outras palavras, o direito é visto não como um sistema separado, autónomo, auto-suficiente, ‘auto-poético’, mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política: se afirma, assim, aquilo que foi chamada a Concessão ‘Contextual’ do direito. Para dar um exemplo, não há mais sentido estudar, ou conceber ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos: estes vão integrar, afirmo, na visão de alguns destes atores (partes, juiz, testemunhas etc), das instituições e dos procedimentos examinados sob os aspectos sociais, éticos, culturais, económicos, a ‘acessibilidade’, em suma, do fenómeno processual ao indivíduo, aos grupos, e à sociedade.*” (Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de processo*, n. 61, p. 146).

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro: “*A análise do jurista torna-se, desta forma, extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística; essa não se limita mais a acertar, por exemplo, que para promover o início de um processo ou para levantar uma impugnação, se devam observar certos procedimentos formais, mais implica, em outras palavras, em uma análise do ‘tempo’, necessário para obter o resultado desejado, dos ‘custos’ a afrontar, das ‘dificuldades’ também psicológicas a superar, dos ‘benefícios’ obtidos, etc.*” (Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de processo*, n. 61, p. 146).

direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas também o direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). A decisão que se projeta para fora, atingindo as pessoas, como resultado da prestação jurisdicional, deverá ser constitucionalmente adequada e justa.⁴⁹

8. O acesso à justiça como método de pensamento

A concepção democrática do Direito impõe a união entre teoria e práxis, entre teoria e resultado, entre Direito e sua efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para esse binômio: Direito-efetividade.

A própria *ciência jurídica* é atualmente concebida como uma *ciência prática*, voltada para casos concretos, e abrange as três dimensões da dogmática jurídica: a *analítica*, a *empírica* e a *normativa*. A conjugação dessas três dimensões revela o caráter integrativo e pluridimensional da ciência jurídica como ciência prática, que se desenvolve para a resolução de casos reais. Nesse sentido, Robert Alexy afirma que, por mais abstratos que possam ser as teorias ou os enunciados da ciência jurídica, eles estão sempre ligados à solução de casos, mais precisamente à fundamentação de juízos jurídicos concretos do dever-ser.⁵⁰

A *velha hermenêutica*, que tinha a *interpretação não-valorativa da lei* como a essência relativa à aplicação do Direito, é superada pela *nova hermenêutica constitucional*, cuja construção tem início após a Segunda Grande Guerra Mundial. Na *nova hermenêutica*, afirma Paulo Bonavides, *concretizam-se preceitos constitucionais*, de modo criativo, com a ponderação de valores, especialmente no plano dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, em relação aos quais a aplicabilidade imediata e a eficácia irradiante vinculatória geral são uns dos seus traços característicos.⁵¹

Por outro lado, o *pensamento sistemático*, construído

⁴⁹ A respeito da importância da justiça do caso concreto e sustentando a ideia do formalismo-valorativo com uma nova fase do direito processual, escreveu com precisão OLIVEIRA, Carlos Alberto de: “*O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual.*” (Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, p. 3).

⁵⁰ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 33.

⁵¹ Explica BONAVIDES, Paulo: “*(...) na Velha Hermenêutica ‘interpretava-se’ a lei, e a lei era tudo, e dela todo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, ‘concretiza-se’ o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete diante da consideração de princípios, que são as categorias por excelência do sistema constitucional.*” (Curso de direito constitucional, 18. ed., p. 633).

e desenvolvido pelo *positivismo legalista*, tornou-se o principal responsável pela elaboração de modelos classificatórios ou de enquadramento teórico meramente abstratos, fechados, autossuficientes, dentro dos quais não havia preocupação com a efetividade dos direitos ou com a realidade social e concreta. Atualmente, passa-se por um momento em que devem ser considerados também os problemas, as situações concretas e, fundamentalmente, o plano da proteção e da efetivação dos direitos, como condições legitimantes do próprio Direito. O período atual é de transição, de mudança de paradigma e nele assume relevância extraordinária o *pensamento problemático* que vê o Direito também como problema. Theodor Viehweg foi um dos grandes responsáveis pelo início da virada de paradigmática quando revisitou, com sua inserção no contexto da era atual, a tópica como técnica do pensamento que se orienta para o problema.⁵²

9. O acesso à justiça como paradigma para os modelos explicativos dos direitos e garantias fundamentais consagrados na CF/88

Essas mudanças de paradigma encontram amparo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e exigem novos modelos explicativos de enquadramento metodológico que levem em conta o Direito não só em relação ao que ele é mas como ele *deve ser* para transformar a realidade social, como compromisso central do Direito e do próprio Estado Democrático de Direito. É fundamental a consideração da teoria e da práxis, para que haja uma relação legítima e adequada de correspondência entre elas.

Na esteira desse raciocínio, defendeu-se um novo modelo explicativo, tomando em consideração duas das principais dimensões da nova concepção em torno do Direito no contexto do Estado Democrático: a) a dimensão da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no País, especialmente a diretriz constante no capítulo I do Título II da CF/88, que consagra uma nova *summa divisio*; b) a dimensão da proteção e da efetivação dos direitos, de forma que a proteção será ao Direito Individual ou ao Direito Coletivo.⁵³

No plano do Direito Processual, só existem dois

⁵² Escreveu VIEHWEG, Theodor: “Aristóteles introduziu em seu próprio trabalho filosófico o estilo mental dos sofistas e dos retóricos, sobretudo quando teve que tratar de uma minuciosa discussão de problemas. As investigações sobre as aporias no livro terceiro da *Metafísica* são um bom exemplo disso. Nasceu assim seu famoso método de trabalho aporético (1), que é exemplar para a filosofia moderna (24). O termo *aporia* designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina ‘dubitarior’. (2). A tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não se ficar preso, sem saída. É portanto uma técnica do pensamento problemático”. (*Tópica e jurisprudência*, p. 33).

⁵³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 280-287.

tipos de processos: processo de tutela jurídica de direito individual e processo de tutela jurídica de direito coletivo. Em verdade, isso ocorre porque somente existem dois grandes blocos do Direito: Direito Individual e Direito Coletivo.

Ora, se as formas e os meios de proteção e de efetivação dos Direitos são coletivas ou são individuais, impõe-se um novo modelo de *summa divisio* superador do modelo clássico *Direito Público e Direito Privado*, o qual não leva em conta o plano da proteção ou da efetivação do Direito, mas outros valores que não são legítimos para um sistema constitucional democrático e servem apenas como bloqueio na construção de novos modelos que possibilitem ao Direito tornar-se realmente instrumento de transformação da realidade social.

Norberto Bobbio dizia que não adianta só reconhecer direitos ou declará-los formalmente. O mais importante atualmente é definir como efetivá-los, como garanti-los, evitando que sejam violados continuamente.⁵⁴ Essa efetivação constitui a problemática do acesso à justiça, novo método de pensamento que confere à ciência jurídica uma nova dimensão conceitual e impõe uma revisão completa nos modelos clássicos de enquadramento conceitual e metodológico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e efetivação dos direitos, ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXX), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais, individuais e especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII, e art. 129, III, etc.), e também ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, § 1º).

A *aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais* é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais quanto aos coletivos.

Consideraram-se essas diretrizes na sistematização da nova *summa divisio*, bem como na fixação das regras e princípios de interpretação e aplicação do Direito Material Coletivo, em suas diversas dimensões.⁵⁵

A exigência de efetividade dos Direitos é diretriz

⁵⁴ Disse BOBBIO, Norberto: “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (...)”. (*A era dos direitos*, p. 25).

⁵⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 284-7.

que traça o espírito da CF/88; sua incidência alcança todos os planos do exercício do poder. A exigência de *eficiência* da administração pública, na condição de princípio da administração pública (art. 37, *caput*, da CF/88), decorre dessa visão principiológica em torno da efetividade dos direitos.

A própria compreensão da Constituição somente tem sentido se for levado em consideração o plano da sua aplicação. Pela nova hermenêutica constitucional, fala-se em interpretação-concreção da Constituição como lei fundamental. Portanto, o verdadeiro sentido da Constituição prende-se à sua concretização.⁵⁶

A discussão atual em torno da proteção e da efetivação dos direitos, propondo a implantação de novas formas, novos meios de solução de conflitos, é realmente o ponto mais importante para fazer do Direito instrumento legítimo de transformação com justiça da realidade social. São insuficientes somente a interpretação constitucional e a formulação de novas diretrizes teóricas. Os resultados concretos e a explicitação de meios e canais são essenciais para a realização dos compromissos assumidos no pacto constitucional, que depende de uma visão crítica, como afirmou Konrad Hesse.⁵⁷

Por outro lado, a superação da discussão em torno dos pontos de tensão entre segurança jurídica e efetividade deve ocorrer por uma pauta de análise que leve em conta, acima de tudo, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais,⁵⁸ principalmente aqueles que compõem as necessidades humanas básicas.⁵⁹

⁵⁶ Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz: “A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das significações. Por isso, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é — parafraseando Radbruch — ‘o resultado do seu resultado’, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que ‘cercam’ desde sempre o intérprete”. (Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte, p. 541).

⁵⁷ Ressaltou HESSE, Konrad: “[...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado”. (*A força normativa da Constituição*, p. 27).

⁵⁸ Para OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, estamos agora um quarta-fase do direito processual, a do formalismo-valorativo, onde o processo: “[...] é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o segurança, dão lugar a direitos humanos, com características de normas principais. A técnica passa segundo plano, como mero meio para atingir o valor”. (*Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*, p. 3).

⁵⁹ GUSTIN, Miracy B. S.: “Afirma-se, de antemão, que as necessidades humanas básicas diferem dos interesses e desejos. Enquanto as necessidades parecem referir-se aos constrangimentos à obtenção ou ao atingimento de objetivos ou fins específicos que são geralmente aceitos como naturais e/ou morais, os interesses e desejos dizem respeito à esfera precípua da volição. Portanto, justificam-se em razão de fins individuais, contrariamente às

10. Conclusões

I. A *teoria crítica do Direito* é um movimento de pensamento compartilhado por várias correntes teóricas que possuem como causa comum a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou que possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais.

II. O enfoque sobre o acesso à justiça *como movimento de pensamento* a partir da teoria crítica do direito constitui, atualmente, um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, permitindo a análise do Direito, especialmente dos direitos fundamentais, no plano da sua efetivação, o que é fator imprescindível para a mudança da realidade social, especialmente para atender, no caso do Brasil, que ainda não passou por uma transformação social, as diretrizes fixadas no art. 3º da CF/88.

III. Nesse contexto, o acesso à justiça deve ser concebido e compreendido nos dois planos do Direito: o plano dos direitos individuais e o plano dos direitos coletivos, conforme exigência da teoria dos direitos e garantias fundamentais adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I).

11. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Noções preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BERIZONCE, Roberto O. *Efectivo acceso a la justicia: prólogo de Mauro Cappelletti*. La Prata: Librería Editora Platense, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., rev., _____ *necessidades, que são generalizantes*. (Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito, p. 9).

amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução Nelson Renato Palaia Ribeiro Campos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-159, 1977.

_____. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 144-160, 1991.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.

GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MACHADO, Antonio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica do direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

WOLKEMR, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

2. ENTREVISTA

2.1 Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota

Fotos: Alex Lanza

A entrevistada desta edição é portuguesa, de Coimbra, professora, especialista em educação para o consumo e em segurança alimentar e uma das maiores defensoras do direito do consumidor do mundo. Co-fundadora da Sociedade Portuguesa de Direito do Consumo e da Associação de Consumidores de Portugal e autora dos livros “A educação para o consumo: sua projeção interdisciplinar” e “O regime da segurança alimentar na União Europeia”.

Ângela Maria Frota proferiu a palestra “O marketing e a publicidade dirigido às crianças e aos jovens” durante a Jornada Internacional do Direito do Consumidor, promovida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf) em agosto de 2009, na sede da Procuradoria Geral de Justiça.

Nessa entrevista, ela fala sobre a importância da educação na formação do consumidor, em especial das crianças e adolescentes e explica como as pessoas podem e devem adquirir uma consciência crítica no momento de receber informações publicitárias

MPMG Jurídico: A senhora tem denunciado, em palestras em todo o mundo, a vulnerabilidade das crianças e adolescentes em relação à publicidade. O que fazer para que elas não sejam alvo desse marketing do consumo?

Ângela Maria Frota: A Europa tem tido uma preocupação em legislar no sentido de haver uma maior proteção às crianças e adolescentes. Isso já está mais ou menos definido. Acontece que não há, nos 27 países da União Europeia, uma uniformização



de critérios. Se há algumas umas sociedades como a da Suécia, que proíbe toda e qualquer publicidade dirigida às crianças de até 12 anos, é evidente que esta sociedade tem uma proteção diferente. E mais: tem uma educação diferente em suas escolas. Enquanto os países, os poderes públicos não se convencerem de que proteção só se consegue com educação nós estaremos desprotegidos. Porque as nossas crianças vão ser um brinquedo nas mãos dessa selva em que se vive. Os agentes econômicos querem as almas e o dinheiro das criancinhas. Crianças muito pequeninas já têm poder de compra, já conduzem seu próprio crer na compra disso ou daquilo. Isso é impressionante! Além do mais, nós temos as compras via *Internet*. E hoje qualquer criança vai à *internet* e chega aonde quer, o que é outro drama.

MPMG Jur: No Brasil, algumas escolas já cortaram os refrigerantes na hora da merenda e em breve terão que cumprir uma lei federal que exige uma merenda mais saudável. Isso vai influenciar positivamente a postura de consumidor das crianças?

AMF: Isso é um bom começo e é bom que se faça. Mas não temos somente que proibir, mas sim explicar o porquê antes de retirar os refrigerantes e guloseimas da merenda das crianças. Porque a criança tem poder de compra e ela muitas vezes sai da escola para adquirir o produto. Se ela não tem sentido crítico, se não conseguir interiorizar que aquilo é um mal para a saúde, ela vai continuar consumindo. Como ela não tem a noção exata de que aquilo a prejudica, ela vai comprar os produtos fora da escola. Como é que se resolve o problema? Mostrando às pessoas que o caminho tem que ser outro e tem que começar quando se é pequenino, porque os adultos dificilmente mudam. Por isso, só com a educação para o consumo vamos conseguir combater isso e também com limitações muito sérias à publicidade, essencialmente ao *marketing*, a ciência altamente evoluída voltada para o lucro.

MPMG Jur: Como os consumidores devem ser preparados no sentido de ser ter uma consciência crítica para receber a informação publicitária e identificá-la como tal?

AMF: Há países como a Espanha que já tem escolas fazendo uma primeira grande preparação do professor. Porque sem uma sensibilização, sem se dar ao professor conhecimentos aprofundados das temáticas, o professor não tem capacidade por si só, porque ele também é um desprotegido. A Espanha tem manuais, que depois da preparação dada aos professores, são fornecidos para lidarem com todas as

problemáticas ligadas ao consumo e também com a publicidade. E esse trabalho começa no jardim da infância. É a maior preocupação que nós temos. Nenhum consumidor tem sentido crítico se não tiver educação. E quando se começa a educação para o consumo nas escolas na tenra idade, estamos a educar também os agentes econômicos. E o agente econômico do futuro será diferente do atual. Até porque o agente econômico não tem muitas vezes a noção de que, ao lançar e ao ter determinadas atitudes no mercado, ele também está a condenar a si próprio. Então, só com educação para o consumo é possível proteger a sociedade, não há outra possibilidade.

E não adianta chegar e passar as informações em palestras isoladas, porque os adultos não mudam com facilidade. Mas agora temos a noção de que, quando na escola se começa este tipo de educação, as crianças vão para casa e modificam a maneira de atuar de seu ambiente familiar. E isso é fundamental que se faça. Todos os países que no pós-guerra já tinham começado - no fim do século XIX, princípio do século XX - a apostar na educação a sério, em todos os níveis, desde o nascimento até a morte, esses países, com crise ou sem ela, viram sempre as suas economias subir. Quando a educação não existe, não há volta e os poderes públicos fazem o que querem.

MPMG Jur: O nosso Código de Defesa do Consumidor completa quase 20 anos de existência. Na sua opinião, ele tem cumprido o papel constitucional para o qual foi destinado ou seria necessário uma ampla revisão de suas bases?

AMF: O Código brasileiro é, na verdade, o motor de todo desenvolvimento da promoção dos interesses na vertente de informação ao consumidor. Já não tanto, apesar de episódicas manifestações no domínio da educação pré-consumo, mas é sobretudo o instrumento mais valioso no que se refere à proteção dos direitos do consumidor.

Não se pode dizer que o Código tenha produzido os mesmos efeitos em todos os Estados. Apesar dos mais de 5.000 municípios brasileiros, o crescimento do número de PROCON's ainda hoje não atinge senão um número da ordem dos 600, o que é ainda manifestamente insuficiente. Todavia, pela ação conseqüente do Ministério Público, com oscilações e gradações de Estado para Estado, vemos que este órgão assumiu esse papel com plena consciência de que era indispensável desenvolver uma cultura distinta no quadro da cidadania.

Sempre se entendeu que, devido às várias investidas que o Código sofrera durante a sua elaboração, em um eventual processo de revisão poderiam os seus inimigos aproveitarem o fato para o descaracterizar, o desvirtuar. Nós não somos dessa opinião. Nós entendemos que, mesmo sem alterar Código, seria, no Brasil, indispensável encarar a feitura

Nenhum consumidor tem sentido crítico se não tiver educação. E quando se começa a educação para o consumo nas escolas na tenra idade, estamos a educar também os agentes econômicos.

de um Código de contratos de consumo, porque há muitos contratos típicos de consumo que não estão regulados no Brasil.

Embora não haja um código europeu, embora haja um número muito restrito de códigos na Europa, todos eles surgidos depois da iniciativa havida no Brasil, o certo é que, por meio de autênticos instrumentos normativos provenientes da União Europeia, passou a haver uma multiplicidade de diretivas que têm um objetivo: regular cada

uma daquelas espécies típicas de contratos que, afinal, são importantes no dia-a-dia dos consumidores. Vale dizer: a Europa tem instrumentos dispersos que procuram responder às exigências do dia-a-dia, de forma atual e atuante.

O direito do consumidor, por exemplo, que se aplica na Alemanha, tem uma eficácia e uma efetividade diferentes da que se aplica na Eslovênia, na Estônia, no Chipre, na Romênia e na Bulgária. O fato é que nós temos esse acervo de regras dispersas, mas atuais.

Eu não sei se isso pode fazer alguma diferença. Aquilo que eu sei em relação ao Brasil é que o Código foi extraordinário. E que pode bem servir de elemento de referência para uma atualização do Direito, uma interpretação atualizada feita pelos Tribunais de Justiça. Porque o Código tem que ser iluminado pelas situações que ocorrem no dia-a-dia. Os tribunais têm que ser chamados a se pronunciar sobre as diferentes espécies de fato que são resultado de conflitos e esses conflitos têm que ser pacificados. E são as decisões dos tribunais que iluminam o código, lhe dão cor, lhe dão tom e lhe dão efetivamente consistência.

MPMG Jur: Como a sociedade civil brasileira pode dar a sua contribuição para a defesa do consumidor?

AMF: Nós precisávamos, em bom rigor, para além de estruturas tímidas, estruturas mais sérias que atuassem no combate de situações nas quais há o que censurar. O Brasil tem no terreno instituições que de algum modo podem servir a esses objetivos. Mas quando eu me dou conta que uma instituição com a seriedade do IDEC tem à sua frente uma mulher de armas, como é a engenheira Maria Helena Lazzarin, e ao cabo de todos esses anos só tem 3 mil associados. Isso significa que, apesar do esforço que ali se desenvolveu, a sociedade civil brasileira está de costas voltadas para uma instituição que tem sido um baluarte na defesa de todos eles.

E eu entendo que a sociedade não pode e não deve ser ingrata. A sociedade tem que amparar aquelas instituições que norteiam a sua atividade pela probidade, pela verticalidade, pelas regras da lealdade, em suma, pela transparência. Ao passo que há outras entidades que, usando de artifícios, de sugestões e de angústias, travestem-se de associações quando

são verdadeiras empresas, fundadas no lucro, nas vantagens lícitamente conseguidas porque dão aos consumidores a impressão de que estão a seu serviço, de que vivem de modo apaixonado e ideal. Mas eles não querem resolver os problemas da alma do consumidor nem os problemas da bolsa. O que querem é ficar com a bolsa dos consumidores. E os consumidores refletem aí uma ausência de espírito crítico, quando se deixam levar, por exemplo, subscrevendo a assinatura para recebimento de uma revista que não é originária de uma associação de consumidores, mas de uma empresa que com uma associação se quer confundir. O mesmo fenômeno se passa na Europa. E nós entendemos que isso será um desvirtuamento.

São autênticos vendilhões do templo que têm que ser expulsos. A sociedade não pode compactuar com este estilo de comportamento. No fundo, estão a usar as mesmas armas das empresas que se baseiam no mercado, para ferir, para agredir, para ofender o estatuto do consumidor, bem como usam do *marketing* agressivo para tirar proveito da ignorância do consumidor. E o consumidor fica todo satisfeito quando, em troca de uma assinatura, que é decerto cara e onerosa, recebe um brinde, quantas vezes sem qualquer préstimo, brindes que vem do sudeste asiático, ao preço de banana, e que não representam verdadeiramente nada. E não há ofensa maior do que ferir a dignidade do consumidor.

E essa é uma forma pelas quais se fere a dignidade do consumidor. E depois os consumidores se veem vítimas de atropelos dessa ordem e procuram reivindicar em sítios da internet com rol de reclamações. Mas nem todo mundo tem acesso à internet ou nem sabe quais são os melhores sítios para se mostrarem informados sobre esse particular. E isso nós temos que combater não só em relação àqueles que se querem fazer passar por associação de consumidores quando não são, como também todos àqueles que de forma ajuramentada violam, agridem e violentam a carta de direitos de cada um e de todos.

MPMG Jur: Então, em relação à articulação e organização para a defesa dos direitos dos consumidores, a senhora considera que sociedade brasileira encontra-se em fase embrionária ou já está em ascendência?

AMF: Não acredito que esteja numa ascendência. O que nós precisamos em primeiro lugar é apostar decisivamente na educação pró-consumo. A ilustre Procuradora Doutora Valéria Dupin falou aqui de algumas iniciativas, mas essas iniciativas têm expressão no plano extracurricular, no plano circunscular, e nós precisamos

que as matérias ligadas à educação pró-consumo, que são extensas, figurem nos planos curriculares. Não é criar, como algumas personalidades afirmam, uma disciplina a mais. Não! É inserir transversalmente em todas as disciplinas matérias que permitam ao consumidor perceber o mercado, apreender a razão de ser do mercado e seu funcionamento e, portanto, poder resistir sistematicamente às ofertas absolutamente estonteantes que o mercado vai fazendo, mas poder efetivamente ter um comportamento racional no mercado que não é fácil de se conseguir.

Mas para isso nós temos que capacitar, nós temos que habilitar primeiro os formadores. Ninguém dá o que não tem. Se o formador não sabe, não transmite. Se ele não tem, não pode dar. Se ele não conhece, não pode partilhar o conhecimento seja com quem for. Fazer escola, escola para formadores. Inserir nos programas escolares os conteúdos, as matérias, as disciplinas. Cada uma a ocupar-se do todo, naquilo que lhe compete. Da língua pátria ao desenho, ao designer, à educação visual, passando pela matemática, que é importante para a educação financeira, passando pelas ciências da natureza, pela física, pela química, que são importantes para compreensão de tanta coisa designadamente da segurança alimentar, no conceito que não é o de fome zero, mas o da garantia da segurança, da saúde, da vida, da integridade física do consumidor.

Portanto é esse o primeiro objetivo, o primeiro passo, a primeira tarefa. Estamos atrasados. O Brasil está atrasado 20 anos, nós (Portugal) estamos atrasados 35 anos. Porque o Brasil saiu em 88 de uma situação de constrangimento. Saiu de um regime autocrático e devia ter apostado de imediato nisso, porque isso está no artigo 6º do CDC. Ações de formação e divulgação dos direitos do consumo, curiosamente não só para os consumidores, que todos somos, mas também para os empresários. É essa a consciência que se tem que criar, de par com a educação e a informação.

No último congresso do Brasilcon, em Brasília, ano passado, definia-se que era necessário chegar de modo conseqüente e sistemático às provisões para que pontualmente o consumidor ficasse tendo acesso aos aspectos mais importantes do seu estatuto, dos seus direitos, sobre uma situação determinada, sobre outra situação, sobre uma inovação que saiu. O consumidor não sabe. Se às vezes o próprio judiciário tem dificuldades porque não conhece todo o ordenamento jurídico dos consumidores, se às vezes há entidades que denegam direitos por ignorância, então o que dizer do consumidor comum?

Nós temos dificuldades, nós juristas com algum traquejo, com alguma tarimba, em saber calcular o custo total do crédito,

E não há ofensa maior do que ferir a dignidade do consumidor.

que para nós é a taxa anual de encargos efetivos. Como é que um consumidor, que mal sabe desembaraçar-se das letras e dos números e que as vezes se encontra assediado pelas instituições, pode efetivamente defender-se?

A Europa agora enveredou para a resolução extrajudicial dos conflitos. Será uma moda? Talvez. Mas enquanto em alguns tribunais as coisas levam 7, 8, 10 anos para se resolver e os processos são normalmente caros, em princípio, os procedimentos nos tribunais arbitrais de conflitos de consumo são gratuitos e em seis semanas podemos ter uma decisão passada em julgado sobre aquele caso, que satisfaz ambas as partes, porque uma decisão justa tem que satisfazer ambas as partes numa contenda. Portanto é isso que devemos fazer. É fácil dizer? É. É difícil de escutar? Indubitavelmente. Mas que há que fazer, há!

MPMG Jur: Por fim, qual a sua avaliação sobre as agências reguladoras que atuam nas relações dos consumidores?

AMF: Nós temos um sistema cruzado, em que, para além dos órgãos que compõem a administração tradicional, aparecem agora, importadas dos Estados Unidos sobretudo, as agências reguladoras que são, no fundo, instituições muito caras, onerosas para os consumidores, porque são eles quem pagam os opíparos vencimentos dos membros dos conselhos de administração e dos presidentes dessas autoridades reguladoras, nas faturas dos diferentes produtos ou serviços.

O que acontece é que há um fenómeno que se tem registrado por toda parte que é o de as entidades reguladoras ficarem reféns das entidades reguladas. São as entidades cativas. A captura dos reguladores pelos regulados, como diz a doutrina norte-americana ou a doutrina francesa. Aquilo que nós entendemos é que, enquanto as agências reguladoras não cumprirem as tábuas da sua missão, ou se deve rever a sua constituição e funcionamento, ou se deve pura e simplesmente extingui-las, voltarmos a um outro modelo que possa, na verdade, manter uma posição de equilíbrio, uma posição pendular, uma posição de isenção perante os interesses em causa.

Por que? Eu cito uma frase de John Ricks, que em 1972 ganhou o prêmio Nobel de Economia: “Quem paga os salários aos trabalhadores não são os dirigentes sindicais, não são os sindicalistas, não são os dirigentes políticos, nem os governos. Quem paga os salários aos trabalhadores são os consumidores”. O consumidor é princípio e fim de todas as coisas. Mas os consumidores são também princípio e fim do mercado. Não há mercado sem consumidores. E, portanto, nós precisamos, nesse propósito, ter acesso a toda



informação disponível para que a própria sociedade civil possa impugnar modos menos ortodoxos de atuação das entidades reguladoras.

Noutro particular, eu creio que, ao Brasil, cumpria ter talvez um Ministério Público mais bem dotado nesta vertente, que é da afirmação da cidadania, do que estar a despender os milhões com que o faz nas agências reguladoras sem vantagens específicas e expressas para os consumidores. Por outro lado, há que se tomar posição sobre os diferentes serviços que muitas vezes cruzam as suas atribuições e competências

com as das agências reguladoras numa justaposição ou numa sobreposição absolutamente inqualificável e desnecessária. Porque os consumidores estão a pagar em dobro para não receber percentagem nenhuma daquilo em que investem sua própria tutela.

Por outro lado, ainda, nós entendemos que em relação aos serviços públicos essenciais, há que se definir, mas fora das agências reguladoras, uma carta com uma precisão extraordinária para que os consumidores não sejam vítimas de atropelos de toda ordem. E nós temos forçosamente de reconhecer que os serviços públicos essenciais não são economia pura e dura como eu noutro dia ouvi significar. Porque nós estamos em presença de monopólios de fato, que ditam as suas regras e constroem os consumidores. Estamos em presença de oligopólios, ou seja, poucas empresas que disputam o mercado e que muitas vezes consertam interesses à revelia do interesse maior, do interesse superior que é o do consumidor. Portanto, há que se definir aqui planos, porque há aspectos de natureza política que são incontornáveis. Temos de definir passos precisos, temos de definir estatutos e temos de ter entidades que tornem efetivos os direitos sempre que os direitos de cada um e de todos sejam postos em causa.

Mas não estranhem que o setor de serviços públicos essenciais, e em particular o das telecomunicações ou das comunicações eletrônicas, como hoje se diz de forma abrangente – e que vocês (brasileiros) ainda se atêm ao termo telefonia que é muito restrito –, é dos que na Europa causam maiores perturbações aos consumidores, não só pelo *marketing* agressivo, como pelo descumprimento de promessas que se fazem e atropelos contínuos, quer na *internet*, quer nas televisões, quer no serviço do telefone fixo como da telefonia celular e por aí fora. É um quebra-cabeças para cada um de nós. Há que se talhar, de forma absolutamente arrasante, tudo isso. O que nós não podemos admitir é que empresas da estirpe, empresas do vulto, da magnitude, da dimensão das que passeiam aqui pelo mercado possam efetivamente fazer o mal e nunca nada lhes aconteça, porque às vezes as sanções que lhes são aplicadas, quando são, são tão irrisórias que o crime compensa.



3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A importância dos vários ângulos de estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais

Vânia Márcia Damasceno Nogueira

Defensora Federal

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

Pós-graduada em Direito Público pelo

Centro Universitário de Goiás (UNI-ANHANGUERA)

Mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna/MG – UIT

1. Introdução

As necessidades que deverão ser superadas pela humanidade no intuito de efetivação e manutenção dos direitos fundamentais não são poucas. As recentes questões que debatem a bioética e os avanços da biotecnologia em um aparente conflito jurídico-moral reacenderam a importância de afirmação e melhor hermenêutica dos direitos fundamentais.

A problemática hodierna da efetividade dos direitos enfatiza o destaque que os direitos fundamentais ganham no ordenamento jurídico. Através deles advém os demais direitos, tendo por base axiológica o princípio da dignidade humana. É urgente a concretude dos direitos fundamentais em toda sua plenitude, combatendo desigualdades e injustiças sociais. Resta o trabalho árduo e gratificante de fazê-los respeitados.

São vários os estudos sobre a teoria dos direitos fundamentais. Valores antes desvinculados foram agregados à multidisciplinaridade do direito. Não há como restringir o estudo e a aplicação da teoria dos direitos fundamentais a apenas uma questão formal técnico-jurídica. O objetivo e alcance desses direitos somente se concretizarão com uma visão mais ampla e mais condescendente com todas e quaisquer metodologias voltadas a analisar a profundidade e importância de se respeitarem os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

2. Multidisciplinaridade do Direito

Hans Kelsen buscou elaborar a ciência do Direito purificando o conhecimento jurídico de tudo que lhe fosse estranho.¹ Retirou-lhe o valor para atribuir-lhe exclusivamente um rigoroso pensamento jurídico-científico. Em nome desse positivismo exacerbado, inúmeras atrocidades foram cometidas durante as guerras mundiais. George Marmelstein

afirma que a “(...) mesma tinta utilizada para escrever uma declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever a lei do nazismo.”²

O mesmo autor diz que uma nova corrente jusfilosófica surgiu em razão deste “desencantamento” em torno da teoria pura do Direito, o pós-positivismo, e que este poderia ser denominado de positivismo ético, visto que postula inserir no positivismo valores éticos indispensáveis à tutela da dignidade humana.

Esses valores só podem ser adquiridos ao longo das experiências com outros povos, utilizando-se de uma dialética multicultural e estabelecendo-se um diálogo entre as vertentes jurídicas, política e sociológica. Daury César Fabríz expõe que “(...) existe uma cultura jurídica complexa, fomentada por uma realidade social inesgotável e contínua”. Essa realidade social, segundo ele, é marcada por processos interligados que envolvem os indivíduos, a sociedade, as instituições e os poderes, impondo aos fenômenos jurídicos um caráter plural e multidimensional.³

Miguel Reale vê o Direito como uma realidade histórica cultural sob o ângulo da Teoria Tridimensional, ou seja, para ele, o Direito é uma ciência, com seus aspectos normativos (ordenamento), a cujo fenômeno jurídico adere-se um fato (de natureza diversificada: econômica, histórica, social, demográfica, de ordem técnica, geográfica, etc.) sobre o qual será feita uma análise axiológica, atribuindo-lhe um determinado valor de justiça, que confere uma determinada significação a esse fato, orientando a ação dos homens no sentido de buscar um objetivo, criando-se a feição do Direito como fato, valor e norma.⁴

Dificilmente uma ciência não interage e produz efeitos sobre outra. Seu estudo e sua compreensão podem ser facilitados se forem integrados. O Direito e a Economia, por exemplo, interagem de forma a ficar cada vez mais tênue a linha divisória dessas duas ciências. Fábio Nusdeo afirma que é difícil dizer até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele.

Milton Santos nega esta interdisciplinaridade esclarecendo que a Filosofia, importante disciplina a ser estudada conjuntamente com o Direito, perde influência na formulação das ciências sociais que buscam inspiração na interdisciplinaridade da Economia⁵. Para ele, a Economia



¹ AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica da Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Imprensa Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1984, p. 23.

² MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 12.

³ FABRIZ, Daury César. *A estética do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 48.

⁴ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 47.



é uma administração de coisas a serviço de um sistema ideológico, podendo vir a ser prejudicial quando interage demasiadamente com o Direito.

No entanto, a leitura de questões sobre um prisma unívoco torna-se obsoleta na atualidade. Na complexidade do mundo contemporâneo é preciso muita cautela e visão multidisciplinar para se chegar à lucidez de uma interpretação mais condigna à paz humana. Principalmente quando se trata de interpretar e estudar os direitos e garantias fundamentais, “(...) é preciso evitar a análise meramente racionalista, fechada, própria de um positivismo legalista ultrapassado e incompatível com as conquistas e valores constitucionais mais atuais das sociedades democráticas.”⁶, segundo Gregório Assagra de Almeida. Para o autor, é difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências sociais humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais. Portanto, a compreensão adequada, na complexa sociedade moderna, dos direitos e garantias fundamentais pressupõe, necessariamente, um estudo interdisciplinar e multidisciplinar, em que o Direito poderá interagir com outras disciplinas, conceitos e valores.

3. A dignidade humana e o direito fundamental

Robert Alexy disse que o “(...) direito deve ter uma pretensão de correção, no sentido de se aproximar da idéia de justiça” e esta pretensão se manifesta justamente através dos direitos fundamentais: “(...) nenhum ato será conforme ao direito se for manifestamente incompatível com os direitos fundamentais.”⁷ A idéia de justiça, por sua vez, está intimamente ligada à idéia de dignidade humana. Então, para se compreender o direito fundamental, é mister compreender o princípio da dignidade humana.

Para Francisco Amaral, o princípio da dignidade humana é o marco jurídico, o núcleo fundamental do sistema constitucional unificador dos direitos fundamentais.⁸ Luis Roberto Barroso explica que “(...) o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. Ele acrescenta que a dignidade relaciona-se a condições imateriais, que seriam a liberdade e os valores do espírito, e com a condição material de subsistência.⁹

“A dignidade humana é o modo ético como o ser humano vê a si próprio.”¹⁰ Atualmente, devido a vários casos

concretos envolvendo a bioética, os estudiosos do direito foram forçados a navegar em outras ciências (biológicas, psicologia, filosofia) para estruturar a base e a manutenção do conceito de dignidade humana. Para Teresa Joaquim, o maior valor do ser humano é justamente a sua humanidade, que se sobressai quando ele é agredido, violentado, ignorado ou anulado. Desde a Segunda Guerra Mundial, devido aos horrores do nazismo, o tema da dignidade humana se tornou freqüente e tem sido um dos mais debatidos no Direito contemporâneo.

Flávia Piovesan ensina que o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo e qualquer ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo, mormente o sistema constitucional interno de cada país.¹¹ O entendimento sobre este valor-princípio (dignidade humana) é primordial para se chegar ao conceito de direitos fundamentais, uma vez que constitui sua base axiológica.

A conceituação de direitos fundamentais é matéria controversa na doutrina. Existem inúmeras expressões utilizadas como sinônimo de direitos fundamentais: direitos humanos, direitos da personalidade, direitos naturais, direitos do homem, liberdades públicas, etc. O risco de utilizar inúmeros sinônimos é a banalização do próprio instituto, excluindo ou aumentando seu objeto.

José Afonso da Silva esclarece que *direitos fundamentais do homem* “(...) constitui o termo mais apropriado, porque, a par de dizer respeito a princípios que indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”¹²

Para George Marmesstein, os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais são valores ligados à dignidade humana. Os primeiros, não positivados; os segundos, positivados no plano internacional e os direitos fundamentais – ligados não somente à dignidade humana mas também à limitação de poderes – positivados no Direito internacional, geralmente através de normas constitucionais.¹³ No entanto, o próprio texto constitucional brasileiro, no Título II, destinado aos Direitos e Garantias Constitucionais, já nos revela que há direitos fundamentais implícitos, cujo rol positivado no artigo 5º não pode esgotar a relação de outros direitos a serem considerados fundamentais.¹⁴

Numa breve tentativa de conceituar os direitos fundamentais, para simples auxílio dogmático, pode-se dizer que estes sejam direitos expressos ou implícitos no

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 301.

⁷ MAMELSTEINS, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 12 e 13.

⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

¹⁰ JOAQUIM, Teresa. Documento de trabalho 26/cnecv/99. Reflexão ética sobre a dignidade humana. 1999. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/9D4875F1-511B-4E29-81B2-C6201B60AD52/0/P026_DignidadeHumana.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2009.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3 ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 27.

¹⁴ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.



ordenamento jurídico, cuja base axiológica seja a dignidade humana e cuja representação se faz nos valores maiores que os indivíduos alcançaram e possam vir a alcançar no Estado Democrático de Direito.

4. Como identificar um direito fundamental

No Brasil e em outras ordens jurídicas nas quais o rol constitucional de direitos fundamentais não é exaustivo, a exemplo da Constituição alemã, resta saber como identificar esses direitos para fins de lhes atribuir um papel de destaque, em face dos demais, no ordenamento jurídico. Não obstante Heleno Fragoso afirmar que “(...) acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos fundamentais, restando apenas a sua efetivação”¹⁵, sabe-se que falta muito para se transporem os limites de declaração e efetivação dos direitos fundamentais.

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser vista como um resultado lógico e normal das modificações introduzidas na seara jurídica em face da complexidade da sociedade pós-moderna. Esses direitos fundamentais nascem com o indivíduo? Seria essa a razão pela qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948) diz que os direitos são proclamados, ou seja, eles preexistem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais que, por outro lado, devem proteger tais direitos de qualquer ofensa? Ou seriam os direitos fundamentais uma criação de todo um contexto histórico-cultural da sociedade?

O pensador italiano Norberto Bobbio diz que “(...) a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.”¹⁶

Para Gregório Assagra de Almeida, a questão de diferenciação entre direitos fundamentais e não fundamentais não comporta classificação fechada e abstrata. A situação concreta que dirá a perfeita diferenciação porque, segundo ele, “(...) poderá acontecer que um direito substancial não seja em si fundamental, mas a proteção no caso em concreto torna-se fundamental.”¹⁷

Entre as características historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, efetividade, interdependência e complementaridade dos direitos fundamentais, talvez uma das características que mais auxiliam na identificação dos direitos fundamentais seja a sua perpetuidade. Esses direitos são perpétuos, validados no tempo e no espaço, cabendo ao poder público o dever de atuar para garantir a sua efetivação,

usando, inclusive, meios coercitivos quando necessário.

Atualmente, os direitos fundamentais são reconhecidos mundialmente por meio de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Mas em tempos imemoriais, um dos primeiros códigos de leis escrito, senão o primeiro (Código de Hamurabi, século XVIII a.C.) já defendia direitos fundamentais como a vida, propriedade, dignidade, família, etc. que são considerados fundamentais até os dias atuais.

Desde os tempos de nossa pré-história, encontramos vestígios de que o homem das cavernas já tinha uma pré-concepção de seus direitos elementares, logicamente sem a consciência desse instituto de forma organizada, como direito. O reconhecimento do direito à vida, à propriedade e à família, por exemplo, já era estampado nas paredes através da arte rupestre, informando-nos valores importantes para aquela sociedade, os quais deveriam ser resguardados, sendo motivo de orgulho para o líder local, daí o motivo de estampá-los na parede do salão principal da caverna.

Aceitar que todo direito fundamental já nasça com o indivíduo é retornar à idéia de direito natural. Alguns direitos fundamentais podem até nascer com o indivíduo, como o direito à vida, mas outros são conquistas da civilização. Eles fazem parte de um contexto histórico-cultural de experiências e valores de uma determinada sociedade e uma sociedade é considerada civilizada se seus direitos fundamentais são protegidos e respeitados.

Gilmar Ferreira Mendes leciona:

É verdade concebida, desde que Jellinek desenvolveu a sua Teoria dos quatro ‘status’, que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não impedimento da prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (...)¹⁸

5. Vários ângulos de estudo de um direito fundamental

Quando Hans Kelsen estudou o direito afastando os aspectos sociológicos, políticos e filosóficos para focar o lógico-jurídico, tendo na Constituição a norma hipotética fundamental, as normas abstratas estavam presentes apenas na consciência dos indivíduos (pressuposta e não formulada). Já Miguel Reale, em 1968, ao estudar o Direito com outro enfoque, sob o ângulo da Teoria Tridimensional, integrou

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 132.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 34.

¹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.310.

¹⁸ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2009.



as normas abstratas aos aspectos axiológicos e fáticos da sociedade.

Tal avanço jus-filosófico foi extremamente importante para, nos dias atuais, aliar a lei positivada ao sistema aberto de princípios, cuja interpretação sistêmica e axiológica com o texto constitucional, ainda permite aplicar o direito codificado de forma lógica e justa com a ideologia da modernidade. A norma maior de uma ordem jurídica, a Constituição, passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin.¹⁹

Flávia D'urso explica:

Dworkin utilizou a dimensão do peso dos princípios e a aplicação disjuntiva das regras para esclarecer que os princípios tem uma dimensão de peso e importância que não se vê nas normas. Quando existem aparente conflitos entre dois princípios, se considera o que possui maior peso, baseado na racionalidade e ponderação (proporcionalidade). Enquanto que nas normas, a validade de uma presuppõe a invalidade da outra.²⁰

Essa hermenêutica atualizada do Direito conduz a uma visão multidisciplinar dessa ciência, valorativa que é. A teoria dos direitos fundamentais deve ser construída sob vários aspectos e ângulos distintos, seja histórico, sociológico, político, etc., pois também são enfoques de notória importância para a construção da teoria dos direitos fundamentais. Principalmente quando o direito substancial em si não seja fundamental, mas, no caso em concreto, torne-se fundamental em sua tutela.

Não há como restringir o estudo, a análise, a interpretação e a aplicação da teoria dos direitos fundamentais a apenas um ponto, qual seja, o técnico-jurídico. Esse estudo estaria distanciando os direitos fundamentais de seu total alcance, objetivo e significado. A própria evolução dos direitos fundamentais se deu justamente em virtude dessa interação entre os inúmeros valores sociais enumerados implícita ou explicitamente nas variadas ciências e contextos.

É imprescindível que haja um maior diálogo entre as vertentes jurídicas, política, histórica, sociológica e outras para que os direitos fundamentais reflitam os reais anseios de uma sociedade e efetivamente resguardem o que, conceitualmente ou não, é ou venha a ser fundamental para aquela sociedade.

Daí a importância da teoria dos direitos fundamentais ser construída e estudada pela doutrina sob vários aspectos e ângulos distintos. Os direitos fundamentais podem ser estudados das mais diferentes formas. Dividindo-os em dimensões, como fazem Robert Alexy, Konrad Hesse e Willis Santiago Guerra Filho, sob a forma de gerações, como faz Paulo

Bonavides e Norberto Bobbio, dentre outros, ou classificar e estudar conforme são arrolados no texto constitucional, como faz José Afonso da Silva.²¹

Estudados sobre projeções multidimensionais, os direitos fundamentais apresentam características epistemológicas mais adequadas, segundo Robert Alexy²². Ele identifica as teorias que envolvem o tema: as teorias históricas, voltadas para o surgimento dos direitos fundamentais, explicando o seu desenvolvimento; as teorias filosóficas, que se atêm à fundamentação dos direitos fundamentais, esclarecendo seus fundamentos e as teorias sociológicas, que estudam a função dos direitos fundamentais no sistema social.

Nesse estudo, Alexy tenta conciliar o positivismo normativista, o sociológico e o jusnaturalismo e propõe três dimensões de estudo: dimensão analítica, dimensão empírica e dimensão normativa. Na dimensão analítica, volta-se para a consideração sistemático-conceitual do próprio direito válido, englobando os conceitos fundamentais, a construção jurídica, a investigação da estrutura do sistema jurídico e a fundamentação relativa à própria base do direito.

A dimensão empírica, segundo Alexy, teria duplo significado: o conhecimento do direito positivamente válido e a utilização de premissas empíricas de argumentação jurídica. Utiliza-se como objeto de estudo a concretude, como exemplo a jurisprudência, enquanto a dimensão normativa, que consiste na orientação e na crítica da práxis jurídica, apóia-se em um saber: o compromisso de analisar, complementar e ampliar a ordem jurídica, mormente pela doutrina. Diante dessas três dimensões, o caráter da ciência jurídica (atualmente conhecida como ciência prática – casos concretos) resultaria em um princípio unificador. A ciência jurídica precisa vincular-se a essas três dimensões formando uma disciplina integrativa pluridimensional.

Paulo Bonavides utiliza o critério de gerações para estudar os direitos fundamentais²³. A primeira geração de direitos (século XIX) é composta dos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos, oponíveis ao Estado, tendo como titular o indivíduo. A segunda geração de direitos (século XX), nascida com idéias antiliberais e cingida ao princípio da igualdade, são os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, que exigem uma prestação positiva do Estado.

Diante da complexidade e enorme aumento da violência da atualidade, surgem os direitos de terceira geração, direito à fraternidade ou solidariedade (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e à comunicação, dentre outros). Celso Lafer afirma que os sujeitos destes direitos não são os

²¹ LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>> Acesso em: 27 mar. 2009.

²² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32-38.

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 418-525.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. 1997. In: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em Jus Navigandi, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>> . Acesso em: 23 jun. 2008.

²⁰ D'URSO, Flávia. Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26-31.



indivíduos, mas o grupo de indivíduos (família, povo, nação)²⁴. Para Paulo Bonavides, os direitos de quarta geração (direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo), são introduzidas principalmente pela “(...) globalização política na esfera da normatividade, numa fase de institucionalização do Estado social.”

Há críticas sobre qual seria a melhor terminologia ou método para estudar os direitos fundamentais. Alguns sustentam que falar em dimensões é melhor do que gerações de direitos fundamentais, tendo em vista que os direitos gestados numa geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Alguns doutrinadores não utilizam nem o ângulo de geração nem de dimensão para estudar os direitos fundamentais. José Afonso da Silva, por exemplo, classifica e estuda os direitos fundamentais em cinco grupos, de acordo com o estabelecido no texto constitucional (individuais, coletivos, sociais, nacionalidade, políticos e garantias constitucionais).²⁵

Carl Schmitt estuda os direitos fundamentais em dois critérios formais e um critério material de caracterização. Pelo primeiro critério formal, podem ser indicados como direitos fundamentais todos os direitos e garantias explicitados no texto constitucional. Pelo segundo critério formal, os direitos fundamentais são aqueles que recebem da Constituição um grau mais elevado de proteção ou segurança, cuja alteração é mais difícil que para os demais direitos. Pelo critério material, Carl Schmitt entende que os direitos fundamentais variam de acordo com o tipo de Estado existente. Adequando-se à sua ideologia e especificidade (Estado de Direito Liberal, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito).²⁶

Para Luhmann, pode haver o estudo da teoria dos direitos e garantias fundamentais em relação a esta ou aquela ordem jurídica, em relação especificamente ao Direito Comparado em geral ou ao Direito Comparado pertinente à determinada família jurídica e direcionado para o plano infraconstitucional. Estudando-se os direitos fundamentais da Constituição vigente (direitos positivamente válidos e previstos, expressa ou implicitamente no texto) e o direito das Constituições históricas e das Constituições de Estados-membros.²⁷

6. Conclusão

É urgente que os estudos sobre a teoria dos direitos fundamentais sejam vários. Seus estudos demandam contribuições de outras ciências, de forma multidisciplinar, agregados a vertentes psicossocial, políticas, biológicas e

filosóficas. O Direito não pode estar só. A evolução dos direitos fundamentais somente se fez visível em virtude desta interação entre os inúmeros valores sociais nas variadas ciências e contextos.

Observa-se que são inúmeros os ângulos de estudo da teoria dos direitos fundamentais. Os diferentes métodos e formas são significativos que deva existir um correto ou um melhor método de estudo e aprendizado. É certo que tais esquematizações possuem meramente fins didáticos. Os direitos fundamentais estão em contínuo movimento em busca de sua plena realização e eficácia. Os estudos em diferentes ângulos, de forma multidisciplinar, contribuem enormemente para a efetivação destes direitos.

7. Referências bibliográficas

- AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Imprensa Gráfica da Faculdade de Direito da UFMG, 1984.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado: por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- AMARAL, F. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999.
- BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- D'URSO, Flávia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FABRIZ, D. C. **A estética do Direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- HABERMAS, Jurger. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Reimpresso em 2002.

²⁴ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 515.

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 299.



HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JOAQUIM, Teresa. **Documento de trabalho 26/cnecv/99**. Reflexão ética sobre a dignidade humana. 1999. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/9D4875F1-511B-4E29-81B2-C6201B60AD52/0/P026_Dignidade_Humana.pdf> Acesso em: 24 mar. 2009.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>>: Acesso em: 27 mar. 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**,

Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonard, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. (Coord). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

3.1.2 O Direito Econômico e o Princípio da Predominância do Interesse¹

Rafaela Braga Ribeiro

*Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas
Tutora do curso de Pós-Graduação em Direito Tributário e da disciplina de graduação “Temas de Direito Administrativo” da PUC Minas Virtual
Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas, do Grupo de Trabalho Democracia Participativa*

Cynthia Lessa Costa

*Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho
Tutora das disciplinas de graduação “Temas de Direito Processual Civil” e “Temas de Direito Civil” da PUC Minas Virtual
Coordenadora do projeto de pesquisa “Tópicos do Direito Processual do Trabalho”, na PUC Minas.*

1. O pacto federativo na Constituição da República

A Constituição da República de 1988 consagrou um processo de descentralização político-administrativo (repartição de competência), e transformou a estrutura federativa do Estado brasileiro, instituindo a federação trina, com a elevação constitucional dos Municípios à condição de ente federado, conforme se aduz da redação do artigo 1º da CR/88 - *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*.

O federalismo, como um sistema de poder e de tomada de decisão compartilhada, representa uma forma de

cooperação política capaz de proporcionar uma divisão de poderes e responsabilidades entre os entes federados. Essa cooperação político-administrativa é possível em razão da autonomia dos entes federados. Como explicito no artigo 18 da Constituição de 1988: *A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*.

A autonomia dos entes federados está inserida no texto constitucional como limitação material do poder de reformar, de acordo com o inciso I, do § 4º do, art. 60, da CR/88, nessa esteira, qualquer tentativa de abolição ou mesmo de enfraquecimento da forma federativa de Estado, ainda que por meio de emenda constitucional, é expressamente vedada.

Ao tratar da repartição de competências, que representa o centro de gravidade do poder federativo, a Lei Fundamental desenvolveu², segundo Raul Machado Horta, *a competência comum, de caráter cooperativo, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* (art. 23, I a XII).

O modelo de federalismo adotado pelo Estado brasileiro, como dito supra, é o de cooperação. Em outros termos, há a repartição de competências comuns entre os entes federados, possibilitando a integração entre Municípios, Estados-membros e a União tanto para formular normas quanto para implementar políticas públicas que visem à concretização de direitos e objetivos postos na Ordem Constitucional de 1988.

O poder de legislar é a competência legislativa de cada ente federado atribuída pela Constituição. Ela se expressa no poder de estabelecer normas gerais, leis em sentido estrito. Divide-se, em regra, a competência pela predominância do

¹ Esse artigo resulta das discussões desenvolvidas pelo Grupo de Trabalho *Democracia Participativa* do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, coordenado pela professora doutora Marinella Machado Araújo.

² Refletindo as novas tendências do federalismo o Anteprojeto da Constituição Federal, da Comissão Afonso Arinos, foi influenciado pela técnica de repartição de competências da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, Constituição de Bonn.



interesse. Assim as matérias pertinentes ao interesse nacional serão atribuídas à União, enquanto as de interesse comum serão de competência concorrente e, as matérias de interesse regional e local serão de responsabilidade dos entes estadual, municipal e do Distrito Federal.

O problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político, cerne da autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras. (...) Assim, guardada a subordinação apenas ao poder soberano – no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição –, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. (ALMEIDA, 2000, p. 97).

O Brasil adota um complexo sistema de repartição de competência. A legislativa foi dividida de três formas distintas: (i) privativa, (ii) concorrente e (iii) suplementar.

A privativa é aquela que cabe exclusivamente a um ente federado - a competência privativa da União esta prevista no artigo 22, dos Estados no § 1º do artigo 25 e dos Municípios no inciso I, do artigo 30, todos da CR/88. A concorrente, por sua vez, é concedida a mais de uma categoria de entes da Federação - artigo 24 da CR/88, cabendo à União estabelecer as normas gerais, aos Estados e o Distrito Federal editar normas suplementares sobre a matéria, prevendo normas gerais e específicas desde que a União não o tenha feito. A suplementar confere a determinado ente o poder de suplementar a legislação produzida por outro, de modo a ajustá-la às suas peculiaridades. É um poder mais restrito, vez que se submete aos limites determinados pelo ente que tem competência originária. O artigo 30, inciso II, da Constituição prevê a competência dos Municípios de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Essa forma de federalismo confere ao Município, pelo menos em tese, maior autonomia, uma vez que em vários assuntos, delega-se ao ente local poder decisório quanto a questões de seu interesse. A lógica da referida delegação está no fato de que determinadas demandas surgem do local para o global, e como os Municípios estão logicamente mais perto dos cidadãos têm maior legitimidade para tratar dos interesses locais.

Conforme foi dito, pela lógica da predominância do interesse, adotado pela Constituição Cidadã, os Municípios, em tese, têm autonomia para cuidar dos interesses locais, seja por meio de seu Poder Legislativo, seja por meio de seu Poder Executivo, entretanto, na prática, o que se observa no Estado brasileiro é uma tendência centralizadora na esfera da União detentora da maior parte das competências legislativas, deixando aos Estados, ao Distrito Federal e, principalmente, aos Municípios uma frágil competência remanescente.

2. Poder do Município de legislar sobre Direito Econômico

A Lei Maior de 1988, em matéria da Ordem Econômica e Financeira, foi extremamente provedora, estando em plena sintonia com os objetivos e fundamentos por ela próprios enumerados. Enaltece, em seu texto, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, a fim de assegurar a todos uma existência digna.

É nesse contexto que trata da competência em matéria da ordem econômica, que deve ser estudada no âmbito legislativo e administrativo (fiscalização).

A Lei Maior dispõe ser concorrente a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre Direito Econômico:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Não obstante, o referido artigo não mencione o Município é possível que também este ente legisle sobre matéria econômica, conforme passa-se a demonstrar.

A partir de 1988, o Município foi inserido expressamente como ente integrante da federação. Passando a gozar de autonomia, o Município *reger-se-á por Lei Orgânica própria, ditada pela Câmara Municipal, que a promulgará.* (artigo 29, da CR/88).

Como diz Pinto Ferreira:

Em resumo, a plena autonomia dos municípios no regime federativo brasileiro significa o poder de eleição do prefeito e dos vereadores, o poder de editar suas normas jurídicas dentro das competências previstas na Const. Federal e, enfim, o poder de administração própria no que concerne ao seu peculiar interesse. (PINTO FERREIRA *apud* CLARK, 2001, p.89)

Por autonomia, deve-se entender que o Governo Municipal não está subordinado a qualquer autoridade federal ou estadual no desempenho de suas atribuições exclusivas, e que as leis municipais, sobre qualquer assunto de competência expressa e exclusiva do Município, prevalecem sobre a estadual e a federal. Apesar da previsão constitucional a referida autonomia não supre as necessidades do poder local.

Assim sendo, os Municípios são constitucionalmente competentes para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

A expressão “interesse local” resume conceito amplo, que só pode ser definido diante do caso concreto, conforme demonstra a doutrina.

O assunto de interesse local se caracteriza pela predominância (e não pela exclusividade) do interesse para o Município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque na há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. **A diferença é apenas de grau, e não de substância.** (grifo nosso) (MEIRELLES, 1997. p.122).

Conforme se demonstrou, no que tange a competência



para legislar sobre Direito Econômico, a Constituição atribuiu expressamente competência concorrente apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

É inegável, contudo, que no âmbito do Direito Econômico há matérias de interesse dos três entes federados da República Federativa do Brasil. Nessa esteira, não é possível negar ao Município a possibilidade de legislar, de forma suplementar e no que couber, sobre matérias de Direito Econômico que envolvam interesse local.

Como bem expressou Meirelles, o interesse local não se verifica em determinadas matérias, mas em algumas situações. Aspectos da mesma matéria podem exigir tratamentos diferentes pelos entes federados, o essencial é que não se perca a noção de federação, de cooperação, de sistematicidade.

Assim, parece ser óbvio que a restrição da competência legislativa concorrente para o ente municipal não o impede de intervir no domínio econômico, em razão da sua autonomia e, da demonstração do interesse local devido à maior proximidade com os cidadãos.

Consectário disso, deve-se reconhecer a competência dos Municípios para legislar sobre matéria de Direito Econômico – em razão de eventual interesse local – bem como o caráter suplementar da legislação federal e estadual, devido à compreensão sistêmica do ordenamento jurídico pátrio (art. 24, I e art. 30, II).

Por fim, e seguindo a mesma linha de raciocínio orientada pelo princípio da predominância do interesse local, acredita-se que os legisladores devem avançar para um novo federalismo centrífugo³, em busca de uma maior descentralização das três esferas, efetivando ao Município competência legislativa concorrente. Nas palavras de Giovanni Clark em sua obra “O Município face em do Direito Econômico:

Não podemos mais admitir, principalmente em um Estado federal de dimensões continentais como o nosso, que a regulamentação das medidas de política econômica fique apenas nas mãos da União e, por vezes, dos Estados-membros; assim não prescreve a Constituição de 1988. O Poder Local também tem o poder/dever de adotar políticas econômicas próprias no intuito de contribuir para a justa evolução das atividades econômicas e a consagração do bem-estar social. (CLARK, 2001, p. 3).

Urge ressaltar que a efetivação da competência concorrente ao ente municipal possibilitará a descentralização e, a integração democrática em busca da implementação do objetivo da Ordem Econômica e Financeira - de assegurar a todos uma existência digna, - conforme os ditames da justiça social, devido à aproximação entre o poder e os cidadãos; bem como o respeito às diferenças regionais e locais a fim de manter a integração nacional.

3. Conclusão

Embora não seja a Constituição expressa nesse sentido, tomando como base o pacto federativo adotado pela referida Lei Fundamental, bem como seus fundamentos e princípios, em especial o da predominância do interesse local, acredita-se que o Município tem competência legislativa sobre matéria de Direito Econômico, no proveito das necessidades locais.

O fortalecimento da federação brasileira depende da consolidação simultânea, da democracia pela expansão da cidadania. Para tanto é necessário que a autonomia concedida aos Municípios seja implementada, em sua totalidade, aproximando o “Estado” dos cidadãos, possibilitando a fiscalização e a participação destes.

A articulação e a cooperação intergovernamental entre as três esferas da federação brasileira, na realização de suas atribuições, consolidará em favor da construção da uma sociedade livre, justa e solidaria, implementando o Estado Democrático de Direito, apenas assim a federação brasileira constituirá um mecanismo mediador das profundas desigualdades socioeconômicas regionais, sociais e locais do país.

Assim uma maior articulação por parte dos entes federativos na produção legislativa e, efetivação de políticas públicas permitirá um desenvolvimento sustentável e integrado da nação brasileira, nos moldes da Constituição Econômica de 1988.

4. Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2.000. 170 p.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 21 set. 2009.
- CLARK, Giovanni. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 280 p.
- HORTA, R. M. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. In: **Revistas do Legislativo**. Belo Horizonte n. 25, jan/mar 1999. Pacto federativo. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/index.asp?grupo=servicos&diretorio=revistalegis&arquivo=revistas&revista=25>>. Acesso em: 22 set. 2009.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Jurisdição constitucional e federalismo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. xii, 396 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 658 p.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 23 set. 2009.

³ José Luiz Quadros de Magalhães trata de federalismo centrífugo em diversas obras. Federalismo centrífugo é aquele que procura se afastar do centro, isto é, permite com que os Estados-Membros tenham maior autonomia financeira, administrativa, política e jurídica.



3.1.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.3.1 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2009, 358 p.

Trata-se de um denso e refinado estudo sobre o chamado transconstitucionalismo, fruto das mais profundas reflexões do autor durante sua pesquisa na Europa, desde os idos de 1999, culminando com a sua apresentação como tese para o concurso de professor titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da USP.

Logo no início, o autor adverte que o tema não se confunde com transjurisdicção e nem se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local.

Segundo explica Neves, a partir do final do século passado, “[...] constitucionalistas de diversas tradições teóricas e países os mais diferentes, vinculados fortemente ao estudo das Constituições estatais, passaram a preocupar-se com os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais” (p. xix). Nesse contexto, podem ser pontuados a inevitável globalização do Direito, a interconstitucionalidade e o desenvolvimento de um constitucionalismo de viés múltiplo.

Mas como adverte o jurista logo em seguida:

Fora do âmbito dos constitucionalistas vinculados à tradição estatal, passou a ser lugar comum a utilização do termo ‘Constituição’ em outras áreas disciplinares, para referir-se a situações mais diversas: Constituição europeia, Constituição da comunidade internacional, ‘constituições da sociedade mundial’.

[...]

No presente trabalho, pretendo afastar-me dessa tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea. Partindo da sólida noção de que a Constituição em sentido estritamente moderno vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais do século XVIII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica, procurei determinar quais problemas se apresentam com condições de possibilidade histórica do surgimento do Estado constitucional (p. xx).

E arremata dizendo:

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Refuta tanto o estatismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de ‘ponte de transição’, da promoção de ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema ‘monismo/pluralismo’. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano da sua própria autofundamentação, reconstróem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí, por que, em vez da busca de uma *Constituição hercúlea*, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos *problemas hidraconstitucionais* mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial (p. xxv).

B) Artigos

3.1.3.2 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **O Ministério Público na Constituição de 1988: avaliação sobre o seu papel no controle da legalidade administrativa**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte: Forum, ano 7, nº 27, out./dez. 2009, pp. 95-110.

O texto do promotor de justiça do MPSE Carlos Machado teve por base conferência proferida no Congresso Nacional de Direito do Estado promovido em Salvador pelo IBDP em 2008.

Usando as palavras do autor, após a identificação de marco histórico para se definir ou delimitar o objeto da análise, “[...] buscar-se-á, inicialmente, a partir da especificação dos mecanismos de controle da Administração Pública, a avaliação do papel do Ministério Público nesse âmbito de atuação, decorridas quase duas décadas da promulgação da Carta-Cidadã de 1988” (p. 95).

Assim, ao longo do texto e acompanhado de uma selecionada doutrina, Carlos Machado vai dissertando sobre a natureza institucional e a relevância da atuação sistematizada do Ministério Público no âmbito do controle da legalidade, apresentando tanto as formas quanto os momentos e os instrumentos para a realização desse importante mister.



3.1.4 Jurisprudência da área

3.1.4.1 TJMG, 1º Grupo de Câmaras Cíveis. *Concurso Público. Conceito de deficiência física para concorrer às vagas reservadas para portadores de necessidade especial.*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO APROVADO PARA AS VAGAS RESERVADAS AOS DEFICIENTES FÍSICOS - ESCOLIOSE - CONDIÇÃO NÃO PREVISTA NA LISTA DO ART. 4º DO DECRETO Nº 3.298/99 - CONCEITO DE DEFICIENTE FÍSICO DO ART. 3º DO DECRETO E ART. 1º DA LEI ESTADUAL 11.867/95 - CONDIÇÃO IMPOSSÍVEL DE SER AVALIADA EM SEDE DE 'MANDAMUS' - SEGURANÇA DENEGADA. O art. 4º do Decreto nº 3.298/99 é por demais restritivo na conceituação de "deficiência física" para fins de concurso público. A listagem proposta não contempla todas as situações possíveis de deficiência, acarretando injustiças que contradizem a razoabilidade e isonomia no tratamento dos iguais. Para que o candidato possa concorrer às vagas destinadas aos deficientes físicos basta comprovar que sua moléstia é permanente e acarreta perda de algumas funções do corpo, afetando, de forma negativa, o desempenho do deficiente, se comparado com o de uma pessoa comum. Esta conceituação é consagrada no texto do art. 3º do Decreto nº 3.298/99 e do art. 1º da Lei Estadual nº 11.867/95. Não havendo, porém, no mandado de segurança, exames que comprovem essa perda de forma indubitosa para os fins da lei, impossível a concessão da segurança, por não comportar essa seara a dilação probatória. (TJMG, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Mandado de segurança nº 1.0000.08.478721-7/000, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 04.03.2009, DJ 29.05.2009).

3.1.4.2 TRF1, 3ª Turma. *Ação de improbidade administrativa. Repercussão apenas no âmbito municipal. Atuação do Ministério Público Federal.*

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA UNIÃO. AÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. O Ministério Público Federal não pode sobrepor-se à manifestação da União Federal quando esta afirma categoricamente não ter interesse em integrar o feito. Competência da Justiça Estadual. 2. Sendo o interesse no feito tão-só do Município, o Ministério Público Federal não pode ser autor da ação de improbidade porque, assim, estará defendendo interesse exclusivamente do Município. (TRF1, 3ª Turma, AG 200601000283309, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, j. 31.07.2007, DJ 10.08.2007).

3.1.4.3 TRF1, 1ª Turma Suplementar. *Indicação de promotor eleitoral. Questionamento do Ato. Competência (1).*

EMENTA: ELEITORAL. CONFLITO ENTRE PROCURADOR ELEITORAL E PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA. NATUREZA DA CONTROVÉRSIA. COMPETÊNCIA 1- O conflito entre Procurador Regional Eleitoral e Procurador Geral de Justiça de Estado, no que toca a indicação ou designação de promotor eleitoral é matéria eleitoral atípica. 2- Compete ao Tribunal Regional Eleitoral julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Procurador Regional Eleitoral que designa promotor eleitoral. 3- Remessa provida, para anular a sentença e determinar o envio dos autos à Corte competente, prejudicado o exame do apelo. (TRF1, 1ª Turma Suplementar, AMS 9601136223, Rel. Juiz José Henrique Guaracy Rebêlo (Conv.) j. 11.12.2001, DJ 25.02.2002).

3.1.4.4 TRF1, 1ª Seção. *Indicação de promotor eleitoral. Questionamento do Ato. Competência (2).*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. INDICAÇÃO DE PROMOTOR ELEITORAL. NULIDADE DO ATO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre, uma vez que, ao indicar os Promotores Eleitorais para atuar junto às Zonas Eleitorais da capital, o mesmo age no exercício da atribuição privativa de seu cargo, não havendo que se falar em delegação. 2. Incompetência deste Tribunal declarada. (TRF, 1ª Seção, MS 200301000066019, Rel. Des. Fed. Antonio Savio de Oliveira Chaves, j. 23.04.2003, DJ 12.05.2003).



3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Orientação Técnica 02/2010 (art. 2º da Res. PGJ nº 78/2005) – Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico do Ministério Público de Minas Gerais

Marcos Paulo de Souza Miranda

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Coordenador da Promotoria de Defesa do Patrimônio

Cultural e Turístico de Minas Gerais

Especialista em Direito Ambiental (Universidade Gama Filho)

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais

(Universidad del Museo Social Argentino)

Professor de Direito Processual Ambiental no Curso de Pós-

Graduação do Centro de Atualização em

Direito (CAD) – Belo Horizonte

EMENTA: TOMBAMENTO. MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA DO ENTE MUNICIPAL PARA TOMBAR BENS DE PROPRIEDADE DO ESTADO E DA UNIÃO. ART. 1º, § 2º, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41 (LEI DE DESAPROPIAÇÃO). INAPLICABILIDADE AO INSTITUTO DO TOMBAMENTO.

1. DOS FATOS

Têm sido reiterados os questionamentos dirigidos a esta Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais por parte de Promotores de Justiça de diversas regiões do Estado acerca da possibilidade jurídica dos Municípios promoverem o tombamento de bens de propriedade dos demais entes federativos, quais sejam: a União e o Estado.



Um dos casos concretos que chegaram ao nosso conhecimento diz respeito a Mandado de Segurança impetrado pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais em desfavor do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte, referente ao processo de tombamento de três imóveis estaduais pertencentes ao Conjunto Urbano Praça Raul Soares: Escolas Estaduais Olegário Maciel, Cesário Alvim e Pandiá Calógeras.

Sustenta a Advocacia-Geral do Estado que o Município de Belo Horizonte tem competência apenas para tombam bens de propriedade privada existentes em seu território ou os bens de seu próprio domínio, ressaltando que o tombamento de bens culturais de propriedade do Estado importa em severa intervenção em seu domínio, sendo impossível a sua

efetivação segundo aplicação analógica do Decreto-lei nº 3.365/41, que veda aos “entes menores” a **desapropriação** de bens dos “entes maiores”.

Feita essa breve exposição fática, passa-se à análise jurídica da questão.

2. ANÁLISE JURÍDICA

A análise das competências administrativas e normativas acerca da proteção do patrimônio cultural em nosso país deve ser feita levando-se em conta, por primeiro, o disposto no artigo 216, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que estabelece em tom imperativo e cogente que o Poder Público (em todas as suas esferas, sem exceção), com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

O legislador constituinte determina, ainda, no artigo 23 da Carta Magna, ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o patrimônio histórico-cultural, não havendo qualquer menção de supremacia protetiva ou vedação da ação de uns sobre a dos outros.

Veja-se:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

Ainda segundo a Carta Magna, as competências dos Municípios estão expressas no artigo 30, dentre as quais se destacam:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Consoante lembrado por Paulo Bonavides: **As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história.**¹

Sobre a questão, leciona o eminente Carlos Frederico

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 311.

Marés de Souza Filho²:

Compreende peculiar interesse do Município e evidente interesse local o cuidar das coisas da cidade e é nela que estão concentrados os bens culturais ou locais, sejam federais, estaduais ou locais. Os bens móveis, as obras de arte, peças históricas, documentos e livros, estão em regra acondicionados em museus espalhados pela cidade. Os imóveis, com predominância dos conjuntos e prédios urbanos, mas também muitas vezes as paisagens notáveis e mesmo os sítios arqueológicos, paleontológicos, ou ecológicos, estão inseridos dentro das cidades, causando serviços e obrigações às autoridades municipais além da obrigação constitucional de protegê-los. A existência destes bens geram problemas de ordem urbanística, de trânsito, de ambientação, de visualização, de poluição que devem ser resolvidos por normas municipais, exigindo que as autoridades locais contem com serviços especiais que, fruto de sua autonomia, devem auto-organizar.

Vicente Gomes da Silva³ acrescenta que:

A manifesta vontade do legislador no sentido de que os poderes públicos, indistintamente, cooperem na execução das tarefas ambientais. Ou seja, a responsabilidade de zelar do meio ambiente não pode ficar submetida a questões relacionadas com limites jurisdicionais ou espaços territoriais de cada ente político. São todos, neste caso, compelidos a cumprir e fazer cumprir tais obrigações. Vemos que em face da competência comum, pouco importa quem seja o detentor do domínio do bem ou o ente que legislou a respeito. Todos podem atuar na preservação das árvores, da fauna, da flora.

Hely Lopes Meirelles⁴, por seu turno, preleciona:

O fulcro da competência administrativa do Município é o inciso I art. 30 da CF, com a discriminação das matérias enumeradas nos incisos seguintes (II-IX). Podemos dizer que tudo quanto repercutir direta ou indiretamente na vida municipal é de interesse peculiar do Município, embora possa interessar também indireta e mediatamente ao Estado-membro e à União. O provimento de tais negócios cabe exclusivamente ao Município interessado, não sendo lícita a ingerência de poderes estranhos sem ofensa à autonomia local.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ identicamente esclarece que:

O tombamento está regido pelo Decreto-lei federal n. 25, de 30.11.1937, sendo de notar que, na matéria, a teor do art. 24, VII, da Constituição Federal, a competência é concorrente da União, Estados e Distrito Federal, competindo a estas pessoas, e além delas aos Municípios, o encargo de proteger

os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, conforme dispõe o art. 23, III, da Lei Magna.

A jurisprudência do Egrégio TJMG não discrepa:

O Município tem competência, legislativa e administrativa, para dispor sobre a proteção do patrimônio histórico-cultural de interesse local (Constituição da República, arts. 23, III, e 30, II e IX). O interesse local, para o efeito do patrimônio histórico, diz respeito à proteção dos valores que não ultrapassem a estima pública do lugar ou em que esta seja muito predominante. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.198.640-5/00 - Relator (a): EXMO. SR. DES. ALMEIDA MELO, j. 21/12/2000. TJMG).

TOMBAMENTO - PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL - IMÓVEL REPUTADO DE VALOR HISTÓRICO PELO MUNICÍPIO ONDE SE LOCALIZA - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DELE PARA AFERI-LO E TOMBÁ-LO. Nada impede que o Município, mediante tombamento, preserve imóvel nele situado e que considere de valor histórico-cultural, 'ex vi' do art. 23, inciso III, da Lei Fundamental da República, que a ele - Município, atribui a competência para fazê-lo. Ademais, a cada comunidade, com seus hábitos e culturas próprios, cabe aferir, atendidas as peculiaridades locais, acerca do valor histórico-cultural de seu patrimônio, com o escopo, inclusive, de também preservá-lo. (TJMG - EMBARGOS INFRINGENTES Nº 1.0000.00.230.571-2, Relator (a): EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI, j. 09/10/2003).

Assim, dúvida não resta quanto à competência administrativa do município para a efetivação do tombamento.

Disciplinado pelo Decreto-Lei nº 25/37, a finalidade do tombamento é a conservação da integralidade dos bens acerca das quais haja um interesse público pela proteção de suas características especiais e pode ser aplicado aos bens móveis e imóveis, públicos ou privados, de interesse cultural ou ambiental.

O instituto do tombamento não se confunde, em momento algum, com o da desapropriação porque, como se sabe, na desapropriação o Estado no exercício de seu "poder de império" intervém na propriedade **privando** coativamente um bem de seu titular para cumprir um fim de utilidade pública e de interesse social, mediante prévia e justa indenização em favor do expropriado.

Em relação ao tombamento, não há transferência compulsória da propriedade e sim uma forma especial de reconhecimento do interesse público do bem protegido enquanto bem de fruição para as presentes e futuras gerações e não enquanto bem de domínio. Há, aqui, **limitação** do direito de propriedade com o fim de assegurar o cumprimento de sua função sócio-cultural.

Ou seja, tombamento e desapropriação não se confundem.

² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999. p. 115.

³ SILVA, Vicente Gomes da. **Comentários a Legislação Ambiental**. Brasília: WD Ambiental, 1999.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. p.840.



Nesse sentido, Sonia Rabelo de Castro⁶ ensina:

Através do ato administrativo do tombamento a administração pública insere o bem identificado na classe dos bens culturais, passando a tutelar o interesse público que a coisa detém, sem detrimento das suas relações de direito concernentes ao domínio. Entrementes, com o ato administrativo identificando o interesse cultural, o exercício das faculdades do domínio passa a estar modulado pelas limitações impostas pela administração pública, visando a conservação daquele bem; não tira, em momento nenhum, a exclusividade do proprietário sobre a coisa, mas condiciona a forma do exercício das faculdades do domínio.

Querer aplicar analogicamente ao instituto do tombamento a vedação prevista no art. 2º, § 2º, de o Decreto-Lei nº 3.365/41, que versa sobre o instituto da desapropriação, é medida, *data maxima venia*, totalmente descabida, pois se trata de dar interpretação extensiva a uma norma restritiva do direito de o poder público exercer suas competências constitucionais em prol da preservação do patrimônio cultural.

Tal interpretação fere de morte um dos mais comezinhos princípios de hermenêutica jurídica: *favoriblia amplianda, odiosa restringenda*.

A doutrina específica e mais tradicional sobre o tema assim se manifesta:

Com relação a tombamento de bens públicos, a dúvida geralmente levantada é quanto à possibilidade jurídica de Município tomar bens da União ou dos Estados, ou de Estados tomarem bens públicos federais. Há quem argumente quanto à impossibilidade de entidades políticas 'menores' procederem à proteção de bens públicos de entidades 'superiores', por analogia à Lei de desapropriação. Não cabe de forma alguma esse entendimento, pois seria estender a outro instituto uma interpretação restritiva, fazendo exceção onde a própria lei não o faz; não há qualquer razão de se fazer a transposição analógica restritiva de um instituto (desapropriação) para outro (tombamento).

Heráclito de Queiroz, de igual sorte, assim leciona:

Por outro lado, qualquer que seja o nível federativo em que seja efetuado, o tombamento é ato soberano, que se impõe ao respeito mesmo das pessoas jurídicas de direito público interno de nível hierarquicamente mais elevado na Federação.

Assim, o tombamento no âmbito municipal impõe-se ao respeito do Estado e da União, pois que nem a União, nem aquele – o Estado-membro – poderiam rever, cancelar ou tornar sem efeito ato legalmente praticado pela autoridade municipal, na esfera de sua competência.⁷

Sobre a possibilidade do tombamento municipal de bens de propriedade do Estado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO –

COMPETÊNCIA MUNICIPAL. 1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional. 2. Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação. 3. O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. 4. Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexistente a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado. 5. Recurso improvido. (RMS 18.952/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 30/05/2005 p. 266)

Eis o teor do elucidativo voto da Eminente Ministra Relatora:

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): Tombamento é a forma de o Poder Público proteger o patrimônio histórico-cultural, ato que não importa em transferência da propriedade. Portanto, não se confunde tombamento com desapropriação, porque na última existe a compulsória transferência da propriedade para o patrimônio do expropriado.

Se assim é, não se pode estender a vedação constante do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei 3365, de 21 de junho de 1941, específico para as desapropriações, à hipótese de tombamento. O dispositivo mencionado proíbe que o Município desaproprie bem do Estado, ou que o Estado desaproprie bem da União, devendo-se respeitar a hierarquia entre pessoas jurídicas.

Como não há dispositivo expresso proibindo a hierarquização para o tombamento, a solução que se afigura pertinente é partir de uma construção jurídica.

De acordo com a Constituição Federal, têm os Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local ou peculiar interesse, como constava na Constituição antecedente. E, em relação a tombamento, há competência comum às três unidades da federação, cada um dentro da sua esfera de atribuições.

Com efeito, estabelece a CF de 88:

Art.23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

Também está previsto na Constituição, no § 1º, do art. 216:

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A respeito da competência municipal, ensina José Cretela Júnior, em Dicionário de Direito Administrativo, 3. ed., pág. 516:

⁶ CASTRO, Sonia Rabelo de. **O Estado na preservação de bens culturais**: o tombamento. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

⁷ *Apud* PIRES, Maria Coeli Simões. p. 108.

Desse modo, todos os Estados Brasileiros, assim como todos os Municípios podem por direito próprio, outorgado pelo diploma maior, editar normas específicas a respeito dos respectivos patrimônios resultáveis do tombamento.

Como se vê, cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local, na medida em que o tombamento pretende preservar e conservar um bem intacto, imune à destruição ou a qualquer tipo de modificação, em face do interesse da comunidade pela manutenção estética do bem, seja por razões históricas, artísticas, arqueológicas ou paisagística. É uma espécie de medida cautelar para preservação do patrimônio cultural e histórico local, sem interferir no direito de propriedade.

A conclusão a que se chega é de que cabe ao Município efetuar o tombamento, sem se limitar a sua competência à hierarquia havida entre os entes federativos, como ocorre em relação à desapropriação.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo o acórdão impugnado.

É o voto.

Corroborando tal entendimento colhe-se ainda da jurisprudência:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. CENTRO HISTÓRICO DE CUIABÁ. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS. VIOLAÇÃO À AUTONOMIA DO MUNICÍPIO E AO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECRETO-LEI N. 25/37.1. O fato de a concessão de alvarás sobre os imóveis pertencentes ao Centro Histórico de Cuiabá ser função da Prefeitura não exclui a competência da União, prevista na Constituição (arts. 216, § 1º, e 23, III e IV), para tratar da preservação do patrimônio cultural. Além disso, o inciso IX do art. 30 faz a ressalva de que a ação do Município no âmbito do patrimônio cultural deve observar 'a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual'. 2. A r. sentença não constitui invasão da competência do Poder Legislativo. Ao determinar que o apelante se absteresse de emitir alvarás autorizativos de obras que importassem em descaracterização da área à época em processo ainda não concluído de tombamento, o eminente magistrado acertadamente adequou ao caso concreto o disposto no art. 17 do Decreto-Lei n. 25/37. 3. Sentença mantida. Apelação e remessa oficial improvidas. (AC1998.01.00.004255-6/MT, Rel. Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes (conv.), Primeira Turma Suplementar, DJ p.133 de 05/06/2003)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal nº 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15,

II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 121140, Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 23-08-2002 PP-00115 EMENT VOL-02079-02 PP-00272)

Ademais, causa espécie a tese defendida pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais não só pelo fato de que o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA) fomenta e estimula o tombamento de bens por parte dos municípios mineiros (sem nenhum tipo de restrição), mas ainda também porque o próprio Estado já efetuou o tombamento de diversos bens de propriedade da União (sítios arqueológicos e espeleológicos – art. 20 da CF/88), tais como:

- Conjunto Arqueológico e Paisagístico de Poções, Município de Matozinhos - 1996,
- Lagoa e Lapa do Sumidouro, Municípios de Pedro Leopoldo e Lagoa Santa, Decreto nº 18.531/77;
- Sítio da Varginha do Lourenço, Município de Matozinhos, Decreto nº 29.399/89;
- Ponte Marechal Hermes, Município de Pirapora, Decreto nº 20.327/85;

Assim, *data maxima venia*, a tese sustentada pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais não encontra nenhum substrato, seja na legislação vigente ou na melhor doutrina e jurisprudência existentes sobre o tema.

3. CONCLUSÕES

Ante os argumentos acima expendidos, conclui-se:

1) O Município detém competência administrativa plena para a efetivação do tombamento de bens privados e públicos, sejam estes últimos próprios ou pertencentes ao Estado ou à União.

2) A regra prevista no art. 1º, § 2º do Decreto-lei nº 3.365/41 tem aplicação restrita e específica ao instituto da desapropriação e não pode ser aplicada analogicamente ao instituto do tombamento.

São essas as conclusões e orientações técnicas desta Coordenadoria Estadual.

Belo Horizonte – MG, 21 de janeiro de 2010.



3.2.2. Consórcios Intermunicipais de Saúde

Rafael Medina Machado

Analista do Ministério Público

Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal –

ANAMAGES/UNIPAC

Pós-graduado em Direito Público ANAMAGES/NEWTON
PAIVA

1. Introdução

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 241, que:

[...] a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, regulamentou o artigo 241 da Constituição Federal, dispondo sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, destinados à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de realizar procedimentos de interesse comum desses entes estatais e promovendo a gestão associada a que alude o citado mandamento constitucional.

O artigo 10 da Lei Federal nº 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde – prevê que os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam. A organização dos consórcios administrativos intermunicipais está também citada no artigo 18, inciso VII, como competência da direção municipal do SUS.

Sobre o assunto a doutrina sanitária comenta:

Nos consórcios, no âmbito do SUS, repita-se que a regra contida no artigo 10 poderia ser desnecessária, uma vez que os municípios têm autonomia para firmar consórcio sempre que o assim o desejarem. Mas a sua menção na Lei Orgânica de Saúde soa quase como uma lembrança, uma recomendação para que se utilize esse instrumento tão afeito à organização do SUS. (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 99).

2. Da organização dos consórcios públicos em saúde

Posteriormente à publicação da LOS (Lei nº 8.080/90) publicou-se a Norma Operacional Básica do Ministério da Saúde em 1996 (MS, 1997a). Os Consórcios Intermunicipais de Saúde passaram a ser considerados, no contexto da regionalização e hierarquização da rede de serviços, como estratégias para articulação e mobilização dos municípios,

com coordenação estadual, de acordo com as características geográficas, a demanda, o perfil epidemiológico, a oferta de serviços e, principalmente, a vontade política expressa pelos diversos municípios de constituir um consórcio ou estabelecer qualquer outra relação de caráter cooperativo (NOB – SUS nº 01/1996).

Recentemente, no estado de Minas Gerais, a matéria foi positivada pela Lei nº 18.036, de 12 de janeiro de 2009, que originariamente veio com a novidade de que “A partir de 1º de janeiro de 2010, o Estado somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que para essa forma se tenha convertido”.

Contudo, a Lei nº 18.309, de 3 de agosto de 2009, em seu art. 32, revogou essa previsão legal. Com isso, hoje, não é mais necessário que o consórcio esteja constituído sob a forma de associação pública para celebrar convênios com o estado de Minas Gerais.

A doutrina também debate a problemática dos consórcios públicos. Nesse sentido, trago à colação a tese que dispõe sobre consórcios intermunicipais em saúde pública, aprovada no IV Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, promovido pela Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA), de lavra dos autores Luciene Alice da Silva¹ e Manoel Dias da Fonseca Neto², denominada *CONSÓRCIOS PÚBLICOS EM SAÚDE – Estratégia para o fortalecimento regional e a descentralização das ações de saúde*.

Referida tese reconhece a possibilidade de, na área da saúde, serem formalizados consórcios para *assistência de saúde de média e alta complexidade*, execução de projetos e programas de saúde, aquisição de medicamentos, materiais e equipamentos hospitalares, coleta de resíduos em serviços de saúde, manutenção preventiva e corretiva de equipamentos, realização de exames laboratoriais, de diagnóstico por imagem, educação permanente, entre outros.

Ainda, segundo a tese, os consórcios intermunicipais em saúde somente poderão prestar serviços de média e alta complexidade, não sendo a eles facultado prestar serviços de atenção básica³, sendo este de atribuição privativa dos municípios. Aliás, é este também o entendimento que se extrai da NOAS-SUS 01/2001 em seu artigo 6º e seguintes.

Para a elaboração de um consórcio em saúde, prosseguem os articulistas, faz-se necessário o cumprimento de algumas etapas, como, por exemplo: a) articulação entre os gestores municipais e Coordenadorias Regionais de Saúde (CRES); b) elaboração do Protocolo de Intenções;

¹ Farmacêutica. Mestre em Marketing Organizacional. Responsável pela Vigilância de Saúde do Estado do Ceará.

² Médico. Mestre em Gerenciamento dos Sistemas Locais de Saúde. Coordenador de Promoção e Proteção à saúde no Ceará.

³ Atenção básica à saúde consiste no primeiro nível de atenção, englobando um conjunto de ações de caráter individual e coletivo que envolvem a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o diagnóstico, o tratamento e a reabilitação de pacientes (Ministério Público Federal – 2005).

c) ratificação do Protocolo de Intenção pelo Poder Legislativo de cada ente consorciado, o que o transforma na lei do respectivo consórcio; d) elaboração do Estatuto e do Regimento Interno; e) pactuação do Contrato de Programa, obrigações referentes a encargos, serviços e bens necessários à implementação dos consórcios, transferência de bens, cessão de pessoal para o consórcio e outros compromissos não relacionados a recursos financeiros. Em relação à prestação de serviço de saúde, é fundamental a elaboração de uma Programação Pactuada Consorcial – PPC; f) contrato de rateio, com a finalidade de estabelecer obrigações financeiras, ou seja, os compromissos da aplicação dos recursos pelos entes consorciados; g) definição da dotação orçamentária específica ou créditos adicionais por cada ente consorciado para assumir os compromissos no pagamento das despesas assumidas no contrato de rateio; h) estruturação e Organização do Consórcio.

Outro ponto a ser destacado consiste na observância do Plano Diretor de Regionalização (PDR), que visa à adequação aos novos princípios adotados, como economia de escala, acessibilidade viária e geográfica. O objetivo de todo esse plano é garantir o atendimento dos cidadãos o mais próximo possível de sua residência, conforme seja o conjunto de ações e serviços necessários à solução de seus problemas de saúde, em qualquer nível de atenção.

Com isso, os consórcios em saúde, para uma melhor prestação de seus serviços, podem-se organizar em municípios localizados em uma mesma microrregião sanitária. Exemplo dessa articulação geográfica foi dado pelo estado do Ceará que optou por estimular a formação de consórcios em saúde tomando por base os municípios localizados numa mesma microrregião de saúde, para facilitar o processo de estruturação de redes de atenção à saúde e tendo como referência o Plano Diretor de Regionalização.

Em Minas Gerais, a SES/MG tem externado sua preocupação pela adequação dos consórcios públicos às exigências legais⁴ (federal e estadual) bem como ao Plano Diretor de Regionalização da SES. Segundo seu Secretário Estadual, “O ideal é que haja um consórcio por microrregião [...] Minas é um dos estados onde os consórcios mais avançaram. São 672 municípios em 64 consórcios intermunicipais de saúde, ou seja, 79% dos municípios mineiros fazem parte de consórcio”.

Antônio Jorge de Souza Marques (2009) e Marta de Souza Lima, no artigo que trata sobre o Sistema Estadual de Transporte em Saúde, reconhecem que, desde o início, considerou-se o consórcio como o instrumento mais adequado para a organização dos municípios de menor porte em torno da gestão dos serviços de saúde. Assim, o SETS funciona por meio de parcerias estabelecida entre governo do Estado, consórcios intermunicipais de saúde e prefeituras.

Segundo esses autores, o consórcio é a união ou associação de dois ou mais entes da mesma natureza para viabilizar a resolução de problemas ou o alcance de objetivos que sejam comuns às partes. Os consórcios de municípios têm-se mostrado instrumentos eficazes para atender demandas específicas e solucionar problemas de saúde que não podem ser resolvidos individualmente pelos municípios. É um modelo de ação compartilhada para ofertar serviços de maior complexidade para os habitantes de vários municípios, incapazes, por si só, de estruturar os serviços. Tem-se, assim, uma maior racionalidade do uso de recursos financeiros, equipamentos, recursos humanos e instalações físicas. A experiência já está consolidada em Minas Gerais, que conta hoje com 64 consórcios intermunicipais de saúde, ocupando todas as microrregiões do Estado.

Aliás, a discussão sobre o papel técnico-jurídico assistencial dos Consórcios Intermunicipais de Saúde no SUS/MG se deu pela Resolução SES nº 67, de 11 de abril de 2003, a partir do Protocolo de Intenções nº 002/2003 celebrado entre a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e Colegiado dos Secretários Executivos dos Consórcios de Saúde de Minas Gerais (COSECS-MG).

Como resultado dessas discussões, editou-se a Deliberação CIB-SUS/MG nº 417, de 21 de fevereiro de 2008, bem como a Resolução SES nº 1418, de 21 de fevereiro de 2008, que dispõe sobre o processo de credenciamento dos serviços de Consórcios Intermunicipais de Saúde de Minas Gerais. Definiu-se pela competência da SES/MG para o credenciamento dos referidos consórcios, mediante prévia aprovação da Comissão Intergestores Bipartite Microrregional (no caso de municípios consorciados localizados em uma mesma microrregião), da Comissão Intergestores Bipartite Macrorregional (no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma microrregião, mas dentro de uma mesma macrorregião) e da Comissão Intergestores Bipartite Estadual (no caso de os municípios consorciados se situarem em mais de uma macrorregião).

Importa aqui destacar, da indigitada Resolução nº 1418/2008, seu artigo 8º, *verbis*:

Art. 8º. Somente serão credenciados pela SES/MG os serviços dos Consórcios Intermunicipais de Saúde que atuem em consonância estrita com os princípios que regem o Sistema Único de Saúde e que redundarem em aumento do atendimento à população.

Sendo assim, os consórcios públicos de saúde não podem deixar de atender os princípios basilares do SUS, como integralidade, universalidade, resolutividade e, principalmente, gratuidade de seus serviços.⁵

⁵ Há que se ressaltar que já chegou ao CAO-Saúde notícia de cobrança aos usuários do SUS por parte de determinado consórcio de saúde. Tal conduta, além de violar o princípio da gratuidade dos serviços do SUS, também se enquadra, em tese, como improbidade administrativa e, ainda, poderá configurar o crime previsto no art. 316 do Código Penal (concessão). Nesse sentido: “Estando robustamente comprovadas a autoria e materialidade delitiva, se amoldando a conduta do agente na norma prescrita no art. 316 do CP, na conduta do médico que cobra honorários de cirurgia feita, sendo que o mesmo atendeu pelo

⁴ Palestra proferida pelo então Secretário Estadual de Saúde de Minas Gerais no Seminário realizado em 06/03/2009 na cidade de Viçosa, durante o IV Seminário Macrorregional.



3. Da fiscalização dos consórcios pelo TCE

No que tange à necessária fiscalização dos consórcios públicos pelo órgão do Tribunal de Contas, a matéria encontra-se pacificada em norma legal e doutrina.

Assim, nossa legislação mineira (consórcio público) é expressa em dizer, em seu artigo 6º, que:

Art. 6º. O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

E também a doutrina sanitária não discrepa desse entendimento: “[...] o consórcio também será fiscalizado pelo tribunal de contas correspondente ao nível da entidade pública que o integra, por força do disposto no artigo 71, VI, da Constituição e artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 11.107” (CARVALHO; SANTOS, 2006, p. 101).

Aliás, o próprio Tribunal de Contas do estado de Minas Gerais já se posicionou a respeito, conforme art. 1º da Instrução Normativa nº 09/2008, *verbis*:

Art. 1º - As contas anuais prestadas pelos dirigentes das autarquias, fundos previdenciários e fundações municipais regidas pela Lei Federal 4.320/64 e pelos representantes legais dos consórcios públicos municipais, para fins de julgamento, deverão conter os balanços gerais, nos quais constarão dados relativos à execução financeira, patrimonial e orçamentária.

Sendo assim, a falta de prestação de contas pelo consórcio ao Tribunal de Contas evidencia condutas reprováveis, passíveis de desdobramentos (providências) nas áreas administrativa e judicial.

4. Do atendimento as normas de direito público

Dispõe o artigo 6º, § 1º, da Lei nº 11.170, de 6 de abril de 2005, que:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil. § 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. § 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de

contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Idêntica redação foi reproduzida no artigo 1º, § 3º, da Lei mineira nº 18.036, de 12 de janeiro de 2009. Conforme se extrai da redação do artigo 6º, § 1º, da lei federal e do artigo 1º, § 3º, da lei estadual, mesmo os consórcios públicos de natureza privada deverão atender, em alguns casos, às normas de direito público, como as que se referem à admissão de pessoal, nos termos dessa mesma legislação. Vale trazer à colação a lição de José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 192):

Nesse caso, seu quadro de pessoal terá regime trabalhista, razão pela qual se aplicam as normas da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. O regime jurídico geral, entretanto, será híbrido: incidem, de um lado, normas de direito privado e, de outro, normas de direito público, *como as que se referem a licitações, contratos, prestações de contas e admissão de pessoal.* (grifo nosso).

É importante lembrar que o regime público para admissão de pessoal é o contido no artigo 37, II, da Constituição Federal, que preconiza que a investidura em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

5. Da improbidade administrativa

Como afirmado, os consórcios públicos devem ter contrato de rateio, estabelecendo os compromissos da aplicação dos recursos pelos entes consorciados e a dotação orçamentária específica ou os créditos adicionais por cada ente consorciado para assumir os compromissos com o pagamento das despesas assumidas no contrato de rateio.

Com isso, ressalta-se que a Lei federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, acrescentou incisos XIV e XV à Lei de Improbidade Administrativa, dispondo sobre o tema da seguinte maneira:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Portanto, o consórcio que não possui contrato de rateio nem uma definição de sua dotação orçamentária, em tese, pratica condutas vedadas pela Lei de Improbidade Administrativa, desde que presentes um dos elementos subjetivos do tipo – o dolo e a culpa.

Sistema Único de Saúde, configurado está o crime de concussão. [...]” (nº1.0433.05.146431-4/001(1); Relator: Maria Celeste Porto; Data da publicação/Fonte: DJE 14/03/2008.

6. Conclusão

Em razão das análises acima descritas, podemos concluir que, no Sistema Único de Saúde (SUS), a conjugação de esforços entre os gestores de saúde é ferramenta essencial para o seu melhor funcionamento. Nesse sentido, os consórcios intermunicipais de saúde podem funcionar como um eficaz instrumento de atuação, principalmente quando pensamos na hierarquização e regionalização da assistência à saúde.

A ele somam-se as especialidades e os atendimentos, de forma que um município poderá complementar a atuação de outro que não possua aquele serviço e vice-versa, garantindo-se, assim, o cumprimento do princípio da universalidade e integralidade do SUS.

Contudo, muitas vezes esse instrumento não é usado de maneira a atender os princípios que regem o SUS, devendo se buscar o seu aperfeiçoamento sem apegos a interesses pessoais que em muito desvirtuam o serviço público.

7. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=240366>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

CARVALHO, Guido Ivan, SANTOS, Lenir. SUS – Sistema Único de Saúde. 4. ed. Campinas: UNICAMP, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

Consórcios Públicos em Saúde – Estratégia para o fortalecimento regional e a descentralização das ações de saúde. Disponível em: <www.ampasa.org.br>. Acesso em: 09 dez. 2009.

Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

Lei nº 18.036, de 12 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a constituição de consórcios públicos no estado e dá outras providências. Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

Lei nº 18.309, de 03 de agosto de 2009. Estabelece normas relativos aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, cria a agência reguladora de serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do estado de Minas Gerais – ARSAE-MG – e dá outras providências. Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 11 fev. 2010.

MARQUES, Antônio Jorge de Souza (Org.). O Choque de Gestão na Saúde em Minas Gerais. Belo Horizonte: SES/MG, 2009.

Palestra proferida pelo então Secretário Estadual de Saúde de Minas Gerais no Seminário realizado em 06/03/2009 na cidade de Viçosa, durante o IV Seminário Macrorregional.

Plano Diretor de Regionalização. Adscrição Macro/Micro/Municípios – PDR/MG 2008. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

Portaria nº 2.203, de 5 de novembro de 1996. Aprova a Norma Operacional Básica (NOB 01/96), que redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.3.1 SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. **Ação Popular Ambiental**. São Paulo: RT, 2008, 319 p.

Flávia Regina traz ao público a sua dissertação de mestrado apresentada perante a Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

Antes de tratar especificamente do tema, a autora apresenta um consistente estudo sobre o panorama geral das ações coletivas: conceito, principiologia, microssistema, espécies, codificação do processo coletivo, entre outros.

Na seqüência, aborda a matéria em seus múltiplos aspectos, como se denota da introdução à obra:

Tal foi o objetivo da presente pesquisa: investigar a verdadeira natureza jurídica da Ação Popular Ambiental, tal qual prevista no ordenamento jurídico brasileiro, o que se fez pela análise de seus elementos e de seu objeto, bem como retratar as normas infraconstitucionais aptas ao seu adequado processamento, garantindo a efetividade do direito.

É interessante constatar como a doutrina processualista, com raras exceções, e mesmo a jurisprudência, pouco se tem debruçado sobre a questão, que tantas implicações têm para a correta abordagem do instituto, uma vez que o senso comum pode conduzir o operador do direito a dispensar o mesmo tratamento processual aos bens jurídicos tutelados pela Lei da Ação Popular, publicada em 1965, e ao bem ambiental, quando amparado pela Ação Popular Ambiental (introdução).



B) Artigos

3.2.3.2 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. Revista de Processo – REPRO nº 176, ano 34. São Paulo: RT, outubro de 2009, pp.174-194.

Os experientes juristas trazem aos leitores um excelente estudo sobre as novas implicações decorrentes do PL nº 5139/2009 que trata do Sistema Único Coletivo, o qual promoverá uma “[...] ampla modificação em diversos dispositivos do direito processual coletivo brasileiro, havendo inegáveis reflexos para a sociedade brasileira” (p. 175).

Escrevem com muita propriedade sobre o tema, haja vista que Rogério Favreto presidiu a Comissão Especial do Ministério da Justiça para a elaboração do Anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública, tendo com um dos seus mais influentes relatores o primeiro autor Luiz Manoel Gomes Junior.

Nesse trabalho, conta-se como ocorreu a criação da Comissão, as discussões, o encerramento dos trabalhos até a conversão do anteprojeto no referido PL iniciado na Câmara dos Deputados, abordando os mais importantes pontos de reforma na sistemática do processo coletivo brasileiro.

Entre as inovações propostas, o artigo destacou as seguintes: estruturação do sistema único coletivo; ampliação dos direitos difusos tuteláveis pela ação civil pública; adequação e estruturação do rol de legitimados; modificação das regras de competência; coisa julgada coletiva; readequação do ônus da prova; aperfeiçoamento do sistema de execução das tutelas coletivas; nova disciplina para a destinação dos valores originários das ações coletivas; cadastros nacionais: inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta (CNMP) e ações civis públicas (CNJ).

3.2.4 Jurisprudência da área

3.2.4.1 STJ, 2ª Turma. *Dano moral coletivo. Tutela especial dos direitos dos idosos.*

EMENTA: ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI Nº 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 2ª Turma, RESP 1.057.274/ RS, , Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1º.12.2009, DJe 26.02.2010).

3.2.4.2 STJ, 2ª Turma. *Fornecimento de energia elétrica. Débitos Antigos. Consumidor*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLENTO. DÉBITOS ANTIGOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. É indevida a suspensão do fornecimento de energia elétrica, por inadimplemento do consumidor, nas hipóteses de débitos antigos, os quais devem ser reivindicados por meio das vias ordinárias de cobrança. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 971615 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.02.2009, DJ 19.03.2009).

3.2.4.3 TJMG, 7ª Câmara Cível. *Ação Popular. Legitimidade ampla. Conceito de cidadania que é maior do que o conceito de eleitor*

EMENTA: AÇÃO POPULAR - REQUISITOS GENÉRICOS - PROVA DA LESIVIDADE - MATÉRIA DE MÉRITO. - Para que uma ação seja viável, o CPC prevê três condições genéricas fundamentais: 1) o interesse de agir; 2) a legitimação “ad causam”; e 3) a possibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI). - Tais requisitos são exigidos também para o ajuizamento da ação popular e, se presentes, deve ser a inicial recebida. - O conceito de cidadania é nacional e, portanto, muito maior do que o de eleitor. O título de eleitor é mero meio de prova da cidadania, que pode ser exercitada no âmbito do território nacional e não apenas no âmbito da zona eleitoral. - O patrimônio da CEMIG, pessoa jurídica de direito privado, não se confunde com o do Estado de Minas Gerais, ainda que seja ele seu sócio. (TJMG, 7ª Câmara Cível, *Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0024.06.989622-3/001*, Rel. Des. Wander Marotta, j. 07.08.2007, DJ 25.10.2007).

3.2.4.4 STJ, 2ª Seção. *Ação Coletiva. Macro-lide. Suspensão facultativa da ação individual*

EMENTA: RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008). 3. Recurso Especial improvido. (STJ, 2ª Seção, *RESP 1.110.549/RS*, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.10.2009).



3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Transexualismo e Registro Civil das Pessoas Naturais

Emerson Garcia

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça (2005-09)*

*Assessor Jurídico da Associação Nacional
dos Membros do Ministério Público (CONAMP)
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*

*Membro da International Association
of Prosecutors (The Hague – Holanda)*

1. Aspectos gerais do transexualismo

O transexualismo 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;¹ pode se manifestar tanto na infância, como na fase adulta, havendo estudos, inclusive, que sugerem a possibilidade de o seu delineamento se principiar ainda no curso da gestação. O transexual, em face da 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.

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 irrestrito poder de decisão ao indivíduo (Código Civil, art. 13, *caput*), que age nos estritos limites de sua privacidade,² e afastam a responsabilidade penal do médico, que nem sequer necessita de autorização judicial para atuar.³

O 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

Medicina⁴ aprovou, em caráter experimental, a realização de “[...] cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.” 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” (art. 1º) e, em caráter ainda experimental, a do “tipo neofaloplastia” (art. 2º).



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” (Res. nº 1.652/2002, art. 3º). O que distingue o transexual do homossexual e do travesti é a incontável 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, conseqüentemente, 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.

Em relação à obrigatoriedade de o Poder Público custear a cirurgia de transgenitalização, observa-se que pretensões dessa natureza há algum tempo encontram acolhida em decisões isoladas.⁵ Os primeiros passos para que essa medida alcançasse o plano coletivo foram dados

¹ Cf. CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 141.

² 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.

³ TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 4174134500, rel. Des. Carvalho Viana, j. em 09/10/2007).

⁴ 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 expresso 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 6.015/73, 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.

⁵ TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.07095, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. em 26/07/2005.



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.⁶ 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. Após a decisão, 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, instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o *processo transexualizador*, a ser implantado nas unidades federadas. 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 (art. 3º), observando-se, em qualquer caso, os balizamentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1.652/2002 (art. 1º).

A partir dessas breves premissas de caráter propedêutico, analisaremos dois aspectos específicos da temática: (1º) se a cirurgia é, ou não, requisito indispensável à alteração do prenome e do sexo constantes do registro civil; e (2º) se, em caso de alteração do prenome e do sexo, as circunstâncias do caso devem ser declinadas no registro.

2. Transexualismo e Registro Civil das Pessoas Naturais

O registro público, como se sabe, tem como principal funcionalidade, além da eventual função constitutiva, a de 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, à 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 (Lei nº 6.015/1973, art. 58); 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 da psíquica inerente a qualquer ser humano.

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 re-individualizada 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.⁷

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 incorreria 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.

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.

⁶ 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.

⁷ 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.



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 hermafroditismo⁸) e, outras, consoante padrões psicológicos, é eliminar um critério objetivo e seguro, utilizado há 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.⁹

Especificamente em relação à alteração de sexo no registro civil, o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*),¹⁰ interpretando o princípio da dignidade da pessoa humana (GG art. 1º, I e a especial proteção que o estado confere ao casamento e à família (GG, art. 6º, 1), 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.¹¹ Esse entendimento, à evidência, é perfeitamente aplicável à realidade brasileira.

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 que 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.¹² 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,¹³ 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 benefícios a serem obtidos. Afinal, além de estigmatizar 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 constatarmos 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 com os quais ela pretende se relacionar. O total silêncio do registro, no entanto, simplesmente inviabilizaria o acesso, por parte de outros particulares, a 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

⁸ 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 Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial nº 56/7, abr.-jun/1991).

⁹ No direito alemão, a *Transsexuellengesetz (TSG)*, de 1980, 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*). Diversamente da modificação do prenome, a alteração do sexo constante do registro civil está condicionada à prévia realização da cirurgia [*TSG, § 8º, (1), 4*].

¹⁰ 1º Senado, j. em 27/05/2008, 1 BvL 10/05.

¹¹ *BVerfG, in Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 08, 433. Cf. JARASS e PIEROTH. *Grundgesetz...*, p. 84.

¹² Cf. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*, 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 75.

¹³ 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.



estéril, como pensou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo acórdão foi corretamente reformado pelo Superior Tribunal de Justiça;¹⁴ afinal, o fato de a mulher não poder procriar é mera contingência, não descaracterizando os seus contornos intatos; por outro lado, no outrora transexual que, na aparência, se transmutou 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, em face do erro essencial em relação à identidade do cônjuge, a anulação do casamento,¹⁵ 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. Lembre-se, ainda, que a todos é assegurado o direito à informação (CR/1988, art. 5º, XIV). O Estado, assim, não pode manter-se ao lado da malícia e do engodo.¹⁶

¹⁴ STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007.

¹⁵ Código Civil, arts. 1557, I e 1560, III.

¹⁶ Em sentido contrário, prestigiando a privacidade do transexual:

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.

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.

3.3.2 Algumas notas sobre o (*dispensável*) art. 232 do Código Civil

Rodrigo Mazzei

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo

Professor do Instituto Capixaba de Estudos

Advogado e Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. A índole processual da norma

Através de trabalhos pretéritos¹, já defendemos que em determinados momentos foi positiva a inclusão no Código Civil de 2002 de alguns dispositivos com faceta processual, uma vez que, com a iluminação do *princípio da operabilidade*, a postura permitiu dar *efetividade* a questões de suma importância, tratadas na codificação civil. Apenas

para relembrar bom exemplo, destacamos a salutar inclusão do art. 479 no Código Civil² que, para afastar a resolução do contrato (art. 478³), permite a apresentação pelo *réu* de (*contra*) *pedido* para a *manutenção do pacto*, através da modificação da avença, em prestígio à importante diretriz da codificação de 2002, *princípio da conservação dos contratos*⁴, que decorre, como é curial, de toda uma nova concepção de

² Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

³ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁴ Não vacilamos em dizer que o *princípio da conservação dos contratos* reforça e dá novo impulso ao conhecido *princípio da força obrigatória dos contratos pacta sunt servanda*, na medida em que a conservação da avença implica em propiciar ambiente para seu cabal cumprimento, ainda que sofrendo revisão, com o fim de afastar situação de embaraço que se aloje na *dinâmica contratual*, mormente a onerosidade excessiva (como óbice para o cumprimento do convencionado). Daí porque, para nós, diretriz que dita a conservação dos contratos e que permite a revisão das convenções não é inimiga do *princípio da força obrigatória pacta sunt servanda*. Muito pelo contrário, cremos que tal diretriz é vetor de apoio para o fechamento do processo obrigacional, razão porque entendemos como correta a conclusão do Enunciado 22 da I Jornada de estudos sobre o Código Civil, deflagrada pelo Conselho da Justiça Federal (Enunciado 22: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”). Concordamos, assim, com Tartuce (2006, p. 96) quando afirma que a *conservação do contrato*, após sofrer revisão, possui relação direta com a *manutenção* do que as partes convencionaram, com o *pacta sunt servanda*.

¹ 1. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais (ALVIM; ALVIM, 2005). 2. Aspectos panorâmicos do ‘tempo’ na ‘realização do direito’ (SILVA; MAZZEI, 2006). 3. Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do Código Civil (DELGADO; FIGUEIREDO, 2006). 4. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações (WAMBIER; RAMOS; SHIMURA, 2006).



funcionalização de importantes figuras de direito privado, entre as quais está o contrato.^{5,6}

Contudo, nem sempre as relações do Código Civil com as normas de processo inseridas no seu ventre foram boas, havendo deslizos que não podem ser esquecidos, merecendo críticas de doutrina abalizada que se debruçou sobre o tema.⁷ No presente ensaio, a nossa missão limita-se a firmar comentários críticos a um dispositivo em especial, qual seja: o art. 232 do Código Civil, ressaltando alguns pontos que, na nossa ótica, merecem a devida atenção. Com efeito, a arquitetura da norma demonstra, sem rebuços, que sua aplicação é restrita aos processos judiciais, de modo a criar uma *presunção* de natureza *judicial*. Confira-se: “Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Da própria leitura do dispositivo, tem-se que há uma limitação ao alcance do art. 232, não sendo possível se projetar a norma para fora do processo judicial, o que, afasta, por certo, qualquer sustentação de que o legislador teria criado uma *presunção legal*⁸⁻⁹. Não se vê na norma conteúdo

de regramento material, mas – apenas e tão somente – a enunciação de *presunção* que poderá ocorrer em razão da negativa de participação em prova médica, a ser efetuada por ordem judicial. Nada mais! A regra sequer pode ser vista como *bifronte*, sendo exemplo de dispositivo *heterotópico*¹⁰⁻¹¹, dada a sua identidade visceral como norma de natureza processual.

Ao se vislumbrar a natureza processual e seu efeito (criar *indício* de raiz judicial), tem-se que não há qualquer utilidade prática na norma, pois, na realidade, apenas dita o óbvio: o juiz deve julgar o processo de acordo com as provas colhidas, levando em conta, na falta destas, os elementos de *presunção que dispõe*.¹² A inutilidade do dispositivo é tão flagrante que se fosse extirpado do Código Civil de 2002, nenhum prejuízo prático seria notado. Ao contrário, haveria uma profilaxia para afastar a regra que permite enleio, se o intérprete imaginar se tratar de *presunção legal*. De toda sorte, diante da possibilidade do artigo provocar embaraços, apresentamos singela contribuição para que os limites da

⁵ Note-se que há dispositivo semelhante, ao menos em parte, aplicável à *lesão*, consoante se infere do § 2º do art. 157 do Código Civil (Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. [...] § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito). Observe-se que, conforme o Enunciado 148 obtido na III Jornada de estudos sobre o Código de 2002 (promovida pela Conselho da Justiça Federal), deve o juiz atuar de maneira a privilegiar a conservação do contrato, aplicando a mesma inteligência na hipótese de *estado de perigo* (art. 156), nada obstante faltar no particular regra expressa em semelhança [Enunciado 148: Ao “estado de perigo” (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157⁵].

⁶ O reconhecimento da projeção processual do art. 479 e do § 2º do art. 157, do Código Civil, conjugada com a importância do princípio da conservação dos contratos, acaba por gerar um *poder-dever* do julgador, com atuação ativa no sentido de estimular a subsistência do acordado, mesmo que em diferentes condições. A constatação pode ser retirada em dois verbetes edificadas na já referida III Jornada do Conselho da Justiça Federal, a saber: Enunciado 149 - “Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002”; Enunciado 176 - “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

⁷ Sobre as boas e más relações do Código Civil de 2002 com o direito processual civil, recomendamos a leitura dos textos que formam a coletânea coordenada por Didier Junior e Mazzei (2006a), em especial os estudos *O novo Código Civil e o direito processual* (MOREIRA), *Das relações entre o Código Civil e o Direito Processual Civil* (CÂMARA) e *O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual* (THEODORO JÚNIOR). Confira-se ainda a obra solo: (DIDIER JUNIOR; MAZZEI, 2006b).

⁸ Os exemplos de *presunção legal* do Código Civil de 2002 dispensam a existência de processo judicial para sua aplicação, decorrendo da simples relação material. No sentido, o art. 574 do Código Civil é exemplo frisante (art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado).

⁹ Com ótimos textos e próximos a nossa posição, vale a consulta de Barbosa Moreira (La negativa de la parte a someterse a una pericia medica: según el nuevo Código Civil brasileño) e Gisele Santos

Fernandes Góes (O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ – *presunção legal* ou *judicial* ou *ficção legal*?). Pela importância, ambos textos fazem parte da presente coletânea, sendo integrantes também da obra coordenada por Didier Jr. e Mazzei (2006).

¹⁰ A expressão norma heterotópica é uma combinação do grego *héteros*, que transmite a idéia de diverso, outro, diferente, desigual, com o também grego *topikòs*, relativo a lugar. Da decomposição ultimada, tem-se que deve ser considerada como regra heterotópica a norma que está deslocada, ou seja, está em diferente (*héteros*) lugar (*topikòs*). Isso significa que quando o diploma legal for de índole material – como é o caso do Código Civil – e constar um dispositivo de caráter eminentemente processual, este terá natureza heterotópica, já que difere na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, deslocado. Todavia, nem sempre há uma transparência tão clara quanto à carga que é impregnada no dispositivo, sendo possível lhe extrair (simultaneamente) efeitos materiais e processuais. Neste tipo de norma o deslocamento não é total, já que há no seu núcleo um caráter híbrido que permite, ao menos em parte, a localização do dispositivo naquele diploma específico. A este tipo de regra com dupla faceta (material e processual), chamamos de normas bifrontes (aproveitamos aqui a expressão - *bifronte* - já trazida em estudo de Liebman (1962, p. 158) ao examinar as normas processuais contidas no Código Civil italiano de 1942. No Código Civil de 2002 a exemplificação é bem variada, sendo boa parte das normas com efeito processual de natureza bifronte, isto é, geram resultados a serem observados em processo judicial, apesar de manter no seu átomo também regulações de direito material. Exemplo que nos parece esclarecedor (e já anunciado no corpo do texto) pode ser extraído da conjugação do arts. 478 e 479 do Código Civil de 2002. Note-se que o art. 479 complementa a concepção do art. 478, com grande influência dos princípios do equilíbrio e da conservação do contrato em ambas normas, demonstrando a raiz material dos dispositivos. No entanto, em plano que advém de atividade processual, há no art. 478 uma remissão expressa aos efeitos da sentença, e no art. 479, por sua vez, se desenha previsão de atividade do réu muito próxima ao pedido contraposto. Há, sem dúvida, ponto de contato entre a norma heterotópica e a bifronte, pois em ambas há o deslocamento do foco do diploma em que estão inseridas, já que se examina direito processual em diplomas com índole de direito material (ou vice-versa). Entretanto, nas normas bifrontes – diante da hibridiz do dispositivo – o mesmo artigo gera consequências materiais e processuais, de modo que sua posição geográfica, ao menos em parte, está simétrica à essência do instituto que está sendo regulado.

¹¹ Abordando o conceito de norma heterotópica, confira-se ainda Cunha (2003, p. 69).

¹² A conclusão que chegamos de inutilidade da norma foi corroborada pelo professor Didier Jr., em exposição sobre o tema, proferida na II Jornada de Direito Privado, ocorrida em Salvador, Bahia, em 17 de maio de 2006.



norma sejam traçados para fins de sua aplicação nas ações de perquirição de paternidade, ou maternidade, atreladas ao vínculo biológico.^{13,14}

2. A recusa da prova médica na ação de investigação de paternidade dentro da dinâmica processual

Às claras a recusa na feita da prova médica gerará um quadro fático no processo que poderá ser traduzido como *indício*¹⁵, que, como tal, pode ser perfeitamente combatido

¹³ É fundamental registrar que o vínculo afetivo entre pais e filhos (e até dos parentes em geral) merecem muito mais prestígio do que o puro laço biológico entre eles que, apesar de relevante no plano do direito da personalidade, não é suficiente isoladamente para cortar a filiação fixada pela afetividade, sob pena de infringência ao disposto nos arts. 227 caput e §§ 5º e 6º, 226, § 4º, 229 e 230 da Carta Magna, que não toleram qualquer privilégio da filiação genética perante a filiação afetiva. No sentido: “No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar da espontânea materialização da posse de estado de filho. O falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-lhe, enquanto viveu, tal tratamento, soando até mesmo imoral a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo” (TJRS, embargos infringentes nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, j. 11/10/2002); “AÇÃO NEGATORIA DE PATERNIDADE AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO EXAME DE DNA. NEGACAO DA PATERNIDADE PRINCIPIO DA AMPLA DEFESA ANULACAO DA SENTENÇA Apelação. Ação negatória de paternidade cumulada com anulatória de registro civil. Sentença que julgou procedente o pedido, fundamentada em exame de DNA realizado sob o crivo do contraditório, pelo qual foi excluído o vínculo biológico entre os litigantes. Inocorrência de decadência, eis que versa sobre questão de estado, tocando a direito da personalidade, sendo portanto imprescritível o direito de questionamento do vínculo de paternidade. A jurisprudência já vem há muito reconhecendo que a proteção à família não deve se ater ao caráter biológico do vínculo familiar, mas também, e principalmente, ao caráter sócio-afetivo, de modo que, ainda que afastada a paternidade biológica, impõe-se o prosseguimento da instrução processual, a fim de se aferir a eventual configuração de paternidade sócio-afetiva. Sentença prolatada de forma prematura, tendo em vista que, estando pendentes de apreciação aspectos relevantes, o indeferimento do pedido de provas suplementares caracteriza *error in procedendo*. Provisamento do apelo, anulando-se o *decisum* e determinando-se a devolução dos autos ao Juiz Natural, para prosseguimento da instrução processual. (TJRJ). Apelação Cível nº 2005.001.44808, Rel. Des. Roberto Felinto, j. 01/02/2006). No tema, é obrigatória a leitura de excepcional texto de lavra de Lobo (2004, p. 505-530). Com visão mais ampla do panorama, é indispensável também a consulta de Welter (2003).

¹⁴ O dispositivo não está voltado apenas para as ações de investigação de paternidade (ou maternidade) em razão de vínculo biológico, dada a sua superfície ampla, pois pela redação no artigo a recusa à se submeter à perícia médica (sem indicar em que tipo de ação se desenvolveria) supre a prova que se pretende obter com o exame (sem indicar também qual a forma de perícia médica). O horizonte da norma é imenso, ao contrário da primeira impressão que se extrai. Tanto assim que – se levarmos a aplicação do art. 232 do Código Civil a *ferro e fogo* – em tese é possível invocar o preceito até mesmo no ambiente de liquidação de sentença, nos casos em que a prova médica é fundamental para se fixar os limites da indenização. Basta pensar na hipótese em que o autor de ação indenizatória, cujo pedido foi julgado procedente, se nega a fazer perícia médica – na fase *liquidação* – para a aferição da perda de sua capacidade laborativa, tendo em vista que pela impossibilidade de se fixar tal consequência do ato ilícito do réu no início da demanda, o pedido inicial foi apresentado de forma genérica, com amparo no art. 286, II, do CPC.

¹⁵ Próximo: “Em ação de investigação de paternidade, o magistrado pode decidir com base na prova indiciária (cujo reexame é vedado no recurso especial), quando o suposto pai não aquiesceu, se recusou, criou empecilhos para sua realização (provocando sucessivas diligências do juízo monocrático para colheita da prova pericial), ou mesmo tendo

por outros meios de prova a serem apresentados e/ou colhidos no curso do processo judicial. Dessa forma, a leitura açodada do art. 232 do Código Civil não pode conduzir à idéia de que sem a prova médica não é possível o julgamento das ações de paternidade e ou maternidade (com base no vínculo biológico), pois, na impossibilidade da colheita de tal prova, até mesmo por motivos alheios à vontade das partes, o julgador não poderá se furtrar de julgar a causa, devendo, para tanto, se utilizar, das provas disponíveis no caso concreto.¹⁶

É permitido que, para *imunizar* (ou pelo menos afastar) os efeitos do art. 232 do Código Civil, a parte venha a demonstrar a impossibilidade de possuir vínculo genético com o reclamante. Poderá apresentar prova médica que informe, em exemplo, a impossibilidade de procriação permanente ou, de outra banda, mesmo que momentânea, que será aferida com outros elementos dos autos, tais como as datas e fatos que circundam a própria fecundação. Por outro lado, ainda que sem óbice físico para gerar uma vida, poderá o réu apresentar prova de que se encontrava em situação e local que seriam incompatíveis com a versão narrada na inicial.¹⁷

Nestas situações, a priori, a postura do réu poderá resultar na consequência endoprocessual, de inversão do ônus as prova¹⁸, caso se recepcione os fatos trazidos na exordial como convincentes, pois não podemos nos esquecer, de modo algum, o resultado que a *presunção judicial* em debate irá alcançar, alterando um dado ligado intimamente ao direito de personalidade, razão pela qual todos os cuidados se fazem necessários. A inversão do ônus da prova, no entanto, não é automática, pois o autor deve apresentar elementos que sustentem seu pedido e os seus respectivos fatos constitutivos

condições financeiras de arcar com os custos do exame pericial não recolheu os honorários periciais” (STJ, REsp. 341.495/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.12.2001).

¹⁶ Semelhante: “É sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza, mas não é imprescindível a instrução do feito, nem condição para julgamento de procedência da ação, pois são conhecidas as dificuldades para sua realização, por oposição do réu ou carência de recursos” (STJ, REsp. 38.451/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.06.1994).

¹⁷ Em exemplo bem exagerado, imagine um homem que se encontrava em coma, após acidente no exterior, a milhares de quilômetros do par feminino na concepção do reclamante (filho) do vínculo da paternidade. O estado de coma não retira a potencialidade genética, mas as circunstâncias que o envolvem (inconsciência) e o local, poderão abalar o quadro de presunção criado pelo art. 232 do Código Civil.

¹⁸ No sentido: “Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida. A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e consequente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido.” (STJ, REsp. 557.365/RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2005).



de forma convincente e verossímil.¹⁹ De tal sorte que a ordem cronológica da produção probatória, nos termos do art. 452, do CPC²⁰, pode ser, perfeitamente, alterada, pois somente deverá ser deferida a prova pericial se presentes elementos que convençam o julgador de ser possível a paternidade no caso em análise.

Assim, na falta de prova documentada que faça o vínculo entre as partes litigantes, não é de se descartar que ocorra audiência de instrução e julgamento antecedente, visando a colheita de prova oral (oitiva de testemunhas e colheita de depoimentos pessoais).

3. Paralelo com os efeitos da revelia nas ações de Estado

Como é de trivial conhecimento, em regra, a teor do disposto no art. 319 do CPC²¹, a não apresentação de resposta em forma de contestação pelo réu gera, em favor do autor, a *presunção* de veracidade dos fatos trazidos na inicial²². Contudo, tal *presunção* não é absoluta, havendo as exceções do art. 320, do CPC²³, podendo, de outra banda, o julgador determinar a produção de provas por parte do autor, caso não existam nos autos elementos convincentes da narrativa exordial²⁴, mormente em se tratando de demanda que depende de prova técnica²⁵.

¹⁹ Parecendo concordar com nossa posição, confira-se Coltro (2003, p. 54-55).

²⁰ Art. 452. As provas serão produzidas na audiência nesta ordem: I- o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 435; II- o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III- finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

²¹ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

²² No sentido: "É efeito da revelia a presunção de serem verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Presunção essa corroborada pela prova dos autos" (TJDF, Apelação Cível 20000910044028, Rel. Hermenegildo Gonçalves, j. 12/11/2001).

²³ Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I- se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II- se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III- se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

²⁴ Na linha: "A presunção do art. 319 do CPC é relativa e não absoluta. Não isenta o autor de provar o fato constitutivo de seu direito e nem leva, necessariamente, à procedência do pedido inicial, com a condenação em indenização, por danos não provados, em montante elevado, com enriquecimento sem causa e repugnância ao senso de justiça. [...] Não há obrigação de ressarcir quando não provados os supostos danos materiais sofridos, ônus que incumbe a quem alega. (TJDF, Apelação Cível 273699, Rel. Jair Soares, j. 13/09/1999); "A configuração da revelia, em face da presunção (art. 319 do CPC), não induz, desde logo, à procedência do pedido, cabendo ao juiz, como destinatário da prova, segundo a sistemática processual vigente, julgar atento às circunstâncias constantes do processo e a repercussão da ofensa com os nefastos efeitos descritos na peça exordial" (TJDF, Apelação Cível 19990110066136, Rel. Dácio Vieira, j. 09/04/2001). Próximo: TJDF, Apelação Cível 2840092, Rel. Getúlio Moraes Oliveira, j. 03/11/1993.

²⁵ Nessa linha: TRF 2ª Região, Apelação Cível 9302170772-RJ, Rel. Paulo Barata. Em termos: confira-se: "Revelia - Presunção relativa - Prova pericial determinada de ofício - Possibilidade - [...] Improcedência

Dada a relevância e consequência dos resultados obtidos das ações de investigação de paternidade, os efeitos da revelia em tal tipo de demanda devem ser recebidos com reservas, não dispensado a parte autora a demonstração do vínculo paterno de forma verossímil, com a exposição de elementos concretos no sentido.^{26,27} A superfície do art. 320, II, do CPC é perfeitamente aplicável nas ações de investigação de paternidade, pois cuida-se de demanda que envolve direito indisponível, sem qualquer sombra de dúvida, dada a sua íntima ligação com os *direitos da personalidade*^{28,29}.

do pedido - Apelação - Cerceamento de defesa - Inexistência - Sentença confirmada. 1) A revelia conduz a uma presunção relativa de veracidade dos fatos, não levando necessariamente a procedência do pedido. 2) O juiz e o destinatário da prova podendo determinar a sua produção, independentemente de requerimento, para evidenciar o seu livre convencimento" (TJPR, Apelação Cível 141337000, Rel. Leonardo Lustosa, j. 16/03/2004).

²⁶ Na mesma linha: "Investigação de paternidade. Revelia. Tratando-se de ação de estado, descabe o julgamento antecipado da lide, acolhendo-se os efeitos confessionais da revelia, quando inexistente qualquer adinúculo de prova da paternidade." (TJRS, Apelação cível n.º 70001893783, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Berenice Dias, j. 20/12/2000); "Investigação de paternidade. Revelia. Julgamento antecipado. Descabimento. [...] A ausência de manifestação do réu, em ações de investigação de paternidade, não indica a presunção de veracidade dos fatos argüidos na inicial. É necessário que a parte autora prove os eventos constitutivos do seu direito, porque descabida a paternidade presumida face à natureza da demanda" (TJRS, Apelação Cível n.º 70001821503, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001).

²⁷ No sentido, colhe-se interessante julgamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir recurso do Ministério Público, por aplicação incorreta dos efeitos da revelia em ação de investigação de paternidade, confira-se: "A legitimidade do Ministério Público para apelar das decisões tomadas em ação de investigação de paternidade, onde atua na qualidade de *custos legis* (CPC, art. 499, § 2º), não se limita à defesa do menor investigado, mas do interesse público, na busca da verdade real, que pode não coincidir, necessariamente, com a da parte autora. [...] Destarte, decretada em 1º grau a revelia do investigado, mas sem que qualquer prova da paternidade ou elementos de convicção a respeito tenham sido produzidos nos autos, tem legitimidade e interesse em recorrer da sentença o Ministério Público" (STJ, REsp. 172.968/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 29.06.2004).

²⁸ Vale lembrar o disposto no art. 11 do Código Civil: Com exceção dos casos previstos em lei, *os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (destacamos).

²⁹ Pela íntima ligação ao direito da personalidade, não estará vedado àquele que possui filiação socioafetiva a investigação puramente biológica de suas raízes. No entanto, o resultado da descoberta, ainda que extremamente relevante, não poderá ter qualquer efeito patrimonial. Com tal norte, Welter (2003, p. 267) conclui que somente será possível a investigação do laço biológico ao filho sociológico nas seguintes hipóteses: "a) em caso de necessidade psicológica para conhecer (ser) a origem genética; b) para a manutenção dos impedimentos matrimoniais; c) para a preservação da saúde e da vida dos filhos e dos pais biológicos, em casos graves de doenças genéticas". Em suma, há de ser feito corte entre a filiação biológica e o direito patrimonial nos casos de busca por aquele que já detém filiação socioafetiva. Sobre a temática, colhe-se bons textos na coletânea coordenada por Hernández e Cúneo (2005), destacando-se o texto de Ricardo Pepió e Luisa Roquier (*La importancia del derecho a la identidad en la determinación de la filiación biológica*). Por fim, parecendo caminha no sentido, há precedente muito interessante no Superior Tribunal de Justiça que admitiu a ação para reconhecimento do vínculo biológico sem que qualquer laço proveniente da adoção fosse alterado, confira-se: "Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva



Aproximando-se as questões de revelia e negativa de feita de exame médico nas ações de investigação de vínculo genético, parece-nos inviável dar calibres com distinção. Não se pode fixar um laço genético como consequência única de um dado ocorrido num processo, seja este a revelia, seja este a negativa de cooperar na prova médica. Portanto, interpretação sistemática demonstra que a potência do art. 232 do Código Civil tem limitações, pois para a sua aplicação dependerá de elementos outros de convencimento, tal como ocorre na hipótese de revelia nas ações de investigação de paternidade (e maternidade).

4. Do deslize da Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça

A par dos argumentos que buscamos trazer sobre o art. 232 do Código Civil, cremos que foi infeliz a edição da Súmula nº 301 pelo Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”³⁰. De plano, não é possível se afirmar que há presunção relativa de paternidade pela simples recusa a exame atrelado ao DNA, tendo em vista que tal fato não pode ser visto isoladamente como elemento de convicção do julgador. Note-se, no sentido, que a redação sumular permite a (má) idéia de que toda ação de investigação de vínculo genético se subordina ao exame do DNA que, ainda que em pequena escala, é falível³¹.

De outra banda, é contraditória a posição que afirma que existe presunção, ainda que relativa, contra aquele que se nega a fazer o exame de DNA, ao passo que, não há presunção semelhante se a ação não tiver sido contestada por aquele que se negou a fazer a perícia, uma vez que a revelia tem limitadíssimos efeitos nas ações que visam provar, ou negar, vínculos biológicos.

O descuido na redação da Súmula nº 301 também pode importar na equivocada aceção de que *pai* é apenas aquele que possui vínculo biológico com seu filho, haja vista não existir qualquer ressalva no enunciado quanto à filiação afetiva que, por proteção constitucional, não é abalada pela declaração (ou não) do laço genético. Nestas condições, se o art. 232 do Código Civil é dispensável, a súmula em voga é odiosa, pois, além de atécnica, acaba por estampar discriminação não permitida em nosso sistema

quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA” (STJ, REsp 127541/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 10.04.2000).

³⁰ 2ª Seção, j. 18.10.2004, DJ 22.11.2004. p. 425. Foram citados os seguintes precedentes para a formação do verbete: AGA 498398-MG, DJ 10/11/2003; REsp. 55958-RS, DJ 14/06/1999; REsp. 135361-MG, DJ 15/03/1999; REsp. 141689-AM, DJ 07/08/2000; REsp. 256161-DF, DJ 18/02/2002; REsp. 409285- PR, DJ 26/08/2002; REsp. 460302-PR, DJ 17/11/2003.

³¹ No sentido, com boa pesquisa a respeito, Coltro (2003, p. 52-53).

constitucional, uma vez que não há supremacia da filiação biológica na formação da família, pois, prima-se, acima de tudo, pela disseminação e proteção aos vínculos de afetividade entre pais e filhos.³²

Em arremate, a negativa em se submeter ao exame médico pela parte não pode ser vista como *presunção legal*, apesar do disposto no art. 232 do Código Civil. E, sendo assim, caberá ao magistrado, de posse dos demais elementos constantes dos autos, utilizar-se do fato ocorrido como mais um elemento de convicção em seu julgamento.

5. Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: _____. (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Parte Geral (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre o Código Civil e o direito processual civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2006.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A investigação de paternidade, a recusa do DNA e os arts. 231 e 232 do CC/02. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord.). **Aspectos controvertidos no novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas regras do novo Código Civil e sua repercussão no processo: prescrição, decadência, etc. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 5, 2003.

DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIREDO, Jones. (Coord.). **Questões controvertidas do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Regras processuais do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos processuais do novo Código Civil**. Salvador: Juspodivm, 2006a.

_____; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Questões processuais do novo**

³² Aplicando tal concepção, não é possível se desfazer o vínculo afetivo já levado a cabo, pela simples afirmação de inexistência de laço biológico. No sentido: “É carecedor de ação visando desconstituir o registro de nascimento, o pai que reconhece formalmente o filho, sendo sabedor da provável inexistência do liame biológico, mas deixando evidenciada a situação de paternidade sócio-afetiva” (TJRS, Apelação Cível nº 70003493855, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20/02/2002); “AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO. FILIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de “adoção à brasileira”. Paternidade declarada voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial do “paternidade socioafetiva”. Status de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido” (TJRJ, apelação 2004.001.10200, Rel. Des. Jesse Torres, j. 23/06/2004).



Código Civil. São Paulo: Manole, 2006b.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. O art. 232 do CC e a Súmula 301 do STJ: presunção legal ou judicial ou ficção legal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

HERNANDÉZ, Clayde U.; CÚNEO, Dario Luiz. (Dir.). **Filiación biológica.** Rosário: Editorial Librería Juris, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Norma processuali nel codice civile. In: **Problemi del processo civile.** Milano: Morano Editores, 1962.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. Aspectos panorâmicos do tempo na realização do direito. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência.** Curitiba: Juruá, 2006a.

_____. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b.

_____. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis. (Coord.). **Reflexos no novo código civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006c.

_____. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Atualidades do processo civil de conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006d (no prelo).

_____. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil (apresentação). In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral (arts. 1º a 103).** Rio de Janeiro:

Forense, 2005.

_____. Responsabilidade civil do incapaz: considerações panorâmicas sobre o art. 928 do Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; FIGUEIREDO, Jones. (Coord.). **Questões controvertidas do novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2006e.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e o direito processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. La negativa de la parte a someterse a una pericia medica: según el nuevo Código Civil brasileño. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos no novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência.** Curitiba: Juruá, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** São Paulo: Método, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Reflexos do novo Código Civil no direito processual.** Salvador: Juspodivm, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda ALVIM; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sérgio. (Coord.). **Atualidades do processo civil de conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 (no prelo).

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e afetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.3.1 SILVA, Ovídio Baptista da Silva. Processo e Ideologia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 342 p.

Nessa obra, digna da maestria do grande jurista Ovídio Baptista, o próprio autor esclarece *ab initio*:

A intenção primordial desse estudo é investigar os compromissos com Direito Processual Civil com o *paradigma* racionalista que procurou fazer do Direito uma 'ciência', sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas. A redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científico os ramos do conhecimento humano destinados a medir, pesar e contar, fez com o que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-se da História.

(...)

Entretanto, nosso propósito não se limita à simples revelação das raízes racionalistas do Direito, particularmente do Processo Civil, que se possa identificar com a tarefa do historiador ou do sociólogo. O objetivo fundamental da pesquisa é ampliar o debate a respeito de outras questões, com o objetivo de superar a redução metodológica imposta pelo sistema tanto no ensino universitário, quanto na experiência forense. Em resumo, superar o *domagmatismo*, fazendo com que o Direito aproxime-se de seu leito natural, como ciência da cultura, recuperando sua dimensão hermenêutica (*extraído da introdução*).



B) Artigos

3.3.3.2 BODENMÜLLER, Mariana da Silva. A aplicabilidade da multa de 10% estabelecida no art. 475-J do Código de Processo Civil na execução de prestação alimentícia. Revista Dialética de Direito Processual, nº 83, São Paulo, fevereiro de 2009, pp. 80-86.

Artigo com natureza eminentemente pragmática, elucida a autora que o trabalho tratará das duas correntes majoritárias – divergentes entre si – acerca da aplicabilidade da referida multa no rito da execução alimentícia, demonstrando os fundamentos e motivos que formam as duas posições, tanto no âmbito doutrinário quanto no plano da jurisprudência.

3.3.4 Jurisprudência da área

3.3.4.1 TJMG, 17ª Câmara Cível. *Comprovação dos requisitos para deferimento de assistência judiciária gratuita. Princípio da verdade real.*

EMENTA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. PEDIDO DE COMPROVAÇÃO. NEGATIVA DA PARTE EM APRESENTAR OS COMPROVANTES. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO.- A declaração de insuficiência de recursos, firmada pelo interessado, é, em princípio, bastante para a concessão da assistência judiciária. - Diante do caso concreto, verificando-se a existência de indícios de que a parte requerente tem condições para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, compete ao juiz, na busca da verdade real, determinar a comprovação da ausência de capacidade econômica.- Havendo fundadas razões, pode o juiz negar o pedido de assistência judiciária gratuita, com base no artigo 5º da Lei nº 1.060/50. (TJMG, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0699.08.084294-0/001, Rel. Des. Irmair Ferreira Campos, j. 16.10.2008, DJ 05.11.2008).

3.3.4.2 TJMG, 10ª Câmara. *Recurso cabível contra decisão que julga impugnação em cumprimento de sentença.*

EMENTA: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - IMPUGNAÇÃO - DECISÃO - RECURSO CABÍVEL - VOTO VENCIDO. A decisão que julga pedido de impugnação interposto em fase de cumprimento de sentença e que tem o condão de extinguir a execução, desafia recurso de apelação, nos termos do artigo 475-M, § 3º parte final, do CPC. Preliminar rejeitada e agravo provido. VV.: O ato que aprecia e rejeita a impugnação é impugnável através de agravo de instrumento, pois o cumprimento de sentença irá prosseguir. (Des. Marcos Lincoln) (TJMG, 10ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0024.07.683145-2/001, Rel. Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, j. 23.09.2008, 10.10.2008).

3.3.4.3 STJ, 1ª Turma. *Ministério Público. Tutela das fundações. Recebimento de verbas públicas.*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DE EX-DIRIGENTES DE FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. 1. O Ministério Público Estadual detém legitimidade para a propositura de ação civil pública, objetivando a responsabilização de ex-dirigentes de fundação de direito privado, instituída para a execução de programas de proteção e sócioeducativos destinados a crianças e adolescentes. 2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 3. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de



interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 5. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de ex-dirigentes de fundação privada de assistência à criança, fundado na prática de inúmeras irregularidades, apuradas em auditoria interna, especialmente, uso indevido de verbas, além da apropriação indébita de recursos da referida entidade, no importe de R\$ 81.192,47), consoante se infere dos autos. 6. In casu, o estatuto da fundação (fls. 49/61) revela estreme de dúvidas a sua vocação protetiva e assistencial, especialmente, pelo auxílio e assistência às crianças e famílias desamparadas, sem distinção de raça, cor, sexo e idéias políticas ou religiosas. 7. O controle engendrado pelo Ministério Público, consoante prevê os art. 26 do Código Civil/2002 e o arts. 1.199 a 1.204 do CPC, realiza-se mediante exame do balanço anual, recebimento dos órgãos diretivos da Fundação, os quais possibilitam, com considerável precisão, a aferição acerca da vida patrimonial, econômica e financeira da instituição fiscalizada. 8. A consecução dos objetivos finalísticos da Fundação é acompanhada pela Curadoria, a quem incumbe velar, na acepção mais ampla da palavra, qual seja, proteger, zelar e cuidar, a fim de que a fundação cumpra de forma eficiente os seus desígnios. 9. Consectariamente, a ampliação conceitual do vocábulo "velar", inserto no art. 26 do Código Civil de 1916 e reproduzido no art. 66 do novel Código Civil de 2002, justifica-se pela proporcionalidade entre os encargos atribuídos e os meios postos à disposição para a consecução daqueles, sob pena de inocuidade do "dever-poder" atribuído ao Ministério Público no exercício de tão importante mister. 10. À luz da legislação atinente à matéria, afere-se anomalia na administração da fundação, revela-se razoável que os interessados e, especialmente, o Ministério Público, no exercício de seu mister, sejam legitimados à propositura de ações judiciais aptas a coibir eventuais ingerências, possibilitando à fundação o cumprimento de sua finalidade precípua, consoante a lei e seus estatutos, máxime pela expressa previsão de fiscalização das mencionadas entidades, inserta no art. 95 do Estatuto da Criança do Adolescente, *verbis*: "As entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares (...)". 11. *Ad argumentandum tantum*, o direito insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 12. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 nos arts. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual", senão vejamos: "Art. 7.º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.". "Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica." "Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...) V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;" 13. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público Estadual. (STJ, 1ª Turma, RESP 776549, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007, DJ 31.05.2007).

3.3.4.4 TAMG, 7ª Câmara Cível. *Acidente de trânsito. Responsabilidade civil solidária do condutor e do proprietário do veículo.*

EMENTA: EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - SOLIDARIEDADE - CONDUTOR E PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO.

O proprietário do veículo que permite que terceiro o conduza é responsável solidário pelos danos causados culposamente pelo condutor, salvo se demonstrar que o bem foi posto em circulação sem o seu consentimento. (TAMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.449633-5/000(1), Rel. Juiz D. Viçoso Rodrigues, j. 117.03.2005, DJ 13.04.2005)

3.3.4.5 TJMG, 1ª Câmara Cível. *Regulamentação de visita. Pai que apresenta conduta agressiva em relação à genitora que mantém a guarda do menor. Recomendação de cautela.*

EMENTA: FILHA - GUARDA DEFERIDA À MÃE - PAI - DIREITO DE VISITA - PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DAS VISITAS - CRITÉRIO - INTERESSE PSICOLÓGICO E MORAL DA FILHA. Para ampliar a visita do pai, em caso que antes havia sido limitado esse direito, o juiz deve visar ao que é mais adequado e benéfico à criança, de forma a preservar o seu modo de vida, o seu desenvolvimento psíquico e moral, o seu sentimento de família, com amor e



*Diálogo das Fontes
Dignidade da Pessoa Humana
Funcionalização, Socialização e Eticidade*



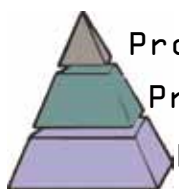
admiração aos pais, visando sempre ao seu equilíbrio, dentro de uma convivência que resguarde uma construção sadia de seu futuro. Havendo anterior óbice judicial à proximidade, em virtude de fatos ligados a área penal, recomenda-se um estudo social sobre a ampliação a ser estabelecida na visitação.

(...)

Em regra, tirar do pai a oportunidade de pernoitar com os filhos seria trazer-lhe limite que a razão nem a lógica permitem, e muito menos a lei.

No entanto, as provas dos autos demonstram a agressividade do agravado, embora em relação apenas à agravada e não à filha, o que comprova, porém, situação que recomenda cautela. Assim, já que o agravante não está obstado de visitar e estar com a filha, para a extensão dessa visita, para deferir a pernoite do agravado com a filha, é aconselhável que se aguarde a realização do estudo psicossocial já deferido.

Sendo assim, para preservar os interesses da menor e preservar sua boa saúde psíquica e seu bom desenvolvimento, recomenda-se que a visita do agravado se dê na forma determinada inicialmente na ação de Regulamentação de Visitas, mormente porque o estudo social e psicológico não demanda maior tempo e pode ser feito com brevidade. (TJMG, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.840491-8/001, Rel. Des. Vanessa Verdolim, Hudson Andrade, j. 15.09.2009, DJ 25.09.2009)



3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 O respeito ao princípio da individualização da pena na fixação da pena-base: combate à politização na aplicação da pena mínima

Juliano Silva do Lago

Bacharel em Direito e assessor do Juízo de Direito de Poço Fundo-MG

O magistrado, ao exercer seu mister constitucional na prolação de sentença penal condenatória deve, obrigatoriamente, aplicar a pena ao sentenciado de forma individualizada. É impreterível que ele, na confecção de seu decisório, atenda a todos os básicos preceitos pertinentes e necessários à ressocialização do indivíduo, preservando prontamente o princípio da individualização da pena, conforme ditames do art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República.

A doutrina perfilha o mesmo entendimento, manifestando-se que “o princípio da individualização da pena precisa resguardar o valor do indivíduo, a atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o homem em particular”.¹

Na esteira do sedimentado, repulsa-se a denominada pena padrão e a fixação da pena mínima de forma indiscriminada. Ora, o ser humano, independentemente do ato praticado, não é uma máquina, ao revés, afigura-se como ser individualizado, merecedor de consideração e respeito até mesmo na reprimenda que lhe deve ser aplicada.

A rigor, durante a instrução processual, tem o magistrado plenas condições de aferir aspectos da personalidade, conduta social e condições financeiras do acusado, o que, invariavelmente, contribui para uma maior adequação da pena *in concreto*.

Colhidos os preceitos elementares para aferição das circunstâncias pessoais e judiciais, habilitado está o juiz para individualizar perfeitamente a pena a ser aplicada pela prática de determinada conduta delitiva. Este, além de um direito social inerente à concepção de justiça, é garantia do condenado de que, sujeito de direitos que é, deve ter respeitada a individualização na aplicação e cumprimento da reprimenda, proporcionando-lhe possibilidade de ressocialização.

No entanto, infelizmente, não é percebida tal postura por parte de muitos de nossos julgadores, que, em vez de reeducar, preferem padronizar a pena, passando uma falsa percepção de justiça e ausência de prejuízo ao sentenciado, automaticamente, gerada pela aplicação da pena mínima.

Essa indesculpável postura deve ser rechaçada pelo

aplicador do direito e operador jurídico, porquanto espelha desídia ou incompetência do magistrado, julgador da causa.² O sistema de aplicação da pena é trifásico, tendo como seu fundamento maior, tornar mais palpável ao magistrado a análise dos elementos essenciais à individualização da pena, aplicando a cada qual o que lhe é devido.

O mesmo entendimento é esposado no judicioso posicionamento de Reale Júnior, cuja literalidade segue:

Imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o *quantum* da sanção e sua modalidade, no que entende necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstâncias e consequências do seu ato.³

Nucci, lapidarmente, complementa o raciocínio, *in verbis*:

Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, orçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares de cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima.⁴

Pragmaticamente, é na fixação da pena-base que repousa a maior incidência de violação ao princípio da individualização da pena, vez que, nos moldes do art. 59, do Código Penal, deve o magistrado analisar a reprovabilidade da conduta (culpabilidade), os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime, assim como a influência do comportamento da vítima na prática delitiva. Conforme se nota, são variados fatores de índole objetiva e subjetiva que devem ser observados pelo magistrado, quando da fixação da pena-base.

Pois bem. Muitos julgadores entendem por bem fixar a pena-base das mais variadas forma, realizando cálculos das mais diferentes espécies, em regra, aumentando-se 1/8 por cada circunstância desfavorável ao agente, eis que são oito as circunstâncias a serem analisadas.

No entanto, *data maxima venia*, tal postura é equivocada, uma vez que desconsidera a particularidade de cada crime, fixando um limite de variação fixo que, fatalmente, induz a fixação da pena-base a um índice demasiadamente baixo, incapaz por si só, de atingir ao máximo da pena prevista abstratamente para o crime.

Ora, se durante a primeira fase, a pena deve ser variar entre o mínimo e o máximo previsto abstratamente pelo crime, não pode o julgador, ao seu alvedrio, ter somente o *quantum* mínimo como padrão.

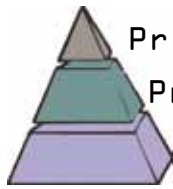
De forma a solucionar tal problemática, tem-se por salutar, especialmente se observando o critério de

¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 47.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 309.

³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. –parte geral. Rio de Janeiro Forense, 2003. v. II. 312.

⁴ NUCCI, 2007, p. 310.



individualização da pena, que pelo magistrado deva ser adotada a postura mais equânime, devendo a pena-base hipoteticamente variar entre o mínimo e o máximo da pena prevista pelo tipo penal. Caso todas as circunstâncias sejam desfavoráveis ao sentenciado, aplica-se a pena máxima. Noutro giro, sendo-lhe todas favoráveis, a aplicação da pena-base na quantia mínima é medida que se impõe.

O cálculo é de simples feita, bastando que o magistrado tão-somente divida a variação entre a pena máxima e a mínima prevista para o crime, pelo número de circunstâncias, ou seja, oito, chegando à quantia exata que deve ser majorada por cada uma das circunstâncias que sejam desfavoráveis ao sentenciado. Assim, caso nenhuma lhe seja desfavorável, a pena será a mínima. Lado outro, sendo todas desfavoráveis, a aplicação da pena máxima é medida que se impõe.

Verbi gratia, tem-se a seguinte questão hipotética levando-se em consideração a pena prevista *in abstracto* para o crime de desacato, conforme se observa: Considerando-se que a pena do delito capitulado no artigo 331 do Código Penal varia de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, sendo a variante entre a pena máxima e mínima de 18 (dezoito) meses. As circunstâncias judiciais, por sua vez, sendo 08 (oito), extrai-se que para cada circunstância judicial desfavorável ao sentenciado, deve-se aumentar o abstratamente previsto como mínimo em 02 (dois) meses e 25 (dias) ($18/8 = 2,25$ e $2,25 \times 8 = 18$).

A rigor, assim agindo, ter-se-á por preservada a individualização da pena na fixação da pena-base, proporcionando ao sentenciado a pena que lhe é devida, evitando, por conseguinte, a padronização na análise das circunstâncias judiciais, eis que, seu peso varia de acordo com

a gravidade do crime praticado.

Há de ser considerado ainda que o magistrado tem o dever de atender aos anseios sociais, espelhados pela atividade legiferante, dotada de legitimidade democrática direta. Assim agindo, preservado está o interesse do acusado, assim como a possibilidade de o sentenciado saber precisamente o critério utilizado pelo magistrado na fixação da pena-base, proporcionando justiça e segurança jurídica, podendo o acusado defender-se especificamente do que será objeto de análise.

Por fim, deve-se firmar entendimento de que a aplicação da pena-base não é automática, deve decorrer de detida análise do julgador. Além do mais, tem o sentenciado, assim os demais da sociedade, direito de saber precisamente qual critério deve ser utilizado pelo julgador durante a sentença prolatada. Com tal postura, combate-se a pena padrão, assim como se prestigia a análise casuística, podendo o *quantum* da pena-base efetivamente variar nos limites impostos, aumentando-se e reduzindo-se a pena-base proporcionalmente ao que foi levado a efeito pelo indivíduo no decorrer de sua vida e durante a prática delitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSCHI, José Antônio Paganela. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 47.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 309.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. –parte geral. Rio de Janeiro Forense, 2003. v. II. 312.

3.4.2 A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor de Direito Processual Penal

do curso Praetorium BH/SAT

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Especialista em Direito Civil pela PUC/MG

Mestre em Direito Privado pela PUC/MG

Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

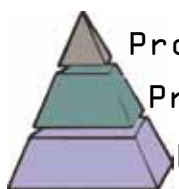
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

A Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, provocou profundas reformas no Título VI da Parte Especial do Código Penal, na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O presente artigo pretende analisar, de forma bastante sucinta, a atual disciplina da ação penal dos crimes previstos nos capítulos I e II do referido Título VI da Parte Especial do Código Penal após o advento da novel legislação.

Antes deste marco legislativo, os então chamados crimes contra os costumes estavam submetidos, em regra, à ação penal privada (artigo 225, *caput*, do Código Penal). Apenas excepcionalmente é que tais crimes seriam de ação penal pública, ora incondicionada (se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso II, do Código Penal; ou se da violência resultasse lesão corporal grave ou morte, com base no artigo 223 do Código Penal), ora condicionada à representação do ofendido (se a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, consoante o artigo 225, § 1º, inciso I, e § 2º, do Código Penal).

A doutrina, à época, entendia que a intenção do Código





em estabelecer como regra geral a ação penal privada para os crimes contra os costumes era a de evitar o que ficou conhecido como *strepitus iudicci*, o “[...] escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal [...]” (OLIVEIRA, 2008, p. 116), com a finalidade de “[...] evitar a produção de novos danos em seu patrimônio – moral, social, psicológico etc. – diante de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso [...]” (OLIVEIRA, 2008, p. 116).

Destarte, de um modo geral, a doutrina não concordava com a regra aqui exposta. Com efeito, alegava-se que não era lógico permitir que a decisão sobre o início da persecução penal ficasse exclusivamente nas mãos do particular, considerando que alguns crimes contra os costumes eram de extrema gravidade, notadamente os crimes de estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214), com pena máxima abstratamente cominada de 10 (dez) anos de reclusão. Em situações como essas, era nítido o interesse público na devida punição dos agentes delitivos, o que deveria autorizar o Estado, por meio do Ministério Público, a deflagrar a ação penal. Nesse contexto, é conveniente lembrar que esses crimes eram considerados crimes hediondos (artigo 1º, incisos V e VI, da Lei nº 8.072/90), tanto na sua forma simples como na sua forma qualificada, conforme posicionamento do STF (HC nº 81.288/SC). Aliás, o próprio STF, no julgamento do HC nº 81.360/RJ, chegou a afirmar que o estupro, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, seria um problema de saúde pública.

Nesse trilhar, como assevera Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 123), se a preocupação do Estado fosse realmente com os efeitos danosos que porventura pudessem atingir a vítima desses crimes pela divulgação dos fatos, “[...] bastaria que a lei os submetesse à persecução penal pública, condicionada à autorização da vítima ou seu representante legal”.

Ademais, a regra da ação penal privada para os crimes contra os costumes poderia levar a absurdos indesejáveis, a exemplo de um estupro ou mesmo de um atentado violento ao pudor praticado contra vítima que viesse a falecer no curso da ação penal, não deixando sucessores (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão – art. 31 CPP), ensejando a preempção desta ação (artigo 60, inciso II, do Código de Processo Penal), a extinção da punibilidade do querelado (artigo 107, inciso, IV, do Código Penal) e, via de consequência, a impunidade de um fato gravíssimo.

É certo que o Supremo Tribunal Federal, na tentativa de consertar essa distorção e por motivos exclusivamente de política criminal, editou a Súmula nº 608, segundo a qual “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Não obstante, o problema ainda persistia, pois, se o crime de estupro fosse praticado com violência presumida e contra vítima que viesse a falecer no curso da ação penal privada sem deixar sucessores, o agente do delito seria igualmente beneficiado pela extinção da sua punibilidade, ficando o fato mais uma vez impune.

O legislador teve uma ótima oportunidade de encerrar

com essa aberração com o advento da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que provocou algumas alterações nos crimes contra os costumes – entre elas a revogação (tardia) do crime de adultério –, o que acabou não ocorrendo.

Felizmente, 4 (quatro) anos depois, eis que surge a Lei nº 12.015/09 atendendo a todos esses reclamos da doutrina e consagrando, no artigo 225, *caput*, do Código Penal, como regra geral, a ação penal pública condicionada à representação do ofendido para os agora chamados crimes contra a dignidade sexual (expressão, inclusive, que afasta a carga moralista da antiga expressão “crimes contra os costumes”, sendo mais consentânea com os tempos hodiernos e atenta ao verdadeiro bem jurídico tutelado, a dignidade sexual, vertente da dignidade humana insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Nesse ponto, portanto, andou bem o legislador.

Desse modo, a partir de agora, continua-se respeitando a vontade da vítima do crime, mas ela não precisa tomar à frente do polo ativo da demanda, expondo-se ainda mais, já que a ação penal será oferecida pelo Ministério Público. Frise-se, ainda, que a persecução penal estará mais fortalecida. Afinal de contas, o Ministério Público possui prerrogativas públicas que não estão disponíveis para o particular.

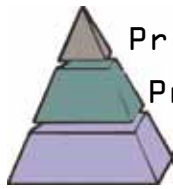
Excepcionando a regra do *caput* do artigo 225 do Código Penal, o parágrafo único desse dispositivo legal dispõe ser a ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Apesar do ponto positivo alhures mencionado, não há que se olvidar que a novel legislação desperta algumas questões nebulosas, que merecem ser a seguir respondidas.

1ª Questão: O que se entende por crime praticado contra vulnerável?

Os crimes contra a dignidade sexual são aqueles crimes previstos nos capítulos I e II do Título VI da Parte Especial do Código Penal. O capítulo I trata dos crimes contra a liberdade sexual, englobando os crimes de estupro (artigo 213), violência sexual mediante fraude (artigo 215) e assédio sexual (artigo 216-A). Já o capítulo II disciplina os crimes contra vulnerável, envolvendo os crimes de estupro de vulnerável (artigos 217-A e 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (artigo 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B).

Portanto, crime praticado por vulnerável, na verdade, é qualquer um dos crimes previstos nos artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal. Por conta disso, em apertada síntese, pode-se entender como vulnerável o menor de 14 (catorze) anos de idade (artigos 217-A, 218 e 218-A) ou o menor de 18 (dezoito) anos submetido, induzido ou atraído à prostituição, ou aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato (artigo 218-B). Como se pode ver, as hipóteses de definição do indivíduo vulnerável são muito semelhantes às situações que caracterizavam a vítima de violência presumida, outrora definidas no hoje revogado artigo 224 do Código Penal (alínea



“a”, menor de 14 anos; alínea “b”, pessoa alienada ou débil mental; alínea “c”, pessoa que não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência).

Por fim, saliente-se que, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62), com a tutela ao vulnerável, “[...] elimina-se a discussão sobre o estado de pobreza da pessoa ofendida [...]”, antigamente requisito indispensável para possibilitar a ação penal pública condicionada à representação do ofendido, consoante o antigo artigo 225, § 1º, inciso I, e § 2º, do Código Penal.

2ª Questão: Os crimes praticados contra vulnerável são de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido?

Quanto à ação penal dos crimes praticados contra vulnerável, a Lei nº 12.015/09 apresenta uma aparente contradição, senão vejamos. O *caput* do artigo 225 do Código Penal atualmente apregoa que os crimes definidos nos capítulos I e II do Título VI são de ação penal pública condicionada à representação. Lembre-se que, como visto no item anterior, os crimes praticados contra vulnerável estão previstos justamente no capítulo II. Portanto, a princípio, eles também seriam de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. De outro lado, porém, o parágrafo único do artigo 225, com sua nova redação, determina que os crimes praticados contra vulnerável são de ação penal pública incondicionada. Nesse aparente conflito, afinal de contas, qual regra deve prevalecer?

Em uma interpretação sistemática e atenta ao espírito do legislador de punir com maior rigor obviamente as condutas mais graves, entende-se que apenas os crimes previstos no capítulo I do Título VI (crimes contra a liberdade sexual) é que serão de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Para os crimes tipificados no capítulo II (crimes contra vulnerável), a ação penal deverá ser pública incondicionada. Com esse entendimento corrobora Paulo Rangel (2009, p. 301):

Pensamos que o que se quis dizer (aqui o terreno é movediço: adivinhar o que o legislador quis dizer) no *caput* do art. 225, é que nos crimes definidos no capítulo I (apenas o capítulo I) a ação penal será pública condicionada à representação, e no parágrafo único do mesmo artigo, será pública incondicionada quando a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

3ª Questão: A Súmula nº 608 do STF continua válida?

A doutrina vem se inclinando pela eliminação da Súmula nº 608 do STF. Isso porque, como já dito anteriormente, a intenção do STF ao editar essa súmula foi consertar distorções que ocorriam por ser o crime de estupro, em regra, de ação penal privada (política criminal). Contudo, a partir do momento em que a nova lei traz regra expressa determinando que o delito de estupro será sempre de ação penal pública (ora condicionada à representação do ofendido, ora incondicionada), a Súmula perdeu a sua razão de existir. Nesse sentido Paulo Rangel

(2009, p. 304-306) e Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 62-63), externam o seguinte magistério:

[...] Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009. Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.

4ª Questão: A Lei nº 12.015/09 deve ser aplicada para os crimes praticados antes da sua vigência?

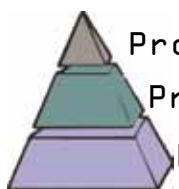
Quanto à aplicação de uma lei processual penal no tempo, há de ser considerado, como regra geral, o princípio da imediatidade (*tempus regist actum*) estampado no artigo 2º do CPP, segundo o qual “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Esse princípio, porém, somente é aplicável para as leis processuais penais puras. Outrossim, existem leis que são apenas formalmente processuais penais, mas que materialmente são penais, pois possuem conteúdo relacionado ao Direito Penal. A essas leis dá-se o nome de leis processuais penais mistas ou híbridas, devendo incidir outro princípio, o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável (consagrado no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, e no artigo 2º do Código Penal), nos termos do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (“À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis” – conforme melhor interpretação doutrinária, este dispositivo se estende a qualquer situação que envolva as já citadas leis processuais penais mistas ou híbridas).

Nesse prisma, não há dúvidas de que a Lei nº 12.015/09, no que tange à ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, tem natureza híbrida ou mista. De um lado, ao tratar de ação penal, ela apresenta um caráter formalmente processual penal. No entanto, ao determinar que a ação penal nesses crimes deixa de ser privada para se tornar sempre pública (condicionada à representação do ofendido ou incondicionada), é claro que tal lei atinge diretamente institutos tipicamente de direito material, a saber, a decadência, a renúncia, o perdão e a perempção, todos causas de extinção da punibilidade do agente delitivo (artigo 107, incisos IV e V, do Código Penal), relacionados, portanto, ao direito de liberdade deste último.

Em sendo lei processual penal mista ou híbrida, será que a Lei nº 12.015/09 sempre retroagiria para os fatos ocorridos antes da sua vigência? Para responder a essa indagação, é preciso considerar todas as situações possíveis, que são abaixo listadas.

A) Se o crime, antes do advento da lei, estava



submetido à ação penal privada: É sempre favorável a um indivíduo que o crime seja de ação penal privada, pois, como já afirmado, ela permite a aplicação dos institutos da decadência, renúncia, perdão e preempção, institutos esses que promovem a extinção da punibilidade do mesmo. Não há esse resultado na ação penal pública incondicionada. Na ação penal pública condicionada à representação do ofendido, por sua vez, só é possível se operar a decadência. Portanto, na situação em testilha, há um claro prejuízo para o agente do delito, independente se a ação penal, no caso concreto, passou a ser pública condicionada à representação do ofendido ou incondicionada, motivo pelo qual a Lei nº 12.015/09 não deve retroagir, persistindo o crime como de ação penal privada. **Não haverá, pois, qualquer alteração.** Por isso, se o fato ainda está sendo investigado em sede de inquérito policial, a vítima do delito deve estar atenta ao prazo decadencial que ainda resta para que ofereça a queixa-crime. Se, porém, a ação penal já está em andamento, não há qualquer alteração no pplo ativo da demanda, devendo o feito permanecer como está. Havendo decisão com trânsito em julgado, não há nada mais a se fazer.

B) Se o crime, antes do advento da lei, estava submetido à ação penal pública condicionada à representação do ofendido: Entre a ação penal pública condicionada à representação do ofendido e a ação penal pública incondicionada, é melhor para o agente do delito que o crime esteja submetido àquela primeira, pois ela permite o instituto da decadência, responsável pela extinção da punibilidade, o que não acontece nesta segunda espécie de ação. Diante disso, se o crime era de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, assim permanecerá, independente se a ação penal se tornou pública incondicionada (hipótese prejudicial ao agente, daí porque a Lei nº 12.015/09 não retroagirá) ou pública condicionada à representação do ofendido (não há diferença). **Nessa hipótese, pois, também não haverá qualquer alteração,** à semelhança do que ocorre com a hipótese anterior.

C) Se o crime, antes do advento da lei, estava submetido à ação penal pública incondicionada: Claro que se o crime era de ação penal pública incondicionada e continua submetido a esta espécie de ação penal, não haverá qualquer diferença, permanecendo, pois, tudo como está. Entretanto, a dúvida surge se o crime era de ação penal pública incondicionada e passou a estar submetido à ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Nessa hipótese, há melhoria na situação do agente delitivo, pois ele poderá agora ser beneficiado pelo instituto da decadência, que provoca a extinção da punibilidade. Por conta disso, entende-se que a **Lei nº 12.015/09 deverá retroagir.** Assim, se foi iniciada a ação penal, a vítima deverá ser chamada para oferecer a representação, caso já não tenha feito. Entretanto, deve-se advertir que, se já houver o trânsito em julgado da decisão proferida ao longo da ação penal, **não será possível a retroatividade da Lei nº 12.015/09.** A retroatividade de uma lei após o trânsito em julgado de uma decisão somente é possível se aquela for de caráter exclusivamente penal. Nesse caso, a lei mais benéfica deverá ser aplicada pelo juízo da execução penal, em conformidade com o artigo 66, inciso I, da Lei nº 7.210/84

(Lei de Execução Penal). A respeito do tema, veja-se o quanto apregoadado por Rômulo de Andrade Moreira (2009):

Ressalve-se, apenas, a coisa julgada como limite a tudo quanto foi dito, pois se já houve o trânsito em julgado, não se pode cogitar de retroatividade havendo processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal (**lex nova** que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º, parágrafo único do Código Penal.

5ª Questão: Se o crime era de ação penal pública incondicionada e passou a ser de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, qual o prazo que a vítima tem para oferecer a sua representação?

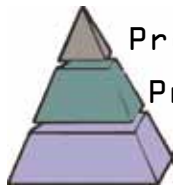
Como já mencionado no item anterior, nessa hipótese, se a ação penal foi iniciada antes do advento da Lei nº 12.015/09, o juiz deverá determinar a intimação da vítima para que apresente a representação. Nesses termos, verifica-se que a representação do ofendido deixa de ser condição de procedibilidade (condição a ser preenchida para permitir o início da ação penal) para se tornar uma verdadeira **condição específica de “proseguibilidade”** da ação penal (condição a ser preenchida para permitir o prosseguimento da ação penal).

Mas persiste o questionamento: qual o prazo que a vítima terá para apresentar a representação se ela ainda não consta dos autos?

Há séria divergência na doutrina a esse respeito. Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 69), por exemplo, entende que a vítima deve apresentar a representação de imediato, não havendo novo prazo de 6 (seis) meses para tanto. Todavia, ainda em sede doutrinária, parece prevalecer o entendimento segundo o qual o prazo deverá ser de 30 (trinta) dias, em analogia ao disposto nos artigos 88 (que tornou obrigatória a representação para os crimes de lesões corporais leves e culposas) e 91 (que estipulou esse prazo de trinta dias para os crimes anteriormente citados) da Lei nº 9.099/95, posicionamento com o qual concordamos. É o que postulam Paulo Rangel (2009, p. 304) e Rômulo de Andrade Moreira (2009):

Se há nos autos manifestação de vontade da vítima nesse sentido, suprida estará a representação. Do contrário, não havendo manifestação de vontade da vítima dever-se-á, no prazo decadencial de 30 dias, aplicado analogicamente o art. 91 da Lei 9.099/95, ser chamada a se manifestar. Tal exigência começa a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, 10 de agosto de 2009, devendo o Estado intimar a vítima para se manifestar, em 30 dias. (RANGEL, 2009, p. 304).

Qual o prazo para esta representação (agora uma verdadeira condição específica de “proseguibilidade”)? Deveria a nova lei ter estabelecido um prazo para tais hipóteses, em uma disposição de caráter transitório. Não o fez. Logo, há uma lacuna a ser preenchida e duas normas que podem ser utilizadas por analogia: o art. 88 da Lei 9.099/95, que passou a exigir representação para as lesões leves e culposas, e o seu



Proteção dos bens jurídicos mais relevantes

Proporcionalidade

Ressocialização

art. 91, *in verbis*: 'nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.' (MOREIRA, 2009).

Ressalte-se ainda que, na prática, vem sendo comum verificar que muitos juízes estão reabrindo o prazo decadencial de 6 (seis) meses com a intimação da vítima para apresentar a representação, o que, em nosso sentir, tecnicamente não é medida das mais corretas.

De qualquer forma, independente do prazo a ser considerado, uma vez intimada, a vítima, se pretender o prosseguimento da ação penal, deverá oferecer a representação ou ao menos evidenciar assentimento, o que pode ser alcançado tacitamente. Do contrário, caso não queira o prosseguimento desta ação penal, deverá negar expressamente ao juiz esse seu direito ou deixar passar o prazo *in albis*, o que promoverá a extinção da punibilidade do agente do delito.

6ª Questão: Como fica a ação penal para os crimes que resultem em lesão corporal grave ou morte?

Como já mencionado anteriormente, o Código Penal, antes do advento da Lei nº 12.015/09, estipulava no seu artigo 223 que, se do crime contra o costume resultasse lesão corporal grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada. Esse artigo, porém, com o advento da novel legislação, foi expressamente revogado, daí porque, a princípio, a ação penal para esses crimes seria pública condicionada à representação do ofendido.

Destarte, surge novamente uma grave distorção: se a vítima de crime que resulte em lesão corporal grave ou morte, sendo maior e capaz, falecer sem deixar sucessores, não haveria como oferecer a representação em face do ofensor, que ficaria impune, eis que beneficiado pela extinção da punibilidade.

Certamente não foi isso que pretendeu a Lei nº 12.015/09, que foi criada para punir com maior rigor crimes deste jaez. Em sendo assim, admitir que a ação penal, nessas hipóteses, seria pública condicionada à representação do ofendido significaria ir contra o próprio espírito da legislação, sem falar na notória violação ao princípio da proporcionalidade. Diante disso, recomenda-se seja feita uma interpretação conforme a Constituição para que a ação penal, no caso em tela, continue a ser pública incondicionada. Disso não discrepa Paulo Rangel (2009, p. 301-303):

Não é crível nem razoável que o legislador tenha adotado uma política de repressão a esses crimes

e tornado a ação penal pública condicionada à representação. Até mesmo pelo absurdo de se ter a morte da vítima no crime de estupro e não haver quem, legitimamente, possa representar para punir o autor do fato. O crime, sendo a vítima maior e capaz, ficaria impune. Com certeza, por mais confuso que esteja o Congresso Nacional com seus sucessivos escândalos, não foi isso que se quis fazer [...].

Sem dúvida será de ação penal de iniciativa pública incondicionada e a razão [...] é que o princípio da interpretação conforme a Constituição recomenda que os seus aplicadores, diante de textos infraconstitucionais de significados múltiplos e de duvidosa constitucionalidade, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, aproveitando ou conservando, assim, as leis, evitando o surgimento de conflitos sociais e, porque não dizer, no caso penal, evitando também a impunidade, caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura.

Destarte, se o que se quer com a Lei 12.015/09 é estabelecer uma nova política repressiva dos crimes conta a dignidade sexual, protegendo-se a pessoa vítima do descontrole humano, em especial, quando houver morte ou lesão grave [...], é intuitivo que a ação penal seja pública incondicionada.

À guisa de conclusão, em linhas gerais, afigura-se positiva a iniciativa da Lei nº 12.015/09 em tornar, em regra, pública condicionada à representação do ofendido a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, pois, desse modo, os interesses da vítima e da sociedade são melhor conciliados, mas é preciso muita cautela na aplicação no tempo dessa novel lei, assim como deve ser fixada a regra de que a ação penal será pública incondicionada nos crimes praticados contra menor de 18 (dezoito) anos ou vulnerável e naqueles cujo o resultado seja lesão corporal grave ou morte da vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável**: a lei nº 12.015/09. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13345>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

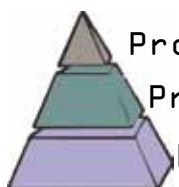
RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

3.4.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.4.3.1 SANTANA, Selma Pereira de. **A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2005, 269 p.

O livro é fruto da dissertação de mestrado da autora sob a orientação do notável Jorge de Figueiredo Dias, já publicado



em Portugal sob o título *Negligência Grosseira: a sua autonomia material*, “buscando colaborar no preenchimento de uma lacuna na produção científica, conquanto o tema seja de há muito objeto de inúmeras decisões judiciais em vários países europeus, a exemplo do próprio Portugal, Alemanha, Espanha e Itália, entre outros” (nota da autora).

Em introdução à edição brasileira do livro, explica Selma Santana:

O presente estudo propõe-se, num primeiro momento, a delimitar critérios densificadores de uma forma de culpa substancialmente elevada e determinante de uma moldura penal agravada: a culpa temerária – correspondente à antiga *culpa lata* latina, analogamente à *Leichtfertigkeit* alemã, à atual *imprudencia grave* espanhola ou à *colpa grave* italiana. Tal estudo desenvolver-se-á, mesmo diante de uma dogmática marcada por escassos pronunciamentos científicos, bem ainda, e paradoxalmente, em situação inversa, mas não menos causadora de perplexidades, perante um universo multifacetado de possibilidades acenadas pela doutrina jurisprudencial.

Partimos da premissa de que razão assiste, fundamentalmente, e sobretudo, a Gallas e Roxin, autores que, diante do desconcontro doutrinário – uma vez que há quem considere a culpa temerária como uma forma de culpabilidade, outros, como uma graduação do ilícito, outros, ainda, uma característica da atitude do agente, ou, por último, uma circunstância modificativa na moldura penal, em nível da medida legal da pena – oferecem suporte dogmático, para se concluir que o conceito implica uma especial intensificação da culpa, não só em termos de culpabilidade, mas, também, em termos de tipo de ilícito. Esta a razão por que, num segundo e mais importante momento, centralizaremos nosso estudo na relevância dos seus critérios densificadores para o tipo de ilícito e para o tipo de culpabilidade (p. 15)

B) Artigos

3.4.3.2 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Súmula vinculante em matéria penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, nº 81, ano 17, nov./dez. de 2009, pp. 139-160.

O artigo apresenta um bem assentado estudo sobre os primórdios da criação do sistema de elaboração e adoção de súmulas de jurisprudência no âmbito do STF no início da década de 60, com base em estudos do Min. Victor Nunes Leal, até as atuais chamadas súmulas vinculantes, trazendo detalhes e estatísticas interessantes sobre o tema.

Ao longo do texto, segundo palavras do autor:

Aponta para a semelhança entre a súmula vinculante e os antigos assentos da jurisprudência. Ressalta a inconstitucionalidade e os principais vícios da súmula viculante. E mostra que, de acordo com a lei, só pode haver súmula vinculante em matéria constitucional, embora seu conteúdo possa dizer respeito, mediatemente, a matéria penal. (p. 139).

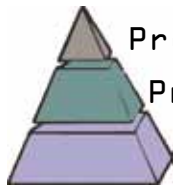
3.4.4 Jurisprudência da área

3.4.4.1 STJ, 5ª Turma. *Estelionato judiciário*.

EMENTA: CRIMINAL. RESP. “ESTELIONATO JUDICIÁRIO”. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA CONDUTA REPUTADA DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO. I. Hipótese em que o réu ajuizou duas ações com pedidos idênticos, objetivando a condenação da União Federal a resgatar um mesmo título da dívida pública externa, tendo sido, por esta razão, denunciado pela prática do delito de estelionato. II. Não obstante a presença aparente dos elementos do tipo penal, o estelionato judiciário não tem previsão no ordenamento jurídico pátrio, e grande parte da doutrina nem sequer faz referências à apontada modalidade delitiva, razão pela qual o Tribunal *a quo* entendeu, acertadamente, pelo trancamento da ação penal por atipicidade da conduta. III. Recurso desprovido. (STJ, 5ª Turma, REsp 878469 / RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 08.05.2007, DJ 29.06.2007, p. 706).

3.4.4.2 STF, 2ª Turma. *Reformatio in pejus indireta*. Tribunal do Júri.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. *Reformatio in pejus* indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação conseqüente do justo processo da lei (*due process of law*), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulado o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior. (STF, 2ª Turma, HC 89.544-RN, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.04.2009).



Proteção dos bens jurídicos mais relevantes

Proporcionalidade

Ressocialização

3.4.4.3 TJMG, 5ª Câmara Criminal. *Venda de bebida alcoólica a menor. Tipicidade penal.*

EMENTA: APELAÇÃO - VENDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS A MENORES DE DEZOITO ANOS DE IDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESCLASSIFICAÇÃO DO ARTIGO 243 DO ECA PARA O ARTIGO 63, I DA LEI DE CONTRAÇÕES PENAS - NECESSIDADE - MENORIDADE RELATIVA - RECONHECIMENTO - PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. I - Enquadra-se no art. 63, I da LCP e não no art. 243 do ECA, a conduta do agente que serve bebidas alcoólicas a menores de dezoito anos. II - Havendo trânsito em julgado para a condenação, a prescrição se verifica pela pena concretizada na sentença. III - Sendo o réu menor de 21 anos à data da prática delitiva, deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa prevista no art. 65, I, CP e os prazos do art. 109 do CP são reduzidos pela metade. IV - Transcorrendo o lapso prescricional entre a data da publicação da sentença e o julgamento da apelação, deve ser reconhecida a prescrição superveniente.

(...)

Entretanto, um aspecto que merece, ao meu sentir, uma modificação é a definição jurídica dos fatos. Consta da denúncia que o apelado teria fornecido cerveja ao menor de idade Wesley Domingues Silva. O Magistrado primevo então, condenou o apelado pelo delito imputado na denúncia. Entendo, entretanto, que a condenação deveria ter ocorrido, por aquele previsto no art. 63, I da Lei de Contravenções Penais, que prevê:

Art. 63 - Servir bebidas alcoólicas:

I - a menor de 18 (dezoito) anos; (...)

Pena - prisão simples, de 02 (dois) meses a 01 (um) ano, ou multa.

Entendo, que a interpretação sistemática da Lei nº 8069/90 deixa nítida a distinção estabelecida entre “bebidas alcoólicas” e outros “[...] produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica. Vejamos.

O ECA dispõe no art. 243:

Art. 243 - Vender, fornecer, ainda que gratuitamente, administrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

(...)

Já o artigo 81, do mesmo diploma legal prevê:

Art. 81 - É proibida a venda à criança ou adolescente de: (...);

II - bebidas alcoólicas;

III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;

Assim, inequívoca a conclusão de que o ECA tratou “bebidas alcoólicas” e “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida” de forma distinta se enquadrando no art. 63, I da LCP e não no art. 243 do ECA, a conduta do agente que serve bebidas alcoólicas a menores de dezoito anos, como *in casu* ocorreu e bem entendeu o MM. Juiz *a quo*. Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados: (...)

EMENTA: VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR - CRIME DO ART. 243 DA LEI Nº 8.069/90 - INOCORRÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO DO ART. 63, I, DO DL Nº 3.688/41. O legislador ao estabelecer a conduta delituosa do art. 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de acordo com a interpretação sistemática feita pelo STJ, diferenciou “bebidas alcoólicas” de “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica”, tratando o artigo 243, apenas da segunda categoria, pois o próprio ECA, em seu art. 81, em incisos distintos, cuida separadamente de ambas as condutas, impondo-se, portanto, a desclassificação para a contração penal do art. 63, I, da LCP. Recurso parcialmente provido. (TJMG - Ap. Criminal nº 1.0043.04.000821-1/001 - Relator Desembargador Antônio Armando dos Anjos - j. 16/01/2007. publicado em 02/03/2007).

EMENTA: PENAL - PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR - ART. 63, I, DA LCP - DESCLASSIFICAÇÃO CONFIRMADA. - Pela análise conjunta e interpretação sistemática dos art. 81 e 243 do ECA, conclui-se que aquele que vende bebidas alcoólicas a menor incide nas sanções do art. 63, I, da LCP. (TJMG - Ap. Criminal nº 1.0479.04.080607-3/001 - Relator Desembargador Eli Lucas de Mendonça - j. 23/01/2008 - publicado em 04/03/2008). (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0598.05.007187-0/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. 19.08.2008, DJ 08.09.2008).

3.4.4.4 STJ, 6ª Turma. *Falso testemunho de irmão buscando favorecer irmão.*

EMENTA: RESP. PENAL. FALSO TESTEMUNHO. DEPOIMENTO DE IRMÃ BUSCANDO FAVORECER O IRMÃO. 1. Não incide na letra do art. 342, § 1º, do Código Penal – Falso Testemunho - a irmã do acusado, em depoimento no Plenário do Júri, ainda que sob compromisso, buscando obter prova favorável ao irmão. Neste caso, significativo o vínculo familiar. Não se pode exigir humanamente, e, por isso, também pelo Direito, que a irmã deponha contra o irmão. Cumpre ponderar a fraternidade. 2. Recurso especial do Ministério Público conhecido, mas improvido. (STJ, 6ª Turma, REsp 198426 / MG, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Rel. p/ o acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 14.08.2001, DJ 05.11.2001, p. 146).

Informações Variadas

4 INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 SOCIEDADE EM DEBATE

4.1.1 A importância da família para o direito dos idosos

Lillian Virginia Carneiro Gondim

Bacharel em Direito pela

Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Especializanda em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões pela Universidade Estadual do Ceará - UECE.

Palestrante voluntária do Projeto Cidadania na Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

De acordo com as estatísticas do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a vida média da população brasileira aumenta constantemente, porém observa-se que ainda existem preconceitos e discriminações que dificultam a inclusão da pessoa idosa no convívio social. A grande preocupação é quanto à aplicação devida da proteção ao idoso.

O direito dos idosos evoluiu e se expandiu no decorrer dos tempos. Ele está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal, nas Legislações Previdenciárias, no Estatuto do Idoso, dentre outras legislações, como também está protegido pelo Estado, pela Sociedade e pela Família. Mas o que os pesquisadores argumentam é sobre a necessidade de uma maior consolidação da proteção à pessoa idosa no meio social.

É certo afirmar que o Estado executa a sua função em proteger o idoso com o auxílio das políticas públicas, que envolvem trabalhos, programas, ações e serviços direcionados a ele, valorizando, assim, a sua imagem e o seu respeito diante da população. Quanto à sociedade, esta se esforça a acompanhar as mudanças e os programas que o Estado oferece para melhorar a convivência com o cidadão idoso. Porém, é da família que se deve partir o exemplo de dignidade, de não-discriminação, de amor e de carinho para com a pessoa idosa.

A proteção ao idoso torna-se uma questão relevante de proteção familiar, pois é nela que ele encontra a sua origem, o seu *habitat*, a sua segurança vital; e a sociedade nada mais é do que a junção de várias famílias. Dessa forma, é bom salientar que se o idoso não for respeitado e valorizado dentro de sua própria família, desencadeará, assim, um desequilíbrio, quanto à efetivação dos princípios morais e da cidadania entre os homens, impossibilitando-os de uma convivência melhor entre diferentes gerações.

Atualmente existem, no país, mais de 18 milhões de idosos. Segundo estimativa do IBGE, em 30 anos o Brasil terá a 5ª maior população de idosos do mundo. Porém, a inclusão do idoso na sociedade dependerá de uma grande proteção que valorize a sua dignidade humana e os seus direitos.

Em relação a esse fato, é importante centralizar as possíveis proteções para com o idoso e dentre elas identificar a mais viável, de modo que ele se sinta seguro e respeitado, o bastante para se dispor das demais proteções.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 230, delega à lei a competência para dispor sobre a matéria de defesa e proteção dos idosos à família, à sociedade e ao Estado, mencionando os princípios fundamentais do direito humano. Tal assunto encontra-se disciplinado no Estatuto do Idoso (EI) – arts. 2º a 42 e 93 ao 108, e no Código Civil – arts. 1º a 4º e 6º (no que se refere à capacidade da pessoa) e os arts. 11 a 21 (no que se refere ao direito personalidade).

Com isso, deve-se analisar que o tipo de proteção em que a pessoa idosa procura ter mais segurança é, justamente, aquele em que ela mantém seus hábitos e seus costumes pessoais, adquiridos pelo seu desenvolvimento pessoal, social, cultural, histórico, psíquico, físico e emocional, decorrente de seu tempo vivido, ou seja, um lugar em que ela tenha contribuído com sua experiência de vida: a família.

É de fácil compreensão assegurar que o idoso necessita de sua permanência na família, pois é nela que está contida toda a trajetória de sua vivência, desde sua idealização e construção até a perpetuação familiar em diversas gerações, como demonstra a afirmação de Celso Bastos (1999, p. 497):

[...] Nada mais justo que o amparo àqueles que, em seu momento, contribuíram plenamente com sua força física, mental e espiritual para a construção de um mundo melhor e que, hoje, encontram uma série de dificuldades para conviver em sociedade, até mesmo no seio familiar. Embora de forma acanhada, o Estado brasileiro, através de seus legisladores, demonstra preocupação e interesse com esse setor da população que tanto precisa de apoio.

Porém, é revoltante saber que existem discriminações contra a pessoa idosa na sua própria família. Estudiosos argumentam que ao passar do tempo as pessoas se esquecem que o idoso é humano, e exibem preconceitos sob a visão da produtividade e da beleza formando uma imagem de que os idosos são “descartáveis, pobres coitados ou doentes”.

Ainda sobre o assunto, Fábio Roberto Bárbolo Alonso (2005, p. 43-44) assevera:

[...] Não devemos assim renegar ou rejeitar a velhice, mas tentar enxergá-la e vivê-la sob uma nova ótica. Não podemos transformar um idoso em uma pessoa jovem, sob pena de criarmos uma situação hipócrita e ilusória para essas pessoas. Mas podemos transformar o quadro de envelhecimento se conseguirmos modificar a visão que o restante da sociedade possui desse seguimento, e, principalmente, se vislumbrarmos o milagre de transformar a lógica de produção material e organização social de nosso mundo, que impiedosamente exclui quem não produz ou quem não consome.

[...]

A velhice deve ser considerada como mais uma

etapa de nossas vidas, que, como qualquer outra etapa anterior, combina aspectos positivos e negativos, não podendo jamais ser considerada apenas como o fim de um processo, processo esse que seria a nossa história de vida.

Sobre a justificativa de que o direito do idoso é um direito humano, e este é o direito que resguarda os princípios fundamentais da pessoa humana, Fábio Konder Comparato (2001 p.01), esclarece:

[...] a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade (...).

[...]

É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais.

O Estatuto do Idoso dispõe sobre o procedimento das garantias fundamentais, e o Código Civil delinea a capacidade e a personalidade, afirmando ambos os dispositivos legais que referido direito “assegura à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”.(art. 10, EI).

Para que o idoso seja respeitado com seu valor na sociedade, é preciso que a família assuma o papel de integrá-lo no ambiente social, e não o de rejeitá-lo, atribuindo-lhe características de um ser inferior. É com a prática da cidadania na proteção familiar que se pode aumentar a inclusão dos idosos no meio social, porque a família é a base da sociedade.

Os meios para exercer essa proteção, segundo geriatras e gerontólogos, são referentes aos cuidados que se deve ter com os idosos, ou seja, cada membro da família precisa saber valorizá-los e respeitá-los, seja qual for a sua necessidade. Pode ser uma atenção, um carinho, uma companhia, um problema de saúde, entre outros, como está presente no art. 229 da Carta Maior ao afirmar que “Os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Ainda sobre o assunto, Gabriel J. P. Junqueira (2005, p.21 e 22) comenta que:

A família é o grupo de expansão da vida individual

e o círculo social fundamental. A família é a célula da sociedade, como um grupo autônomo, com todos os direitos civis, políticos e religiosos. Daí sua importância na vida social. [...] Cabe a cada membro dela lutar por ela, protegê-la, engrandecê-la com atitudes honestas, limpas e dentro do princípio da fraternidade. Não basta o trabalho incessante, é necessário, pois, promover o bem-estar social. Família unida é invulnerável.

Ao analisar a questão no caso concreto, o Ministro Paulo Vannuchi da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH), órgão da Presidência da República, afirma que “as legislações nacional e internacional sobre os direitos dos idosos são bem elaboradas, o problema está na efetiva prática de tais legislações”. Para o ministro, a defesa dos direitos dos idosos deve transformar-se em rotina por parte da população brasileira. O ministro disse que a faixa etária a partir dos sessenta anos “é uma idade de plenitude física e intelectual”.

Portanto, é preciso que a família exerça o seu papel em cuidar da pessoa idosa, valorizando-a com princípios morais, praticando cidadania como dever e obrigação de acolhê-la com amor, carinho e gratidão, enfatizando essa proteção ao desenvolvimento social para que, assim, possa existir uma convivência melhor entre as diferentes gerações, pois, do contrário, causará um distanciamento entre os elos familiares e, conseqüentemente, uma ruptura entre os valores humanos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Fábio Roberto Barbo. O Idoso ontem, hoje e amanhã: o direito como alternativa para consolidação de uma sociedade para todas as idades. **Revista Kairós**. São Paulo, vol. 8, n. 2, dez. 2005, p. 37-50.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. 4. ed. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNQUEIRA, Gabriel J.P. **Do casamento: constituição, conflito, separação e dissolução**. São Paulo: EDIPRO, 2005.

4.2 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.2.1 Viva a dialética! A arte do diálogo

Cláudio Márcio Bernardes

Servidor do Ministério Público, lotado na 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Itaúna (MG)

*Pós-graduado em Linguística, especialista em Direito Público
cbernardes@mp.mg.gov.br*

Nada como promover a discussão num ambiente

democrático, livre de cerceamentos intelectuais. Fala-se aqui de um portador textual moderno, que substituiu as cartas e tornou mais célere a comunicação: o *e-mail*. As distâncias foram encurtadas e o resultado é que nunca se produziram tantos textos, tendo por base a interação entre os falantes.

Todo esse introyto para me reportar às trocas de



Informações Variadas

e-mail com o Promotor de Justiça Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho. Suas perguntas, que devem ser as de muitos operadores do Direito também, serviram de mote para o desenvolvimento desta coluna, que trata da metalinguagem, ou seja, abordagens que discutem o uso da língua culta. Vamos às questões.

1) Segundo consta “no inquérito” ou “do inquérito”. Qual a forma mais usual?

Quanto ao verbo constar, vale a pena conferir o que o Cegalla diz a respeito:

“Constar, «na acepção de estar registrado ou mencionado, pode-se dizer, indiferentemente, constar em (preferível) ou constar de: Este vocábulo não consta em (ou de) nenhum dicionário. / O meu nome não constava na (ou da) lista dos candidatos aprovados”. (CEGALLA, Domingos Paschoal de. *Dicionário de Dificuldades da Língua Portuguesa*, São Paulo: L&PM, 2008)

Assim sendo, pode ser usado o constar no inquérito (mais adequado, é a forma mais pronunciada nos textos jurídicos) ou constar do inquérito.

2) vieram adentrarem e subtraíram (...) ou vieram adentrar e subtrair (...)?

A flexão dos infinitivos é algo que pode causar bastantes dúvidas. No caso, “vieram adentrar e subtrair”, esta seria a forma correta entendendo os dois verbos no infinitivo como locução (ou complemento) do verbo vir. Assim, como determinante de outro termo, sempre no singular. A não ser que a ideia de subtrair seja independente: “vieram adentrar e subtraíram objetos”, por exemplo.

3) É correto usar “foi aberto a vista” ou “foi aberta a vista dos autos”?

Há que se tomar cuidado com a inversão das frases, o que se observa com certo exagero nos textos legais ou imperativos em geral: “Fica proibido o uso de celulares durante o concurso”. Na frase em comento, basta passar para a ordem direta: “A vista dos autos foi aberta”. Dessa forma, “foi aberta a vista dos autos” é a única possibilidade gramaticalmente aceita, dada a palavra vista estar definida pelo artigo “a” e concordar com o termo anteposto.

4) É certo que o uso da maiúscula é obrigatório no uso de nomes próprios, de cidades, países, etc. Porém, em outras hipóteses ele é obrigatório ou facultativo?

Exemplos: o “promotor de justiça Cristovam Fernandes Ramos Filho” ou o “Promotor de Justiça Cristovam Fernandes Ramos Filho”; a “comarca de Açucena”, ou a “Comarca de Açucena”; o estudo do “direito penal” ou o estudo do “Direito Penal”; resido na “Rua Gentios” ou resido na “rua Gentios”?

As regras que disciplinam o uso das maiúsculas estão prescritas no Formulário Ortográfico de 1943,

editado pela Academia Brasileira de Letras.

A) **Promotor de Justiça Cristovam / Juiz de Direito** (todas maiúsculas) – designação de altos cargos;

B) a **comarca** de Açucena. Mas quando o termo for individualizado, usa-se maiúscula: “Em Açucena, a criminalidade diminuiu. A Promotoria de Justiça e a Polícia Militar atuam em parceria na **Comarca**. A sociedade contribui, pois participa ativamente das ações de combate ao crime no **Município**”.

C) o estudo do **Direito Penal** – designação de disciplina.

D) resido na **Rua Gentios** – designação de logradouro público.

Abaixo, o *Formulário Ortográfico de 1943* com as regras sobre a utilização das maiúsculas.

Emprega-se letra inicial maiúscula:

1º - No começo do período, verso ou citação direta: Disse o Padre Antônio Vieira: “Estar com Cristo em qualquer lugar, ainda que seja no Inferno, é estar no Paraíso”. “Auriverde pendão de minha terra, Que a brisa do Brasil beija e balança, Estandarte que à luz do sol encerra As promessas divinas da Esperança...” (Castro Alves).

Observação. - Alguns poetas usam, à espanhola, a minúscula no princípio de cada verso, quando a pontuação o permite, como se ve em Castilho: “Aqui, sim, no meu cantinho, vendo rir-me o candeeiro, gozo o bem de estar sozinho e esquecer o mundo inteiro.”

2º - Nos substantivos próprios de qualquer espécie - antropônimos, topônimos, patronímicos, cognomes, alcunhas, tribos e castas, designações de comunidades religiosas e políticas, nomes sagrados e relativos a religiões, entidades mitológicas e astronômicas, etc.: José, Maria, Macedo, Freitas, Brasil, América, Guanabara, Tietê, Atlântico, Antoninos, Afonsinhos, Conquistador, Magnânimo, Coração de Leão, Sem Pavor, Deus, Jeová, Alá, Assunção, Ressurreição, Júpiter, Baco, Cérbero, Via Láctea, Canopo, Vênus, etc.

Observação 1ª - As formas onomásticas que entram na composição de palavras do vocabulário comum escrevem-se com inicial minúscula quando constituem, com os elementos a que se ligam por hífen, uma unidade semântica; quando não constituem unidade semântica, devem ser escritas sem hífen e com inicial maiúscula: água-de-colônia, joão-de-barro, maria-rosa (palmeira), etc; além Andes, aquém Atlântico, etc.

Observação 2ª - Os nomes de povos escrevem-se com inicial minúscula, não só quando designam habitantes ou naturais de um estado, província, cidade, vila ou distrito, mas ainda quando representam coletivamente uma nação: amazonenses, baianos, estremenhos, fluminenses, guarapuavanos, jejuqueenses, paulistas, pontalenses, romenos, russos, suíços, uruguaiois, venezuelanos, etc.

3º - Nos nomes próprios de eras históricas e épocas notáveis: Hégira, Idade Média, Quinhentos (o século XVI),

Seiscentos (o século XVII), etc.

Observação - Os nomes dos meses devem escrever-se com inicial minúscula: janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro.

4º - Nos nomes de vias e lugares públicos: Avenida Rio Branco, Beco do Carmo, Largo da Carioca, Praia do Flamengo, Praça da Bandeira, Rua Larga, Rua do Ouvidor, Terreiro de São Francisco, Travessa do Comércio, etc.

5º - Nos nomes que designam altos conceitos religiosos, políticos ou nacionalistas: Igreja (Católica, Apostólica, Romana), Nação, Estado, Pátria, Raça, etc.

Observação - Esses nomes se escrevem com inicial minúscula quando são empregados em sentido geral ou indeterminado.

6º - Nos nomes que designam artes, ciências ou disciplinas, bem como nos que sintetizam, em sentido elevado, as manifestações do engenho e do saber: Agricultura, Arquitetura, Educação Física, Filologia Portuguesa, Direito, Medicina, Engenharia, História do Brasil, Geografia, Matemática, Pintura, Arte, Ciência, Cultura, etc.

Observação - Os nomes idioma, idioma pátrio, língua, língua portuguesa, vernáculo e outros análogos escrevem-se com inicial maiúscula quando empregados com especial relevo.

7º - Nos nomes que designam altos cargos, dignidades ou postos: Papa, Cardeal, Arcebispo, Bispo, Patriarca, Vigário, Vigário-Geral, Presidente da República, Ministro da Educação, Governador do Estado, Embaixador, Almirantado, Secretário de Estado, etc.

8º - Nos nomes de repartições, corporações ou agremiações, edifícios e estabelecimentos públicos ou particulares: Diretoria Geral do Ensino, Inspeção do Ensino Superior, Ministério das Relações Exteriores, Academia Paranaense de Letras, Círculo de Estudos "Bandeirantes"; Presidência da República, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Tesouro do Estado, Departamento Administrativo do Serviço Público, Banco do Brasil, Imprensa Nacional, Teatro de São José, Tipografia Rolandiana, etc.

9º - Nos títulos de livros, jornais, revistas, produções artísticas, literárias e científicas: Imitação de Cristo, Horas Marianas, Correio da Manhã, Revista Filológica, Transfiguração (de Rafael), Norma (de Bellini), O Guarani (de Carlos Gomes), O Espírito das Leis (de Montesquieu), etc.

Observação - Não se escrevem com maiúscula inicial as partículas monossilábicas que se acham no interior de vocábulos compostos ou de locuções ou expressões que têm iniciais maiúsculas: Queda do Império, O Crepúsculo dos Deuses, Histórias sem Data, A Mão e a Luva, Festas e Tradições Populares no Brasil, etc.

10º - Nos nomes de fatos históricos e importantes, de atos solenes e de grandes empreendimentos públicos: Centenário da Independência do Brasil, Descobrimiento da América, Questão Religiosa, Reforma Ortográfica, Acordo

Luso-Brasileiro, Exposição Nacional, Festa das Mães, Dia do Município, Glorificação da Língua Portuguesa, etc.

Observação - Os nomes das festas pagãs ou populares escrevem-se com inicial minúscula: carnaval, entrudo, saturnais, etc.

11º - Nos nomes de escolas de qualquer espécie ou grau de ensino: Faculdade de Filosofia, Escola Superior de Comércio, Ginásio do Estado, Colégio de Pedro II, Instituto de Educação, Grupo Escolar de Machado de Assis, etc.

12º - Nos nomes comuns, quando personificados ou individuados, e de seres morais ou fictícios: A Capital da República, a Transbrasiliana, moro na Capital, o Natal de Jesus, o Poeta (Camões), a ciência da Antiguidade, os habitantes da Península, a Bondade, a Virtude, o Amor, a Ira, o Medo, o Lobo, o Cordeiro, a Cigarra, a Formiga, etc.

Observação - Incluem-se nesta norma os nomes que designam atos das autoridades da República, quando empregados em correspondência ou documentos oficiais: A Lei de 13 de maio, o Decreto-lei nº 292, o Decreto nº 20.108, a Portaria de 15 de junho, o Regulamento nº 737, o Acórdão de 3 de agosto, etc.

13º - Nos nomes dos pontos cardeais, quando designam regiões: Os povos do Oriente; o falar do Norte é diferente do falar do Sul; a guerra do Ocidente; etc.

Observação - Os nomes dos pontos cardeais escrevem-se com inicial minúscula quando designam direções ou limites geográficos: Percorri o país de norte a sul e de leste a oeste.

14º - Nos nomes, adjetivos, pronomes e expressões de tratamento ou reverência: D. (Dom ou Dona), Sr. (Senhor), Sra. (Senhora), DD ou Digno. (Digníssimo), MM. ou Mmo. (Meritíssimo), Revmo. (Reverendíssimo), V. Reva. (Vossa Reverência), S.E. 49 (Sua Eminência), V. M. (Vossa Majestade), V. A. (Vossa Alteza), V. Sa. (Vossa Senhoria), V. Exa. (Vossa Excelência), V. Exa. Revma. (Vossa Excelência Reverendíssima), V. Exas. (Vossas Excelências), etc.

Observação - As formas que se acham ligadas a essas expressões de tratamento devem ser também escritas com iniciais maiúsculas: D. Abade; Exma. Sra. Diretora, Sr. Almirante, Sr. Capitão-de-Mar-e-Guerra, MM. Juiz de Direito, Exmo e Revmo. Sr. Arcebispo Primaz, Magnífico Reitor, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Eminentíssimo Senhor Cardeal, Sua Majestade Imperial, Sua Alteza Real, etc.

15º - Nas palavras que, no estilo epistolar, se dirigem a um amigo, a um colega, a uma pessoa respeitável, as quais, por deferência, consideração ou respeito, se queira realçar por esta maneira: meu bom Amigo, caro Colega, meu prezado Mestre, estimado Professor, meu querido Pai, minha amável Mãe, meu bom Padre, minha distinta Diretora, caro Dr., prezado Capitão, etc.

Informações Variadas

4.3 DIREITO EMPRESARIAL

4.3.1 Prepostos empresariais

Matheus Campolina Moreira

Bacharel em Direito pela FD-UFG

Especialista em Gestão Estratégica pela FACE-UFG

Advogado em Belo Horizonte

1. Conceito

O Código Civil de 2002 inseriu os prepostos entre os institutos complementares do Direito de Empresa, ao lado do registro, do nome empresarial e da escrituração, mas não definiu, em seu texto, o conceito de prepostos.

Etimologicamente, o substantivo preposto deriva do verbo transitivo prepor, do latim *anteponere* ou *praepondere*¹, significando antepor ou por à frente. Preposto, então, é aquele que se coloca antes ou na frente do empresário.

Os prepostos são agentes empresariais que funcionam como intermediários entre o empresário e as atividades da empresa, conferindo à organização vida, capacidade operacional e inteligência.

Para que um colaborador possa ser considerado preposto, será preciso que sejam verificados, conjuntamente, cinco elementos:

1. posição de preposição (ou anteposição) ao empresário no trato com terceiros e no desempenho das atividades da empresa.
2. pessoalidade (CC/2002, art. 1.169)².
3. fidelidade ou dever de exclusividade (CC/2002, art. 1170).
4. subordinação ao empresário³.
5. integração na estrutura da empresa, seja dentro ou fora do estabelecimento empresarial⁴.

Note que os prepostos não se limitam aos empregados da empresa, como sustenta a doutrina majoritária. No conceito de prepostos, podem perfeitamente enquadrar-se outras relações de trabalho

como, por exemplo, o estágio⁵, o contrato de experiência⁶ o trabalho eventual⁷, e o trabalho por tempo determinado da Lei nº 9.601/98.

Por outro lado, não basta que o trabalhador esteja sob a coordenação do empresário, independentemente da natureza do vínculo contratual mantido, para que haja preposição, como defende Fábio Ulhoa Coelho. Deverá haver subordinação, e todos os elementos do conceito de preposto. Apenas para citar alguns exemplos, o trabalhador avulso⁸, o autônomo⁹, o representante comercial¹⁰, e o terceirizado¹¹ não integram a estrutura da empresa, e não são subordinados a ela, pelo que não podem ser considerados prepostos. Nenhum desses tem dever de exclusividade e pessoalidade para com a empresa a princípio¹².

Deste modo, ao final, o que importa para o jurista é a configuração do conceito de preposto, pelo exame de presença dos elementos acima citados, que atrai ou afasta a incidência das regras dos arts. 1.169 a 1.178 do CC/2002¹³.

2. Finalidade dos prepostos

Pela teoria clássica da economia, há três fatores de produção: recursos naturais, trabalho e capital. Os prepostos fazem parte do fator de produção “trabalho”, que corresponde ao esforço humano despendido na produção¹⁴

⁵ Lei nº 11.788/2009.

⁶ Lei nº 5.452/43 (CLT), art. 442.

⁷ Lei nº 8.212/91, art. 12, V, ‘g’.

⁸ Lei nº 8.212/91, art. 12, VI e Lei nº 12.023/2009.

⁹ Lei nº 8212/91, art. 12, V, ‘h’.

¹⁰ Lei nº 4.886/65.

¹¹ Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83.

¹² Do mesmo modo, não haverá relação de preposição entre empresa consumidora e trabalhadores de empresas fornecedoras de mercadorias e serviços. O vínculo, neste caso, não será de preposição, mas de relação de consumo, sendo o contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor, e não pelo Novo Código Civil.

¹³ Em princípio, todos os prepostos empresariais poderiam representar a empresa em juízo, bastando que recebessem o mandato correspondente. Contudo, os arts. 843, §1º e 861 da CLT, e a Súmula 377 do TST determinam que os prepostos que comparecem à audiência na Justiça do Trabalho devem vínculo empregatício com a empresa, permitindo-se a ausência deste tipo de vínculo tão-somente no caso de reclamação de empregado doméstico, e, por determinação do art. 54 da LC 123/06, do micro ou pequeno empresário.

¹⁴ Note que o vocábulo produção, neste contexto, tem amplo significado, designando a consecução dos fins empresariais. Prepostos não são somente os envolvidos diretamente na linha de produção ou na realização dos serviços. Todas as atividades empresariais que viabilizam a produção ou a entrega de serviços pela empresa, como as atividades do planejamento estratégico, do marketing, do financeiro, e dos recursos humanos, devem ser consideradas como inerentes à própria estrutura da empresa, e,



¹ FERREIRA, Antônio Gomes. **Dicionário de Português-Latim**. Porto: Porto Editora, 1985. p.550.

² O caso das empresas que condicionam a contratação à instituição pelo empregado de pessoa jurídica, na tentativa de evitarem o pagamento de encargos sociais, resolve-se pela desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50 do CC/2002.

³ Infere-se o elemento subordinação das funções que os prepostos exercem na empresa. Os prepostos representam trabalho e conhecimento, tipos de recursos que devem ser comandados e direcionados pelo empresário para a efetiva consecução dos objetivos empresariais.

⁴ Deve-se individualizar a estrutura de cada empresa, sob pena de se misturar a identidade de empresas diversas que se relacionam no mercado.

das mercadorias e dos serviços.

Pela moderna teoria econômica, contudo, os prepostos, mais do que o simples esforço humano, representam conhecimento, um quarto, e atualmente mais importante, fator de produção, imprescindível para sobrevivência da empresa no mercado globalizado, que é hostil e descontínuo.

Os prepostos são agentes empresariais. Colocam-se como intermediários entre o empresário e as atividades empresariais, aumentando a capacidade de negócios da empresa e, ao mesmo tempo, conferindo vida e inteligência à organização.

Examinando-o de fora para dentro do ambiente da empresa, o terceiro que com esta se relaciona deverá tratar com os prepostos antes de alcançar o empresário para receber serviços e mercadorias ou solucionar eventuais problemas.

Examinando-se de dentro para fora da empresa, verifica-se que os empresários selecionam, contratam e atribuem funções aos prepostos, colocando-os na frente, em sua substituição, para a execução de atividades rotineiras ou especializadas, ou para a solução de pendências de menor complexidade.

Neste sentido, os prepostos funcionam como filtros que, ao tempo que realizam a maior parte das atividades das empresas, liberam os empresários para que estes possam se dedicar ao desenvolvimento do negócio.

Escoradas no trabalho dos prepostos, as empresas expandem suas operações, enquanto os empresários concentram-se no relacionamento institucional com clientes, fornecedores e autoridades públicas, na coordenação e harmonização dos diversos setores da empresa, no planejamento estratégico (análise do ambiente externo e interno, exame das forças e fraquezas, e definição de missão, valores, visão de futuro e objetivos), e na eficiência do negócio, com o estabelecimento de parâmetros de controle de metas e resultados.

3. Natureza jurídica da preposição

O regime jurídico dos prepostos, estabelecido no Novo Código Civil, apresenta natureza jurídica mista.

A preposição empresarial será uma combinação de caracteres da teoria orgânica do Direito Administrativo, da relação de emprego e do contrato de mandato.

Os prepostos dão vida à empresa, assim como acontece com os agentes públicos, que materializam a ação do Estado, de acordo com teoria orgânica do Direito Administrativo. Mais do que representar a empresa, os prepostos a apresentam perante terceiros. Seus atos são considerados materialização da ação da própria empresa, o que percute, como se verá, na responsabilidade do empresário pelos atos dos prepostos.

De outro lado, a preposição apresenta características de relação de emprego e de mandato. Dentro do estabelecimento, os prepostos têm características de empregados, realizando

conseqüentemente, aqueles que trabalham nessas atividades serão considerados prepostos.

suas funções de maneira subordinada e pessoal sem a necessidade de mandato. Fora do estabelecimento, os prepostos, apesar da subordinação, funcionam como mandatários, precisando apresentar procuração para apresentar a empresa durante a negociação com terceiros.

4. Responsabilidade

Os arts. 1.177, parágrafo único, e 1.178 do CC/2002 traçam as linhas básicas da responsabilidade dos prepostos empresariais:

Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor.

O preceito do art. 1.177, por extrapolar os limites da matéria contida no caput, deveria figurar como artigo independente, mas o legislador optou por inseri-lo como parágrafo.

Didaticamente, podemos separar a regulamentação da responsabilidade dos prepostos em três ângulos ou prismas diversos.

Sob o ângulo do empresário, este será objetivamente responsável perante terceiros pelos atos dos prepostos praticados dentro do estabelecimento comercial, neste caso independentemente de autorização escrita, ou fora do estabelecimento comercial, mas dentro dos limites do mandato que conferiu ao preposto.

Neste sentido, dispõem os arts. 932, III e 933 do CC/2002, ao regular a responsabilidade civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

[...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Deve-se ter em mente que mais do que representar a empresa, o preposto a apresenta. Quando os preposto

Informações Variadas

age, é a própria empresa que está agindo. Daí decorre a responsabilidade objetiva estabelecida pelo Código Civil.

O empresário, por outro lado, terá direito de regresso contra os prepostos nos casos em que estes, em atos provenientes de dolo ou de culpa, ocasionem perdas à empresa (CC/2002, art. 1.177, parágrafo único)¹⁵.

Pelo ângulo do terceiro que se relaciona com a empresa, esta deve exigir do preposto procuração com bastantes poderes para o ato se este estiver sendo praticado fora do estabelecimento do empresário. Se não exigir o mandato, inviabiliza-se a responsabilização do empresário por eventuais prejuízos que sofrer.

Se o ato estiver sendo praticado dentro do estabelecimento, o terceiro pode responsabilizar o empresário pelo dano sofrido em decorrência de atos dos prepostos (CC/2002, art. 1.178, parágrafo único).

Ademais, dentro do estabelecimento, havendo comprovação de dolo por parte do preposto, o terceiro poderá responsabilizar o preposto solidariamente com o empresário.

Pelo ângulo do preposto, este poderá agir fora ou dentro dos limites de suas funções.

Dentro dos limites das suas funções, responderá perante o preponente por culpa ou dolo, sendo que, se houver dolo, o preposto poderá responder solidariamente com o empresário perante o terceiro prejudicado. Neste caso, caberá ao empresário ação regressiva contra o preposto para ressarcimento daquilo que vier a indenizar o terceiro.

O Código Civil de 2002 decidiu não regular expressamente a responsabilidade dos prepostos por atos praticados fora dos limites de suas atribuições.

Nada obstante, neste caso, é possível afirmar, por interpretação lógica, sua responsabilidade, indicando sua origem. O empresário, ao contratar o preposto, informa-lhe sobre suas atribuições. É dever jurídico dos prepostos

¹⁵ Dolo é a vontade que dirige o comportamento do agente a um fim ilícito. No dolo o agente deseja a concretização do fim ilícito, e age para consecução do seu objetivo. Culpa é o descumprimento pelo agente de um dever jurídico legal ou contratual de cuidado ou destreza. O agente deseja um fim lícito com seu comportamento, mas, por inobservar o dever jurídico, acaba por, ilicitamente, provocar um resultado danoso. O dever jurídico poderá ser uma obrigação de fazer (ato comissivo) ou uma obrigação de não fazer (ato omissivo). Parte dos autores define a negligência como descumprimento de um dever de não fazer, e a imprudência como descumprimento de um dever de fazer. Não nos parece acertada a lição. Não há uma espécie de culpa para cada tipo de dever jurídico descumprido. Negligência, imprudência, ou imperícia são causas ou motivos diversos do descumprimento do dever jurídico. Na negligência o agente descumpra o dever jurídico porque ignora sua existência, ou porque simplesmente se esquece de cumpri-lo. Na imprudência, o agente tem consciência, mas, acreditando que o resultado danoso não se concretizará, deliberadamente decide deixar de cumprir seu dever. Na imperícia ocorre um erro de execução do dever. O agente, a princípio, tem consciência da existência do dever jurídico e, ao tentar cumpri-lo, provoca o resultado danoso por falta de destreza ou aptidão na execução do ato. Ao contrário do que ocorre na negligência e na imprudência, a imperícia só pode ocorrer em atos comissivos. Não é logicamente possível executar de modo incorreto um dever de não agir.

conhecerem suas atribuições na empresa. Assim, se prepostos vierem a praticar atos que extrapolam suas funções, estarão, conforme o caso, agindo com culpa, ou com dolo, o que, inevitavelmente, ocasionará sua responsabilidade frente ao empresário.

5. Divisão de funções

O empresário, para realizar os fins da empresa, organiza os fatores de produção. O fundamento do poder regulamentar do empresário é institucional, pois é a realização dos fins da empresa que determina a necessidade de funções diretivas, regulamentares, fiscalizatórias e disciplinares.

Mirando os fins empresariais, na organização do trabalho, o empresário elenca todas as funções da empresa, agrupa as funções em cargos, determina a relação hierárquica entre os cargos, e provê os cargos com os prepostos.

Os prepostos poderão exercer funções externas ou internas. Funções internas são aquelas que não colocam os prepostos em contato com o público, com o mundo exterior à empresa, incluindo-se clientela, fornecedores e autoridades de fiscalização. (v.g. o pessoal da produção, do controle de estoques, da limpeza, dos serviços gerais).

Os prepostos exercem funções externas quando entram em contato com o público, podendo, contudo, trabalhar dentro do estabelecimento (balconista) ou fora do estabelecimento (vendendo ou realizando marketing direto).

A estrutura organizacional pode ser funcional ou matricial.

A estrutura funcional ou linear apresenta unidade de comando e setores estanques. Em cada setor, o superior comanda com exclusividade todos os que lhe são subordinados. Esta estrutura linear facilita o cumprimento das ordens pela clara delimitação das responsabilidades, mas, por outro lado, sobrecarrega os gerentes da empresa, e dificulta a cooperação e a comunicação entre setores empresariais¹⁶. Assim, este tipo de estrutura somente se mostra adequada quando a empresa ou é pequena ou oferece pouca variedade de produtos e serviços, ou opera em ambiente estável, como no monopólio de mercado. É a estrutura, por exemplo, do Estado.

A estrutura matricial organiza-se por projetos ou produtos. Prepostos de setores diferentes reúnem-se para concretizar um mesmo projeto ou desenvolver um produto. Os setores não são estanques, as decisões são descentralizadas e a comunicação entre prepostos de diversos setores é rápida e direta. Em compensação, as responsabilidades não são claras, podendo haver problemas com a subordinação e demasiado gasto de

¹⁶ Para que um preposto de um setor se comunique com preposto de outro setor, será preciso oficial seu chefe para que este oficialize o chefe do outro setor a fim de que o último informe seu subordinado sobre a comunicação.

tempo com a resolução de questões de menor importância para o sucesso do projeto ou produto, as quais são levantadas pelos prepostos especialistas que compõem a equipe.

A estrutura da empresa pode ser determinada pelo empresário individual, em ato escrito ou por ordens verbais, ou pela sociedade empresária, observadas as competências e exigências previstas no estatuto ou contrato social. Se não há normas orais nem escritas, emanadas pelo empresário, vale a prática mercantil do lugar onde funciona a empresa, mas, neste caso, pondere-se, poderá haver dificuldade em responsabilizar o preposto no extravasamento de suas funções.

6. Pessoalidade

Definidas e especificadas as funções de cada um, elas deverão ser exercidas pessoalmente por esses prepostos (CC/2002, art. 1.169). Se não agir pessoalmente, o preposto poderá receber a sanção disciplinar cabível, e assumirá a responsabilidade pelos atos praticados pelo substituto.

A exceção é se houver uma autorização escrita, concedida pelo empresário individual ou pelo administrador da sociedade empresária ao preposto.

Nesse caso, o preposto não responderá pessoalmente pelos atos de quem o substituir. Também não responderá o preposto por despreparo ou culpa do substituto.

O substituto, por sua vez, deverá agir dentro dos limites da autorização que lhe foi concedida. Se agir com excesso, ou ocasionar danos ao empresário com culpa ou dolo, este suportará o prejuízo pela responsabilidade objetiva, conforme acima explanado, mas terá ação de regresso contra o substituto.

O empresário sempre responde pelos atos do substituto autorizado, porque o substituto, no exercício desta substituição, será um verdadeiro preposto da empresa.

7. Fidelidade ou dever de exclusividade

O exercício da preposição condiciona-se ao disposto no art. 1.170 do CC/2002:

Art. 1.170. O preposto, salvo autorização expressa, não pode negociar por conta própria ou de terceiro, nem participar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação.

O preposto tem dever de fidelidade para com o preponente, que consiste em se abster de atuar utilizando-se da estrutura da empresa ou dos conhecimentos que adquiriu na prestação dos serviços, seja como autônomo, seja como auxiliar de terceiro, por si ou por interposta pessoa.

Fora do ambiente de trabalho, se não prejudicar o empresário, poderá fazer o que quiser com seu tempo livre, independentemente de autorização.

Em regra, quando a preposição acaba, e o preposto se desliga da empresa, acaba o dever de fidelidade, a menos que haja cláusula contratual.

Contudo, no caso da função assumida haver exigido acesso a dados e técnicas confidenciais, ou de qualificação e conhecimento especial, adquirido na empresa, a concorrência exercida pelo preposto ao empresário configura o crime do art. 195, XI do Código de Propriedade Industrial, e o dever de reparação civil:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

Pena detenção de 3 meses 1 ano ou multa.

O empresário pode permitir o preposto de exercer atos de concorrência por meio de uma autorização expressa, que, para a segurança jurídica do ato, deverá ser escrita.

O descumprimento do dever de fidelidade gera o dever do preposto de pagar perdas e danos ao empresário incluindo-se prejuízos e lucros cessantes.

A responsabilidade do terceiro para o qual o preposto colabora, entretanto, só resta efetiva quando há prova de que o terceiro tinha ciência do vínculo de preposição e da falta de autorização do preposto prestar-lhe serviços.

A redação do art. 1170 soa equivocada. A possibilidade de retenção dos lucros (art. 1.170) da operação pelo empresário é inviável, porque se a operação não passa pelo empresário, este não conseguirá reter os lucros auferidos.

8. Entrega de documentos

Determina o art. 1.171 do CC/2002:

Art. 1.171. Considera-se perfeita a entrega de papéis, bens ou valores ao preposto, encarregado pelo preponente, se os recebeu sem protesto, salvo nos casos em que haja prazo para reclamação.

A interpretação desse dispositivo deve ser realizada em combinação com o mandamento do supracitado art. 1.178 do CC/2002, para se estabelecer distinção entre os casos de entrega feita dentro do estabelecimento, e de entrega fora deste. Se a entrega for feita a quem se apresenta como preposto dentro do ambiente do estabelecimento, considera-se perfeita. Do contrário, se a entrega for feita fora do estabelecimento, somente poderá ser considerada perfeita se o preposto apresentou procuração comprovando poderes para tanto.

Sob outro aspecto, o dispositivo do art. 1.171 do CC/2002 somente se refere expressamente a papéis, bens e valores. Todavia, tudo o que o preposto receber de terceiro, dentro do estabelecimento, ou fora dele, dentro dos limites do mandato, sem que se faça ressalva, ou sem prazo de reclamação, será considerado como entregue ao próprio preponente.

Nos termos do preceito do art. 1.171, não terá eficácia

Informações Variadas

a entrega se houver ressalva ou prazo para o empresário apresentar reclamação. Anote-se que a ressalva poderá ser feita no momento da celebração do negócio ou no momento da entrega. O prazo para reclamação poderá resultar da vontade das partes ou decorrer da própria Lei (ex: art. 49 do CDC).

9. Gerente

O art. 1.172 do CC/2002 determina o conceito de gerente: “Art. 1.172. Considera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência.”

O dispositivo traz dois elementos básicos, para a configuração do conceito de gerente. Não eventualidade (permanência) e exercício da empresa.

O caráter não eventual da preposição encontra-se claramente delineado na redação do art. 1172. Cuida-se de um atributo essencial da função gerente, mas que não se presta, isoladamente, a conceituá-lo. Pode haver empregados, estagiários, e outros tipos de prepostos funcionando na sede da empresa em caráter permanente, sem que por isso sejam qualificados como gerentes.

Assim, o conceito de gerente deverá contemplar um segundo elemento, o atributo da autoridade.

Note que o artigo refere-se ao “exercício da empresa” e não ao “exercício na empresa”. O gerente exerce a empresa. Pretendeu o legislador do Código, embora de maneira pouco clara, destacar a autoridade do papel de gerente como agente responsável pela organização da atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Assim sendo, o gerente é o preposto que tem função de comando ou de coordenação da estrutura da empresa, exercendo suas atividades em caráter não eventual.

10. Nomeação e destituição do gerente

A gerência é um cargo de confiança do empresário. Assim, o empresário pode livremente nomear e destituir o gerente a qualquer tempo. Não precisa haver ato de nomeação escrito, com inscrição do documento à margem do termo de registro do empresário.

Do mesmo modo, poderá o gerente ser destituído a qualquer tempo de suas funções, podendo ou não ser removido para outra posição de autoridade da empresa, em todos os casos sem direito de indenização.

11. Poderes do gerente

11.1. Poderes gerais e especiais

Os poderes dos gerentes são determinados pelo caput do art. 1173 CC/2002: “Art. 1.173. Quando a lei não exigir poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes

que lhe foram outorgados.”

A redação do dispositivo merece ponderação, por inverter a lógica empresarial. Na empresa, o gerente deveria receber funções, e não receber poderes para prática de atos.

Explico. O que importa para a empresa é o cumprimento dos objetivos empresariais. O gerente deveria receber funções para cumprir, sendo que os poderes e atos a serem exercidos ou praticados seriam os logicamente necessários para o cumprimento das suas funções, a menos que o empresário, expressamente, decidisse restringir a prática de alguns atos ou o exercício dos poderes lógicos do gerente.

Do modo em que o dispositivo está redigido, parece que vale o exercício do poder pelo poder, e não que a prática de atos e o exercício dos poderes devam colimar um fim maior, que é o objetivo empresarial.

Mas não entendeu assim o legislador do Novo Código Civil. Este que preferiu atribuir poderes ao gerente, e autorizá-lo a praticar todos os atos para exercer tais poderes.

Pelo Código, o gerente detém, em regra, poderes gerais de administração, sendo autorizado a praticar todos os atos de gestão para os quais a lei não demande poderes especiais.

Diante de exigência legal de poderes especiais, o gerente, para praticar o ato, deve apresentar mandato escrito comprovando a outorga dos referidos poderes.

São atos que exigem poderes especiais, por exemplo, os mencionados no art. 661 do CC/2002:

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

§ 2º O poder de transigir não importa o de firmar compromisso.

11.2. Representação em juízo

O gerente, dentro de suas funções, mesmo não tendo recebido poderes expressos, poderá outorgar poderes a advogado para promover a ação cabível para a defesa dos interesses da empresa e receber citação em ações propostas por terceiros contra a empresa.

É necessário que o empresário esteja fora do estabelecimento para que o gerente possa receber citação? Não. Mesmo estando presente o empresário individual ou o representante da sociedade empresária, o gerente poderá ser citado em nome da empresa. Ademais, cuida-se de representação legal. Assim, o empresário não poderá restringir por decisão pessoal os poderes da representação judicial da empresa pelo gerente.

Fora do seu campo de responsabilidade na empresa, contudo, o gerente precisa de poderes especiais para representar em juízo o empresário seja como autor seja como réu.

11.3. Poderes solidários, conjuntos ou sucessivos

Dois ou mais gerentes de uma mesma empresa podem receber poderes solidários, conjuntos, ou sucessivos.

Poderes solidários são conferidos de modo igual a todos os outorgados, de modo que qualquer deles fica autorizado a exercê-los individualmente. Poderes conjuntos não podem ser exercidos isoladamente, mas somente em conjunto, por todos os outorgados. Poderes sucessivos são aqueles exercidos por um gerente, e, na sua falta, por outro gerente ou subgerente.

Se não há estipulação expressa, consideram-se solidários os poderes conferidos a dois ou mais gerentes (CC/2002, art. 1.173, parágrafo único). Se os poderes são solidários, todos os gerentes respondem por ato omissivo, mas aquele que praticou o ato responde por ato comissivo. Se os poderes são conjuntos, todos os gerentes respondem solidariamente. Em relação aos poderes sucessivos, responderá aquele que estava em exercício quando da prática do ato comissivo ou omissivo.

11.4. Limitação dos poderes dos gerentes

O empresário individual ou a sociedade empresária pode limitar os poderes dos gerentes, nos termos do art. 1.174:

Art. 1.174. As limitações contidas na outorga de poderes, para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente.

Parágrafo único. Para o mesmo efeito e com idêntica ressalva, deve a modificação ou revogação do mandato ser arquivada e averbada no Registro Público de Empresas Mercantis.

O problema que se coloca é a da oponibilidade das limitações impostas pelo empresário ao seu gerente relativamente a terceiros.

O dispositivo do art. 1174 estatui que, para serem opostas a terceiros, basta que as limitações sejam arquivadas no Registro Público de Empresas Mercantis, com averbação a margem do termo, ou, alternativamente, que fique comprovado que o terceiro delas tinha ciência

Sob este aspecto, o sistema jurídico brasileiro afigura-se incompatível com a prática comercial. Evidentemente, não é possível ao terceiro a todo instante, antes de cada negociação que realizar com a empresa, requerer a expedição de certidão na Junta Comercial para saber se poderá, ou não, negociar com o gerente. Assim, as limitações impostas pelo empresário deveriam ser imponíveis a terceiros.

Anote-se, por fim, que havendo averbação de limitações dos poderes do gerente na Junta Comercial,

qualquer alteração no alcance dessas limitações, seja para estendê-las ou restringi-las, deverá também ser arquivada e averbada na margem do registro da empresa.

12. Responsabilidade do gerente

Ordinariamente o gerente age em nome do empresário, apresentando a empresa.

Extraordinariamente, ele pode agir em nome próprio à conta e em benefício do empresário. Neste caso, o gerente responderá perante o terceiro solidariamente com o preponente pelo cumprimento da obrigação.

Mas podemos, também, vislumbrar, um caso extremo, em que o gerente atua em nome próprio, à conta da empresa, mas em benefício exclusivamente pessoal. Por exemplo, o gerente toma um empréstimo para a empresa assinando o contrato em nome próprio, na qualidade de gerente, e com o dinheiro levantado faz compras de objetos pessoais e viaja ao exterior com sua família. Em um caso assim, o gerente irá vincular o empresário?

Sim. Ele vinculará o empresário. Contudo, poderá ser demitido ou destituído da função de gerente, ver-se obrigado a pagar perdas e danos, e responder pela infração penal que praticou.

13. Contabilista

O Código Civil de 2002, no art. 1.182, determina que a contabilidade seja feita sob a responsabilidade de contabilista habilitado.

Contabilistas habilitados são técnicos de nível médio (técnicos em contabilidade) bacharéis em contabilidade (contadores) regularmente inscritos no Conselho Regional de Contabilidade (CRC) de seu Estado.

O empresário assina juntamente com o contabilista a escrituração empresarial, e por ela será responsável.

A responsabilidade do empresário pela escrituração da empresa frente a terceiros é objetiva, cabendo regresso contra o contabilista, seja este preposto ou autônomo, nos casos de culpa e dolo. Havendo má-fé, o contabilista responderá solidariamente com o empresário perante terceiros (CC/2002, art. 1.177).

Estabelece o art. 1.182 do CC/2002 que, não havendo contabilista legalmente habilitado na localidade, a escrituração poderá ser feita e assinada pelo empresário ou pelo representante da sociedade empresária.

A regra visa resguardar os pequenos empresários que exercem suas atividades em cantos remotos de nosso território, onde não há contabilista habilitado disponível. O termo “localidade”, para efeitos do art. 1.182, supracitado, deve ser considerado como o município em que se localiza a sede da empresa. Assim, não havendo contabilista habilitado laborando no município, o próprio empresário individual ou representante legal da sociedade empresária poderá elaborar a escrituração e assiná-la sozinho.

Informações Variadas

4.4 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.4.1 Da inconstitucionalidade da vedação legal absoluta à Liberdade Provisória contida na Lei de Tóxicos

Laís Mendes Oliveira

Graduanda em Direito na PUC/MG

Da Supremacia Constitucional



A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LXVI, preceitua que “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Estabelece, assim, que a liberdade é a regra, devendo a prisão ser vista como uma exceção.

Ainda o artigo 5º, LXI, determina que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por decisão motivada de magistrado competente, consoante com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais prevista, mais à frente, no art. 93, IX.

Tais dispositivos vão ao encontro de diversos outros princípios constitucionais, alicerces do Estado Democrático de Direito, como o Princípio da Liberdade (art. 5º, caput e inciso LXI, CR/88), da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, CR/88), do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CR/88), da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III, CR/88) e da Proporcionalidade (este insito no Texto).

Dessa maneira, fica estabelecido que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode o acusado sofrer restrições ao seu *status libertatis*, sem que haja necessidade imperiosa.

Como é cediço, todas as normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com as regras e princípios previstos na Constituição brasileira. Isso porque adotamos o modelo de Constituição Rígida, não sendo possível reformá-la por lei. Tendo força irradiante, as normas infraconstitucionais não só devem ser compatíveis com a Carta Magna, mas procurar sempre espriar os valores normativos da Carta Política.

Desse modo, não há que se falar em vigência de norma infraconstitucional que contrarie, direta ou indiretamente, a Constituição, do contrário se negaria vigência do próprio texto constitucional.

Do Princípio da Presunção de Inocência e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais

O Princípio da Presunção de Inocência, presente no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, ao determinar que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, mostra-se uma grande conquista no campo dos direitos humanos, visando à humanização do Processo Penal.

Eugênio Pacelli (2009) defende que, por tal princípio, deve o Poder Público observar duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, e a outra de fundo probatório. Pela segunda, tem-se que o ônus da prova relativamente à existência do fato e à sua autoria cabe exclusivamente à acusação. Já pela regra de tratamento, fica estabelecido que, durante o *iter persecutório*, não pode o réu sofrer restrições pessoais com base apenas na mera possibilidade de condenação, tendo tal regra aplicabilidade, sobretudo, no instituto da liberdade provisória.

Isso porque, pelo estado de inocência, exige-se que, antes do trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade do indivíduo esteja fundamentada em razões de natureza cautelar, devidamente motivadas em ordem judicial, vista sempre com caráter de excepcionalidade, uma vez que a regra é a liberdade.

Corroborando-se, ainda, pelo exposto, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais que, pela doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2001), apresenta-se como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, garantia de controle de legalidade das decisões judiciais e, finalmente, garantia das partes, ao permitir que elas constatem se o juiz levou em conta os argumentos e provas produzidas.

Assim, a Prisão Provisória deve ser precedida de fundamentação com base em sua real necessidade, tendo o magistrado o dever de demonstrá-la de acordo com os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, mas sempre diante do caso concreto, não se admitindo abstrações, sob pena da prisão cautelar se tornar indevida antecipação da punição estatal.

Da Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal, tendo como função afastar os efeitos da ação criminosa ou, pelo menos, diminuí-los, bem como a colheita de provas. Então, alcançado o seu objetivo, a sua manutenção só pode ocorrer quando baseada em outra fundamentação.

De tal sorte, o art. 310, parágrafo único, do Código

de Processo Penal, impõe que o juiz conceda a liberdade provisória quando verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Assim, explica Humberto Fernandes Moura (2006) que, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve o juiz homologá-lo caso a prisão tenha observado os ditames legais, sob pena de relaxamento e, após, proceder à análise acerca da necessidade da manutenção da prisão, com base nos requisitos da prisão cautelar.

Dessa forma, em que pese o flagrante, a prisão somente poderá ser mantida se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, podendo então ser decretada a prisão preventiva. Não há espaço, então, nessa interpretação do instituto da prisão cautelar à luz da Constituição, para uma vedação absoluta à concessão da liberdade provisória.

Do art. 44 da Lei de Tóxicos

A nova Lei de Tóxicos, em seu art. 44, determina que: “os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Assim, estabelece uma vedação legal absoluta à concessão da liberdade provisória, em caráter apriorístico, o que não se sustenta em um Estado Democrático de Direito.

Por tal dispositivo, mantém-se de forma automática a prisão ocorrida pelo estado de flagrância, sem que estejam presentes os requisitos ensejadores da custódia cautelar, utilizando-se a mera arguição da natureza do delito supostamente praticado pelo acusado, de abstrata gravidade, para a configuração da necessidade.

Dessa forma, todos aqueles que forem acusados pelo cometimento de tais crimes, presos em flagrante, terão sua liberdade cerceada durante toda a instrução processual, sendo tal medida verdadeira antecipação do cumprimento da pena, partindo-se da presunção de culpabilidade de tais indivíduos.

Ignora-se por completo, de tal maneira, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, uma vez que o indivíduo perde seu direito à liberdade com base na mera possibilidade de condenação, considerando-o culpado antes do término da instrução processual.

Não se pode conformar com tamanha violação aos direitos individuais, uma vez que, conforme defendido por Aury Lopes Júnior:

O juízo de necessidade da prisão cautelar é concreto, pois implica análise de determinada situação fática, pois é da essência das prisões cautelares serem situacionais. O juízo de necessidade não admite uma valoração *a priori*, no sentido Kantiano, de antes da experiência, sendo que demanda uma verificação *in concreto*. A legitimação decorre da necessidade concreta, sob pena de grave inconstitucionalidade. (JÚNIOR. 2009. p. 168)

Por tudo exposto, há de se concluir que o instituto

da Prisão Provisória somente se sustenta no ordenamento pátrio se tal prisão for decretada com base no poder geral de cautela do juiz, partindo-se da necessidade dessa prisão para o processo.

Conclusão

No que tange à aplicação de tal dispositivo legal (art. 44 da Lei nº 11.343/2006), em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional a vedação, em abstrato, à liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas.

O Ministro Celso de Mello, relator do acórdão, sustentou que “o Supremo Tribunal Federal, de outro lado, tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a justificar, por si só, a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado.”

EMENTA: ‘HABEASCORPUS’. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DE DROGAS (ART. 44). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO ‘DUE PROCESS OF LAW’, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. (HC 96715-MC/SP – Rel. Min. Celso de Mello – pub. DJE de 3.2.2009) (Grifo nosso)

À frente, a doutrina majoritária já havia consagrado o entendimento de que tal vedação à liberdade provisória, *a priori*, não pode prosperar e, assim como foi considerada inconstitucional igual vedação contida na Lei dos Crimes Hediondos, deve tal norma ser alijada do nosso ordenamento jurídico.

Bibliografia

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Belo Horizonte: Lúmen Júris, 2009.

MOURA, Humberto Fernandes de. Prisões provisórias: evolução legislativa e sua análise em face do princípio da presunção de inocência, estado de inocência ou da não-culpabilidade. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre (RS), v.7, n.38, p. 7-34, jun./jul. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As Nulidades no Processo Penal**, 7. ed., rev. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2001.

Informações Variadas

4.5. DIÁLOGO MULTIDISPLINAR

4.5.1 A Reeducação Postural Global, a Fisioterapia e o Direito

Diva Braga

*Procuradora de Justiça de Minas Gerais
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil
pelo UNESC
Bacharel em Direito pela UFMG*

Rafaela Paoliello Sossai e Lemos

*Fisioterapeuta do CRER-ES
Fisioterapeuta do Espaço RF-ES
Bacharel em Fisioterapia e Pós-graduanda em Fisioterapia
Musculoesquelética pela EMESCAM
Certificada pela Escola de Postura Brasil em RPG/RDM*

Luciano Braga Lemos

*Servidor do Poder Judiciário do ES
Professor de Direito da FINACe FABAVI
Bacharel em Direito pela UFES
Mestre em Direito - Justiça e Cidadania pela UGF*

Luciana Rambalducci Martins Simmer

*Bacharel em Administração de Empresas pela FAESA
Especialista em Auditoria do Serviço de Saúde
pela faculdade UNICSUL*

Fabiola dos Santos Dornellas

*Fisioterapeuta do Espaço RF-ES
Professora de Fisioterapia da EMESCAM
Mestranda em fisioterapia pela EMESCAM*

Ao abordarmos sobre este tema, é necessário antes conhecermos um pouco do profissional envolvido na Reeducação Postural Global - RPG. A fisioterapia foi regulamentada pelo Decreto-Lei nº 938/69, Lei nº 6.316/75, e Resoluções do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (COFFITO), Decreto nº 9.640/84, Lei nº 8.856/94 e Portarias do Ministério da Saúde. O Fisioterapeuta é o profissional de Saúde, com formação acadêmica superior, habilitado à construção do diagnóstico dos distúrbios cinéticos funcionais, à prescrição das condutas fisioterapêuticas, sua ordenação e indução no paciente, bem como o acompanhamento da evolução do quadro funcional e a sua alta do serviço.

A RPG é um método de fisioterapia que considera o sistema muscular de forma integrada no qual os músculos se organizam em um conjunto denominado cadeias musculares e baseia-se no alongamento de músculos encurtados (Castro e Lopes, 2003). Foi criada por Philippe Emmanuel Souchard na década de 70, a partir de observações feitas por Françoise Mezières sobre as cadeias musculares.

A Reeducação Postural Global proporciona um tratamento individual, ativo e progressivo, encarando cada caso (sejam dores na coluna, nos joelhos, hérnias de disco ou quaisquer outros) como possível decorrência da postura global, partindo da constatação de que traumatismos, torções e até problemas emocionais acabam sendo compensados pelo corpo, que acumula, memoriza e se adapta a essas tensões nos vários grupos musculares. Esse tratamento parte de uma avaliação individual, sistemática e criteriosa, relacionando a história do indivíduo com sua alteração postural e sua função muscular, tentando estabelecer causas e conseqüências das dores ou sintomas.

Esse método não visa atender apenas indivíduos que estejam sentindo dor, mas também aqueles que desejam encontrar um melhor equilíbrio e harmonia corporal como forma de prevenção.

A RPG tem o objetivo do tratamento global de problemas músculo-articulares através de posturas de alongamento muscular baseadas na normalização da morfologia. Tais posturas são feitas em decúbito, sentado e em pé, cada uma com indicações diferentes.

Nos últimos anos, as disfunções posturais vêm aumentando muito na população em geral. Isso se dá devido a uma somatória de causas como: maus hábitos posturais ou profissionais, alterações congênitas ou adquiridas, sedentarismo e fatores emocionais, que por muitas vezes interferem nas atividades diárias e profissionais. (Castro e Lopes, 2003)

Uma das disfunções mais comuns é a escoliose que, para Souchard e Ollier, é uma deformação morfológica tridimensional da coluna vertebral; para Marques, é o desvio lateral não fisiológico da linha mediana e, para Fregonesi et al, inicialmente definida como sendo um simples desvio lateral da coluna vertebral, passou a ser definida como uma deformidade nos três planos, sendo o desvio lateral no plano frontal, a rotação vertebral no plano axial e a lordose no plano sagital.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961/2002, que tem por finalidade institucional a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais – inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores – e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país, através da Resolução Normativa – RN Nº 167, de 9 de janeiro de 2008, que entrou em vigor em 02/04/2008, atualizou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, constituindo a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, fixando as diretrizes de Atenção à Saúde e dando outras providências.

Segundo Jorge Luiz Carvalho, responsável pela elaboração do novo rol de procedimentos da ANS, foram excluídos ou substituídos 65 tratamentos, cuja maioria

seria de procedimentos obsoletos ou que não teriam valor diagnóstico. Uma das coberturas retiradas foi a RPG, que seria uma prática considerada de benefícios não comprovados. (Gandolpho e Campos, 2009)

Conforme a ANS, a RPG enquadra-se entre técnicas como a yoga, o shiatsu e outros procedimentos sem comprovação científica. A agência informou que alguns dos tratamentos realizados pelo RPG seriam, a partir de então, cobertos por outras técnicas de fisioterapia. (Gandolpho e Campos, 2009)

Para Florisval Meinão, diretor da Associação Médica Brasileira (AMB) e vice-presidente da Associação Paulista de Medicina, os procedimentos retirados não seriam imprescindíveis, sendo excluídos procedimentos sem eficácia comprovada e outros sendo substituídos por técnicas mais modernas. (Gandolpho e Campos, 2009)

Data venia, entendemos que a RPG não deveria ter sido excluída do referido rol, devido a sua importância no tratamento de diversas patologias, principalmente as relacionadas à coluna vertebral.

No relato de caso realizado por Marques (1996), observou-se uma adolescente de 17 anos, com escoliose torácica à direita de 20°, referindo dor na região tóraco-lombar ao deitar e dor e cansaço nos membros inferiores (MMII) principalmente após andar ou ficar muito tempo em pé; a curva lateral somente foi percebida após crescimento acelerado. Este caso tinha por objetivo realizar um alinhamento global e mais especificamente corrigir as inversões das curvas lombar e torácica e, diminuir a convexidade e a rotação de tronco, sempre trabalhando em direção à simetria dos hemicorpos. Como resultado, a dor referida na região tóraco-lombar desapareceu após 6 sessões, a dor em MMII ao final de 5 sessões e, com relação ao ângulo de curvatura, após 16 sessões, passou para 10°, havendo portanto um ganho no alinhamento vertebral; também a paciente estava próxima da idade limite de final de crescimento, apresentando ainda, uma flexibilidade vertebral, o que facilitou a correção.

Já no relato de caso de Fregonesi (2007), foi desenvolvido um estudo com uma adolescente de 13 anos e a primeira menarca há 10 meses (em relação a data do estudo do caso), com diagnóstico de escoliose lombar idiopática, sendo esta submetida a tratamentos semanais (1 vez por semana) para correção e/ou manutenção da curva escoliótica, no decorrer de 1 ano. No primeiro trimestre do tratamento, observou-se uma evidente diminuição tanto do grau de inclinação lateral (26° para 20°) quanto do grau de rotação da vértebra mais rodada (16° para 12°). O tratamento não foi suficiente para reduzir a angulação de uma escoliose evolutiva, porém, estabilizou a curvatura.

Castro e Lopes (2003), relatam o caso de uma paciente com comprometimento postural, submetida ao método RPG, onde foi realizada avaliação fisioterapêutica e posteriormente fotografada e analisada antes e após a 21ª sessão. Como um dos resultados obtidos, houve uma redução da cifose torácica de 35,6° para 29,9° (tabela 1).

Resultados da análise dos marcadores nas fotografias digitais, analisados pelo programa de computador.

| Segmentos Analisados Quanto ao Grau de Inclinação, Tendo Como Parâmetro a Vertical | Anteriorização Cefálica | | |
|---|-------------------------|------------|------------|
| | Pré | Pós | Resultados |
| 1 - Protuberância Occipital Externa / Processo Espinhoso da 1ª Vértebra Torácica | -2.0 graus | 5.3 graus | 7.3 graus |
| Segmentos Analisados Quanto ao Grau de Angulação | Cifose Torácica | | |
| | Pré | Pós | Resultados |
| 2 - Processo Espinhoso da 1ª Vértebra Torácica / Processo Espinhoso da 7ª Vértebra Torácica / Processo Espinhoso da 3ª Vértebra Lombar. | 35.6 graus | 29.9 graus | 5.7 graus |

Tabela 1 - Retirada do relato de caso, Castro e Lopes, 2003.

Em outro relato de caso realizado por Marques (1994), observaram-se dois casos de hérnia de disco cervical diagnosticados por tomografia.

No primeiro caso, foi avaliada uma paciente do sexo feminino, de 42 anos, professora primária com dor há três anos, após acidente automobilístico. Referiu dor na região cervical alta com irradiação para a escápula e membro superior direito, e diminuição de força e tremor no punho e mão direita. A dor era mais intensa pela manhã e ao final do dia e permanecia constante. Essa dor referia limitação para exercer as atividades de professora, o que fez permanecer afastada do trabalho por períodos longos. A tomografia indicava hérnia de disco cervical e retificação da lordose cervical. As sessões foram semanais e os sintomas desapareceram após a oitava sessão, permanecendo a paciente em tratamento para alongamento completo por aproximadamente 20 semanas, quando os índices de flexibilidade se mostraram normais. (Marques, 1994)

No segundo caso, foi avaliado um paciente do sexo masculino, de 55 anos, com a dor tendo início há três anos e referindo à época dificuldade para movimentar os ombros. Já sofreu cirurgia de hérnia de disco lombar há 11 anos. Referia dor na região cervical, com irradiação para o membro superior esquerdo e perda de sensibilidade do polegar esquerdo. A dor era mais intensa à noite, provocando interrupções prolongadas de sono. A tomografia indicava compressão discal em C5 - C6 e retificação da lordose cervical. As sessões foram realizadas semanalmente durante 18 semanas, mostrando-se o paciente assintomático a partir da quinta sessão. Ao final, os índices de flexibilidade haviam melhorado significativamente, porém não atingindo os níveis do primeiro caso. (Marques, 1994)

A avaliação da dor, dos sintomas de parestesia e diminuição da força muscular foi feita através do relato verbal dos indivíduos, que afirmaram terem elas desaparecido, mostrando-se satisfeitos com o retorno às atividades diárias sem restrição alguma. (Marques, 1994)

Pelo exposto, entendemos que a RPG é uma técnica eficaz contra os males que atingem a coluna vertebral e, por essa razão, não deveria ter sido excluída do rol da RN N° 167, de 9 de janeiro de 2008, da ANS.

Informações Variadas

Bibliografia

SOUCHARD, Philippe. **RPG: fundamentos da reeducação postural global**, São Paulo: É realizações, 2007.

SOUCHARD, Philippe. **RPG: método do campo fechado**. São Paulo: Ícone, 2006.

CREFITO. **Fisioterapia**. Disponível em: <<http://www.crefito2.org.br/plenaria.html>>. Acesso em: 5 set. 2007.

CASTRO, Pedro Cláudio Gonsales; LOPES, José Augusto Fernandes. **Avaliação computadorizada por fotografia digital como recurso de avaliação na Reeducação Postural Global**. Acta fisioátrica 10(2): 83-88, 2003.

SOUCHARD, Philippe; OLLIER, Marc. **As escolioses: seu tratamento fisioterapêutico e ortopédico**, São Paulo: É realizações, 2005.

MARQUES, Amélia Pasqual. **Escoliose tratada com Reeducação Postural Global**. Revista Fisioterapia, São Paulo, v.3, nº1/2, p. 65-68, jan/dez, 1996.

MARQUES, Amélia Pasqual. **Hérnia de disco cervical tratada com RPG**. Revista Fisioterapia, São Paulo, v.1, nº1, p. 34-7, jul./dez., 1994.

FREGONESI, Cristina Elena Prado Tales *et al.* **Um ano de evolução da escoliose com RPG**. Fisioterapia Brasil, v. 8, nº2, mar./abr. 2007.

GANDOLPHO, Cibele e CAMPOS, Elisa. **Planos de saúde deixam de cobrir 65 tratamentos ‘ultrapassados’**. Disponível em: <<http://extra.globo.com/economia/materias/2008/04/14/planos-de-saude-deixam-de-cobrir-65-tratamentos-ultrapassados-426845879.asp>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 13 jun. 2009.

4.5.2 Indicação de obra de outra área

4.5.2.1 *STHENDAL. O Vermelho e o Negro. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, 493 p. Série Ouro.*

Trata-se de um clássico da literatura francesa (*Le Rouge et le Noir*) escrito por Stendhal, o “[...] mais famoso dos 171 pseudônimos de Marie-Henri Beyle, que embora tenha sido um dos maiores escritores franceses do século XIX, só teria seus méritos literários reconhecidos no início do século XX” (p. 11).

A obra é uma crítica direta e eloqüente à sociedade francesa no auge do século XIX em relação aos seus hábitos e aspectos morais deturpados, segundo a visão do autor. Para Stendhal, a sociedade francesa, em especial a parisiense, é marcada por uma hipocrisia reinante e por uma busca desmedida por ambição, extraindo desse cenário profundos questionamentos acerca da relação ética x conquista do poder.

Tem como grande protagonista o jovem e simples Julien Sorel, o qual, de forma nada ortodoxa, busca atingir o sucesso por meio da carreira eclesiástica, envolvendo-se em relacionamentos extraconjugais e vendo-se ainda obrigado a conviver entre uma burguesia provinciana e uma falsa aristocracia.

A narrativa do autor é perspicaz, rica e entrecortada, proporcionando ao leitor uma indescritível “viagem” ao ambiente de época. Contudo, é uma “viagem” que percorre um caminho cheio de falsas pistas, uma vez que o autor, por meio de recursos literários, brinca com o leitor conduzindo-o por um labirinto dentro do próprio enredo. A exemplo disso, mesmo o significado do nome da obra *O Vermelho e o Negro* é palco de variadas suposições e hipóteses diversas.

O discurso político e a veia literária foram magistralmente entrelaçados nessa obra, assumindo o livro um tom de severa oposição ao então regime jurídico-político francês, sem abandonar, contudo, o compromisso caracteristicamente assumido pelas grandes obras-primas da literatura.

Enfim, o sempre polêmico autor deseja retratar, em cores vivas, uma sociedade moralmente decadente, sendo a obra permeada por uma incrível riqueza de detalhes que agrada não somente àqueles que se interessam por uma boa literatura, mas, também, a um público que se compraz no estudo da história, tanto das sociedades, quanto das instituições.