

REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 15

Nº 1 - Agosto de 2011



José Bonifácio,
Patriarca da Independência



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 15
Agosto de 2011

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª
Região. N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2011 - volume 15, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretora-Geral

Desembargadora Federal Liliane Roriz

Diretor de Publicações

Desembargador Federal José Antonio Neiva

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Paulo Barata

Diretor de Cursos e Pesquisas

Desembargador Federal Luiz Paulo Araújo

EQUIPE DA EMARF

José Ricardo de Almeida Horta - Assessor Executivo

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Élmiton Nobre Santos

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

Maria Suely Nunes do Nascimento

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

Vice-Presidente:

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Membros:

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal FERNANDO MARQUES

Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

Desembargadora Federal LANA REGUEIRA

Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

Desembargador Federal GUILHERME CALMON

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Desembargador Federal LUIZ PAULO ARAÚJO

SUMÁRIO

NACIONALIDADE BRASILEIRA E ADOÇÃO INTERNACIONAL	9
<i>André R. C. Fontes</i>	
A HIPOCRISIA AMBIENTAL (EM POUCAS PALAVRAS)	17
<i>Reis Friede</i>	
EFEITOS PATRIMONIAIS DO BIODIREITO COM RELAÇÃO AO NASCITURO E AO FILHO PÓSTUMO	21
<i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	
MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES (CENTENÁRIO DO SEU NASCIMENTO)	49
<i>Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz</i>	
A DOAÇÃO VOLUNTÁRIA DE SANGUE COMO PENA RESTRITIVA DE DIREITOS	75
<i>Jayme Walmer de Freitas</i>	
A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITO INTERNACIONAL – NOTAS SOBRE O ART. 109, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	99
<i>Carmen Tiburcio</i>	
COMMON LAW E CONSERVADORISMO	115
<i>Fernando Quintana</i>	
REPERCUSSÃO GERAL: UM NOVO FILTRO PARA A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL ...	145
<i>Silvia Bueno González Fontes</i>	
SUPERLOTAÇÃO DO CÁRCERE: UM PROBLEMA PARA O ESTADO?	155
<i>Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo</i>	
O INGRESSO VOLUNTÁRIO NAS FORÇAS ARMADAS E O CONCURSO PÚBLICO	163
<i>Fábio Moreira de Almeida</i>	

O SIGILO EMPREGADO NOS PROCESSOS DE INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTES AÉREOS NO BRASIL E A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	175
<i>Fábio Anderson de Freitas Pedro</i>	
A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA MÉDICO-LEGAL PARA O PROCESSO PENAL NA PERSECUÇÃO DA VERDADE REAL	199
<i>Bruna Fernandes Coêlho</i>	

NACIONALIDADE BRASILEIRA E ADOÇÃO INTERNACIONAL

André R. C. Fontes*

Vivemos numa época de acontecimentos históricos, sem paralelo, na longa e complexa trajetória humana. São fatos que muitas vezes não se inscrevem como um mero registro histórico de datas, mas, sim, descortinados, classificados e compreendidos ao longo de grandes mudanças e revoluções. A intrincada transformação empreendida pelos povos, suas conquistas e afirmações, em um mundo menos maleável quanto às demarcações territoriais, um mundo que reconhece o caráter precursor da formação dos Estados nacionais, mas apregoa uma nova fórmula no pensamento histórico: a da *afirmação* dos Estados nacionais. Assim o demonstra a rivalidade dos Estados, destinada a mudar e a transformar, em seu favor, a correlação de forças no concerto internacional, e que segue na busca de melhores posições e na obtenção de novos êxitos de desenvolvimento econômico e progresso social.

Para definirmos mais concretamente a essência dessa disputa, temos que reconhecer que toda riqueza, todo espírito de fidelidade, toda exclusividade de valores espirituais e culturais de um povo contribuem para a formação do elemento substancial das nações. Aumenta de modo gigantesco a infinita complexidade e a grande diversidade dos processos sociais os desníveis das experiências dos últimos decênios. Na atividade histórica dos homens para a transformação e resultado de sua sociedade,

* Desembargador do TRF-2ª Região e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

citamos o esforço da nação japonesa na retomada da economia do país aos níveis anteriores à Segunda Grande Guerra, apenas nove anos depois do fim do conflito. E a conquista do segundo lugar, entre as economias do mundo em 1968, apenas vinte e três anos depois da sua derrocada, classificação somente superada em 2010, pela República Popular da China. O Japão, saído de uma guerra com todo o seu parque industrial destruído, na qual duas de suas importantes cidades sofreram bombardeio nuclear, um país marcado por tantas atrocidades contra os povos do extremo oriente, desperta como um dos países mais civilizados do nosso tempo. Mas nem mesmo maremotos, ondas gigantes e o acidente nuclear, que sofreu em tempos recentes, retirou do seu povo o ânimo de vencer desafios, ou os conduziu a se desviarem do empenho sem trégua na luta contra suas próprias adversidades.

Um quadro geral de acontecimentos se sucedem na distribuição dessas idéias. Podemos fazer uma sintética e sumária enumeração de outros povos que a realidade dos conflitos não dissipou, diante da forte determinação e idéias inseparáveis, infinitamente perpetuadas em cada indivíduo, em cada membro da nação. A autodeterminação das nações ressoa como força ingente em todo o mundo. O transcurso dos anos nos mostra esse fenômeno, desde a confederação e a posterior federação multilinguística inventada pelos suíços, até a recente independência do Timor-Leste. Aos exemplos aduzidos, na autêntica história dos povos, outros se sobressaem, como a reunificação do Lêmem, da Alemanha e do Vietnã, a superação dos regionalismos para a formação do Estado italiano, a luta por sua própria identidade travada pelos portugueses na Península Ibérica, dos irlandeses por sua almejada nacionalidade, do povo de Israel para retomar suas raízes históricas e religiosas na formação e construção seu próprio país, e, agora, dos palestinos pela criação e reconhecimento internacional do seu Estado.

O caráter objetivamente comum se torna reflexo da estrutura e atividade de todo um povo, e permite lograr as idéias de unidade, de nacionalidade, de cultura, em uma pluralidade de manifestações, muitas vezes complexas e aparentemente insuperáveis. Países da linha de frente nesses notáveis atributos de aglutinação, norteados pela reunião dos iguais, encontram-se reduzidos no âmbito mais inicial, num sentido que poderia ser bem exemplificado na singular formação da nação brasileira.

Dificuldades teóricas sempre existiram para tornar preciso o significado daquilo que denominamos *nação*. Constitui uma tarefa árdua, que somente poderá ser levada a cabo se dermos a devida ênfase à condição do *nacional* e à sua maior expressão: a nacionalidade. Para afastarmos alguns obstáculos propostos pelos estudiosos do direito da nacionalidade, rejeitaremos a noção de *parte integrante* do Estado para o nacional e a de uma *pertença* do Estado para a nacionalidade. Essa orientação, tão divulgada na literatura, nega ao nacional o caráter de *sujeito de direito* e reduz a nacionalidade a um mero poder estatal. É na qualidade de sujeito de direito de uma *relação jurídica* com o Estado, destinado a integrar necessariamente uma sociedade, que concebemos a nacionalidade. A compreensão da nacionalidade a partir do sujeito, reconhecendo suas qualidades pessoais e individuais, é indispensável para não desconhecemos a dignidade do ser humano, não negarmos a realidade do viver pessoal e não macularmos a concepção de pessoa natural.

A nacionalidade, no direito brasileiro, e na maior parte do direito estrangeiro, é definida de uma maneira formal e abstrata. Uma disciplina constitucional, e também legal, determina, de modo preciso, quem é brasileiro. O direito brasileiro não admite a aquisição da nacionalidade *por artem et ex voluntate* de uma autoridade, e está, por isso, longe de ser comparado aos países que alçam o mérito pessoal à condição de causa de atribuição de nacionalidade. São exemplos, com maior ou menor exigência de satisfação de algum requisito, a emissão de *carta de natureza* do direito espanhol, nos casos em que concorram circunstâncias excepcionais, relacionadas ao agraciado, ou *rescriptum Principis*, do direito monegasco. Essas formas de aquisição de nacionalidade dependem do ato de uma única autoridade, e se justificam pelos notórios serviços prestados ao povo, ao país, à cultura ou ao Estado que outorga a honraria. É o caso do escritor Vargas Llosa, tornado espanhol pelo rei Juan Carlos, por sua contribuição para o prestígio da língua castelhana. Nenhum poeta, nenhum canto patriótico, recusaria dignidade ao ato real, que goza de absoluto respeito do povo espanhol e é reverenciado por todos os outros.

A nacionalidade brasileira se adquire originalmente:

(a) *Jure soli*: por nascimento no território brasileiro, independente da nacionalidade dos pais.

(b) *Jure sanguinis*: por sua filiação de um genitor brasileiro.

A natureza jurídica da nacionalidade, ainda hoje tratada e definida por não poucos juristas, apoia-se, ainda, em nossos tempos, na milenar divisão dicotômica do direito: a saber se é a nacionalidade um vínculo de direito público ou de direito privado. Os partidários da primeira teoria insistem na idéia da submissão ao Estado, que é conteúdo no conceito de nacionalidade e sobre o fato de que é o Estado, e ele somente, que determina soberanamente as condições de acesso ao estatuto de nacional. Os que se vinculam à idéia do direito privado reportam-se à idéia da esfera privada do indivíduo, tanto que é dessa forma tratada no Código Civil, como é o caso espanhol. E o emergir de novas tendências que marcam a evolução legislativa mais recente mostra uma série de reformas sobre matrimônio e filiação, assuntos verdadeiramente de direito civil, mas que, na ordem social e política espanholas, em uma seqüência clara da organização social e estrutura econômica daquele país, continuam a influenciar e determinar a sorte da nacionalidade.

O interesse da discussão aparece, sobretudo, quando avança para um plano que poderíamos chamar de *contencioso*. E, nessas condições, duas características parecem ser fundamentais: (a) o primado essencial do aspecto estatal, e (b) a indiscutível sujeição do indivíduo ao regime do Estado a que pertence. Vista tradicionalmente como uma situação de pertença de uma pessoa natural a um determinado Estado, a nacionalidade encontra-se sujeita à controvérsia, tanto nas instituições existentes, como nas noções fundamentais que se acham em causa. A despeito de nos preocupar a importância do sujeito nas suas relações com o Estado, e não apenas de sujeito resultante de uma expressão do Estado, as questões que tornam mais relevantes as teorias que fazem a nacionalidade parte integrante do direito público ou do privado aparecem mais acuradas e seguem na ruptura de significados porque passam diante da *summa divisio*. A importância relativa dada à questão da natureza jurídica da nacionalidade aos diferentes pontos tratados neste texto requer uma explicação: a natureza pública ou privada da nacionalidade servirá como instrumento de análise do ponto de vista e da tendência corrente atual, ao menos em nosso país, de tratá-la como direito público, pois aventamos a opinião de que ela nos permitirá uma solução uniforme para a nacionalidade brasileira.

A sociedade, os diferentes aspectos de sua organização e atividade, a disciplina do desenvolvimento pessoal do seu povo, seu objeto de estudo

em muitas ciências têm uma importância especial para o direito público. Mas, em todos os envolvimento de idéias que pairam e que exercem larga influência sobre a nacionalidade, não se aspira a suprimir uma única idéia fundamental: a de que desde o momento em que nascemos, definimos nossa nacionalidade. Esse traço mais característico da nacionalidade é a sua base conceitual, ou seja, o estado de nacional é determinado por ocasião do nascimento. A atenção para os integrantes da nação, como algo independente do Estado, que se amolda, que se modela segundo os rumos traçados pela sociedade brasileira e por cada indivíduo que a compõe.

Esse veredito da gente brasileira poderia levar, em uma rápida avaliação, a uma conclusão, no mínimo, precipitada: a de retirar a dignidade e nobreza da nacionalidade adquirida. Não queremos perder o ânimo que conduziu a elaboração deste texto. Grandes brasileiros existem, por nacionalidade originária ou adquirida. Em todos os países existem grandes homens que escolheram o lugar onde viver e a bandeira a jurar. Um mergulho na história do país mostrará como esses brasileiros contribuíram para a formação do povo. Sob outro ângulo, então, tratamos da relação da nacionalidade com o nascimento. Para atenuar as contingências de seu sofrimento é que nos propomos a um estudo, o estudo das crianças brasileiras adotadas por estrangeiros.

Um pensamento clássico conduzia a adoção para um caminho, para o que seria uma das vertentes de interesse das duas esferas em questão, a do adotante e do adotado. Era uma verdadeira orientação que empurrava a distinção entre a essência dos interesses de modo a correlacioná-la à capacidade reprodutiva do adotante. Essa desigualdade engendrou o raciocínio de que a adoção seria uma forma de se criar uma relação supletiva de filiação, determinada por força de lei, que seria análoga à filiação sanguínea. Essa última correspondia à necessidade e à conveniência de dar àqueles, aos quais a natureza privou de filhos, um modo de suprir a sua falta, substituindo um vínculo de sangue por um vínculo jurídico. *Adoptio imitatur naturam*, diriam os antigos práticos.

Posto que, como mostram as premissas acima mencionadas, a antiga tradição tendia a conferir a uma pessoa, que não tinha filhos ou que deles fosse privada, uma vasta gama de perspectivas, uma série de proposições mais recentes fornecem como guia a idéia de que a adoção hoje é vista,

sobretudo, como forma de realização de um verdadeiro e próprio direito da criança de ter uma família. Essa segunda visão, orientada para os interesses da própria criança, requer uma compreensão de uma consciência social, que não pode ser confundida ou identificada com concepções apenas aceitas e difundidas nos tribunais. O significado da adoção não se determina pela racionalidade interna de um direito da criança, mas, acima de tudo, pela própria vida e bem-estar do menor. E para a busca dessa importantíssima aspiração, de transformação objetiva, deve ser enunciada: a de que o fim primário e ativo da adoção é o da busca de uma família às crianças que dela sejam privadas ou que não se apresentem idôneas.

Uma das soluções do problema fundamental da busca de uma família é a adoção internacional. Ela ocorre em duas hipóteses: a adoção, no Brasil, de crianças estrangeiras ou de crianças brasileiras, adotadas por estrangeiros. Cada uma desenvolve uma etapa própria e progressiva no multifacetário conteúdo da adoção internacional. A qualidade de adquirir uma outra nacionalidade é uma delas. E é a segunda espécie de adoção, a de crianças brasileira e a sua nacionalidade de origem brasileira é a que provoca controvérsias.

Os métodos de adoção revelam-se com farta amplitude em numerosos escritos de estudiosos. Ocupam um lugar notável nessas obras o trabalho das formas de ruptura dos vínculos sanguíneos, a fim de extrair o máximo proveito, com complexos elementos que edificam a adoção internacional. Cumprir toda a exigência específica, satisfazer os objetivos legais e enquadrá-los em seus fins. Sem negar a importância e a utilização da técnica e prática do processo de ruptura com a família consanguínea, entendemos que a adoção não põe termo aos vínculos constitucionais da criança com seu país de origem, com sua nacionalidade.

A assimilação à família da adoção, o idioma, a cultura, e as leis brasileiras sobre a cessação dos vínculos da criança com a sua família original em nada se assemelham ao ponto de vista constitucional, nos confins de sua nacionalidade. As vantagens que traz a adoção para a criança consistem em lhe atribuir direitos, e pressupõe sempre o seu bem-estar, o seu interesse primordial. Nisto está a diferença fundamental entre a adoção internacional e a adoção realizada no território nacional. A negação legal de sua origem familiar, seus vínculos familiares, o regime civil de suas relações não permitem conjecturas a respeito de sua nacionalidade brasileira. As leis

que disciplinam a mudança do nome e dos laços de parentesco sangüíneo podem mostrar quão profunda e complexa é a adoção, e incentivar um estudo farto de opiniões. Devemos frisar que, como reviravolta no sistema de adoção, a adoção de uma criança brasileira *per se* não causa nenhum efeito na sua nacionalidade, a despeito de outra que ela adquirir e tornar-se, eventualmente, binacional. Certamente, um efeito secundário da adoção internacional é a de aceder à nacionalidade dos adotantes, mas ela não implica perda da nacionalidade originária da criança.

Nenhum brasileiro de origem pode ser privado de sua nacionalidade. A nacionalidade originária é direito fundamental de todo brasileiro. A idéia de perda da nacionalidade brasileira somente cede diante do desejo de não mais ser brasileiro, por expressa renúncia, declarada perante juiz federal, após a instauração do correspondente procedimento e homologação publicada da decisão que a reconhece. A renúncia é regra implícita com um direito fundamental interno, embora se constitua externamente um direito fundamental de renunciar perante a imposição constitucional de nacionalidade. E essa vontade não pode ser colhida do brasileiro até completar 18 anos.

A aquisição derivada da nacionalidade se dá mediante naturalização por estrangeiro ou apátrida. A criança brasileira adotada poderá ter mais de uma nacionalidade, por efeito da adoção estrangeira, mas a verdade é que o direito interno brasileiro da nacionalidade não é limitado pelo direito internacional, e por nenhuma legislação estrangeira. A natureza jurídica constitucional da nacionalidade brasileira afasta a idéia de que as vicissitudes da adoção impliquem perda da nacionalidade brasileira, seja direta, seja indireta, por causa da adoção internacional. E se as regras da adoção sobre parentesco e nome disciplinam a situação jurídica da criança, elas não alteram suas relações com o Estado brasileiro. A nacionalidade brasileira se distingue dos estatutos estrangeiros de nacionalidade, e o caráter da maior parte das regras sobre nacionalidade resulta na condição da criança como bi-nacional ou plurinacional, pois dois ou mais Estados poderão atribuir-lhe suas respectivas nacionalidades.

Por uma questão de ordem prática, há uma certa tendência de se reconhecer uma única nacionalidade, *ativa* ou *preponderante*, nas pessoas com duas ou mais nacionalidades. E, normalmente, é aquela com que

projeta a personalidade, seja porque se expressa melhor na língua *mater*, seja pelo seu meio social, seja pelos negócios, simplesmente por assim se declarar, ou porque dela brotam os mais profundos sentimentos de nacional. É o caso, *verbi gratia*, do brasileiro (*jure soli*), que é também austríaco (*jure sanguinis*), tem domicílio em Treze Tílias, no Estado de Santa Catarina, e seja produtor agrícola no Brasil e no Paraguai. Não obstante sua nacionalidade austríaca, sua cultura e seus negócios são brasileiros, e como brasileiro é reconhecido no Paraguai, que na maioria das vezes sequer toma conhecimento da segunda nacionalidade. Terá franqueado o acesso ao território paraguaio sem necessidade de passaporte, por usufruir de um dos benefícios mais evidentes do Tratado de Assunção: usar a carteira de identidade, expedida pelo Estado de Santa Catarina, com a qual circula pelo território do brasileiro. Desse modo, se durante o trajeto de retorno ao Brasil venha ele a ser interceptado pela Polícia Nacional do Paraguai, pela prática de alguma infração de trânsito, ainda que venha revelar sua outra nacionalidade, a brasileira será tida como a nacionalidade ativa ou principal.

Na luta que decorre hoje no mundo, freqüentemente se reproduzem, se bem que de forma muito específica, as controvérsias mais comezinhas na prática jurídica. Por isso é atual o estudo dessas batalhas que acompanham o nascimento e o desenvolvimento das crianças adotadas. Sabemos muito bem que repercutem, danosamente, alguns aspectos da nacionalidade por conta da adoção, especialmente quanto ao sentimento, à cultura e ao idioma. A condição de nacional se torna cada vez mais, na sua manifestação, uma expressão de cultura, de modo que a nacionalidade e a cultura nacional passam a ser um binômio dos mais fluidos que conhecemos. Perde-se e adquire-se nacionalidade como nunca ocorreu, mas a exigência da integração cultural é cada vez mais presente. Precisamente esse processo manifesta como tendência dos países que mais se abrem à imigração, à possibilidade de permitir a nacionalidade adquirida, e essa afirmação talvez seja sintoma do declínio do Estado na formação de uma nacionalidade, e uma indicação crescente da cultura nacional como expressão política primeira na luta pela integração dos povos em todo o mundo. É o primeiro capítulo da nova nacionalidade, mas que nunca contraria o espírito de que toda criança tem uma nacionalidade e dela não pode ser privada. Se tem sido demasiadamente descurada a nacionalidade da criança brasileira adotada por estrangeiro, pareceu-nos necessário inverter a balança.

A HIPOCRISIA AMBIENTAL

(Em poucas palavras)

Reis Friede¹

Ouvimos todos os dias, e a toda hora, e, - porque não dizer -, com irritante insistência, que caminhamos, a passos largos (e para os mais pessimistas, de forma irreversível), para retirar o planeta da excepcional *estabilidade ambiental* em que se encontra há mais de 10 mil anos, com consequências simplesmente impensáveis.

Não obstante não se possa negar a relativa veracidade do autêntico “*alerta geral*” que vem sendo constantemente consignado, particularmente, pela mídia, - inclusive com a persistente notícia no que concerne ao rompimento do equilíbrio de três dos nove “*limiares planetários*” (a mudança climática, a perda da biodiversidade e a alteração no ciclo do nitrogênio) -, continua a existir uma autêntica e lamentável *conspiração*, por parte dos políticos e, em alguma medida, também por parte dos principais estudiosos sobre o tema, no sentido de que a solução definitiva do problema deve se apoiar sobre o sinérgico combate aos *efeitos* do epígrafado *imbróglgio ambiental* e não propriamente sobre as *causas primárias* que conduzem (e historicamente vem conduzindo) à origem do mesmo, qual seja, o *contínuo e descontrolado crescimento populacional*, notadamente nos Países subdesenvolvidos.

¹ Reis Friede é Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público. Bacharel em Direito, Economia, Engenharia, Arquitetura e Administração; Mestre e Doutor em Direito.

A própria ONU, através de *relatório* editado pelo seu Fundo de População (UNFPA), vem reconhecendo que “*frear a expansão demográfica teria o mesmo impacto, em termos de redução de emissões, que substituir todas as termoelétricas à base de carvão por estações de energia eólica*” (Globo, 19/11/2009, p. 38), defendendo, por fim, o maior acesso das mulheres a *métodos contraceptivos, ao planejamento familiar e à educação*, como formas efetivas de se combater o denominado *aquecimento global*.

Ainda assim, a mesma UNFPA, em aparente contradição, deixa claro ser contra a imposição de uma consistente política de *controle populacional*, concluindo que a decisão quanto ao número de filhos continua sendo um direito inalienável de cada mulher, ainda que reconheça que 35% das gestações nos Países em desenvolvimento, simplesmente, não são desejadas.

Curioso observar, em necessária adição contextual, que há sempre um *demógrafo de plantão* preocupado, muito mais, em nos alertar dos supostos *riscos* inerentes a uma *política de planejamento familiar* (com a consequente alteração da pirâmide etária), - ignorando, de forma irresponsável, os consequentes efeitos do aumento da expectativa de vida em todo o mundo e do próprio prolongamento da vida útil humana, como bem assim dos extraordinários avanços da tecnologia aplicada ao trabalho e à produção econômica -, do que propriamente das terríveis consequências de uma total (e irresponsável) ausência de uma mínima *preocupação* (e consequente *ação*) a respeito do tema.

Neste sentido, não nos parece plausível (por imperiosa ausência de razoabilidade) cobrar um verdadeiro *sacrifício* de todos, - em efetivo desfavor da merecida *qualidade de vida* e do próprio *direito ao bem-estar* que cada um de nós legitimamente almeja como detentores da *cidadania* -, sem qualquer contrapartida com uma política global de *planejamento familiar* (e correspondente *controle de natalidade*) que permita, no longo prazo, verdadeiramente restabelecer o *equilíbrio ambiental* desejado (potencialidade de oferta de recursos planetários *versus* consumo quantitativo e qualitativo projetado), debelando, de modo pleno e definitivo, os *riscos ambientais* que supostamente ameaçam a própria sobrevivência da espécie humana a longo prazo.

Entender de forma diversa, - insistindo em apenas e tão somente restringir emissões de carbono na atmosfera, ou outras providências assemelhadas -, não nos parece uma solução adequada, até porque, a toda evidência, não ataca diretamente o problema (em suas *causas primárias*) e, sim, apenas o que alude aos seus *efeitos observáveis*, posto que não seria minimamente sensato restringir, por um lado, o direito inalienável de cada ser humano buscar melhorias no que concerne à sua existência no planeta (o que implica, ainda que indiretamente, em aumento pela demanda de recursos naturais), enquanto, por outro, manter a contínua (e sem qualquer controle) *procriação irresponsável*, ampliando, em última análise, a dimensão do próprio problema.

Oportuno consignar, neste contexto analítico, que ROBERT ENGELMAN, vice-presidente do Instituto Worldwatch, não obstante afirmar ser “*quase impossível não relacionar crescimento da população e mudanças climáticas*”, - reconhecendo, inclusive, que muito provavelmente já sejamos insustentáveis com os atuais 6,8 bilhões de habitantes (as projeções para 2050 apontam um mínimo de 7,95 bilhões de habitantes com uma taxa anual de fecundidade de 1.54 e um máximo de 10,46 bilhões de habitantes com uma taxa anual de fecundidade de 2.5) -, ainda assim descarta o *planejamento familiar* como uma ação efetiva (e de curto prazo) para conter emissões de carbono na atmosfera.

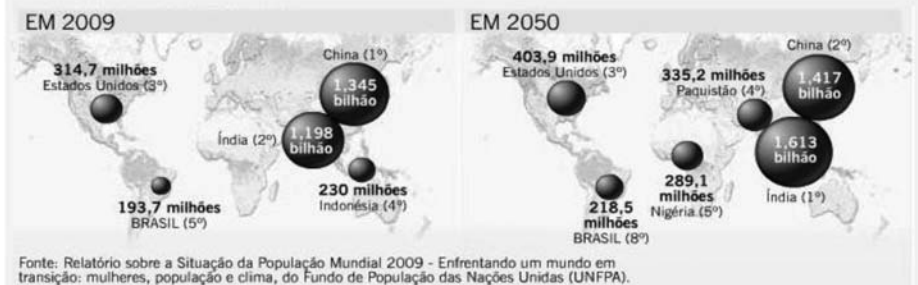
Também, há de se estabelecer, dentro do escopo do pensamento dominante das principais organizações ambientais, um mínimo de *coerência lógica* no que alude ao assunto em epígrafe; ou seja: se *procriar* deve ser uma *decisão livre* de cada casal, *mudar o estilo de vida* (outra causa incisivamente apontada como *fonte originária do aquecimento global*), igualmente, não pode ser apontada como uma *solução derradeira*, - a ser necessariamente imposta a todos -, para debelar, em definitivo, o complexo problema ambiental.

Devemos, portanto, o mais rápido possível, pensar seriamente sobre a *raiz matricial* do presente desafio, deixando de lado a autêntica *hipocrisia ambiental* que tanto nos tem desviado das verdadeiras (e difíceis) soluções que devem ser implantadas em nome da necessária (e almejada) continuação do pleno florescimento de nossa *Civilização*.

PROJEÇÃO ANALÍTICA DA POPULAÇÃO MUNDIAL EM 2050:

POPULAÇÃO	TAXA MUNDIAL MÉDIA DE FECUNDIDADE DE 2045 A 2050
Cenário Otimista 7,95 bilhões de habitantes	1,54
(Média) 9,15 bilhões de habitantes	2,02
Cenário Pessimista 10,46 bilhões de habitantes	2,5

Os Países mais Populosos do Mundo em 2009 e 2050:



EFEITOS PATRIMONIAIS DO BIODIREITO COM RELAÇÃO AO NASCITURO E AO FILHO PÓSTUMO

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama**

1. Biodireito e nova filiação; 2. Técnicas de reprodução assistida e filho póstumo; 3. Efeitos patrimoniais do biodireito quanto ao nascituro e ao filho póstumo.

1. BIODIREITO E NOVA FILIAÇÃO

Várias questões advindas dos avanços tecnológicos não são apenas objeto de preocupação no campo bioético, sendo fundamental a existência de determinadas regras de comportamento que devam ser dotadas dos atributos da obrigatoriedade, da generalidade, da coercibilidade e da imperatividade, gerando, assim, normas jurídicas, na construção do biodireito. Algumas cautelas se impõem. Não há como estabelecer regras rígidas sobre questões éticas da biotecnologia que não sejam objeto de moralidade universal, sendo que quanto àquelas que forem objeto de consenso ou de escolha – após debate plural, democrático e multidisciplinar -, deverão ser destacadas e regulamentadas de acordo com as opções realizadas levando em conta os valores éticos e culturais, mas sempre passíveis de alteração diante do próprio desenvolvimento e rápido avanço

* Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região.

das tecnologias e práticas da biologia e da medicina, daí a conveniência de nem sempre a cominação e aplicação de preceitos e sanções serem tão rígidas, havendo maior flexibilidade.

Nas palavras de Vicente Barretto, cuidando da possibilidade da existência de uma ordem jurídica fundada em valores universais no campo das ciências da vida, baseada na concepção filosófica de Immanuel Kant, “o processo de transição das categorias éticas para a norma jurídica corre o risco (...) de transformar-se em dogmatismo moral, sendo necessário, para que isto não ocorra, o emprego de uma idéia que forneça as estruturas racionais necessárias para explicar e fundamentar o biodireito”¹, sendo que tal idéia é o direito cosmopolita, apresentada por Kant. A noção de direito cosmopolita “permite que se tenha uma leitura propriamente moral dos direitos humanos, podendo-se mesmo entender essa categoria de direitos como uma manifestação de valores éticos no sistema jurídico.”² Os direitos humanos representam, assim, uma forma de moralidade, com base em uma fundamentação racional de uma determinada concepção ética da pessoa humana, da sociedade e do Estado. Kant observou que o direito cosmopolita é requisito indispensável para o pleno desenvolvimento da humanidade que, por sua vez, tem por referencial o aperfeiçoamento moral: “O direito cosmopolita consiste, portanto, no tipo de norma que ultrapassa as comunidades nacionais e identifica-se como sendo a norma de uma comunidade planetária”, representando a idéia racional de uma comunidade geral e pacífica de todas as nações da terra.

Na transição do Estado Liberal para o Estado Democrático e Social de Direito, na primeira metade do século XX, o rol dos direitos humanos se ampliou significativamente para além do direito de liberdade em suas várias manifestações em prol do indivíduo, incorporando outros direitos “que têm a ver com a necessária correção das desigualdades sociais, econômicas e culturais encontradas na sociedade.”³ No desenvolvimento do século XX, a história vivenciou acontecimentos que abalaram sobremaneira a noção do Estado de Direito – envolto no positivismo e na legalidade como dogmas absolutos -, no qual o direito (legislado) não

¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. *Ethica Cadernos Acadêmicos*. v. 5. Rio de Janeiro, n. 1, 1998, p. 11.

² *Idem*, p. 12.

³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 15.

conseguiu evitar as múltiplas e terríveis lesões sofridas pela humanidade, o que exigiu o resgate da noção a respeito das fontes legitimadoras do direito, com a necessária *restauração de parâmetros metalegais*. Assim, no campo biotecnológico, buscou-se inicialmente o reconhecimento de princípios que assegurassem a humanização do progresso científico e, desse modo, *“fixaram-se princípios de caráter moral abstrato, para logo em seguida, mesmo quando a questão ética não estava amadurecida, serem formuladas normas jurídicas, relativas às pesquisas e tecnologias biológicas.”*⁴ Notou-se, no entanto, descompasso entre os valores éticos e a normatização jurídica, exigindo trabalho de elaboração de normas jurídicas que pudessem estar em harmonia e compasso com a formulação ética: *“essa linha de investigação permite que se utilize a idéia do direito cosmopolita como estrutura racional dentro da qual possam racionalmente justificar-se os valores, discutidos em função dos avanços das ciências biológicas, e em que medida poderão constituir-se nos fundamentos da ordem normativa do biodireito.”*⁵

O nascimento do biodireito, portanto, surge nessa época, com a reavaliação das primeiras e apressadas normas jurídicas elaboradas em alguns países. Outro ponto a ser destacado se relaciona à insuficiência do modelo tradicional de construção das normas jurídicas em questões atinentes aos avanços biocientíficos, considerando a própria velocidade e rapidez das pesquisas e descobertas biotecnológicas e de suas aplicações práticas, a demonstrar a inviabilidade de se juridicizarem – ao menos, através do modelo tradicional de formulação das normas comportamentais – determinados aspectos que, em tempo muito rápido, sofriam mudanças até então imprevisíveis, gerando um *vazio normativo*.

Há, atualmente, o reconhecimento de que a bioética extrapola os limites das ciências da biologia e da medicina, apresentando duas vertentes que devem ser conjugadas, e não consideradas isoladamente: *“de um lado, incorpora as novas formas de responsabilidade, principalmente a responsabilidade com as gerações futuras, como foram vistas por Hans Jonas; mas também aceita a idéia kantiana do respeito à pessoa e do*

⁴ *Idem*, p. 16-17. Como bem observou Vicente de Paulo BARRETTO, “... legislou-se sobre a pesquisa e as tecnologias de forma impulsiva, procurando-se resolver situações pontuais e não estabelecer normas jurídicas gerais.” (p. 30)

⁵ *Idem*, p. 17.

*respeito ao conhecimento.*⁶ Assim, os fundamentos da bioética se vinculam, simultaneamente, ao reconhecimento dos direitos da pessoa humana – nos termos do pensamento liberal, como limites à atuação do Estado e das outras pessoas⁷ -, e das responsabilidades das pessoas não apenas no que toca às conseqüências imediatas mas principalmente no que se refere aos efeitos futuros: *“trata-se, portanto, de construir uma ética que irá materializar-se em novas responsabilidades.*”⁸ Desse modo, os temas da bioética ultrapassam suas fronteiras iniciais – relacionadas aos médicos e pacientes, aos laboratórios de pesquisa, aos hospitais e clínicas – para serem objeto de debate na sociedade democraticamente organizada, pois tocam imediatamente com questões atinentes à sobrevivência da humanidade, e por cuidar de *“liberdades, direitos e deveres da pessoa, da sociedade e do Estado, a bioética transformou-se na mais recente fonte de direitos humanos.*”⁹ Daí a elaboração da *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*, de 1997, pela UNESCO, na qual se reconhece nova categoria de direitos humanos – direitos da pessoa humana no campo da biologia e da genética – relativo ao patrimônio genético e formas de sua manifestação¹⁰.

Tal construção de uma nova categoria de direitos humanos *“responde à indagação central do pensamento social contemporâneo: a possibilidade da universalização de direitos morais, fundados numa concepção ética do Direito e do Estado, vale dizer, na construção de uma ordem normativa construída através do diálogo racional entre pessoas livres.”*¹¹ Para tanto, é fundamental

⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 40.

⁷ Nesse sentido, confira a posição de Tereza Rodrigues VIEIRA: *“A ética sob o ponto de vista da razão tem sua origem nos princípios dos Direitos do Homem, pois a noção de igualdade e liberdade impõe o respeito ao próximo, inclusive no que concerne às suas crenças. Exclui o dogmatismo.”* (Bioética e Direito. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1999, p. 17).

⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 41.

⁹ *Idem*, p. 42. Francisco de Assis Correia, sobre o tema, comenta: *“A bioética é um produto da sociedade do bem-estar pós-industrial e da expansão dos ‘direitos humanos da terceira geração’ (para a paz, para o desenvolvimento, meio ambiente, respeito ao patrimônio comum da humanidade) que marcaram a transição do estado de direito para o estado de justiça”* (Alguns desafios atuais da bioética. PESSINI, Léio; BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo (orgs.), *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 31).

¹⁰ Importante a seguinte observação feita por Vicente de Paulo BARRETTO: *“normas internacionais terminaram por consagrar a temática da bioética como tema planetário, procurando envolver mesmo aqueles países onde não se formaram ainda comitês nacionais de bioética.”* (Perspectivas e problemas de bioética, *op. cit.*, p. 66).

¹¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 43.

a verificação quanto à existência de uma sociedade democrática, em que se realize amplo debate e discussão com a presença e o resguardo da manifestação das diferentes comunidades de moralidades particulares.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997, representa a positivação, no plano internacional, do biodireito, cuidando-se de *“uma tentativa de criar uma ordem ético-jurídica intermediária entre os princípios da bioética e a ordem jurídica positiva, o que irá obrigar os países signatários, como no caso o Brasil, a incorporar as suas disposições no corpo do direito nacional.”*¹² No âmbito nacional de cada país signatário da Declaração de 1997, as regras jurídicas a serem elaboradas deverão necessariamente estar em conformidade com os princípios e regras estabelecidas no referido documento internacional, especialmente diante da incorporação de tais normas jurídicas na ordem jurídica interna, com base na subscrição da Declaração Universal. Não se pode deixar de lembrar que sobre os temas juridicizados envolvendo os avanços científicos na biologia e na medicina – sem desmerecer outros campos do conhecimento –, a relação entre a ética e o direito é de complementaridade, e não de exclusão. Daí a precisa afirmação de Vicente Barretto: *“A prática social acha-se, progressivamente, modificada pelas novas tecnologias, ocupando lugar de destaque nesse processo o papel da ética, que obriga a revisão de conceitos da doutrina jurídica clássica e a conseqüente revolução paradigmática na teoria do direito.”*¹³

Nesse sentido, especialmente relacionadas ao tema envolvendo o biodireito, devem ser destacadas as quatro características da cultura pós-moderna, na visão de Erik Jayme, que se refletem no Direito contemporâneo: a) o pluralismo; b) a comunicação; c) a narração; d) a valorização dos direitos humanos. O *Pluralismo* no Direito é representado em vários aspectos, como o pluralismo de fontes legislativas a regular o fato; o pluralismo de sujeitos a proteger; o pluralismo de agentes ativos atuando em relações despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas; e o pluralismo na filosofia. A *Comunicação* no Direito pode ser observada como método de legitimação, de informação e de esclarecimento, com troca de idéias, garantindo a proteção dos hipossuficientes e dos grupos

¹² BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 47.

¹³ *Idem*, p. 47-48.

que a lei quer privilegiar num ambiente democrático e pluralista. A *Narração* consiste em um novo método de elaboração das normas legais, de forma a narrar os objetivos, os princípios, as finalidades das normas, atingindo situações nunca anteriormente cogitadas ou previstas. E, finalmente, a *Valorização dos direitos humanos* - ou o *retour des sentiments*, na expressão de Erik Jayme - abrange não somente o resgate de certa "emocionalidade" no discurso jurídico, mas também a busca de novos elementos sociais, éticos, ideológicos dentro ou fora do sistema, permitindo o encontro de soluções para questões imprevisíveis e imprevistas. *"O Leitmotive, elemento guia, destacado por Jayme, é um revival dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de soft law e da procura de uma eqüidade cada vez mais discursiva do que real."*¹⁴

No direito interno de cada país, tendo como base o conteúdo da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos e de outros documentos internacionais a que o país tenha aderido, a construção do biodireito deve levar em conta tais características da pós-modernidade do direito, procurando completar o *vazio normativo* que rotineiramente se verifica na maior parte dos países. Na construção do biodireito, os princípios da bioética deverão ser considerados, não isoladamente, mas de maneira harmônica e conjugada, sem que se possa reconhecer a prevalência de um sobre o outro, em ambiente interdisciplinar, democrático, e plural, mas travestidos por determinados princípios e fundamentos jurídicos.

A respeito do assunto, após relacionar várias indagações sobre temas envolvendo o *mercado humano*, Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa questionam: *"Até que ponto isto é compatível com os valores que, entre muitos conflitos e retrocessos, afirmaram-se nas últimas décadas, como os direitos humanos e o equilíbrio do meio-ambiente?"*¹⁵ No Brasil, com o advento

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima, CACHAPUZ, Maria Cláudia e VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre Filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, 1999, p. 26.

¹⁵ BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. *Mercado humano*. Trad. de Isabel Regina Augusto. Brasília: Ed. UnB, 1996, p. 210. As indagações anteriormente formuladas pelos autores foram as seguintes: *"Deve-se aceitar que tudo, incluindo nós mesmos, possa ser comprado ou obtido através do poder, exercitado de modo agressivo ou mediado pela força da moeda? Tudo pode ser comprado (ou*

da Constituição Federal de 1988, muitos princípios e regras constitucionais se aplicam perfeitamente aos temas relacionados à biotecnologia e, desse modo, representam parâmetros seguros a serem seguidos na elaboração de regras de comportamento sobre determinados temas, em conformidade também com os fundamentos e princípios da bioética.

Como observa Heloisa Barboza, *“embora encontrem-se inculpidos, de forma esparsa, na Constituição Federal, os princípios gerais de proteção plena à pessoa humana, cabe ao direito privado a tutela geral da integridade física, como integrante da personalidade, mediante um sistema de reparação de danos causados, inclusive morais.”*¹⁶ A característica da narração, no direito pós-moderno, exige que o método de elaboração das normas jurídicas busque – e possa – atingir até acontecimentos e situações jurídicas nunca antes cogitadas, mas de qualquer forma se faz primordial a construção das regras teleológicas, dos princípios, dos objetivos que permitam ao intérprete fornecer a solução de quaisquer dilemas que se apresentem na esfera infraconstitucional, especialmente nos países que seguem a tradição do *civil law*, ou direito continental.

Diante das importantes colocações de Vicente Barretto a respeito do biodireito a partir de todo o tratamento, em nível internacional, a respeito dos princípios da bioética e de determinadas regras imperativas que devam ser observadas e cumpridas, expressos na Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, da UNESCO, de 1997, mister se faz o reconhecimento dos princípios e regras do biodireito no âmbito interno do Brasil especialmente à luz da Constituição Federal de 1988 e de alguns textos legislativos editados a partir de então, sendo importante ressaltar que em alguns temas as questões relacionadas aos avanços biotecnológicos demandarão resolução consensual por parte das várias comunidades interessadas, justificando e legitimando a existência de determinadas regras jurídicas.

No tema da reprodução assistida, de acordo com o Direito francês, por exemplo, além dos casos de esterilidade comprovada, é considerada

eventualmente roubado): os órgãos para transplantes, o sangue para as transfusões, os recém-nascidos para as adoções, as mulheres e meninas para a prostituição? Tudo pode tornar-se propriedade privada do mais forte incluindo as espécies animais e vegetais transformadas geneticamente, as espécies que nasceram da evolução natural e que podem ser utilizadas com fins alimentares, industriais ou terapêuticos, e a própria espécie humana?” (p. 209-210).

¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao corpo e doação de gametas, *op. cit.*, p. 45.

legítima a iniciativa do casal que pretende recorrer a determinada técnica de procriação assistida diante da alta probabilidade de transmissão de doenças hereditárias ao filho no caso de procriação carnal. Há, nesse contexto, dois interesses tutelados e resguardados: o do casal que, no exercício dos direitos reprodutivos, pretende procriar – e, assim, deseja ter filhos de maneira responsável e respeitando, desde já, suas futuras individualidades -, e o da futura pessoa, sendo que a despeito da diferença do conteúdo da saúde das pessoas envolvidas ambos os interesses são tutelados simultaneamente, sob a perspectiva de que a responsabilidade, na contemporaneidade, não pode mais ser cogitada exclusivamente quanto ao momento presente, mas também quanto ao futuro da civilização humana.¹⁷

Constata-se que o direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental e, simultaneamente, como reflexo – ou uma das manifestações - do princípio e direito à liberdade, daí a procriação natural em que o homem e a mulher, na esfera do mais privado dos interesses – resolvem manter relação sexual e, responsabilmente, concebem um novo ser dentro do projeto parental¹⁸ que resolveram concretizar. Como expressamente prevê o texto constitucional, o Estado não pode interferir nessa decisão, estando proibido de adotar qualquer mecanismo coercitivo no contexto do planejamento familiar, pois este é exercido como resultado da livre decisão do casal. No entanto, em se verificando a impossibilidade material do exercício da liberdade procriativa por circunstâncias atinentes à esterilidade do casal – ou de um deles – ou à grande probabilidade da transmissão de doenças hereditárias à prole, incumbe ao Estado fornecer recursos educativos e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar.

No âmbito do Direito Internacional, por força das Declarações Universais e Convenções Internacionais sobre direitos humanos, há o reconhecimento do direito da pessoa a constituir uma família e, nesse contexto, tem-se considerado o direito à reprodução. No Direito brasileiro, há a previsão contida no artigo 226, *caput*, do texto da Constituição, que prevê a especial

¹⁷ No mesmo sentido do texto: “...os limites da individualidade estão inscritos na Constituição e são representados pelo Direito do cidadão de ver garantidas ao filho ou ao produto da concepção, ainda que “in vitro”, condições mínimas de vida, personalidade, registro, filiação e herança,, dentro dos mesmos padrões de dignidade”. (LAGRATA NETO, Caetano. *Direito de Família*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 116).

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994, p. 119.

proteção que o Estado deve prestar à família e, logicamente, nela devem ser considerados os filhos, se assim for decidido responsabilmente pelo casal no exercício do direito ao planejamento familiar. Assim, como seria possível implementar o comando constitucional se não se assegurar o próprio direito à reprodução? Logicamente que os preceitos contidos no *caput*, e no § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal, devidamente combinados e harmonizados, indicam a existência do direito à reprodução como direito fundamental. Com as mudanças culturais, especialmente no campo da sexualidade, os direitos reprodutivos passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas sim como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade, pois culturalmente a vida envolve etapas, entre elas – para a maioria das pessoas – aquela de procriar ainda que mais tardiamente, diante das novas condicionantes econômicas, sociais e culturais. Sabe-se, diante da expressa redação da norma constitucional contida no artigo 226, § 7º, que tal direito à reprodução não é absoluto – como nenhum direito fundamental também não o é – e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento jurídico.¹⁹ De acordo com tal perspectiva, ainda que se constate a esterilidade do casal, nem sempre será reconhecida a legitimidade do recurso às técnicas de reprodução assistida, como bem explicita a legislação francesa que prevê vários requisitos e condições que devem ser preenchidos, além de, no caso da transferência de embriões, haver valoração judicial a respeito do requerimento feito pelo casal, o que deve servir de importante fonte para o direito brasileiro na construção de suas próprias normas a respeito das técnicas de reprodução assistida.

Com base nos limites previstos no próprio texto constitucional e, outros que devem ser considerados subjacentes, é imperioso o reconhecimento de que o direito à reprodução é relativo,²⁰ e desse modo não serão todos os casos que permitirão o acesso às técnicas de reprodução assistida, da

¹⁹ No direito italiano, Adriana Loreti Befhè, também defende a posição de que a procriação artificial é direito limitado, condicionado, sujeito à ponderação dos interesses e dos valores em prol da (futura) criança (*La procreazione assistida de fronte alla legge: brevi cenni di Diritto Internazionale e comparato. Giustizia Civile: Revista Mensile di Giurisprudenza.* Giuffrè Editore, settembre 1993, p. 443). .

²⁰ No mesmo sentido do texto é a posição de Maria Helena Diniz (*O estado atual do biodireito.* São Paulo: Saraiva, 2001, p.453).

mesma forma que as próprias técnicas não ficam ao livre arbítrio do casal, mas sim somente podem ser indicadas pelos profissionais que, por sua vez, também devem se submeter a determinadas regras que estabeleçam critérios. Assim, por exemplo, se o casal tem condições de ter acesso com êxito de técnica de reprodução assistida homóloga, é vedado o recurso às técnicas de reprodução assistida heteróloga²¹. Vê-se, de acordo com a experiência francesa, que o direito à reprodução não é absoluto, e o próprio recurso do casal às técnicas de reprodução homóloga somente é reconhecido na impossibilidade da procriação carnal²² – salvo na hipótese de transmissão de doenças genéticas.

No contexto do direito à reprodução deve ser analisado o projeto parental daqueles que pretendem procriar com o recurso às técnicas de reprodução assistida²³. Nesse contexto, é importante a existência da família constituída regularmente pelo casal e que, entre os projetos de comunhão de vida, incluiu o seu crescimento e desenvolvimento com a vinda da prole. Diante do princípio da paternidade responsável, tal projeto logicamente não deve se restringir à concepção e ao nascimento da criança, mas também à educação, à afetividade, ao amparo, à proteção e à total assistência – material e imaterial – da futura criança, e razões ou motivos que não se relacionem a tais aspectos provavelmente não podem ser considerados no âmbito do projeto parental²⁴, mas sim em projeto pessoal, individualista, egoístico, de pura satisfação narcísica²⁵. O projeto parental, no mundo contemporâneo, é essencial para as famílias, encontrando sua

²¹ Nesse sentido é expresso o Código de Saúde Pública no direito francês: “Article L. 152-6. *L’assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l’intérieur du couple ne peut aboutir*”.

²² No mesmo sentido, pode ser destacado o seguinte trecho: “O recurso à utilização da inseminação artificial deve ser conferido àqueles casais acometidos de infertilidade impeditiva da procriação natural, como meio excepcional para se atingir a plenitude da saúde reprodutiva” (QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 131).

²³ Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, “as procriações artificiais surgem como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril. E o papel da medicina, tem ocupado posição decisiva e fundamental no projeto parental” (*Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: RT, 1995, p.12).

²⁴ Como anotam Dolores Loyarte e Adriana E. Rotonda, “el derecho a la paternidad trae el correlato de una obligación al ejercicio de una paternidad responsable, ...” (*Procreación Humana Artificial*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 392).

²⁵ “... parece muito mais importante acentuar que há que entrar em conta os direitos do novo ente, que não pode em caso nenhum ser considerado um mero instrumento para a satisfação de objetivos alheios” (ASCENSÃO, José Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília/DF, ano 47, n. 183, 1991, p. 98).

vocação mais autorizada e legítima na época do aumento da família com o nascimento de filhos. A prole proporciona o desenvolvimento da família e sua continuidade, inclusive para fins de amparar os pais quando estiverem em idade mais avançada, nos termos dos artigos 229 e 230, da Constituição de 1988. Em termos ideais, é imperativo que a legislação brasileira a ser editada a respeito das técnicas de reprodução assistida observe, estritamente, o disposto nos artigos 226, *caput* e § 7º e 227, *caput* e § 5º, ambos da Constituição de 1988 e, nesse sentido inclua a condição da existência de projeto parental²⁶ que permita reconhecer, no âmbito do direito à reprodução, a possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida. Se tal projeto parental compõe a esfera da intimidade, da mais pura privacidade, no âmbito da procriação carnal – que tem como regra a consangüinidade -, no campo da procriação assistida heteróloga é fundamental a consideração do disposto no artigo 227, §5º, do texto constitucional, quanto à assistência à constituição de vínculos de parentesco civil²⁷, aí considerados os de paternidade-filiação e/ou maternidade-filiação²⁸. É oportuno notar que a maior parte dos casos de reprodução heteróloga conta com apenas um doador – normalmente o de sêmen – e, logicamente que, nesta situação, o marido será pai da criança no âmbito do parentesco civil, mas a mulher será mãe sob o prisma biológico, afetivo e jurídico, o que revela seu parentesco natural – diante da consangüinidade – relativamente ao seu filho. Quanto à maternidade-de-substituição – caso seja reputada lícita a prática – por meio de técnica de reprodução assistida, da mesma forma que nos demais casos de crianças concebidas através da mesma técnica, somente é admissível o acesso a tal prática por casais estéreis que apresentem um projeto parental, com a demonstração de que terão as condições materiais e imateriais para poder criar e educar em boas condições a criança a nascer, o que faz com que não se admita o recurso a tal prática por mera questão estética – a mulher

²⁶ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade*, cit., p. 142: “O desejo de ter filhos não pode ser reduzido ao simples ato de procriar, pois, diretamente ligado a ele, acha-se o desejo de promover o desenvolvimento de uma criança e o de erigir uma família”.

²⁷ Como anota Eduardo de Oliveira Leite, “assim como a vida sexual do casal é comum a ambos, e depende da anuência, ou ‘animus’ de cada cônjuge, da mesma forma, diante da esterilidade, a decisão de procriar ‘artificialmente’ depende de um desejo comum, que determina o projeto parental” (*Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 346).

²⁸ “... o recurso à procriação artificial não deita suas raízes no puro egoísmo mas é, antes de tudo, resultado de um projeto parental tendente a contornar problemas oriundos de um ‘handicap’ de ordem natural” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 153).

não querer engordar com a gravidez, por exemplo. Em se verificando que a mulher pode perfeitamente engravidar, não sofrendo qualquer restrição, o recurso da maternidade-de-substituição se mostra ilegítimo provavelmente diante da falta do cumprimento dos princípios constitucionais e, especialmente, a ausência de um sólido projeto parental.

No contexto dos valores e princípios que atualmente vigoram na ordem civil-constitucional brasileira, notadamente quanto ao pluralismo de famílias, à inclusão dos grupos tradicionalmente excluídos em períodos mais conservadores e ditatoriais nos níveis político, social e cultural, à variedade de organizações democráticas voltadas para o exercício mais salutar das autonomias e liberdades de maneira responsável, às transformações nos costumes e hábitos decorrentes de fenômenos da própria evolução da civilização (como o gradativo aumento da idade da primeira gravidez em determinadas comunidades), deve-se considerar possível, ainda que excepcionalmente, o acesso das pessoas solteiras às técnicas de reprodução assistida, desde que configurados requisitos mais rígidos do que normalmente são exigíveis de um casal e um especial entre eles, projeto parental. A Constituição de 1988, indubitavelmente, ao se referir ao planejamento familiar, pressupôs que apenas as pessoas que vivam unidas – formal ou informalmente a outras – teriam direito ao planejamento familiar e, desse modo, apenas se referiu ao casal. Contudo, no próprio § 4º, do artigo 226, do texto constitucional, foi reconhecida expressamente a família monoparental, o que representa uma outra família – não fundada na conjugalidade – que passa a existir apenas entre um dos ascendentes em primeiro grau e o filho. É certo que a norma constitucional não tem o objetivo de estimular a constituição de famílias monoparentais, mas conferir-lhes proteção uma vez ocorridas e, nesse sentido, é perfeitamente possível negar a facilitação da constituição de famílias monoparentais, o que poderia ocorrer com as técnicas de reprodução assistida. No entanto, com base nos limites que devem ser considerados no âmbito do planejamento familiar – ou seja, os princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança –, é perfeitamente viável e factível que uma pessoa sozinha comprove que tem condições de respeitar efetivamente todos os princípios que funcionam como limites ao direito à reprodução e, em comprovando sua esterilidade – ou seja, a impossibilidade de procriar

naturalmente -, pretenda ter acesso às técnicas de reprodução assistida. Imagine-se o exemplo de uma mulher que, desde a infância tenha o sonho da maternidade, e, no exercício do direito à liberdade de não se casar e de não se unir estavelmente a qualquer outra pessoa, tenha condições materiais e imateriais de procriar, mas descobre ser estéril. A presença das figuras paterna e materna, na formação da personalidade da criança, como se verifica na Psicologia, é fundamental, mas na realidade não se trata da presença física, podendo as funções de pai e de mãe serem exercidas por pessoas diferentes, como por exemplo um tio, um avô, um amigo, entre outros²⁹.

Tais ponderações revelam como é importante que o Estado-legislativo discipline, a partir das escolhas e opções que faça no contexto pluralista e democrático, com a participação dos diversos setores organizados da sociedade brasileira, os aspectos civis do acesso às técnicas da reprodução assistida, mas ao menos no estágio atual da matéria não se pode peremptoriamente negar o acesso de qualquer pessoa às técnicas de reprodução assistida, em se cumprindo e observando os princípios que o próprio texto constitucional estabelece e, nesse sentido, o melhor interesse da criança deverá ser preservado de maneira prioritária. Contudo, não se pode negar a possibilidade da pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança, e tal como lhe é reconhecida a faculdade de adotar, também deverá sê-lo no âmbito da reprodução assistida, com todas as cautelas necessárias. A Lei nº 9.263/96, de maneira correta e não infringindo qualquer disposição constitucional, prevê, no seu artigo 3º, *caput*, que o planejamento familiar é parte integrante de várias ações em prol da mulher, do homem ou do casal, numa perspectiva referindo-se de atendimento global e integral à saúde de tais pessoas, o parágrafo único do mesmo dispositivo, a assistência à concepção como atividade que deve ser desempenhada pela rede de serviços de saúde do Sistema Único de Saúde no que respeita à

²⁹ Eduardo de Oliveira Leite se manifesta contrariamente, ao observar que o direito à convivência familiar não poderá ser satisfeito em se tratando de uma mãe solteira, tampouco no âmbito dos casais homossexuais, e nestes casos a técnica de reprodução representaria uma “*inseminação-conveniência*” e, assim, insustentável (*Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 355). É importante ressaltar que somente será possível, na linha de raciocínio do corpo do texto, o acesso à reprodução assistida às mulheres estéreis ou que tenham alta propensão de transmitir doença genética para a criança a nascer, motivo pelo qual não seria caso de mera conveniência ou capricho da mulher. Repita-se, ainda, que tais casos devem ser excepcionais, e avaliados com base em requisitos mais rigorosos, notadamente no que tange ao projeto parental.

mulher, ao homem ou ao casal. Com base, portanto, na disciplina existente em nível infraconstitucional a partir do tratamento dado pela Lei nº 9.263/96, deve ser reconhecido, ainda que de forma mais mitigada e controlada, o direito da pessoa sozinha – ou seja, não unida a outra – a ter acesso às técnicas de reprodução assistida, desde que tenha comprovada a esterilidade – e, portanto, a impossibilidade de procriar naturalmente – e observado os princípios constitucionais que regem o planejamento familiar, o que pressupõe a existência do projeto parental. Cuida-se de um tema que desperta bastante polêmica, especialmente porque a maior parte das legislações existentes – como a francesa – proíbe o acesso das pessoas sozinhas às técnicas de reprodução assistida. No entanto, vale ressaltar que é perfeitamente possível admitir que as técnicas somente possam ser reconhecidas em favor de mulheres sozinhas – e não de homens -, considerando o grande debate que existe quanto à licitude da prática conhecida como maternidade-de-substituição e, sob esse ponto de vista, a Resolução do Conselho Federal de Medicina disciplinou a matéria corretamente, não havendo que se falar em violação ao princípio da igualdade entre homem e mulher exatamente porque os elementos que distinguem, para o fim da reprodução assistida, são a gravidez e o parto que são fenômenos imanentes ao corpo feminino, e a impossibilidade do homem procriar se não através da utilização do corpo de uma mulher, o que justifica razoavelmente o tratamento diferenciado. Relembre-se que a possibilidade de mulher sozinha ter acesso às técnicas de reprodução assistida deve ser excepcional, já que os requisitos – especialmente relacionados à dignidade da criança a nascer – deverão ser avaliados com maior rigor, especialmente com o auxílio de outros campos do conhecimento humano como a Psicologia, não sendo possível adotar o modelo jurídico espanhol que trata de maneira igual a mulher sozinha e as demais mulheres que vivem com base na conjugalidade.

2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E FILHO PÓSTUMO

No âmbito das técnicas de reprodução medicamente assistida, há alguns temas complexos. Assim, por exemplo, apresenta-se a questão acerca da possibilidade de a técnica de reprodução assistida homóloga ocorrer no período em que já havia falecido o marido ou o companheiro e, portanto, o nascimento ocorrer depois dos trezentos dias do falecimento do ex-

parceiro³⁰. Haverá, ou não, possibilidade de estabelecimento do vínculo de paternidade, no caso da inseminação, fertilização ou outra técnica conceptiva *post mortem*? Com base nos avanços científicos, é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

Desse modo, a pessoa falecida (ex-cônjuge ou ex-companheiro) será considerada pai, diante do fundamento da verdade biológica e do pressuposto do risco para fins de estabelecimento do vínculo parental. Contudo, haverá diferenças no que pertine aos efeitos de tal paternidade-filiação relativamente aos outros filhos deixados pela pessoa do falecido e que foram concebidos e nascidos durante a vida deste. No direito brasileiro, nos termos do artigo 1.798, do Código Civil, somente as pessoas que, ao menos, tenham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, têm aptidão para suceder, sendo que no caso da técnica conceptiva *post mortem* ainda sequer havia embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

A questão é polêmica, notadamente diante da objeção referente ao direito da criança à convivência familiar e, especialmente, considerando o disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente de qualificação e de origem. Ao se admitir a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente do recurso às técnicas de reprodução assistida homóloga – de modo a justificar a legitimidade da técnica na modalidade *post mortem* -, deve-se considerar que o tratamento é diferenciado, no campo sucessório, entre os filhos, já que ao menos os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima³¹. De outro lado, há questões importantes

³⁰ De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, a inseminação *post mortem* (também denominada inseminação intermediária, já que não é homóloga nem heteróloga) não se justifica porque não há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, daí sua conclusão quanto ao desaconselhamento de tal prática (*Procriações artificiais e o direito*, cit., pp. 154-155).

³¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 54.

relacionadas à validade, eficácia e revogação dos testamentos em geral que tornam bastante frágil a proteção que o ordenamento jurídico poderia conferir à criança a nascer. Talvez fosse o caso de – em se admitindo a legitimidade do emprego de tal técnica, o que é questionável – se estabelecer na lei a insuscetibilidade da disposição testamentária sobre essa matéria ser revogada, a exemplo do que ocorreu, a respeito da revogação, no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 883/49, acerca da disposição testamentária que reconhece filho extramatrimonial que não poderia mais ser revogada. Mas tal disposição não alteraria o sistema existente quanto à invalidade e à ineficácia da disposição, o que tornaria a situação do futuro filho do falecido bastante instável. Assim, ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos. A despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco. Nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002, há a previsão da presunção de que foram concebidos durante o casamento os filhos havidos por qualquer das técnicas de reprodução assistida homóloga ainda que o marido já tenha falecido. Contudo, o Código de 2002 não soluciona a questão a respeito da desigualdade entre os filhos no campo dos direitos sucessórios.

Ainda sobre a questão da reprodução assistida *post mortem* há interessante questão que fundamentalmente se vincula apenas à técnica da fertilização *in vitro*. Qual seria a data da concepção da criança em se tratando de hipótese em que após a fecundação em laboratório e, portanto, a formação do embrião, o marido (ou companheiro) vem a falecer antes da transferência do embrião para o corpo da mulher, já que o embrião pode ser crioconservado? Pode-se considerar que a circunstância do embrião ter se formado antes da morte do homem (marido ou companheiro) altera a solução da questão anteriormente colocada. No direito brasileiro, a criança nascida depois dos trezentos dias da morte do marido não tem a paternidade automaticamente estabelecida em razão de não se aplicar a regra da presunção de paternidade relativamente ao

falecido. Eduardo de Oliveira Leite considera que a concepção ocorre antes da transferência do embrião para o útero da mulher e, desse modo, o que é relevante é a permanência da vontade do homem que foi anteriormente manifestada, no âmbito do projeto parental, e que não foi revogada antes do falecimento³². Tal posição se afigura consentânea com os pressupostos necessários para o estabelecimento da paternidade-filiação decorrente da FIVETE (fertilização *in vitro*) homóloga, porquanto se baseia na vontade manifestada durante o casamento, o que deve ser considerada importante para tornar certa a paternidade (ou, presumido absolutamente tal vínculo). Desse modo, a concepção não pode ser confundida com o início da gravidez, sendo fato reconhecido juridicamente – artigo 1.798, do Código Civil -, para o fim de não apenas estabelecer a paternidade, mas também para conferir direitos sucessórios à criança a nascer.

Nas técnicas de reprodução assistida heteróloga – o que pressupõe a necessidade da utilização de material fecundante de terceiro estranho ao casal -, os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e à maternidade-filiação serão diferentes, levando em conta os casos em que um dos cônjuges ou companheiros contribui com seu material fecundante e o outro não tem condições de contribuir por força de esterilidade. É possível, também, que tais técnicas sejam adotadas nos casos em que ambos os cônjuges ou companheiros não tenham condições de contribuir

com qualquer material fecundante e, nestas hipóteses, a técnica também será de reprodução assistida heteróloga³³.

A maior parte dos casos de aplicação das técnicas de reprodução heteróloga se vincula à doação de sêmen de terceiro³⁴. Inexiste dúvida

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 393: “E sob esta ótica é possível assimilar-se a fecundação ‘in vitro’ à concepção”.

³³ Na conceituação oferecida por Tycho Brahe Fernandes, “por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga ‘a matre’, quando o gameta doado for o feminino, ‘a patre’, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores” (*A Reprodução Assistida em face da bioética e do biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 58).

³⁴ Daí a referência de Juliane Fernandes Queiroz no sentido de que “se normalmente a relação paternal funda-se nos vetores jurídico, biológico e socioafetivo, na inseminação heteróloga não haverá convergência entre eles. Nessas situações, o marido é o pai jurídico, mas não o pai biológico, e só será pai socioafetivo se assumir a criação da criança com verdadeiro sentimento” (*Paternidade...*, cit., p. 81).

que relativamente à mulher (mãe ou companheira), o fundamento do vínculo que se estabelecerá entre ela e a criança é o biológico, ou seja, a origem sangüínea diante do óvulo fecundado ser dela, havendo coincidência, portanto, entre a informação genética e o critério jurídico que é considerado neste caso. A questão mais intrincada se refere ao marido ou companheiro, porquanto não haverá qualquer liame biológico entre o marido (ou companheiro) e a futura criança. É certo que não será a consangüinidade a origem do vínculo de paternidade-filiação, mas outra fonte que, assim, fará com que a verdade biológica não sirva de fundamento para o estabelecimento da paternidade e filiação.³⁵ De qualquer modo, haverá necessidade de se verificar a presença (ou não) do consentimento do marido para o fim de se avaliar se o vínculo de parentesco poderá ou não ser reconhecido. Independentemente dos critérios, das fontes e das origens que possam ser cogitadas a respeito, é essencial observar que o parentesco entre o homem (marido ou companheiro) e a criança concebida a partir das técnicas de reprodução heteróloga não será o parentesco natural, mas o civil, diante da sua origem ser diversa da consangüinidade. Contudo, relativamente à outra linha – a linha materna – o parentesco que se estabelece entre a criança e a mulher que engravidou e permitiu o seu nascimento é parentesco natural, fundado na consangüinidade.³⁶ O mesmo raciocínio é aplicável nos casos em que foi o marido (ou companheiro) quem contribuiu com seus gametas masculinos para servirem na fecundação de óvulo doado por terceira pessoa, apenas com a inversão das espécies de parentesco: enquanto o homem será pai natural da criança, a mulher será mãe civil.

3. EFEITOS PATRIMONIAIS DO BIODIREITO QUANTO AO NASCITURO E AO FILHO PÓSTUMO

No segmento dos efeitos patrimoniais da procriação medicamente assistida, no âmbito do Direito de Família, é mister o reconhecimento da

³⁵ Por considerar imoral a técnica da inseminação artificial (bem como as outras técnicas de reprodução assistida), Alejandro D. Bolzar considera que o verdadeiro pai, na inseminação artificial, é o doador, baseado no cartório biológico (*Reprodução assistida e dignidade humana*. São Paulo: Paulinas, 1998, p.39).

³⁶ Paolo Vercellone bem observou que, nestes casos, ocorre algo parecido com a adoção do filho do cônjuge (ou companheira) com as vantagens da “*eliminação do adultério e a de que a paternidade se estabelece diretamente e não através da adoção*”. (*As novas famílias*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito de Família e do Menor*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 29).

perfeita e imediata aplicabilidade do princípio constitucional contido no artigo 227, § 6º, ou seja, o princípio da igualdade entre os filhos em direitos, havidos ou não da relação de casamento, por vínculo de sangue ou outra origem, para abranger não apenas a adoção, mas também a filiação resultante das técnicas de reprodução assistida com emprego de material fecundante de terceiro. As relações pessoais e patrimoniais que se estabelecem entre pais e filhos, independentemente da origem e do tipo de vínculo (ou sua ausência), são absolutamente iguais diante da normativa constitucional (CF, art. 227, § 6º) que foi repetida no artigo 20, do ECA, e também no artigo 1.596, do Código Civil. É imprescindível que o termo “adoção” constante nos três dispositivos mencionados seja objeto de interpretação extensiva e construtiva para se considerar incluída a procriação assistida heteróloga. Se não for alcançada tal interpretação, certamente haverá injustificado e desarrazoado retrocesso para se sancionarem com a pena da exclusão de direitos e da tutela de interesses as pessoas concebidas por técnicas de reprodução assistida heteróloga, enquanto que os demais filhos terão todos os direitos e vantagens reconhecidos em seu favor. No estágio atual da evolução do Direito de Família no Brasil, essencialmente atrelado aos valores, princípios e regras constitucionais – no pleno desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil –, se afigura inadmissível e inconstitucional excluir qualquer tipo de filho – ainda que havido por técnica conceptiva não admitida, como por exemplo a maternidade-de-substituição – do conjunto de relações pessoais e patrimoniais que a Constituição lhe reserva em igualdade de condições com outros filhos de seus pais.

Há, ainda, que ser considerado que o parentesco civil que se estabelece não se restringe à criança e às pessoas dos cônjuges ou companheiros que implementaram o projeto parental para ter acesso às técnicas de reprodução humana assistida, o que gera conseqüências de ordem patrimonial no campo do direito a alimentos, dos direitos sucessórios, entre outros, que envolvem a criança e os parentes na linha reta e na linha colateral de seus pais. Da mesma forma, não será possível a inserção de regra que estabeleça que a pessoa concebida por técnica de reprodução assistida tenha direito à sucessão hereditária de seu pai em apenas metade da parte correspondente ao outro filho que tenha origem na consangüinidade. Além disso: inexistente possibilidade de distinção

hierárquica entre os filhos para fins de percepção de alimentos devidos pelos pais. Há, portanto, igualdade absoluta entre os filhos matrimoniais e extramatrimoniais, naturais e civis, inclusive no campo dos efeitos patrimoniais, sendo inconstitucional e, portanto, ilegítima qualquer tentativa de se estabelecer qualquer diferença no sentido de excluir ou diminuir quantitativamente direitos do filho.

No campo dos efeitos patrimoniais, revela-se de bastante importância o direito a alimentos que representa o contraponto do dever de sustento que os pais assumem relativamente aos filhos menores (e maiores inválidos). O dever de sustento é consectário da inaptidão dos menores de prover ao próprio sustento diante das limitações físicas e psíquicas existentes. A menoridade e a invalidez física ou psíquica da pessoa maior representam os pressupostos para que seja concretizado o direito a alimentos, gerando o dever dos pais de prover a subsistência material de seus filhos, com a prestação de alimentação propriamente dita, vestuário, habitação, medicamentos³⁷, enfim o necessário e suficiente para permitir o resguardo à vida e à integridade físico-psíquica das crianças e dos demais filhos incapazes³⁸.

É importante que sejam, no entanto, realçadas algumas regras especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei nº 9.263/96 que, ainda que indiretamente, tocam na questão dos alimentos decorrentes da procriação assistida heteróloga. O artigo 7º, do ECA, ao tratar dos direitos fundamentais à vida e à saúde da criança e do adolescente, expressamente se refere à necessidade da efetivação de

³⁷ Yussef Said Cahali observa que a obrigação alimentar vincula-se à noção de sustento e satisfação das necessidades do favorecido, e também à idéia do cuidado da pessoa entendida tal idéia no sentido “*mais amplo de assistência e auxílio com vistas ao regular desenvolvimento do indivíduo*”. E, mais adiante, complementa: “*Afetando o conteúdo da prestação dos alimentos civis, uma série de circunstâncias deve ser considerada: a posição social e a situação patrimonial dos sujeitos, aptidões, preparação e escolha de uma profissão para o necessitado menor; fatores outros relacionados com a saúde, a idade e a capacidade laborativa do reclamante*” (*Dos Alimentos*. 3ª ed., Rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1998, p. 42).

³⁸ Como bem acentua a doutrina nacional, a legislação brasileira não fornece conceito claro acerca da obrigação alimentar, sendo que no artigo 1.687, do Código Civil de 1916, há referência a determinadas necessidades que devem ser supridas, ou seja: o sustento, a cura, o vestuário e, a casa do alimentando, e sendo este incapaz por força da idade, a educação também se inclui. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda considerava o termo “alimento” designativo, em sentido amplo, de tudo que fosse imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento das enfermidades e às despesas de criação e de educação (*Tratado de direito privado*. v. 9. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 207). O Código Civil de 2002 altera o tratamento a respeito dos fatores que integram o quantum de alimentos, já que, no art. 1.694, *caput*, prevê o critério da necessidade vinculado à compatibilidade de sua condição social, o que inclui expressamente a educação.

políticas sociais públicas que possibilitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da pessoa, assegurando a existência em condições dignas. O artigo 8º, também do ECA, assegura à mulher gestante o atendimento pré e perinatal, sendo confirmado pelo incisos II e III, do parágrafo único, do artigo 3º, da Lei nº 9.263/96, dentro do programa de atenção integral à saúde em todos os ciclos vitais da pessoa humana. Tais dispositivos têm como fundamento o perfeito e sadio desenvolvimento do nascituro, bem como do recém-nascido, além de assegurarem expressamente os direitos fundamentais à vida e à saúde da criança e do adolescente e, devidamente interpretados à luz do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, permitirem verificar que à família (em sentido amplo) também é imposta a tutela dos direitos fundamentais da criança e do adolescente mesmo no período anterior ao nascimento, quando ainda não são pessoas para o Direito. Assim, a falta de condições materiais mínimas para a gestante se manter e, logicamente, permitir o desenvolvimento sadio do nascituro, deve proporcionar a efetivação do direito a alimentos. No âmbito das relações de parentesco, tal como reguladas no Código Civil (artigo 1.694), os parentes podem ser obrigados a prestar alimentos aos outros que necessitem para sobreviver, de acordo com a ordem estabelecida na lei, devendo ser ajuizada, para possibilitar o próprio nascimento do nascituro, ação de alimentos pelos (futuros) pais como (futuros) representantes legais ou pelo curador do nascituro, nos termos do artigo 1.779, *caput*, do Código Civil. Na contemporaneidade, especialmente diante da tábua de valores privilegiados no texto constitucional de 1988, não há como negar que a tutela aos interesses do nascituro se inicia pela assistência que deve ser prestada durante o período de gravidez da mulher, pois antes da aquisição de qualquer direito patrimonial – por força de doação ou herança, por exemplo –, é fundamental o resguardo das condições dignas de existência da futura pessoa humana³⁹, especialmente se se trata de nascituro fruto de técnica de reprodução medicamente assistida⁴⁰. Se o próprio Estatuto da Criança

³⁹ É oportuno notar que no período histórico anterior a 1988, era freqüente o tratamento doutrinário a respeito da curatela do nascituro apenas sob o enfoque patrimonialista, supondo a (futura) pessoa humana beneficiária de doações e heranças, sem qualquer referência quanto aos interesses não-patrimoniais relacionados ao nascituro (por todos: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. VI, 7ª ed., 1958, pp. 443-447).

⁴⁰ Da mesma forma, considerando o direito a alimentos em favor do nascituro: ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direito do nascituro a alimentos: do direito romano ao direito civil. *Revista de Direito Civil*, v. 54, out.-dez. 1990, pp. 52-66; DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 126.

e do Adolescente já deixa evidenciada a proteção anterior ao nascimento da (futura) criança, devem ser destacados os artigos 3º, parágrafo único, incisos I, II e III e 9º, ambos da Lei nº 9.263/96, a impor às instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS) e aos outros órgãos de planejamento familiar, a implementação de políticas e ações efetivas em prol do conceito.

Ainda que seja inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro a prática da maternidade-de-substituição, é imperioso observar que na eventualidade dela ser efetivada, deverá ser reconhecido e resguardado o interesse do nascituro relacionado à existência de condições materiais e imateriais suficientes para o pleno desenvolvimento do feto (nascituro), permitindo seu nascimento e crescimento harmonioso, nos termos do artigo 7º, do ECA. Assim, poderá o juiz nomear curador ao nascituro que, preferencialmente não seja a gestante, nem logicamente os cônjuges ou companheiros que a contrataram, a título gratuito, para gestar o embrião. Na eventualidade da dissolução da sociedade conjugal (ou companheiril), mesmo no caso de ainda não ter nascido a criança, haverá tutela em favor dos interesses do nascituro quanto ao seu pleno e sadio desenvolvimento, tendo como principais devedores de alimentos seus (futuros) pais. O rompimento do vínculo entre os cônjuges ou companheiros não acarretará o desaparecimento dos deveres parentais, ainda que estes produzam efeitos anteriores ao nascimento, com base no artigo 2º, do Código Civil, e dos outros dispositivos mencionados.

Não se pode olvidar que, da mesma forma que os alimentos, os direitos sucessórios têm o caráter de reciprocidade entre os parentes. Assim, tanto no Direito de Família como no Direito das Sucessões, os parentes têm, abstratamente, direito a alimentos e à sucessão hereditária uns dos outros.

A questão polêmica, no campo sucessório, diz respeito à reprodução *post mortem*, tendo ocorrido a concepção da (futura) criança após o falecimento do ex-marido (ou ex-companheiro)⁴¹. Atualmente, não se concebe a possibilidade jurídica da prática relacionada ao emprego de

⁴¹ É de se reconhecer, também a possibilidade remota de reprodução assistida *post mortem* envolvendo óvulo congelado deixado pela ex-esposa (ou ex-companheira), mas atualmente sem qualquer incidência, mesmo porque exige a prática da maternidade-de-substituição (diante da impossibilidade do homem engravidar). Todavia, como os avanços científicos ocasionam surpresas diárias, pode ocorrer de em poucos anos a possibilidade ventilada venha a se efetivar.

material fecundante congelado do ex-marido (ou do ex-companheiro) após a ocorrência da morte daquele que deixou seu sêmen congelado diante da evidente desigualdade que seria provocada relativamente à criança, diante da inexistência de direitos sucessórios. É certo que, de maneira excepcional, a mulher sozinha poderá ter acesso às técnicas de reprodução assistida, mas sem qualquer possibilidade de haver o estabelecimento de vínculos parentais relativamente ao doador de sêmen. No entanto, no caso do sêmen do ex-marido (ou ex-companheiro), a despeito de tratar-se de prática juridicamente inadmissível no estágio atual do direito brasileiro, deve-se verificar que tipo de efeitos patrimoniais tal prática deve produzir. No campo existencial, é importante notar que apenas na eventualidade do marido ter assumido o risco de tal prática, ao manifestar o consentimento a que sua esposa pudesse ser inseminada com seu sêmen, poderá ser estabelecida a paternidade *post mortem* com base na verdade biológica.

No Direito das Sucessões, na esfera da capacidade genérica passiva para a sucessão *mortis causa*, é comum designar-se por “capacidade para suceder” a aptidão ou idoneidade para receber a herança ou o legado que, em se tratando de sucessão legítima, somente se reconhece às pessoas físicas (ou naturais). Assim, é necessária a condição de pessoa humana para ser titular do direito hereditário no campo da sucessão legítima, sendo que na sucessão testamentária também há outros entes com aptidão para o recolhimento da herança ou do legado.

Revelam-se inidôneos para suceder os entes que, ao tempo da abertura da sucessão, sequer foram concebidos, ou premorreram ao autor da sucessão⁴², daí a obrigatoriedade da existência da pessoa humana por ocasião do falecimento do autor da sucessão para que seja assumida a posição jurídica anteriormente ocupada pelo *de cuius*. O Código Civil, reparando alguns equívocos gerados pela redação do texto codificado de 1916, coloca a questão de maneira mais técnica e adequada, “*ex vi*” da regra prevista no art. 1.798, ao estabelecer que “*legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Observa-se que o dispositivo se localiza no Título referente à *Sucessão em Geral* e, por isso, a regra é aplicável às duas espécies de sucessão – legítima e testamentária. -, permitindo o chamamento das

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

peças dotadas de personalidade civil (sob os dois significados) ou dos nascituros (peças em potencial, com a personalidade, sob o significado de valor objetivo) para assumirem as posições de herdeiros – legítimos ou testamentários – e legatários⁴³.

O nascituro, apesar de ser ente desprovido de personalidade civil - no sentido de não ter aptidão para titularizar situações jurídicas - para o ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴, tem seus interesses resguardados na esfera do Direito das Sucessões desde a concepção, tendo idoneidade e aptidão para suceder caso venha a nascer com vida. Observa-se, pois, que sua capacidade sucessória passiva não é atual, e sim condicional. Cuida-se de uma situação provisória, de pendência da delação, aguardando-se o posterior nascimento com vida para permitir a aquisição do direito à herança ou ao legado⁴⁵. O que se exige, portanto, é a constatação da personalidade civil daquele que reclama a vocação hereditária, diante da existência da pessoa física no momento da abertura da sucessão⁴⁶. Assim, o nascituro se coloca como dotado de capacidade sucessória passiva condicional, já que ainda não tem personalidade civil na dicção do art. 2º, do Código Civil.

Desse modo, nos termos do art. 1.798, do Código Civil, são capazes, “legitimados” e, conseqüentemente, aptos a suceder (como herdeiros ou legatários): a) as pessoas físicas (ou naturais), ou seja, aqueles dotados de personalidade civil por terem nascido e existirem na época da abertura da sucessão; b) os nascituros, ou seja, aqueles já concebidos no momento da morte do autor da sucessão⁴⁷. Atualmente, é perfeitamente admissível

⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil* (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

⁴⁴ Sem a pretensão de aprofundar o tema a respeito da *condição jurídica do nascituro* e suas várias teorias, o direito brasileiro se filiou à doutrina natalista quanto à aquisição de personalidade civil sob o significado tradicional, nos termos do art. 2º, do novo Código Civil brasileiro, mas tal não o coloca equiparado às coisas, especialmente levando em conta o valor objetivo da potencialidade da pessoa humana (no segundo sentido da palavra personalidade), daí a própria ressalva contida no dispositivo referido. Para maior aprofundamento do debate: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 563-568. No direito brasileiro, Rubens Limongi França e Silmara Juny A. Chinelato de Almeida são adeptos da teoria concepcionista, reconhecendo personalidade civil – na acepção tradicional – ao nascituro (FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. v. 1, 4. ed. São Paulo: RT, p. 142-144; ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato de. *O nascituro no Código Civil e no direito constituído*. *Revista Inf. Legislativa*, n. 97, jan.-mar. 1988, p. 181-190).

⁴⁵ Em sentido contrário ao texto: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 88-89.

⁴⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de Direito Civil*. v. 6, 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 128.

⁴⁷ GOZZO, Débora. *Comentários ao Código Civil brasileiro* (coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). v. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 78.

buscar a fundamentação jurídica para a capacidade sucessória condicional do nascituro com base no valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Como já foi comentado “a dignidade da pessoa humana, tal como prevista no dispositivo constitucional relativo ao planejamento familiar, é também aquela da futura pessoa, ou seja, o fruto da decisão do casal no sentido de procriar...”⁴⁸.

Diante das novas técnicas de reprodução medicamente assistida, especialmente com a possibilidade de congelamento de embriões na perspectiva da futura transferência para o corpo de uma mulher, bem como no caso da criopreservação de sêmen ou de óvulo para futura utilização, deve ser equacionada a questão acerca da possibilidade da vocação dos embriões congelados - e daqueles resultantes da utilização do material fecundante congelado - na sucessão *mortis causa* diante da redação do art. 1.798, do Código Civil. Não se pode olvidar, a esse respeito, que o projeto do Código Civil de 2002 foi apresentado com texto cuja formulação foi iniciada no final da década de sessenta, época em que ainda eram incipientes as notícias a respeito das técnicas de fertilização *in vitro* com posterior congelamento de embriões - especialmente os embriões excedentários.

O legislador, ao formular a regra contida no atual art. 1.798, do texto codificado, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718, do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se distinguir embrião do nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez e, assim, é apenas necessária a espera do momento do nascimento para verificar-se se houve (ou não) a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Deve-se considerar, de acordo com o sistema implantado pelo Código Civil, que o embrião não-implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, do novo Código Civil, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (artigos 226, § 7º, e 227, *caput*, e § 5º, ambos da Constituição Federal)⁴⁹.

⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*, *op. cit.*, p. 464.

⁴⁹ Em outro trabalho, cujo tema central era a filiação resultante da reprodução assistida heteróloga, no

O tema relacionado à capacidade para suceder e a reprodução assistida *post mortem* é dos mais polêmicos e, indubitavelmente, o Código Civil de 2002 não apresenta solução transparente, a despeito da gravidade da questão. A doutrina contemporânea, especialmente à luz do Código Civil, apresenta posturas diversas a respeito do assunto. Francisco José Cahali observa que, no sistema jurídico anterior ao Código em vigor, era inadmissível a constituição de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido (cujo material genético fora utilizado) sob o fundamento de que a morte extinguiu a personalidade; contudo, diante da regra do art. 1.597, do Código Civil, o autor concluiu, a contragosto, que o filho do falecido, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, havendo sério problema a ser resolvido quando ocorresse o nascimento da criança depois de já encerrado o inventário e a partilha (ou a adjudicação) dos bens do autor da sucessão⁵⁰. Débora Gozzo, por sua vez, propõe o emprego da analogia para solucionar a questão, no sentido de considerar possível reconhecer o direito sucessório à criança resultante de técnica de reprodução assistida *post mortem* da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual de pessoa certa e determinada como possível herdeiro testamentário ou legatário, sugerindo o ajuizamento da ação de petição de herança para tanto⁵¹. Eduardo de Oliveira Leite, por sua vez, distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (e pode-se, atualmente, também acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante. Para o autor, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária, pois já houve concepção, ao passo que na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão⁵².

concernente aos aspectos e efeitos civis, a conclusão referida no texto foi alcançada, com a apresentação de interpretação razoável (e em conformidade com a Constituição Federal de 1988) do art. 1.597, do novo Código Civil. Assim, “no estágio atual do direito brasileiro, não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*, *op. cit.*, p. 1000).

⁵⁰ CAHALI, Francisco José, *op. cit.*, p. 132.

⁵¹ GOZZO, Débora, *op. cit.*, p. 42.

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira, *op. cit.*, p. 109-110.

Há, pois, variados posicionamentos a respeito do tema, sendo que não há problema antecedente ao próprio Direito das Sucessões, a saber, a admissibilidade jurídica das técnicas de reprodução assistida *post mortem* no Direito brasileiro. Com fulcro nos valores e princípios constitucionais especialmente relacionados à dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos humanos e fundamentais também no âmbito das relações privadas, é inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranqüilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses

dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Como analisado, inúmeras são as polêmicas em torno da temática dos efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo, mas é importante que tais questões sejam analisadas, debatidas e eventualmente solucionadas à luz dos princípios e valores constitucionais. Neste sentido será possível equacionar alguns dos mais intrincados problemas bioéticos da atualidade.

MINISTRO CARLOS THOMPSON FLORES (Centenário do seu nascimento)

*Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**

“Justiça que brote de Juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sinta-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido que ela é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando, “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República” .

Ministro Carlos Thompson Flores

Ao discursar na homenagem a Carlos Thompson Flores, em 14 de fevereiro de 1977, que então se empossava na Presidência do Supremo

* Desembargador Federal do TRF/4ª Região

Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves teve oportunidade de dizer, em análise percuciente, a propósito de sua personalidade como magistrado nestas palavras consagradoras, *verbis*:

“Neste ano e meio em que tenho a honra de integrar esta Casa, servindo na Turma a que até agora Vossa Excelência presidia, pude sentir de perto, em convivência quase diária, a justiça que se lhe tem feito ao longo de sua vida de magistrado. Tenho-o, Sr. Min. THOMPSON FLORES, por modelo de juiz. Vossa Excelência, no exercício da judicatura, revela não limitar-se a possuir aquelas qualidades que MURATORI, apoiado nas santas escrituras e veemente na crítica aos juristas, exigia dos juízes: o saber, para bem aplicar as leis; o amar a verdade, para poder distingui-la do erro; o temor a Deus, para não deixar-se levar pelo ódio, medo, cupidez ou qualquer outra inclinação; o desprezar as posições e regalias, para ser imparcial. A esses atributos, acrescenta-se, em Vossa Excelência, um outro: o exercer a magistratura como sacerdócio, com o amor de quem nela, e só por ela, realiza o ideal de suas aspirações.” ⁽¹⁾

Logo em seguida, o Procurador-Geral da República, o Professor Henrique Fonseca de Araújo, em nome do Ministério Público Federal, traduziu, com estas belas e significativas orações, os mesmos sentimentos, *verbis*:

“Tanto impressionou-me o espírito de justiça de que impregnava seus pronunciamentos, que disse certa vez à Sua Excelência, que, se porventura, um dia fosse eu réu em um processo, o escolheria para juiz, renunciando previamente a qualquer recurso.

Não tive motivos, continuando a acompanhar-lhe a judicatura, muito especialmente neste colendo Tribunal, para alterar, antes para confirmar esse juízo que, de resto é o de todos que o tem visto atuar como magistrado.

Em Sua Excelência, nos seus julgamentos tenho encontrado a confirmação do que ensina RECASENS SICHES, de que a lógica jurídica não é igual ao tipo de lógica matemática, porque é a lógica do razoável. A sentença, na sua elaboração, não obedece necessariamente ao clássico silogismo. Porque, “sentença”, já na sua etimologia latina, vem do verbo “sentice”, o que equivale dizer, experimentar uma espécie de emoção, dir-se-ia, uma espécie de

(1) In *Revista Forense*, v. 257, p. 418;

intuição emocional. Juiz, ao conhecer dos fatos, forma, antes de mais nada, sua conclusão, pelo seu inato espírito de justiça, numa demonstração de que o “decisum”, em regra, se estabelece no espírito do juiz, antes dos “consideranda”. Essa, também, a opinião de CALAMANDREI.

O eminente Min. THOMPSON FLORES sente, intuitivamente, onde está a Justiça. Se algo caracteriza sua personalidade de magistrado é esse inato espírito de justiça, servido por um caráter incorruptível e inamoldável, onde a bravura e o destemor não chegam a ressaltar por sua naturalidade.

Contra os poderosos do dia, presidiu, certa feita, como Juiz, júri de imprensa. E contra tudo e contra todos, levou o Tribunal à unânime decisão condenatória, que lhe valeu ameaças e insultos, que em nada alteraram sua conduta.

Por suas qualidades é que, sem bairrismo, nós, rio-grandenses do Sul, nos orgulhamos do Min. THOMPSON FLORES.”⁽²⁾

Com efeito, após 44 anos dedicados exclusivamente à magistratura, atingira o cume de sua vitoriosa carreira, repetindo, no plano nacional, a consagração que obtivera em seu estado natal, o Rio Grande do Sul.

Quanto mais se examina a vida de Carlos Thompson Flores, mais se revela a sua vocação para a função de juiz.

Por certo, herdou-a de seu avô, o também Desembargador Carlos Thompson Flores, fundador e primeiro Diretor da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Presidente da Província no Império, parlamentar, constituinte em 1891 e membro do Tribunal de Justiça tão logo proclamada a República.

Aos 26 de janeiro de 1911, há cem anos, nasceu Carlos Thompson Flores na cidade de Montenegro, no Estado do Rio Grande do Sul.

Filho do político e advogado Luiz Carlos Reis Flores e de Dona Francisca Abbott Borges Fortes Flores, foram os seus avós paternos o Desembargador Carlos Thompson Flores e Dona Luíza Elvira Reis Flores, filha do Barão de Camaquã, um dos comandantes militares da Guerra do Paraguai; pelo lado materno, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, político e magistrado

(2) In *Revista Forense*, v. 257, p. 419;

no Império e Dona Ofélia Abbott Borges Fortes, irmã do ex-Ministro da República e ex-governador, Dr. Fernando Abbott.

O Ministro Carlos Thompson Flores é descendente de algumas das mais ilustres e antigas famílias do Brasil que forneceram ao nosso país políticos do mais alto relevo, como o Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, Presidente da República, diplomatas como o embaixador Carlos Martins Thompson Flores, médicos como o Conselheiro do Império Dr. Jonathas Abbott, considerado por muitos o maior luminar da ciência médica brasileira no século XIX.

Destacam-se, ainda, o Coronel Thomaz Thompson Flores, herói da Guerra de Canudos, cujos feitos são relatados por Euclides da Cunha na obra clássica "Os Sertões"; o Ministro Francisco Thompson Flores, Ministro do Tribunal de Contas da União que, em 1937, como relator das contas do Presidente Getúlio Vargas, levou a Corte de Contas a manifestar-se pela rejeição das contas do Presidente da República, em decisão sem precedentes na história daquele Tribunal.

É descendente direto do bandeirante Raposo Tavares, um dos fundadores do Brasil, e de Dionísio Rodrigues Mendes, um dos primeiros povoadores do Rio Grande do Sul, cuja fazenda, em meados do século XVIII, situava-se em terras onde hoje se localiza o Município de Porto Alegre.

Uma das fazendas de seu bisavô, o Dr. João Pereira da Silva Borges Fortes, notável político do segundo reinado, hospedou o Imperador D. Pedro II e toda a sua comitiva, no ano de 1865, em São Gabriel, quando de sua visita à Província de São Pedro.

Corre em suas veias o nobre sangue da família Leme, de São Paulo, que deu ao Brasil homens como o Cardeal D. Sebastião Leme, que desempenhou papel decisivo para o favorável desfecho da Revolução de 1930, ao convencer o Presidente deposto Washington Luís Pereira de Sousa a partir para o exílio.

São, ainda, seus primos o Almirante Diogo Borges Fortes, Ministro e Presidente do Superior Tribunal Militar, o General Carlos Flores de Paiva Chaves, o primeiro militar brasileiro a comandar tropas da ONU – comandou a Faixa de Gaza nos anos cinquenta -, o Almirante Joaquim Flores do Rêgo Monteiro, formado em Engenharia Naval na Inglaterra e um dos pioneiros

no país nessa importante modalidade de engenharia e o Embaixador Francisco Thompson Flores, um dos responsáveis pela criação e instalação do Mercosul, quando embaixador em Buenos Aires.

Essas, em apertada síntese, são as origens familiares de Carlos Thompson Flores.

O homem, disse-o Antonio Joaquim Ribas, em sua biografia de Campos Salles, *é um ser sucessivo, cuja alma contém, algumas vezes, as virtudes de cem gerações.* ⁽³⁾

Como nos minerais e vegetais, prossegue o notável biógrafo, a natureza elabora, longa e surdamente, as suas obras primas na humanidade.

Eis porque assinalamos que nos seus antepassados já se revelavam as altas virtudes que, aperfeiçoadas pelo estudo e meditação, destinaram-no às mais elevadas posições na administração da nossa Nação.

A l'origine d'une vocation, recorda Roger Martín Du Gard, *il y a presque toujours un exemple.*

No exemplo de seus ancestrais, colheu a inspiração e o estímulo que lhe serviram de motivação na escolha de sua vocação, a magistratura, cujo exercício consumiu toda a sua existência.

A rigor, parodiando Ruy Barbosa, dele se pode afirmar: *Juiz, sempre Juiz, apenas Juiz.*

Fez o curso primário no Colégio Público Elementar "14 de Julho", na cidade de Montenegro. O ginásio no Colégio Estadual Júlio de Castilho, escola modelar na época, em Porto Alegre.

Concluído o curso secundário, matricula-se na tradicional Faculdade de Direito de Porto Alegre, fundada por seu avô, o Desembargador Carlos Thompson Flores, em 1900.

Forma-se com distinção como integrante da turma de 1933, tendo colado grau em solenidade especial realizada no gabinete do Diretor, eis que já era, a esse tempo, Juiz Distrital de Herval do Sul, termo da Comarca de Jaguarão.

(3) Ribas, Antonio J., in **Campos Salles – Perfil Biográfico**, Rio de Janeiro, 1896, p. 536;

Em 1938, após aprovação em concurso público, é nomeado Juiz de Direito da Comarca de Santa Vitória do Palmar. Daí passou, mediante remoção, para a Comarca de Rosário do Sul. Posteriormente, foi promovido, sucessivamente, para as Comarcas de Montenegro, de 2ª entrância, e Livramento, de 3ª entrância.

Em 1951, é promovido para a Capital e, posteriormente, designado para a Vara dos Feitos da Fazenda Pública, desaguadouro dos grandes nomes da magistratura riograndense.

Em 13 de abril de 1953, é convocado para substituir o Desembargador Homero Martins Batista sendo, logo a seguir, em 03 de junho, promovido a Desembargador do Tribunal de Justiça, com 42 anos de idade, o mais moço na época.

Todas as suas promoções na carreira sempre foram movidas pelo impulso nobilitante do merecimento, num claro reconhecimento das suas marcantes qualidades de julgador.

No Tribunal de Justiça, foi eleito para o cargo de Corregedor-Geral da Justiça, tendo-o exercido por dois períodos consecutivos, deixando ditas funções para compor a 4ª Câmara Cível, em março de 1960.

No Tribunal Regional Eleitoral, exerceu os cargos de Vice-Presidente e Presidente.

A sua atividade, porém, não se restringiu à magistratura.

Realmente, durante muitos anos professou a cadeira de Processo Civil no Curso de Formação de Magistrados mantido pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.

Designado mediante eleição, representou o Tribunal de Justiça no Congresso de Juristas em comemoração do Centenário de Clóvis Beviláqua, realizado na cidade de Fortaleza, em 1958.

Da mesma forma, representou o Tribunal de Justiça perante a III Conferência Nacional de Desembargadores, realizada em 1964, na cidade do Rio de Janeiro, quando foi distinguido por seus pares para presidir uma das quatro comissões – a de processo civil -, escolhendo como seu secretário o Professor Alfredo Buzaid.

Essa comissão debateu a fundo o anteprojeto do Código de Processo Civil, sendo que várias de suas sugestões foram incorporadas ao mencionado projeto de codificação.

É eleito vice-Presidente do Tribunal no período de 1964-1965 e, posteriormente, Presidente no biênio 1966-1968.

Os seus elevados méritos levaram o Tribunal, por unanimidade, a quebrar o critério da antiguidade e elegê-lo Presidente da Corte antes de chegar a sua vez pelo rodízio tradicional, pois reconheceram os seus integrantes que o Desembargador Thompson Flores era, na oportunidade, a pessoa certa para promover as reformas que o Judiciário gaúcho necessitava.

Com efeito, na chefia do Poder Judiciário Estadual empenhou-se decididamente na superação dos entraves que há décadas emperravam o judiciário gaúcho com as seguintes medidas: criou a Revista de Jurisprudência do Tribunal; instituiu os boletins de jurisprudência da Corte distribuídos quinzenalmente aos desembargadores, providência essa que, posteriormente, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, difundiu na Suprema Corte e em todos os Tribunais do país; promoveu a elaboração de um novo Código de Organização Judiciária; encaminhou sugestões à reforma da Constituição Estadual, em atendimento à adaptação à Constituição Federal de 1967; dinamizou e concluiu as obras do Palácio da Justiça, paralisadas há mais de dez anos; garantiu a ampliação dos quadros de pessoal da Secretaria do Tribunal, por meio da Lei nº 5.668/67; criou a assessoria de imprensa do Tribunal, iniciativa pioneira para divulgar à sociedade as atividades do Judiciário, tornando-o mais conhecido da população; procurou as faculdades de direito dialogando diretamente com os estudantes para sensibilizá-los no ingresso à magistratura.

Prestes a cumprir o seu mandato, é nomeado pelo Presidente Costa e Silva ministro do Supremo Tribunal Federal, na vaga do Ministro Prado Kelly, por decreto de 16 de fevereiro de 1968.

A sua posse deu-se em 14 de março, nela comparecendo o que havia de mais representativo da cultura jurídica e do cenário político do Rio Grande do Sul, fruto da fama do juiz excepcional que, em seu estado de origem, conquistara o respeito e admiração de seus coestaduanos face às suas qualidades de inteligência, independência, cultura, honradez e trabalho.

No Supremo Tribunal Federal, permaneceu cerca de treze anos, ratificando o alto conceito de que viera precedido.

Seria dar incontável extensão ao presente texto se, porventura, se quisesse examinar em pormenores o brilho da judicatura do Ministro Thompson Flores na Suprema Corte.

Os seus votos, em geral, não eram muito extensos, mas profundos, valendo-se da melhor doutrina, desvendando o âmago da causa numa síntese admirável de exatidão e brilho.

Já foi dito, e não constitui originalidade, que a jurisprudência não é mais do que a luta do bom senso contra a cegueira dos princípios absolutos.

Os exageros são perniciosos.

O bom magistrado não se define em fórmula matemática, razão pela qual o ato de julgar constitui acima de tudo uma arte.

Nesse sentido, a velha mas sempre nova lição do Juiz Ransson, *verbis*:

“Si la connaissance du droit est une science, il est permis d’affirmer sans présomption que la manière de l’appliquer constitue véritablement un art.” ⁽⁴⁾

Cabe ao juiz ir dizendo, em face dos fluxos e refluxos da vida em sociedade, onde acabam os direitos e começam os abusos, até que ponto o expandir-se de cada atividade não se converte em obstáculo ao conceito das demais atividades, assinalando as dissonâncias e os exageros, corrigindo, notificando, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis do país.

Em meio século de judicatura, não houve campo da Ciência Jurídica, seja no Direito Público, seja no Direito Privado, que não a perlustrasse o Ministro Thompson Flores, com o devotamento, a competência e a proficiência que todos lhe reconhecem, fruto direto de sua reconhecida arte de julgar.

Por outro lado, convencido do papel saliente que representa nos meios de expressão do pensamento o emprego conveniente dos vocábulos, os seus pronunciamentos e votos primavam pela excelência da redação.

(4) In Ransson, G. *Essai sur L’Art de Juger*, 2ª edição, A. Pedone Éditeur, Paris, 1912, p. 21.

Seguia, no ponto, o conselho de Cícero, “*utimur verbis ... iis quae propria sunt*”⁽⁵⁾ e “*non erit utendum verbis iis quibus iam consuetudo nostra non utitur*”⁽⁶⁾ e, ainda, “*moneo ut caveatis, ne exilis, ne inculta sit vestra oratio, ne vulgáris, ne obsoleta*”⁽⁷⁾.

Favorecia-o o conhecimento de línguas, inclusive o latim, que lhe permitia o acesso direto à literatura especializada dos países mais adiantados, ensejando-lhe ao longo de sua vida a formação de uma qualificada e respeitável biblioteca.

Nesse ponto, importa referir a lição do notável Juiz Learned Hand quando enfatiza a necessidade da maior ilustração por parte do magistrado, notadamente quando julga questões constitucionais.

São suas palavras, *verbis*:

“ I venture to believe that it is as important to a judge called upon to pass on a question of constitutional law, to have at least a bowing acquaintance with Acton and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare and Milton, with Machiavelli, Montaigne and Rabelais, with Plato, Bacon, Hume and Kant, as with the books which have been specifically written on the subject. For in such matters everything turns upon the spirit in which he approaches the questions before him.

The words he must construe are empty vessels into which he can pour nearly anything he will. Men do not gather figs of thistles, nor supply institutions from judges whose outlook is limited by parish or class. They must be aware that there are before them more than verbal problems; more than final solutions cast in generalizations of universal applicability. They must be aware of the changing social tensions in every society which make it an organism; which demand new schemata of adaptation; which will disrupt it, if rigidly confined.”⁽⁸⁾

Os que conheceram e tiveram o privilégio de conviver com Carlos

(5) Cf. De. orat., III, 150: “usamos palavras que são próprias”.

(6) Cf. De. orat., III, 25: “não devemos usar palavras que nosso costume não mais admite”.

(7) Cf. De. orat., III, 10, 39: “aconselho-vos a tomar cuidado afim de que vossa oração não seja nem pobre, nem inculta, nem vulgar, nem obsoleta”.

(8) in **The Spirit of Liberty – Papers and Addresses of Learned Hand**, Collected by Irving Dilliard, 3ª edição, Alfred A. Knopf, New York, 1974, p. 81.

Thompson Flores são uníssonos sobre as virtudes e qualidades de sua personalidade, o seu cavalheirismo, a cortesia no trato com os colegas e as pessoas de modo geral.

Dele, traçou retrato fiel o saudoso Ministro Adalício Nogueira, em suas conhecidas memórias, *verbis*:

“Thompson Flores é uma perfeita vocação de magistrado. Talvez que lha houvesse transmitido o seu avô paterno e homônimo, Desembargador Carlos Thompson Flores. Esse pendor irresistível, ele o tem patenteado no decurso da sua longa e profícua carreira. O escrúpulo extremo com que ele costuma resguardar a sua vida profissional coloca-o acima de quaisquer suspeitas, que lhe possam desfigurar a atitudes.

Na pequenez do seu físico pulsa a vibração de uma inteligência vivaz e reside a amplitude de uma cultura esmerada. Debalde a modéstia que o envolve busca velar essas riquezas do seu espírito, porque estas, através da simplicidade dos seus hábitos, transparecem aos olhos de todos.

Participando no Supremo Tribunal da 2ª Turma, a que eu em determinado período presidi, foi-me dado ouvir os pronunciamentos que ele emitia, cinzelados em forma translúcida e moldados na mais escoreita doutrina jurídica. A par disso, a atividade febril com que ele se vinculava a um labor incansável possibilitava-lhe estar sempre em dia com o serviço forense.

No convívio com os colegas, ele sempre lhes dispensou um tratamento cortez e delicado, jamais se lhe notando, em relação a eles, um simples gesto de antipatia ou desagrado, porque, em verdade, isso não condiria com a nobreza dos seus sentimentos.”⁽⁹⁾

Nesse sentido, também, o Ministro Soares Muñoz quando, em nome da Corte, proferiu o discurso em homenagem ao Ministro Thompson Flores, por ocasião de sua aposentadoria, *verbis*:

“O Ministro Thompson Flores exerceu todos os cargos administrativos que a alta magistratura do País pode proporcionar. Integrou as três comissões regimentais, foi Vice-Presidente e

(9) Nogueira, Adalício C., in **Caminhos de um Magistrado (Memórias)**, Livraria José Olympio Editora, Rio, 1978, p. 137.

Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e, por igual, Vice-Presidente e Presidente do Supremo Tribunal Federal. No desempenho dessas funções, que impõem deveres complexos e difíceis e as responsabilidades mais sérias e excelsas, sempre se houve com invulgar êxito. Recebeu todas as dignidades a que um magistrado pode aspirar e soube realçá-las, inclusive, com a sua dignidade pessoal e funcional. Tudo fez em prol do Poder Judiciário, para que fosse distribuída a melhor justiça, aquela que ele idealizava:

“Justiça que brote de Juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros. Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja, e para cujos imperativos prosseguiremos indormidos e intransigentes. Justiça humana, como merece distribuída às criaturas, feita à imagem de Deus. Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cujo conteúdo não teria nenhum sentido. Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio Povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sinta-a com mais fervor, e possa, assim, nela crer, para amá-la, prestigiá-la e defendê-la, se preciso for, convencido que ela é o seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia. E, sobretudo, Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando, “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República” .

Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não deflui, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornaram-lhe também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em conseqüência aposentado compulsoriamente. Cumpriu-se, inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.”⁽¹⁰⁾

Preocupado com o crescente peso das atividades do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Thompson Flores elaborou várias propostas no sentido de evitar que o congestionamento dos trabalhos do Tribunal se tornasse invencível.

Foi de sua iniciativa a proposta que deu origem ao § 1º do art. 119 da Constituição Federal de 1967, na redação da Emenda nº 1/69, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para indicar, em seu regimento interno, as causas a que se refere o item III, alíneas “a” e “d”, do mencionado artigo.

Com fundamento nesse dispositivo da Constituição foi que o Supremo Tribunal Federal instituiu, em 1975, a relevância da questão federal como condição de admissibilidade do recurso extraordinário.

Nesse sentido, também, a seção concernente ao recurso extraordinário do CPC de 1973 partiu de proposta por ele elaborada.

Eleito pelo Supremo Tribunal Federal, presidiu a Comissão que elaborou o célebre Diagnóstico do Poder Judiciário, composto de 94 volumes anexos, tido até hoje como o estudo mais completo acerca dos males que afligem a Justiça Brasileira.

Esse trabalho notável, publicado na íntegra pela Revista Forense, v. 251, pp. 7 e seguintes, subsidiou o legislador constituinte quando da edição da Emenda Constitucional nº 7/77 que estabeleceu a Reforma do Judiciário.

Para o devido registro da história do Poder Judiciário, convém recordar a introdução desse importante documento, *verbis*:

“A honrosa visita de cortesia do Sr. Presidente da República ao Supremo Tribunal Federal, no dia 16 de abril de 1974, revestiu-se do

(10) In **Diário da Justiça da União**, edição de 27.03.1981, p. 2.531

caráter de profícuo encontro entre o Chefe do Poder Executivo e a mais alta hierarquia do Poder Judiciário, para declarações concordantes dos dois Poderes, da maior relevância para a justiça e, portanto, para a Nação. Afirmaram-se naquele diálogo: a necessidade e oportunidade de reforma do Poder Judiciário; a disposição de fazer o Governo do Presidente ERNESTO GEISEL o que puder para o aprimoramento dos serviços da justiça; a conveniência de prévia fixação, pelo próprio Poder Judiciário, do diagnóstico da justiça, mediante o levantamento imediato dos dados e subsídios necessários.

Em decorrência do interesse do Governo, na reforma, o senhor Ministro ARMANDO FALCÃO entrou em entendimento com o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, presidente do Supremo Tribunal Federal. Ficou assentado, nessa ocasião, que, inicialmente, o Poder Judiciário procederia aos imprescindíveis estudos, em cada área de atividade jurisdicional, na medida em que aos Tribunais parecesse recomendável a ação reformadora.

2. Para desempenhar-se do encargo, foram solicitadas às justiças especiais e à justiça comum estatísticas, informações e sugestões, bem como a contribuição de universidades, de associações de classe, de magistrados, advogados e outros juristas.

Os dados e as opiniões obtidos constam de noventa e quatro volumes anexos. Foram apresentados relatórios parciais, relativos à Justiça Federal, à Justiça Militar, à justiça do Trabalho, à justiça Eleitoral, às Justiças dos Estados e à Justiça do Distrito Federal, nos quais se encontram, a par de algumas observações de ordem geral, problemas específicos das respectivas áreas de exercício jurisdicional.

Esses relatórios parciais se consideram, pois, incorporados ao presente, que constitui uma visão resumida dos problemas mais graves do Poder Judiciário.

A pesquisa feita indica, sem que se precise descer a pormenores, que a reforma da justiça, ampla e global, sem prejuízo do sistema peculiar à nossa formação histórica, compreenderá medidas sobre recrutamento de juízes a sua preparação profissional, a estrutura e a competência dos órgãos judiciários, o processo civil e penal (e suscitará, mesmo, modificação de regras de direito material), problemas de administração, meios materiais e pessoais de execução dos serviços auxiliares e administrativos, com aproveitamento de recursos da tecnologia. Avultarão, na reforma,

ainda, problemas pessoais dos juízes, seus direitos, garantias, vantagens, deveres e responsabilidades. E visará a assegurar o devido prestígio à instituição judiciária, que, no regime da Constituição, se reconhece como um dos três Poderes, independentes e harmônicos.

3. A extensão da pesquisa realizada corresponde à idéia de que a reforma do Poder Judiciário deve ser encarada em profundidade, sem se limitar a meros retoques de textos legais ou de estruturas. Quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do país e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que se eliminem delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias da defesa, com o respeito à pessoa do acusado e com a aplicação de sanções adequadas. Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no Poder Judiciário, a segura e rápida proteção a restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou autoridade que os ameaça ou ofenda.

4. Reforma de tal amplitude não se fará sem grandes esforços. Há dificuldades técnicas a resolver. Serão necessários meios para corresponder a encargos financeiros indispensáveis. E há interesses que não de ser contrariados ou desatendidos.

Impor-se-á alteração de textos constitucionais e legais e será mister disciplina. unitária de direitos e deveres de magistrados.

É certo que a reforma poderá implantar-se por partes. Mas determinadas medidas, que dizem com a essência dela, ou serão preferencialmente executadas, ou não haverá, na realidade, reforma eficaz.⁽¹¹⁾

No dia 14 de fevereiro de 1977, o Ministro Carlos Thompson Flores tomou posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal para o biênio 1977/1979.

Em seu discurso assumiu o compromisso de dedicar-se integralmente em prol do Poder Judiciário, visando ao seu aperfeiçoamento, para que fosse distribuída a melhor Justiça, aquela que ele tanto idealizava, *verbis*:

(11) *In Reforma do Poder Judiciário - Diagnóstico*, Supremo Tribunal Federal, 1975, pp. 11/5.

“Grave, penoso, por vezes antipático, a cada passo incompreendido, exigindo sempre equilíbrio e coragem, a missão do juiz, inobstante, impende ser cumprida para que a lei, como expressão do Direito, tenha execução, e a Justiça jamais falte entre nós.

Justiça que brote de juízes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros, como sempre o foram os juizes do Rio Grande, reconhecidos urbe et orbe, sem cujo atributo nem é possível conceber o exercício funcional como ele se impõe.

Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja e para cujos imperativos prosseguiremos indórmitos e intransigentes.

Justiça humana como merece distribuída às criaturas feitas à imagem de Deus.

Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cuja presença nem seria compreendida.

Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas fórmulas, do próprio povo para a qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance; simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que a compreenda melhor, sintam-a com fervor, e possa, assim, nela crer para amá-la, prestigiá-la, e defendê-la se preciso for, convencido que ela é seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia.

Justiça da qual se não permita desconfiar um só segundo, porque como assinalava Balzac: “Desconfiar da Magistratura é um começo de dissolução social”.

E sobretudo Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando: “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República.”⁽¹²⁾

Ajusta-se com propriedade ao seu pensamento aquela passagem de Michel Debré, Ministro da Justiça do Presidente De Gaulle, a respeito da sua preocupação com o aperfeiçoamento e modernização do Judiciário:

(12) In **Revista Forense**, v. 257, pp. 424-5.

“Je suis de ces républicains qui rêvent d’une justice habile et prompte, sévère et humaine, condamnant ceux qui méritent de l’être, protégeant l’innocence, statuant avec équité en tous domaines. Il me paraît que la valeur de la justice et le respect dont ses décisions sont entourées attestent du degré de civilisation qu’un peuple a atteint.”⁽¹³⁾

A sua presidência foi marcada de realizações.

No plano administrativo, foram tomadas as seguintes medidas: promoveu-se ampla reforma da Secretaria da Corte, medida há muito reclamada pelos advogados; a publicação interna, para uso exclusivo dos Ministros e assessores, do boletim do Supremo Tribunal Federal, destinado ao acompanhamento das decisões do Plenário e das Turmas logo após proferidas, experiência instituída pelo Ministro Carlos Thompson Flores quando presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; o retorno do Plenário ao edifício-sede após a conclusão das obras na gestão do Ministro Djaci Falcão; a inauguração, em dezembro de 1977, da Galeria dos retratos dos Presidentes da Corte, desde a instalação em 1829; a instalação do Museu do Supremo Tribunal Federal, abarcando peças e documentos históricos vinculados à Corte, inclusive com a remoção do mobiliário da antiga sala de sessões do Supremo Tribunal Federal no Rio de Janeiro, que foi trazido para Brasília, completamente restaurado e instalado no edifício-sede; a transferência da biblioteca para o 3º andar do edifício-sede; a classificação e catalogação do acervo, bem como a sua ampliação mediante a aquisição de novas obras; a atualização da Revista Trimestral de Jurisprudência, inclusive com a publicação de acórdãos da década de 1950 e início dos anos seguintes; início da construção do bloco de apartamentos destinado exclusivamente à residência dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; criação do serviço de auditoria da Corte com a aprovação da Lei nº 6.474/77; foram acelerados os entendimentos com o Poder Executivo para a obtenção de área contígua ao Tribunal destinada à construção do Anexo II; a regulamentação das normas do cerimonial das sessões solenes do Tribunal, através da Portaria nº 148/78; a celebração de convênio com o Senado, possibilitando acesso aos bancos de dados já existentes e visando à inclusão da jurisprudência da Corte no PRODASEN, constituindo-se no embrião da informatização dos serviços do Tribunal.

(13) In Debré, Michel. **Trois Républiques pour une France: Mémoires**, Albin Michel, 1988, t. II, p. 333.

Dentro da filosofia de incentivo aos funcionários situados em faixa salarial mais reduzida, adotaram-se as seguintes providências, *verbis*:

a) “ajuda-alimentação”, constante no pagamento de 80% do valor da refeição, fornecida por restaurante existente nas dependências do Supremo Tribunal Federal;

b) construção e instalação do gabinete odontológico;

c) implantação do transporte para funcionários residentes nas cidades-satélites;

d) contratação dos serviços de um médico ginecologista para atendimentos das servidoras;

e) assinatura de convênio com a Central de Medicamentos para fornecimento gratuito de remédios.

No plano institucional, dois eventos se projetaram na Presidência Thompson Flores: a implantação da reforma do judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 7/77, que acrescentou novas e importantes atribuições para o Supremo Tribunal Federal, destacando-se o Conselho Nacional da Magistratura; e a comemoração dos 150 anos do Supremo Tribunal Federal, com ampla divulgação por todo o país da efeméride.

Na sessão solene realizada em 18 de setembro de 1978, em comemoração do sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal, compareceu o Presidente da República, acompanhado de todo o seu ministério, fato então inédito na história do Tribunal.

Nessa ocasião, em sessão solene por ele presidida, recebeu das mãos do Presidente da República, Ernesto Geisel, a mais alta condecoração da Nação, a Grã-Cruz da Ordem Nacional do Mérito.

Na oportunidade, assim se manifestou o Presidente da República:

“Na oportunidade em que se comemoram 150 anos da existência do Supremo Tribunal Federal, o Conselho da Ordem Nacional do Mérito propôs conferir a V. Exa., e eu acedi, o grau de Grã-Cruz da referida Ordem.

Este ato é uma homenagem do Poder Executivo ao Poder Judiciário

(...) Mas é, principalmente, o reconhecimento dos elevados méritos de V. Exa., Sr. Ministro-Presidente, do trabalho que tem desenvolvido, ao longo de sua vida, como cidadão e como magistrado, em benefício da Nação brasileira.” (14)

Ao concluir o relatório da sua Presidência, em verdadeira prestação de contas de sua administração, consignou, em palavras carregadas de emoção, *verbis*:

“Ao concluir este Relatório manifesto a convicção de que procurei corresponder, tanto quanto me foi possível e nos limites das minhas forças, ao mandato que os Senhores Ministros me confiaram. Após 45 anos de existência dedicada à magistratura, tenho a sensação do dever cumprido.

Para isto muito contribuíram, no último biênio, a colaboração e o empenho dos Senhores Ministros, propiciando os resultados atingidos, que exteriorizam a elevada carga de trabalho recebida pela Corte, sem solução de continuidade. Inobstante os esforços desenvolvidos, a massa de feitos que chega, anualmente, não se reduz. Confrontando os elementos concernentes aos anos de 1977 e 1978, verifica-se que ocorreu, no global, um acréscimo de 1.074 feitos, destacando-se as Argüições de Relevância, que ascenderam, de 1.172 a 1.719, com o aumento percentual de 46,67%.

De forma generalizada isto ocorre em relação a todos os Órgãos do Poder Judiciário, dos Juizados de 1ª instância aos Tribunais Superiores, revelando os sacrifícios a que estão expostos os magistrados, numa vida que exige vocação, desprendimento, renúncia e estudo permanente.

Esta realidade deve sensibilizar os demais Poderes da República, para que, através de modificações adequadas na legislação, possam criar condições hábeis para o pleno reconhecimento das nobres funções dos Juízes, para a ampliação dos quadros, com o correspondente apoio administrativo e, ainda, com a adequação das normas processuais, possibilitando a realização de uma Justiça mais rápida e eficaz.

Quando terminei o Relatório precedente, exteriorizei a esperança de que 1978 pudesse também ser assinalado pela aprovação da Lei

(14) In *Diário da Justiça da União*, edição de 19.10.1978, p. 8.164.

Orgânica da Magistratura Nacional, que correspondesse aos anseios dos Juízes. Isto não se tornou possível, mas renovo a crença de que os membros do Poder Legislativo, onde se encontra atualmente o projeto, imbuídos dos propósitos de bem servir ao Brasil, aprovarão, na próxima legislatura, um diploma que corporifique as expectativas da Justiça Nacional.

Outrossim, a não aprovação da citada lei obstou o prosseguimento dos trabalhos da Comissão de Regimento, a qual considerou indispensável dita aprovação.

Havia a Secretaria apresentado, em junho último, alentado estudo sobre a reforma, nele incluindo as alterações que sobre ele incidiram a Emenda Constitucional nº 7, o vigente Código de Processo Civil e as novas Emendas Regimentais.

De outra parte, a revisão das Súmulas afeta à Comissão de Jurisprudência, à qual foram enviados os estudos procedidos pela Assessoria, não logrou findar seus trabalhos.

Confio que as relevantes tarefas, de tão significativo préstimo a todos que versam com a aplicação do direito, terão prosseguimento, embora reconheça que será mais um encargo a acrescer às já penosas atribuições dos Senhores Ministros.

Quero consignar que as comemorações dos 150 anos deste Tribunal, com a divulgação correspondente, tornaram-no menos desconhecido, possibilitando que milhões de brasileiros, alcançados pela imprensa escrita, falada e televisionada, tomassem ciência da efeméride. Que esta divulgação não represente apenas um episódio, tornando-se uma constante, é o meu desejo, para que esta Corte, a exemplo do que ocorre em outros países, possa ser respeitada, admirada e amada, como o supremo baluarte dos direitos de cada cidadão. ⁽¹⁵⁾

Aos 26 de janeiro de 1981, no dia mesmo em que completava setenta anos, aposentou-se, após meio século dedicado exclusivamente à magistratura.

Na sessão plenária realizada a 11 de março de 1981, por motivo de sua aposentadoria, assinalou em seu discurso o Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz, *verbis*:

(15) *In Relatório da Presidência Thompson Flores*, Supremo Tribunal Federal, 1977, p. 26/7.

“Esta homenagem, que o Supremo Tribunal Federal ora presta Vossa Excelência, Senhor Ministro Carlos Thompson Flores, e a que se associa, por meu intermédio, cordialmente, o Ministério Público Federal, é o testemunho eloqüente do grande apreço, da profunda admiração e do puro respeito, que todos votamos à notável personalidade de Vossa Excelência, ao juiz exemplar, jurista de escol, ao amigo afetuoso, ao patriota sem jaça, e ao brasileiro perante o qual, neste momento, se curva, reverencialmente agradecida, a mais alta expressão da Justiça brasileira, que é o Supremo Tribunal Federal.

Esta homenagem é, a todas as luzes, julgamento público e supremo daquele que, por quase meio século, dedicou todos os momentos de sua vida honrada à distribuição de Justiça a quantos lha pediam. Julgou. Agora, está sendo julgado e proclamado um dos mais eminentes, honrados e cultos juízes do Brasil.

Para que alguém, por tantos e tantos anos, sem o mínimo desvio de propósitos, ponha, a serviço de uma causa, força e dedicação constantes, é preciso ideal e viver dele. E o mais nobre, mais sublime, o mais excelso, o mais divino, não há que o de ser justo. Desse ideal, senhores, viveu e vive o eminente Ministro Thompson Flores.

Julgar, servindo ao Poder Judiciário, é forma de realizar o Direito, prevenindo ou extinguindo conflitos sociais objeto de demandas forenses. É forma de promover a adaptação dos homens entre si, em convivência social.

Não fossem, entre os homens individualmente considerados, ou entre grupos sociais, os conflitos que a vida, em sociedade, provoca, e, mais do que isso, a prevenção ou a extinção desses conflitos, não havia, dentre os processos sociais de adaptação, o Direito.

Os conflitos humanos, sejam quais lhes forem os motivos determinantes, são factos. Uns são preveníveis; outros, extintíveis. A prevenção e a extinção, de sua vez, realizam-se em factos. Dessa sorte, facto previne ou extingue facto, é dizer, previne ou extingue conflito social. Opera-se, outrossim, em consequência, a adaptação social, fim último do Direito.

O que se sabe e aprende, todos os dias, nos Juízos ou Tribunais, é que a função judicial visa a realizar a prevenção ou a extinção dos conflitos entre os homens, para alcançar a adaptação social.

Assim, pois, em última análise, o acto judicial de julgar é, também, conceptualmente, Direito.

Dessas razões, sucintamente expostas, podemos dizer que o eminente Ministro Thompson Flores, por quase meio século, julgando, e o fazendo com sabedoria e prudência, fora, neste País, por todos os caminhos da judicatura, ascencionalmente, admirável e brilhante realizador do Direito no Brasil. Ninguém, nesse mister, o terá superado em dedicação, em amor às letras jurídicas, em senso de responsabilidade, em coragem e em grandeza de atitudes.

Neste Colendo Supremo Tribunal Federal, último estágio da judicatura exercida pelo nosso homenageado, figuram-lhe, nos anais, os votos brilhantes proferidos pelo eminente Ministro Carlos Thompson Flores, a quem, incontestavelmente, devem as letras jurídicas nacionais grande e brilhante contribuição.

Receba, Excelentíssimo Senhor Ministro Thompson Flores, por último, do Ministério Público Federal e de mim próprio, nossas homenagens, em sinal de respeito profundo, sincera amizade e admiração incondicional, a par de nossos votos de muitas e muitas felicidades.”⁽¹⁶⁾

Do primoroso discurso proferido pelo saudoso Ministro Soares Muñoz, que falou em nome do Tribunal, destaco a seguinte passagem, *verbis*:

“Mas o alto conceito do Ministro Thompson Flores não deflui, unicamente, de sua capacidade de trabalho e do seu amor à justiça, dos seus dotes de inteligência e cultura, da seriedade, isenção e pontualidade com que exerceu a magistratura; outras virtudes e qualidades ornaram-lhe também a personalidade, singularizando-o como ser humano admirável. Suas intervenções, no Plenário, na Turma ou em sessões de conselho, sempre se fizeram no momento adequado, com elegância de saber discutir, sem contundência, policiando-se para falar apenas o necessário. O cavalheirismo, a cortesia, a suavidade de maneiras, a modéstia cativante, a tolerância, a afabilidade tornaram-no alvo da amizade dos colegas, da estima dos advogados e do afeto filial dos funcionários da Casa.

Em pleno vigor físico e intelectual, com o serviço que lhe fora distribuído rigorosamente em dia, foi surpreendido pela idade-limite e em conseqüência aposentado compulsoriamente. Cumpru-se,

(16) *In Diário da Justiça da União*, edição de 27.03.1981, p. 2.531/2.

inexoravelmente, o preceito constitucional. O Supremo Tribunal Federal perdeu um grande Juiz. O Ministro Thompson Flores, no entanto, continuará presente nos fastos da Justiça Brasileira, não só como um grande Juiz, mas como um Juiz exemplar.” ⁽¹⁷⁾

Significativa homenagem foi-lhe prestada pelo editorial do Jornal do Brasil, edição de 29.08.1981, ao enfatizar a necessidade da retomada do processo da reforma do Poder Judiciário, assinalando, *verbis*:

“Há indícios de que o Supremo Tribunal Federal deseja aproveitar a oportunidade de se encontrar na Chefia do Gabinete Civil da Presidência da República seu ex-Presidente, para recolocar, agora em termos próprios e, com todas as probabilidades de se fazer ouvir com a atenção devida, a questão da reforma do Judiciário. O Ministro Xavier de Albuquerque chegou a fazer referência pública e expressa à possibilidade de um novo trabalho nesse sentido, cuja realização, além de corresponder a necessidades concretas da sociedade brasileira, seria ou será um complemento indispensável ao projeto político do atual Governo.

É preciso voltar ao “diagnóstico”, que se acha impregnado daquele ideal de Justiça expresso por um dos mais puros juízes – Thompson Flores – em voto proferido no STF: “Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas formas, do próprio povo, para o qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance: simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim de que compreenda melhor, sinta-a com mais fervor e possa defendê-la, se preciso, convencido de que ela é o seu baluarte democrático; sua mais sólida garantia.”

A aposentadoria não pôs termo à sua atividade em prol do direito e da justiça.

De março de 1981 a novembro de 1992 produziu inúmeros pareceres, muitos deles publicados nas revistas especializadas. ⁽¹⁸⁾

(17) *In Diário da Justiça da União*, edição de 27.03.1981, p. 2.531.

(18) Após a sua aposentadoria dedicou-se, como jurisconsulto, ao estudo do Direito, emitindo Pareceres em inúmeras questões forenses, sendo que vários desses trabalhos encontram-se publicados em repertórios jurídicos: “Eleição dos Membros da Mesa da Assembléia Legislativa – Interpretação do art. 31 da CF”, in *Revista Forense* 303/128; “Responsabilidade Civil Contratual”, in *Revista de Direito Civil*, nº 42/147; “ICM e Compra com Cartão de Crédito”, in *Revista de Direito Tributário*, nº 34/86; “Desapropriação – Empresa de Ônibus”, in *Revista de Direito Público*, nº 95/42; “Imunidade Tributária das Listas Telefônicas”, in “O Estado de São Paulo”, Edição de 01/11/87, p. 38; “Ação Popular – Pressupostos Processuais”, in *Revista de Processo*, nº 61/218; “Montepio da Família Militar - Relação Jurídica entre a

Em expressiva homenagem que lhe foi prestada pela academia, logo após a sua aposentadoria, o saudoso Desembargador Mário Boa Nova Rosa delineou com fidelidade o perfil do jurista Carlos Thompson Flores, *verbis*:

“O juiz Carlos Thompson Flores, porque juiz ele foi todo, só e sempre, teve a Justiça, com esses conceitos, como o breviário em que assentou a sua fé no primado do Direito.

Não tomou, porém, esses princípios, como armadura ou como escudo, mas brandiu-os, como lança ou como gládio, durante toda sua longa, brilhante e prestimosa vida de julgador. Mesmo afastado já da esperança sem temor, da mocidade; mas ignorando também o temor sem esperança dos que não tem mais futuro, acreditou sempre no poder da Lei e na magestade da Justiça.

Foi bem o tipo clássico do magistrado de carreira, que fez do hábito de julgar um sincero apostolado e só compreendeu o Direito como uma obrigação superior, pairando acima dos interesses e das paixões.

Nunca foi mero aplicador da lei; nem simples compulsador de ementários de jurisprudência; e, muito menos, um insensível aos dramas humanos que a realidade, surpreendentemente, suscita, alguns com aparência de insolúveis. Pelo contrário, timbrou sua fecunda caminhada com provas incontrovertidas de penetrar no âmago da lei, subtraindo da norma sua essência de justiça, para conciliar o interesse público com as pretensões privadas das partes, não sacrificando o direito, nem sendo rigoroso ao extremo, nem tolerante em demasia; porque fez dos repositórios de julgados a bússola de suas convicções sobre o contexto social do momento, sem tornar-se subserviente com o fim escuso de aumentar a

Entidade e seus Sócios - Pensões por eles instituídas - Alterações de seu Valor - Validade”, in Revista Forense, v. 351/311-320; “Desapropriação - Homologação de Transação - Efeitos Processuais”, in Revista de Direito Processual Civil, nº 14, pp. 839/846; “Doação Inoficiosa - Art. 1.176 do CC - Querrela Inoficiosa e Donationis - Requisitos”, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19/299-306; “Concurso - Classificação - Direito Adquirido”, in Revista de Direito Administrativo, v.225, pp.417/425; “Honorários advocatícios. Contrato quota-litis. Ação de cobrança. Prescrição”, in Revista Forense, v.359/181-190; “Tribunal de Justiça - Quinto Constitucional - Composição - Acesso dos Juizes Classistas do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça”, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.21/39-48; “Ato Ilícito Contratual - Indenização - Correção Monetária - Súmula 562 do STF”, in Revista de Doutrina da 4ª Região, publicada pela Escola do TRF/4ª Região - EMAGIS, Edição 05, de 08.03.05; e na Revista do TRF/4ª Região, vol. 55/83-96; “Efeito da Sentença de Interdição”, in Revista de Processo, v. 193/511-519; “Defensoria Pública. Art. 22 do ADCT da Carta de 1988. Alcance”, in Revista Fórum Administrativo, ano 11, n. 121, março 2011, pp. 70-5; “Poder Constituinte do Estado Membro. Art. 11 do ADCT da CF/88. Concessão de Estabilidade aos Servidores Civis do Estado Ocupantes de Cargo em Comissão”, in Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 43, pp. 235-243; “Abuso do Poder Econômico”, in Revista de Direito Público da Economia, n. 33, pp. 27-31.

probabilidade de serem as sentenças mantidas, com um falso halo de prestígio, mesmo contrariando as verdadeiras idéias de seu subscritor não reveladas; sempre se despiu do aparato de autoridade intransigente que, de fato, nunca se impõe, embora possa ser temida, para revestir-se de autoridade branda, mas firme.

Proferiu decisões que ficaram assinaladas com a sua marca, pois - como refere Lourenzo Carnelli - nenhum julgador se despoja inteiramente de seus hábitos, inclinações e preferências, que gravitam em torno de suas decisões, sem que ele o queira ou saiba. Pode, se exercitar a centelha divina que Deus põe em sua mente, realizar a função criadora reclamada por Alberto V. Fernandez, advogado e professor argentino, do juiz, para quem as normas jurídicas gerais são esboços, incompletos objetos, obscuros e, às vezes, toscos, que o intérprete estuda, analisa e penetra com toda a ciência ao seu alcance.

O pragmatismo de sua longa formação de juiz pareceu, quiçá, formalista ... Mas esse formalismo traduzia a pureza de seus métodos de jurista clínico, que tanto valorizava a perfeição do diagnóstico quanto enfatizava a adequação, a cada mal específico, da terapêutica própria. No mais, mesmo em questões de índole formal, foi benevolente e tolerante, trazendo aos textos rígidos e frios o abrandamento que sua inclinação temperamental impunha. Do juiz profissional, justamente envaidecido de sua carreira e da missão augusta que desveladamente cumpriu; do juiz liberal em quem a ânsia de fazer justiça às partes tornava reparador intransigente das violações à liberdade, não só dos probos e dos justos, mas de todos, sem discriminações nem fronteiras outras que as da lei; do juiz exato na transigência, generoso na severidade, humano na disciplina - de um juiz assim dotado pode se dizer que nasceu para a mais alta Corte de Justiça, indo nela encontrar a mesma atmosfera que seu modo de ser desde sempre respirara.

(...)

No grande volume que é a vida de S. Ex^a. a sua atuação como juiz ficará assinalada entre duas folhas: a longínqua e modesta pretoria de Herval do Sul e a recente e magnífica presidência da Corte Suprema; mas, ao contrário da flor esmaecida que, para lembrança de alguém, se conserva entre as páginas de um livro, seu exemplo não perderá o viço na memória de seus contemporâneos e servirá de modelo para os porvindouros.”⁽¹⁹⁾

(19) In *Revista Estudos Jurídicos*, v. XI, nº 32, ano 1981, pp. 102/3.

A morte alcançou-o em 16.04.2001, aos 90 anos de idade.

Em 15.08.2001, o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul conferiu-lhe a Comenda Honorífica “Magistrado Exemplar” post mortem, num público reconhecimento aos seus elevados méritos como juiz e jurista.

No decorrer de quase meio século, repetindo Bento de Faria, o Ministro Carlos Thompson Flores distribuiu justiça sem os excessos da mediocridade exibicionista, praticou o bem sem alardes; elevou o conceito de nossa Pátria, honrou a sua toga, impôs-se ao respeito e admiração dos seus pares e jurisdicionados, avassalou os corações de quantos serviram ao seu lado e sobretudo os dos que continuarão a fruir o proveito dos seus ensinamentos.

Nos merecidos aplausos que rodeiam a longa trajetória do Ministro Carlos Thompson Flores, resplandece a qualidade mestra de todo homem marcante: a fidelidade a si mesmo, à sua vocação e aos seus ideais de justiça. Foi nesse nobre sentimento que acumulou forças para contrariar os poderosos, para amparar os fracos, para desprezar a momentânea e falsa opinião das multidões e para servir o interesse superior da Justiça.

Afirmou um magistrado francês que *“c’est mal définir la grandeur du magistrat, que de ne la faire connaître que par son pouvoir. Son autorité peut commencer ce tableau, mais sa vertu seule peut l’achever. C’est elle qui nous fait voir en lui l’esprit de la loi et l’âme de la justice; ou plutôt il est, si l’on peut parler ainsi, le supplément de l’une et la perfection de l’autre. Il joint à la loi, souvent trop générale, le discernement des cas particuliers; il ajoute à la justice cette équité supérieure sans laquelle la dureté de la lettre n’a souvent qu’une rigueur qui tue, et l’excès de la justice devient quelquefois l’excès de l’iniquité”*.⁽²⁰⁾ Nenhuma sentença literária seria mais apropriada de esclarecer a magistratura de Carlos Thompson Flores como essa de D’Aguesseau, ao revelar o segredo da projeção de sua jurisprudência que se prolongará pelo tempo afora, pois soube marcar acima dos interesses dos homens e das contingências do momento para representar o mais puro ideal da Justiça, como aquele expresso por Bossuet em presença de Luiz XIV, *verbis*:

(20) In **Oeuvres Choisies Du Chancelier D’Aguesseau**, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1863, pp. 108.

“Deve ela – a justiça - ser presa a regras. Inegável em sua conduta, conhecendo o verdadeiro e o falso nos fatos que expõe. Deve ser ainda cega em sua aplicação. Sobretudo, deve ser branda algumas vezes, dando lugar à indulgência. Finalmente, a Justiça é insuportável nos seus rigores. A constância a fortalece nas regras; a prudência a esclarece nos fatos; a bondade lhe faz compreender as misérias e as fraquezas. Assim, a primeira a sustenta; a segunda, a aplica; a terceira, a tempera. Todas as três virtudes a tornam perfeita e a completam por seu concurso”.⁽²¹⁾

Virtus praestat ceteris rebus.

(21) *In Oeuvres de Bossuet*, Firmin Didot Frères, Paris, 1862, t. I, p. 421.

A DOAÇÃO VOLUNTÁRIA DE SANGUE COMO PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

*Jayme Walmer de Freitas**

Sumário: 1. As penas restritivas de direitos. 2. A prestação de serviços à comunidade. 3. A doação de cestas básicas. Natureza jurídica: prestação alternativa inominada (CP, art. 45, §2º). 4. A doação de cestas básicas e as transações. Crítica 5. O surgimento da ideia da doação de sangue. 6. A doação voluntária de sangue como modalidade de pena restritiva. Implantação. 7. Questionário suficiente sobre a doação de sangue. 7.1. Outras notas importantes. 8. Conclusões. 8.1 – Aspecto Jurídico. 8.2 – O veio humanitário.

1. As penas restritivas de direitos.

No Brasil, as penas restritivas de direitos foram disciplinadas pela primeira vez, na reforma de 1984, limitando-se a infrações cuja pena não alcançasse o patamar de um ano, e às culposas. As penas restritivas previstas naquele momento histórico eram de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública; proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício; suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; limitação de fim de semana; e, multa.

O perfil de admissão de penas não privativas de liberdade foi acentuado logo após, com a Constituição Federal, em 1988. Em seu art. 5º, XLVI, a

* Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Sorocaba

Carta Magna garantiu fundamentalmente que a individualização da pena seria disciplinada por lei ordinária e estabeleceu como penas, entre outras, a privação ou restrição da liberdade; a perda de bens; a multa; a prestação social alternativa; e, a suspensão ou interdição de direitos.

As penas restritivas de direitos, uma vez admitidas pela Lei Maior, receberam, dez anos mais tarde, relativa inovação através da Lei 9714/98, que alterou o Código Penal. O art. 43 do Código Penal trata das penas restritivas de direitos e foi reescrito, passando a prever além daquelas mencionadas acima, as penas de prestação pecuniária, perda de bens e valores, proibição de frequentar determinados lugares e a prestação alternativa inominada.

Ampliou o âmbito de incidência das penas restritivas. Essas são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade de crime cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos e desde que não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, ou se for culposo. São **autônomas** porque não são acessórias, independem da imposição de sanção detentiva (reclusão, detenção ou prisão simples), como leciona Damásio de Jesus (Código Penal Anotado, p. 178); e **substitutivas**, porque individualizada a pena privativa de liberdade, o magistrado poderá substituí-la pela restritiva. Pode-se dizer que o legislador, sabiamente, optou pelo não encarceramento do criminoso que pratica infrações de leve e médio potencial ofensivo, consciente da falência do sistema penitenciário.

No consistente artigo “Em busca da Legalidade das Alternativas Penais”, apresentado no I Congresso Brasileiro de Execução de Penas e Medidas Alternativas, realizado em Curitiba no ano de 2005, a Promotora de Justiça paranaense Mônica Louise de Azevedo citando Claus Roxin e diversos outros penalistas de renome, aponta caminhos para a superação da pena corporal fora da clausura do sistema penitenciário, com ênfase às medidas alternativas em infrações leves e de médio potencial ofensivo. Ponderou, aliás, que o festejado penalista alemão “observando os avanços e retrocessos dos últimos séculos da história das idéias penais, arrisca um prognóstico para o direito penal do século XXI, que acredita continuará existindo como fator de controle social secularizado: a gradativa substituição da pena privativa de liberdade por outras penas ou conseqüências jurídicas ao ilícito; a supressão definitiva das penas

corporais, por se constituírem em atentados contra a dignidade humana; o retrocesso da utilização da pena de prisão e o surgimento de novas formas de controle eletrônico e de medidas terapêuticas sociais, além da maior utilização do trabalho comunitário e da reparação civil do dano. Justifica esta previsão pela inexistência de vagas e recursos financeiros para executar a pena de prisão de forma humanitária e pela impossibilidade de punir a maioria dos delitos com ela”.

A falência do sistema prisional e a adoção de medidas inovadoras que atinjam o mesmo fim proposto pela pena, sem encarceramento, fizeram surgir três anos antes da modificação da codificação penal, a Lei 9099/95 que abarca infrações de menor potencial ofensivo – as contravenções penais e, atualmente, os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a 2 (dois) anos –, e detém como objetivos maiores a reparação do dano à vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62, *in fine*). Inspirada na mitigação do princípio da legalidade e no consensualismo, o diploma permite a barganha entre o acusador e o autor do fato e seu advogado. O art. 76 preceitua que o órgão ministerial, ao oferecer sua proposta de acordo, poderá oferecer transação penal consistente na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Há mais. No art. 89, ao oferecer a denúncia – nos crimes em que a pena máxima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano –, o órgão ministerial, nos crimes previstos em qualquer lei, poderá propor a suspensão condicional do processo, mediante condições determinadas.

Tanto na transação penal como no *sursis* processual, é praxe dos integrantes do Ministério Público, e até dos querelantes – nas ações penais de natureza privada – ofertarem propostas que contenham penas não catalogadas, como por exemplo, a doação de cestas básicas, que se tornou “coqueluche” em nossa nação, por seu caráter altruísta, pedagógico e socializante. Registre-se que, não obstante o teor das propostas, o agente do delito e seu advogado podem repeli-las ou questioná-las visando seu abrandamento. É a busca do consenso.

No mesmo diapasão, insere-se o foco principal do presente trabalho: a doação de sangue. E esta, diferentemente de qualquer outra pena restritiva de direitos, pressupõe contato pessoal entre o magistrado ou conciliador com o agente para explanação das nuances específicas desse ato de

benevolência. Em outros termos, como se exporá, no curso deste trabalho, a pena consistente na doação de sangue somente pode derivar de transação penal e de suspensão condicional de processo, não de condenação, por sentença. É pressuposto inarredável o contato humano entre juiz, Ministério Público, agente e seu patrono. Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira, “O processo de aplicação da pena deve ser dialógico” (Prestação de Serviços à Comunidade, p. 90).

Explica-se: somente após o autor da infração e seu advogado optarem, dentre as propostas ministeriais, por aquela concernente à doação de sangue é que lhe será apresentado um questionário inicial com as exigências mínimas para o ato. Ultrapassada esta etapa, será lavrado o acordo a ser homologado judicialmente. Isto porque nem todos estão aptos a doar sangue, fator que, por si só, inviabiliza um decisório com semelhante determinação.

2. A prestação de serviços à comunidade.

Dentre as penas restritivas, estou convencido que a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a que mais aproxima o autor do fato, nas infrações de menor potencial ofensivo, ou o réu, nas de médio potencial, de seu semelhante e o torna um cidadão útil a si – melhoria na autoestima –, à família – da qual não fica segregado – e à sociedade – por receber algo concreto em seu prol e aprova a não segregação do semelhante. Essas penas têm a natureza de respeitar o homem em seu bem maior – a dignidade –, porquanto de sua aptidão e habilidade pessoal é que será determinado o que realizará em favor da comunidade. O autor da infração cumprirá a pena, trabalhando para a sociedade. Objetivamente, favorece a comunidade em que vive.

Observa-se em Guilherme de Souza Nucci, pensamento similar. Dispõe o doutrinador que “Trata-se, em nosso entender, da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através de seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre pena” (Código Penal Comentado, p. 235).

E por seu caráter de cidadania e inserção ou reinserção social, pode ser considerada a mais adequada, para a maioria dos casos.

Ensinava Shecaira já dizia, no início da década de 90, que “No direito europeu e norte-americano – e nas legislações mais recentes e modernas – é a prestação de serviços à comunidade a principal alternativa penal à provação de liberdade de curta duração (...). Em um país que apresenta um quadro com grande número de pessoas que cometem pequenos delitos (especialmente crimes contra o patrimônio) e, de outro lado, que tem uma situação crônica de presídios superlotados, a prestação de serviços à comunidade é medida eficaz a ser incentivada como alternativa à pena prisional de curta duração” (ob. cit., pp. 90-91).

E quais são os momentos processuais rotineiros para sua imposição? São três: a) transação penal em crimes de ação pública ou privada; b) suspensão condicional do processo, no procedimento sumaríssimo da Lei 9099/95; e, c) suspensão condicional do processo, no rito ordinário do Código de Processo Penal ou especial de Lei Extravagante. Qualifiquei como rotineiros, uma vez que há situações excepcionais, como na *emendatio libelli* e na *mutatio libelli* em que no curso do processo, com a instrução praticamente finalizada, descobre-se o cabimento dos institutos despenalizadores.

A prestação de serviços à comunidade, em grande parte do Estado de São Paulo, é desenvolvida por órgão afeto à Secretaria de Administração Penitenciária denominado de Central de Penas e Medidas Alternativas, e que o torna um braço forte e importante para as Varas de Execuções Penais.

Em sua estratégia de ação, a Central de Penas realiza convênios com diversas entidades públicas e privadas, de modo a propiciar um leque de alternativas para o agente. Após entrevista prévia, o atendente, ciente do perfil do entrevistado, indica a instituição mais apropriada para o trabalho e, estando o agente concorde, será encaminhado para cumprir sua pena. De forma efetiva e palpável, o condenado retribui para a coletividade o mal que praticou.

Alberto Silva Franco esclarece que “é ele obrigado a prestar pessoalmente, durante certo número de horas semanais que se prolongam por tempo predeterminado, tarefas gratuitas junto a determinadas entidades, públicas ou particulares. Ao fazê-lo, é evidente que não dispõe mais do tempo livre correspondente a essas horas semanais já que, sob acompanhamento, vê-se na contingência, nesse espaço temporal, de

realizar, sem remuneração, algum tipo de trabalho.” (Código Penal e sua interpretação, p. 285).

E o art. 149, §1º, da Lei de Execuções Penais, prescreve que “O trabalho terá a duração de oito horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo juiz”.

Emana claro do esposado que é da essência da prestação de serviços a realização de um trabalho personalíssimo exercido pelo agente em dia e horário que não afetem o seu labor diário. Daí poder ser realizado em finais de semanas e feriados ou em horário compatível com aquele.

Por esta razão que quando da primeira ideia de implantação da doação de sangue no Brasil, foi coibida pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, interpretava-se como modalidade de prestação de serviços à comunidade, o que, por interpretação ampliativa, não deixaria de ser. No entanto, em voto da lavra do erudito ministro Celso de Mello, a interpretação foi restritiva e o sonho foi afastado até o início deste século. Naquela oportunidade, o STF foi instado a se manifestar acerca de sentença em que magistrado fluminense substituíra a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos consistente em doação de sangue. Pelo voto, a mesma foi cassada e determinada que outra fosse prolatada (HC 68.309/DF). No voto, o Ministro Celso de Mello destacou que “A exigência judicial de doação de sangue não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, pertinentes à própria inteligência da expressão legal ‘prestação de serviços à comunidade’, cujo sentido, claro e inequívoco, veicula a ideia de realização, pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral. Tratando-se de exigência conflitante com o modelo jurídico-legal peculiar ao sistema de penas alternativas ou substitutivas, não há como prestigiá-la e nem mantê-la”.

Como ciência que é o Direito evolui e com o passar dos anos, surgia a doação de cestas básicas como a salvação dos mais humildes. E os integrantes do tripé jurídico encararam a novidade e, foi encontrada no próprio ordenamento jurídico – o Código Penal –, a qualificação técnico-jurídica para enquadramento do instituto. E, por idênticos fundamentos, a

doação de sangue deve receber o mesmo enquadramento e se tornar uma realidade paulista e nacional igualmente simpática aos olhos da sociedade.

3. A doação de cestas básicas. Natureza jurídica: prestação alternativa inominada (CP, art. 45, §2º).

A mesma afinidade que nutria pela pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, passou a me seduzir a pena alternativa inominada, por permitir a doação de cestas básicas para entidades que a reverterem em prol de pessoas carentes. E idêntica simpatia me veio porque, agora – nunca é tarde para a consecução de objetivos sociais relevantes –, vislumbrei que a doação de sangue é tecnicamente idêntica.

Existe um adensamento doutrinário no sentido de que a doação de cestas básicas é uma prestação inominada. Não obstante, essa mesma doutrina pondera que a pena em questão – prestação alternativa inominada –, tal qual posta no diploma penal, ofende princípios basilares de Direito Penal e seria inconstitucional.

No escólio de Renato Marcão, respaldado por Cezar Roberto Bitencourt e Damásio de Jesus, “A pena de prestação de outra natureza ou inominada padece de flagrante inconstitucionalidade, já que equivale a uma pena indeterminada, contrariando o princípio da reserva legal albergado no art. 1º do Código Penal, de prestígio constitucional, conforme decorre do disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal” (Curso de Execução Penal, p. 267).

É que o § 2º, do art. 45 do diploma penal dispõe que “No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza”.

Acrescenta Renato Marcão que “Conforme asseverou Cezar Roberto Bitencourt, ‘em termos de sanções criminais são inadmissíveis, pelo princípio da legalidade, expressões vagas, equívocas ou ambíguas. E a nova redação desse dispositivo, segundo Damásio de Jesus, comina sanção de conteúdo vago, impreciso e incerto’” (ob. cit., p. 267).

Cezar Roberto Bitencourt, mesmo após criticar a pena inominada por ser indeterminada e, por conseguinte, violadora do princípio da reserva

legal, arremata afirmando que essa pena seria, na realidade, “uma espécie substituta da substituta da pena de prisão!”. E, como a substituição da prestação pecuniária se dá por uma prestação de **outra natureza** e dependente da **aceitação do beneficiário**, certamente é dotada de caráter consensual (grifei). E quem seria o beneficiário da pena convertida? Defende, com razão, que é “o beneficiário do resultado da aplicação dessa pena pecuniária, que, como afirmamos, tem caráter indenizatório (Tratado de Direito Penal, vol. I, pp. 518-519).

No mesmo sentido, a lição de René Ariel Dotti (Penas Restritivas de Direitos - críticas e comentários às penas alternativas. Lei 9.714, p. 100): “O Juiz não pode aplicar pena que não esteja expressamente prevista na lei. Trata-se de reafirmar o princípio da anterioridade da lei quanto à definição do crime e o estabelecimento da sanção”.

Perfilha a mesma linha de entendimento, Luiz Flávio Gomes (Penas e Medidas Alternativas à Prisão, p. 64). Luiz Flávio lembra que Beccaria há mais de duzentos anos já postulava não só a existência de lei para a criação de delitos e penas, senão também a vinculação do juiz ao texto legal e, sobretudo, a legitimidade exclusiva do legislador para criar tais leis.

A despeito das respeitáveis críticas doutrinárias, o texto legal propiciou a abertura de um espectro de penas alternativas ao magistrado, com o fito de permitir, sempre, a transação, desde que evite o encarceramento e respeite os lindes constitucionais para tal fim. Caso o autor da infração não esteja em condições de arcar com determinada prestação alternativa nominada, um rol de opções lhe pode ser oferecido para atender à exigência estatal do cumprimento da pena.

Se o intérprete atentar para a redação do § 2º poderá inferir que na doação de cestas básicas, o dispositivo é atendido em toda a sua amplitude. Conquanto se critique a redação aberta, sujeita a toda espécie de interpretação subjetiva judicial, a doação se amolda perfeitamente ao disposto.

Vejam: para distribuir cestas básicas, o magistrado criminal cadastra uma série de instituições em sua Vara, aptas e com estrutura para o recebimento e distribuição das mercadorias aos mais carentes da comunidade. A instituição deve ser reconhecidamente de utilidade pública e prestigiada nos meios sociais pelo seu trabalho em favor dos mais

necessitados. Com este pré-requisito fundamental, preenche-se o tópico do dispositivo atinente a *se houver aceitação do beneficiário*. Como o art. 45, § 1º exige que seja “entidade pública ou privada com destinação social”, o cadastramento é o bastante.

E a proposta ministerial de doação de cestas básicas a uma instituição de caridade aceita pelo agente constitui-se, então, na formalização de uma pena restritiva de direitos inominada. Neste acordo homologado judicialmente, o autor da infração assume a obrigação de entregar, dentro de certo lapso temporal, determinada quantidade de cestas básicas.

A doação de cestas básicas é, portanto, modalidade de prestação alternativa inominada não pecuniária homologada judicialmente.

Damásio, ao discorrer sobre o indigitado polêmico parágrafo e discutir as críticas sobre sua redação, defende que prestação de **qualquer natureza** como está na Lei significa, de fato, **pecuniária ou não** (grifei). E contradiz a maioria da doutrina ao asseverar que o dispositivo se encontra em consonância com as Regras de Tóquio, uma vez que estas recomendam ao juiz a aplicação se necessário e conveniente de qualquer medida que não envolva detenção pessoal. E acrescenta: “Medida liberal corresponde, entretanto, ao ideal de justiça, pela qual ao juiz, nas infrações de menor gravidade lesiva cometidas por acusados não perigosos, atribuir-se-ia o poder de aplicar qualquer pena, respeitados os princípios de segurança social e da dignidade, desde que adequada ao fato e às condições pessoais do delinquente” (Código Penal Anotado, pp. 188-189).

Damásio, em meu sentir, está coberto de razão ao defender que a prestação pode ter natureza **pecuniária ou não**, porquanto a lei ao prever a substituição da prestação pecuniária por **prestação de outra natureza** permitiu aos envolvidos no negócio jurídico a ser travado entre partes e juiz, escolher uma pena que corresponda aos ideais preconizados pela Carta Magna, desde que não privativa da liberdade e ajustada à realidade do agente.

Nessa esteira, Celso Delmanto *et alli* orienta que excluída a prestação pecuniária, a prestação de outra natureza “poderá consistir, v.g., na doação de cestas básicas ou em serviços de mão-de-obra” (Código Penal Comentado, p. 165).

Sem destoar, Mirabete declina que “se houver aceitação do beneficiário, ou seja, do ofendido ou da entidade pública ou privada com destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão, do juiz, em prestação de outra natureza, como o fornecimento de cestas básicas, por exemplo.” (Código Penal Interpretado, p. 295).

Também Fernando Capez pugna, ao cuidar da prestação inominada, que “a prestação pecuniária poderá consistir em prestação de outra natureza, como, por exemplo, entrega de cestas básicas a carentes, em entidades públicas ou privadas. A interpretação, aqui, deve ser a mais ampla possível, sendo, no entanto, imprescindível o consenso do beneficiário quando o crime tiver como vítima pessoa determinada.” (Curso de Direito Penal, p. 358).

O Pleno do STF, em voto da lavra do Min. Joaquim Barbosa, nos autos do Inquérito 2.721/DF, em 08.10.2009, deu por correta a decisão judicial que homologou a doação de cestas básicas, como pena alternativa, fundamentando que “O crime investigado é daqueles que admitem a transação penal e o indiciado cumpre os demais requisitos legais do benefício. Embora haja controvérsia sobre a possibilidade de a prestação pecuniária efetivar-se mediante a oferta de bens, a pena alternativa proposta pelo Ministério Público - doação mensal de cestas básicas e resmas de papel braile a entidade destinada à assistência dos deficientes visuais, pelo período de seis meses - atinge à finalidade da transação penal e confere rápida solução ao litígio, atendendo melhor aos fins do procedimento criminal”.

O STJ tem como fora de discussão que a doação de cestas básicas consiste em modalidade distinta da prestação de serviços à comunidade, tanto que a rejeita como substitutiva daquela em sede de execução, caso inviável seu cumprimento por parte do condenado. Se o condenado não puder cumprir a prestação de serviços estipulada, deverá o juiz das execuções impor-lhe outra, adaptada à sua aptidão, sem substituí-la pela doação de cestas. Veja-se o seguinte aresto: “A competência do Juízo das Execuções Criminais limita-se à alteração da forma de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade aplicada pelo Juízo Criminal processante (CP, art. 59, inc. IV), ajustando-a às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do

programa comunitário ou estatal' (Lei 7.210/84, art. 148), sem, contudo, substituí-la por pena restritiva de direitos diversa" STJ (HC 38052/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10/04/2006).

Os tribunais estaduais trilham no mesmo sentido.

Na doutrina, encontramos opiniões divergentes para a natureza jurídica da doação de cestas básicas. A juíza Rosana Navega Chagas, titular de Vara de Juizado Criminal de Nova Iguaçu, no Estado do Rio de Janeiro, em artigo específico onde defende a doação de sangue, distingue a pena de prestação de serviços à comunidade da prestação social alternativa prevista no texto constitucional aduzindo: "Frise-se que tal modalidade de pena, muito embora assemelhada, não é igual a pena alternativa da prestação de serviços à comunidade, uma vez que a lei tem por um dos seus princípios básicos não conter palavras inúteis. Em síntese, existem razões, de ordem técnica, para a nova denominação, e que consiste, a toda evidência, na criação de uma nova modalidade de pena alternativa a da prisão, quando couber".

Depois de muita reflexão sobre a melhor disciplina da natureza jurídica da doação de cestas básicas, convenci-me, graças à doutrina, que se insere no contexto da prestação inominada escudada no art. 45, §2º, do Código Penal. E, nesse diapasão, firmei o entendimento de que a doação de sangue, igualmente, deve receber idêntico tratamento.

A razão é a mesma esposada, porquanto o magistrado criminal cadastra, previamente, instituições idôneas para o atendimento ao futuro doador, por exemplo, em Sorocaba é a Colsan. Feito o acordo judicial, o autor da infração é orientado a lá comparecer, onde será submetido a exames de praxe para se certificar se pode, efetivamente, doar. Coletado seu sangue, receberá o comprovante respectivo que será apresentado em juízo, para as anotações de praxe quanto ao cumprimento da reprimenda.

Atendidos estes singelos requisitos da prestação inominada e o doador terá por cumprida sua pena, prestando um serviço comunitário de alcance imensurável, beneficiando diretamente a saúde de terceiros.

E se, malgrado o acordo judicial, o autor for impedido de doar sangue, por exemplo, por estar com ou ter tido hepatite ou ser portador de hepatite C?

Nessa hipótese, deverá comparecer ao Cartório onde será informado da necessidade de substituição da pena de doação de sangue. Em regra, a substituição será pela doação de cestas básicas, ainda que imposta cumulativamente.

4. A doação de cestas básicas e as transações. Crítica.

Como é conhecido por todos que militam na área criminal, a doação de cestas básicas tornou-se uma das modalidades mais figuradas, dentre as hipóteses de pena alternativa, dada sua capacidade de auxílio direto e efetivo aos mais carentes. Não obstante, salvo raríssimas exceções, como as contravenções penais de pequena expressão, a simples doação de cestas não deve ser a única sanção para o cumprimento da pena prevista no tipo penal incriminador.

Com a devida vênia aos que pensam diversamente, a simples e exclusiva doação de cestas básicas, não exerce papel algum na reeducação do agente. Por si só, é desproporcional e desarrazoada. É salutar lembrar que o juiz exerce o papel de educador, em praticamente toda sua vida profissional, e por ser conhecedor do direito – *jura novit curia* –, jamais deve banalizar a pena. É inconcebível o autor de um crime deixar o fórum dando de ombros, zombando de todo o aparato estruturado para recebê-lo, e expressando em alto e bom som que dará duas ou três cestas básicas e sua pena estará cumprida.

René Ariel Dotti ensina que “A pena deve retribuir juridicamente a culpabilidade do agente. Em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar a relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal devido ao infrator”. (Bases e Alternativas para o Sistema de Penas, p. 212).

O órgão ministerial, do mesmo modo, deve refletir sobre essa crítica.

Em meu sentir, a doação de cestas básicas deve ser cumulada com outra. O simples comparecimento a uma instituição de caridade e a entrega dos mantimentos não exerce, pedagogicamente, o caráter preventivo especial. Conquanto a sociedade receba algo em favor de uma entidade que cuida de filhos seus, a reeducação inexistiu. Os próprios advogados criminais nos sugerem a cumulação. Alegam que se sentem

profissionalmente reconhecidos ao conseguirem uma pena branda para seu cliente, mas se sentem frustrados, quando constatam que a medida punitiva é demasiado leve.

Assim, a par da doação de cestas básicas, em uma infração leve, nada impede que o órgão ministerial ofereça proposta de maior expressão penal, por exemplo, a prestação efetiva de serviços + doação de cestas básicas.

Repise-se que casos haverá em que a mera doação atenda ao reclamo da razoabilidade e da proporcionalidade, contudo estas situações são excepcionais para se tê-las como praxis.

5. O surgimento da ideia da doação de sangue.

No início do ano de 2010, por problema de saúde enfrentado por um sobrinho de um grande amigo, tive contato com as consequências letais que a falta de sangue pode acarretar. Foi um alerta e, logo após, chamou-me a atenção várias notícias de morte ou de perigo de morte, em função da carência sanguínea em hospitais, com ênfase no nordeste, Rio de Janeiro, São Paulo e, em minha cidade, Sorocaba.

Fiz uma breve pesquisa e constatei que, em nosso país, não são raros os episódios de morte por deficiência de sangue para a transfusão salvadora de vidas.

Para que se tenha noção da gravidade do problema: o Brasil precisa de, pelo menos, 5.500 bolsas de sangue por dia, mas não consegue metade, justamente pela falta de doadores.

De acordo com o Ministério da Saúde, no Brasil, apenas 1,9% da população é doadora de sangue. Mesmo estando este percentual dentro do parâmetro da Organização Mundial de Saúde (OMS) - de 1% a 3% da população -, o Ministério considera que é urgente e possível aumentar o número de brasileiros doadores: se cada pessoa doasse duas vezes ao ano, não faltaria sangue para transfusão no país. No Brasil, onde o volume coletado é equivalente ao número de doadores voluntários (3,5 milhões

de bolsas de sangue por ano), essa quantidade disponível nos hemocentros poderia ser duas vezes maior. O ideal seria 5,7 milhões.

Nos finais de ano, o Ministério enfrenta uma preocupação maior, porque o estoque é reduzido em 30%, em função das férias escolares.

Para minimizar a falta de estoque, as campanhas de doação são frequentes em todo o país, como vemos rotineiramente.

Pelo sítio oficial da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, infere-se que a Fundação Pró-Sangue, ligada à Secretaria de Estado da Saúde e à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, coleta em média 12.000 bolsas mensalmente, volume de sangue equivalente a aproximadamente 32% do sangue consumido na Região Metropolitana de São Paulo, 16 % do Estado e 4% do Brasil.

A propósito, o desabafo da Dra. Maria Angélica Soares, coordenadora do Hemocentro do Hospital São Paulo da UNIFESP, em entrevista concedida a Drauzio Varella: “Ninguém está livre de precisar de uma transfusão de sangue. Ninguém está livre de sofrer um acidente, de passar por uma cirurgia ou por um procedimento médico em que a transfusão seja absolutamente indispensável. Como não existe sangue sintético produzido em laboratórios, quem precisa de transfusão tem de contar com a boa vontade de doadores, uma vez que nada substitui o sangue verdadeiro retirado das veias de outro ser humano. Todos sabem que é importante doar sangue. Mas, quando chega a nossa vez, sempre encontramos uma desculpa – Hoje está frio ou não estou disposto; nesses últimos dias tenho trabalhado muito e ando cansado; será que esse sangue não me vai fazer falta... - e vamos adiando a doação que poderia salvar a vida de uma pessoa. Sempre é bom frisar que o sangue doado não faz a menor falta para o doador. Consequentemente, nada justifica que as pessoas deixem de doá-lo. O processo é simples, rápido e seguro.” (www.drauziovarella.com.br).

Com um pouco de noção do que é doar sangue, percebi que o juiz é um ferramental impressionante para cooperar com o quadro atual ao estimular autores de infrações a praticarem uma boa ação. Se juízes e membros do Ministério Público, espalhados pelos mais distantes rincões, unirem seus esforços para inserir a doação de sangue como pena alternativa à prisão,

nas hipóteses fincadas na Lei 9099/95 – transação penal e suspensão condicional do processo –, por certo milhares de vidas seriam poupadas.

Em outros termos, sob a ótica do sistema acusatório, o juiz, representando o Poder Judiciário, o Ministério Público ou o querelante oferecendo sua proposta, representando o Poder punitivo estatal, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, representando e ao lado do autor do fato, estaria formado o tripé de solidariedade em prol de pessoas que necessitam de sangue para sobreviver.

Uma vez que o ideal de todos esteja focado na probabilidade efetiva de se salvar vidas, basta agir.

Interessante notar que o problema é mundial e não somente brasileiro.

Para se aquilatar o que existe pelo mundo, a Cruz Vermelha Americana apresenta em seu sítio oficial, fatos e estatísticas de cuja abordagem extraio e destaco dois que são compatíveis com o presente trabalho:

a) Da necessidade: *a cada dois segundos, alguém nos EUA necessita de sangue; mais de 38.000 doadores de sangue são necessários a cada dia; mais de um milhão de novas pessoas são diagnosticadas com câncer cada ano, muitas delas necessitam sangue, às vezes diariamente, durante o tratamento de quimioterapia; a vítima de um simples acidente de carro pode exigir até cem litros de sangue.*

b) Dos doadores: *a razão principal porque os doadores dizem doar sangue é que eles “querem ajudar o próximo”; dois motivos comuns citados pelas pessoas que não doam sangue são: “nunca pensei sobre isso” e “eu não gosto de agulhas”; uma doação pode ajudar a salvar as vidas de até três pessoas; se você começar a doar sangue aos 17 anos e doar a cada 56 dias até alcançar 76, você terá doado quantidade provável para salvar mais de 1000 vidas; a Cruz Vermelha Americana aceita doação de sangue somente de doadores voluntários.*

Dado que a necessidade de sangue é universal, nos próximos itens retratarei como se iniciou este processo na Vara da qual sou titular e como está se desenvolvendo. Esta exposição visa auxiliar ou servir de subsídio

para que qualquer colega faça o mesmo. Cada um dos protagonistas que forma o tripé da justiça brasileira deve colaborar para que a doação de sangue seja, a exemplo da doação de cestas básicas, um novo paradigma, uma pena alternativa inominada a ser igualmente adotada, com o diferencial natural de auxiliar na cura de doenças e salvar a vida do semelhante. Se em Nova Iguaçu (RJ) e em Curitiba (PR), bem como em inúmeras outras cidades que nessas se inspiraram, a doação voluntária de sangue – como pena alternativa inominada – é uma realidade, o estado de São Paulo e os demais estados da nação precisam a ela se irmanar. O Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil devem unir-se nessa cruzada para contribuir, de forma efetiva e intransigente, com a melhora da saúde em nosso país.

6. A doação voluntária de sangue como modalidade de pena restritiva. Implantação.

Diante desse quadro de perene imprescindibilidade da matéria-prima que somente nós, humanos, temos e podemos materializar, senti-me impelido a desenvolver algo palpável, ainda que embrionário, na 1ª Vara Criminal de Sorocaba.

Conversei com o médico responsável pela Colsan – Associação Beneficente de Coleta de Sangue –, na cidade de Sorocaba, Dr. Frederico Brandão. A Colsan é uma entidade civil paulista, sem fins lucrativos, que atua na área de hemoterapia, promovendo a captação de doadores, coleta, análise e processamento do sangue e, posteriormente a distribuição dos hemocomponentes, bem como os procedimentos pré-transfusionais, ligada à Unifesp.

Houve imediata interação e aceitação do propósito lançado.

De nosso diálogo, ciente de como o futuro doador deve ser preparado para seu importante ato voluntário, mentalmente registrei os procedimentos a serem adotados na audiência preliminar ou na de suspensão.

Para que o autor do fato/réu não se sinta coagido a fazer o que não quer ou lhe é proposto, obrigatoriamente duas ou mais propostas hão de

ser fornecidas pelo órgão ministerial ou querelante. Assim, na entrevista entre conciliador ou juiz com o autor da infração, ser-lhe-á dada ciência das propostas ministeriais. Aceita a proposta com doação voluntária de sangue, além das demais condições, estaria fechado o ciclo e alcançado o objetivo maior.

Convenci-me da viabilidade jurídica da nova modalidade de pena restritiva de direitos. Em seguida, conversei com os juízes criminais da Comarca sobre os meus propósitos e ponderei que se fazia imperativa a informação e a parceria com os demais protagonistas do cenário jurídico. Reuni-me com as Promotoras de Justiça atuantes na Primeira Vara Criminal, as quais concordaram de imediato. Por fim, o Defensor Público, que concordou e se irmanou à proposta.

Atentem que a Defensoria Pública e o órgão que dá orientação jurídica para os hipossuficientes na seara penal. Segundo o Defensor Público atuante na 1ª Vara Criminal, Dr. Octavio Bueno, a grande maioria dos entrevistados opta pela doação de sangue, pois não despenderá valor algum e, ao mesmo tempo, fará um grande bem para seu semelhante, inclusive salvando vidas.

Tive certa preocupação com a reação dos advogados, mas relatarei um episódio, aliás, dois, que ocorreram na semana do feriado de 15 de novembro de 2010, para que se possa avaliar o alcance do que representa a doação de sangue na opinião dos operadores do direito, os quais falam por si. Um advogado de fora da terra e desconhecedor da novidade orientou seu patrocinado a aceitar, dentre as propostas apresentadas, aquela que continha a doação de sangue e, ao final da tarde, procurou-me. Estava feliz com o acordo homologado, pois se tratava de um caso difícil, no qual seu cliente fora preso por violência doméstica e as condições da suspensão condicional do processo não só atendiam ao interesse de ambos, como retornava um benefício concreto para a comunidade sorocabana. Naquela mesma data, um réu indagado novamente, durante a audiência de instrução processual de um crime de furto tentado, pois recusara a suspensão condicional do processo anteriormente, ao tomar ciência da possibilidade de doação de sangue e orientado por seu patrono, indagou-me: “Sr. Juiz, eu posso salvar uma vida, não?”.

Em suma, tenho claro que a maioria dos atores principais do cenário jurídico concorda com a novidade e a ela se integrará.

Em uma conversa com o Dr. Frederico, das últimas dez pessoas que foram doar sangue, somente uma foi impedida. É um percentual excelente: 90% tinham plena capacidade para doar!

7. Questionário suficiente sobre a doação de sangue.

O Ministério da Saúde orienta para a doação voluntária com as seguintes proposições:

a) Para doar. *Ao comparecer para efetuar a doação, o doador deverá trazer documento oficial de identidade com foto (identidade, carteira de trabalho, certificado de reservista, carteira do conselho profissional ou carteira nacional de habilitação); estar bem de saúde; ter entre 18 e 65 anos; pesar mais de 50 kg; não estar em jejum; e, evitar apenas alimentos gordurosos nas 4 horas que antecedem a doação.*

b) Impedimentos temporários. *Não poderá estar com febre, gripe ou resfriado, em estado de gravidez ou puerpério (parto normal, 90 dias; cesariana, 180 dias), fazendo uso de alguns medicamentos e nem se tratar de pessoas que adotaram comportamento de risco para doenças sexualmente transmissíveis.*

c) Cirurgias e prazos de impedimentos. *As mais comuns e que devem ser observadas são: extração dentária: 72 horas; apendicite, hérnia, amigdalectomia, varizes: 3 meses; ingestão de bebida alcoólica no dia da doação; transfusão de sangue: 1 ano; tatuagem: 1 ano.*

d) Impedimentos definitivos. *Não poderá doar sangue a pessoa que contraiu hepatite após os 10 anos de idade; com evidência clínica ou laboratorial das seguintes doenças transmissíveis pelo sangue: hepatites B e C, AIDS (vírus HIV), doenças associadas aos vírus HTLV I e II e Doença de Chagas; que faz uso de drogas ilícitas injetáveis e tenha contraído malária.*

Juntamente com o Dr. Frederico, fizemos um quadro mais singelo de ser apreendido e preenchido pelo futuro doador. É o seguinte:

Questionário para seleção de doadores de sangue	SIM	NÃO
Você ingere bebida alcoólica todos os dias?		
Você já teve doença que transmite por sexo (doença venérea)?		
Você tem doença de Chagas?		
Você tem/teve malária ou sífilis?		
Você tem AIDS ou hepatite?		
Você já usou drogas ilícitas (de fumar, cheirar ou injetar)?		
Você já esteve preso?		
Você tem ou teve convulsão (epilepsia)?		
Fez tatuagem nos últimos 12 meses?		

Este questionário atende os requisitos mínimos e qualquer resposta positiva, impõe que ele seja instado a optar por outra proposta. Sem olvidar que, ao comparecer para a doação, outras perguntas receberá, quando os profissionais da saúde poderão inferir, com maior acuidade, seu quadro clínico.

Orienta a Fundação Pró-Sangue do Hemocentro de São Paulo que “apenas pessoas saudáveis e que não sejam de risco para adquirir doenças infecciosas transmissíveis pelo sangue, como Hepatites B e C, HIV, Sífilis e Chagas, podem doar sangue. Antes de toda doação, o candidato é submetido a um teste de anemia, à aferição de seus batimentos cardíacos, pressão arterial e temperatura e respondem a um questionário onde é lhe perguntado detalhadamente questões sobre a sua saúde e sobre seu comportamento. Somente após essas etapas é que o candidato estará aprovado para a doação de sangue. Todo o sangue doado será rigorosamente testado para as doenças passíveis de serem transmitidas pelo sangue.”

7.1. Outras importantes indagações.

a) Qual o intervalo para a doação? Homens: 60 dias (até 4 doações por ano); mulheres: 90 dias (até 3 doações por ano), segundo Normas Técnicas em Hemoterapia de Proteção ao Doador, contidas na Resolução RDC 153 de 2004.

b) Quais os cuidados a serem tomados após a doação de sangue? Evitar esforços físicos exagerados por pelo menos 12 horas; aumentar a ingestão de líquidos; não fumar por cerca de 2 horas; evitar bebidas alcóolicas por 12 horas; manter o curativo no local da punção por pelo menos de 4 horas; e, não dirigir veículos de grande porte, trabalhar em andaimes, praticar paraquedismo ou mergulho.

c) E o trabalhador sofrerá algum prejuízo? No Brasil, trabalhador sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) poderá deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, por um dia, em cada doze meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada (art. 473 da CLT). Os funcionários públicos civis federais, sem qualquer prejuízo, podem se ausentar do serviço por um dia para doação de sangue, sem limite anual de doações (art. 97 da Lei nº 8.112/1990).

8. Conclusões.

A Lei 10.205, de 21 de março de 2001, regulamentou o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. E, em seu capítulo II – Dos Princípios e Diretrizes –, no art. 14, elege como fundamento da estratégia governamental, dentre outros, a universalização do atendimento à população; a utilização exclusiva da doação voluntária, não remunerada, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social; e, a proibição de remuneração ao doador pela doação de sangue.

Diante da certeza de que a atuação do Poder Judiciário em prol dos que necessitam de sangue para se curar e/ou para viver está em harmonia

com as políticas públicas correlatas ao espírito de desprendimento individual e de solidariedade humana, finalizo este trabalho apresentando os tópicos formadores desse convencimento.

Duas vertentes preponderantes guiaram-me na realização desse trabalho: a viabilidade jurídica e o cunho humanitário.

8.1 – Aspecto Jurídico.

A doação de sangue como pena restritiva de direitos, deve atender a três requisitos: tipicidade, voluntariedade e consensualidade.

a) Tipicidade. A doação de sangue é uma pena alternativa inominada, a exemplo da doação de cestas básicas, e encontra seu fundamento jurídico no art. 45, § 2º, do Código Penal. E como pena restritiva de direitos deverá atender aos seguintes postulados constitucionais: ter natureza social alternativa (art. 5º, XLVI, *d*), não ser proibida (art. 5º, XLVII), assegurar respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e preservar a dignidade da pessoa humana. É prestação alternativa inominada oriunda de proposta da acusação em audiências de tentativa de conciliação emanadas da Lei 9099/95, i.e., em transações penais e em audiências de suspensão condicional do processo. Não pode ser decretada em sede de sentença condenatória, por traduzir imposição e não consensualidade.

b) Voluntariedade/Consensualidade. Oferecidas duas ou mais propostas, estas serão apresentadas ao autor da infração que, *sponte sua*, escolherá aquela que lhe aprovar. Caso opte pela que contenha a doação de sangue, o juiz/conciliador expor-lhe-á o questionário prévio e inicial para que analise e responda se pode doar sangue, tornando indiscutível o caráter voluntário e não impositivo da aceitação. Ultrapassadas essas etapas, a lavratura do acordo poderá ser finalizada com a homologação judicial.

Note-se que se mostra essencial para a completude da exteriorização do ato de vontade, que a doação de sangue seja **voluntária**, sem representar imposição/ordem.

8.2 – O veio humanitário.

Desnecessário estender-me sobre o alcance da pena em tela, uma vez que os quadros, estatísticas e as opiniões das autoridades médicas envolvidas falam por si. Para o juiz ingressar nessa cruzada do bem e da vida, basta articular-se e, em sua cidade, procurar o centro médico adequado para recepcionar os autores de infrações, e expor o ideal de implantação da doação de sangue como pena alternativa. A partir daí, fomentar o interesse dos demais integrantes do tripé judiciário e o auxílio para a comunidade estará materializado.

Tenho esperança que estas linhas sirvam de inspiração para que os colegas juízes, bem como os demais integrantes da justiça, adotem esta sugestão.

Evoco atitudes que nos chegam tímidas, uma vez que somente os Estados do Rio de Janeiro e Paraná divulgaram a adoção da doação de sangue como pena alternativa. Se cada um pensar bem, presentirá que, logo, todo o país, via Poder Judiciário, poderá ser um agente de transformação do bem para evitar mortes e a eternização de algumas doenças. Daremos início a uma empreitada visando amenizar a dor de tantas famílias que vêm os seus falecer pela falta de sangue.

Repiso que cada juiz criminal detém, sob sua presidência, todo o campo de labor pertinente e indispensável à execução dessa tarefa nobilíssima, bastando que lidere a introdução da novidade em sua seara contatando os operadores do direito e com eles discutindo a implantação da medida.

Quicá o Poder Judiciário brasileiro deixe de ser criticado por “n” fatores e passe e receber elogios por se tornar um vetor natural de mutação positiva da saúde brasileira.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Mônica Louise. Em busca da Legalidade das Alternativas Penais. In I Congresso Brasileiro de Execução de Penas e Medidas Alternativas. Curitiba, trabalho inscrito em 08.03.2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral, vol. I. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral: vol. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CHAGAS, Rosana Navega. Doações Voluntárias de Sangue: uma alternativa para a pena e para a vida. TJRJ. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de julho de 2008.
- DELMANTO, Celso *et alli*. Código Penal Comentado. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DOTTI, René Ariel. *Penas Restritivas de Direitos - críticas e comentários às penas alternativas. Lei 9.714, de 25.11.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão. Coleção Temas Atuais de Direito Criminal*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de Serviços à Comunidade*. São Paulo: Saraiva, 1993.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITO INTERNACIONAL – NOTAS SOBRE O ART. 109, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Carmen Tiburcio¹

SUMÁRIO: Introdução. I. O art. 109, III, da Constituição Federal: análise histórica. II. Breve nota sobre tratados-lei e tratados-contrato. III. A competência em matéria de tratados à luz da jurisprudência. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Retomando a tradição constitucional brasileira, a Carta de 1988 incluiu na estrutura do Poder Judiciário a Justiça Federal, instituída pela primeira vez na Constituição de 1891 e ausente apenas no texto da Carta do Estado Novo e, em parte, na Lei Maior de 1946, como se verá.

A regra geral de competência da Justiça Federal é encontrada no art. 109, I, da CF², e se funda em critério *ratione personae*: em princípio, será

¹ Professora Adjunta de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Internacional da Faculdade de Direito da UERJ e da pós graduação da UGF. Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Virginia, EUA. A autora gostaria de agradecer o auxílio de Thiago Magalhães Pires e de Felipe Gomes de Almeida Albuquerque na elaboração deste artigo.

² CF/1988, art. 109: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)”.

competente o juízo federal quando “*forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes*”, pessoas jurídicas de direito público da esfera federal. Mas essa não é a única hipótese na qual é competente a Justiça Federal³. Adotando critério diverso, por exemplo, temos o inc. III do mesmo art. 109, que através de critério material – *ratione materiae* –, determina a competência do juízo federal nos casos que envolvam tratados ou contratos internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte⁴.

Recentemente, cada vez mais temas têm sido objeto de disciplina por atos internacionais. O fenômeno é consequência do processo de globalização e da intensificação das relações transnacionais, observada tanto entre Estados quanto entre particulares. Com muita frequência, as controvérsias jurídicas vêm se deslocando para o cenário internacional, com interessados em diversos países, o que gera incerteza quanto ao direito aplicável e consolida a prática do *forum shopping*⁵. Nesse contexto, a normatização por tratados e o aumento das relações internacionais da União tornam de grande relevância o art. 109, III, da CF. Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência pouco têm se dedicado à norma, de modo que sua aplicação, na prática, produz frequentes desencontros e surpreendente falta de consenso. O dispositivo, embora discreto e alvo de olhos muitas vezes desatentos, merece atenção. É à sua análise que se dedica o presente estudo.

I. O ART. 109, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ANÁLISE HISTÓRICA

Como mencionado, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 109, III, que compete à Justiça Federal processar e julgar “*as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional*”. Dessa maneira, em princípio, todas as inúmeras matérias e divergências nas quais as normas de um tratado incidem, ainda que apenas potencialmente, estão sujeitas à competência da Justiça Federal.

³ Sobre a organização e competência da Justiça Federal, ver Odilon Romano Neto, *A competência da Justiça Federal para apreciar ações fundadas em tratado ou contrato celebrado pela União*, 2009, p. 3-5, monografia de final de curso apresentada à Professora Carmen Tiburcio como requisito para a conclusão da disciplina Processo Civil Internacional.

⁴ A rigor os tratados celebrados pelo país são firmados pela RFB – que tem personalidade jurídica de direito internacional público – representada pela União. Ver, nesse sentido, Carmen Tiburcio, *Temas de Direito Internacional*, 2006, p. 123-7.

⁵ Traduz-se na busca do melhor foro para o ajuizamento da demanda.

A regra não é nova. Dispositivo semelhante foi previsto no próprio Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890⁶, que criou a Justiça Federal. Com efeito, em seu art. 15, *f*, o decreto determinava caber aos juízes federais (“juízes de seção”) processar e julgar “as ações movidas por estrangeiros e que se fundem quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações”. Essa regra foi reproduzida literalmente pela Constituição de 1891, em seu art. 60, *f*. Do mesmo modo, a Carta de 1934 reservava à Justiça Federal “as causas movidas com fundamento em contrato ou tratado do Brasil com outras nações” (art. 81, *f*), além das “questões de Direito Internacional Privado ou Penal” (art. 81, *h*).

A continuidade foi interrompida pela Constituição de 1937, que extinguiu a Justiça Federal⁷, e pela Carta de 1946 que, além de não restabelecer essa última⁸, atribuiu implicitamente aos juízes locais a competência para julgar causas “fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País” (art. 101, II, *b*).

A Justiça Federal foi instituída novamente pelo Ato Institucional nº 2, de 1965, que retomou as disposições das primeiras Cartas e lhe atribuiu competência para apreciar, dentre outras, “as causas fundadas em tratado ou em contrato da União com Estado estrangeiro ou com organismo internacional”. Idêntica previsão constou do art. 10, III, da Lei nº 5.010/66 e, posteriormente, do art. 119, III, da Constituição de 1967, mantido pela Emenda Constitucional nº 1/69. Como visto, essa redação permanece vigente, à luz do que dispõe o art. 109 da Carta de 1988.

Nada obstante a ausência de novidade do inc. III do art. 109, a extensão da aplicação deste dispositivo não é bem delimitada, seja pela doutrina,

⁶ Vera Lúcia Feil Ponciano, *Justiça Federal - organização, competência, administração e funcionamento*, 2009, p. 63.

⁷ CF/37, art. 107: “Excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal, todas as demais serão da competência da Justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios”. Os juízes federais, então em exercício, ou foram aposentados ou postos em disponibilidade – v. art. 182: “Os funcionários da Justiça Federal, não admitidos na nova organização judiciária e que gozavam da garantia da vitaliciedade, serão aposentados com todos os vencimentos se contarem mais de trinta anos de serviço, e se contarem menos ficarão em disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço até serem aproveitados em cargos de vantagens equivalentes”.

⁸ Apesar de não recriar a Justiça Federal, a Constituição de 1946 instituiu o Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, autorizando a lei a criar outros tribunais da mesma espécie em diferentes regiões do país (arts. 103 a 105).

seja pela jurisprudência. É preciso saber se é absoluta a competência da Justiça Federal em matéria de tratados, como se depreenderia de uma interpretação literal do texto constitucional, ou se há possibilidades de restrição e apreciação de tratados por outros juízos. A questão, como se vê, está longe de ser tão simples quanto parece.

II. BREVE NOTA SOBRE TRATADOS-LEI E TRATADOS-CONTRATO

Inicialmente, cumpre distinguir entre duas espécies de tratados: tratados-lei e tratados-contrato⁹. Embora frequentemente negligenciada – e para alguns já de pouca utilidade e em desuso¹⁰ –, essa distinção possui fundamental importância para a questão em análise. De fato, muitas vezes pouco importa saber a natureza do tratado. Nesse caso, todavia, a classificação exerce efeitos concretos, como se verá na análise jurisprudencial.

Nos tratados-lei, as partes “editam *uma regra de direito objetivamente válida*”¹¹. Quanto aos sujeitos, os “*tratados-lei são geralmente celebrados entre muitos Estados com o objetivo de fixar normas de DIP*”¹². Assim, são tratados-lei aqueles que criam disposições gerais, normalmente entre diversos Estados, e visam à fixação de normas gerais de conduta, em caráter abstrato.

De outra parte, os tratados-contrato são aqueles que criam direitos e obrigações recíprocas aplicáveis aos Estados. Estabelecem “*situações jurídicas subjetivas*”¹³, não normas de aplicação geral. Dessa forma, os efeitos dos tratados-contrato, embora presentes nos planos interno e internacional, têm maior relevância no plano internacional, constituindo negócios entre Estados. Dessa espécie, são os diversos tratados de cooperação em matéria comercial, tributária, jurídica e penal.

Os tratados de extradição são um caso especial de tratados-contrato. O legislador constitucional, de maneira diversa do que se opera em outros

⁹ V. Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, 9ª edição, 2009, p. 111.

¹⁰ Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. I, 2004, p. 219; José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público (curso elementar)*, 2007, p. 28.

¹¹ José Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, 1984, p. 130

¹² Hidelbrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, *Manual de Direito Internacional Público*, 2009, p. 21

¹³ Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional*, vol. I, 2001, p. 219.

países, considerou que o caráter internacional desses tratados é tão pronunciado que a competência para julgar pedidos de extradição pertence ao STF, retirando da Justiça Federal a competência para apreciar tais ações. Como destaca a doutrina, o processo de extradição é *negócio entre Estados* e, por isso, nada obstante a produção de efeitos no plano interno, é a obrigação internacional o aspecto mais relevante da relação criada pelos tratados de extradição. Como se percebe facilmente, o tratado de extradição não estabelece direito objetivo, mas regula a forma como se dará uma relação jurídica específica entre dois Estados, relativa à cooperação em matéria penal.

Quanto ao ponto, vale observar que tratado-contrato não é sinônimo de contrato internacional. Afinal, nem sempre seu conteúdo é idêntico. A rigor, e em tese, qualquer contrato conectado a ordens jurídicas diversas poderia ser considerado internacional. Assim se passaria com o negócio firmado entre empresas de países diferentes, e também com um tratado de extradição, por exemplo. Aplicada essa definição tão ampla, os tratados-contrato poderiam ser considerados uma espécie do gênero contratos internacionais.

Nada obstante, e a despeito de existir de alguma incerteza quanto à sua definição, a expressão *contrato internacional* costuma ser empregada para abranger negócios nos quais o elemento econômico é fundamental. Nesse sentido, tem prevalecido o entendimento de que são contratos internacionais aqueles que se conectam à jurisdição de mais de uma ordem jurídica. Dando prevalência ao critério econômico, decidiu a Corte de Cassação da França em alguns julgados¹⁴. A preponderância do elemento econômico não é exigida, porém, nos tratados-contrato, que podem envolver uma infinidade de objetos, desde a demarcação de fronteiras até a cooperação econômica e tributação.

Mas há outras distinções relevantes entre os tratados-contrato e os contratos internacionais. Os primeiros, como todos os tratados, pressupõem para sua feitura o decurso de todas as fases necessárias, devendo haver negociação, assinatura, ratificação, promulgação e publicação para que estejam perfeitamente formados¹⁵. Os contratos internacionais, por sua vez, são elaborados sem a observância do extenso processo que precede

¹⁴ Sobre o tema, ver Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*, 2007, p. 224 e ss..

¹⁵ Carmen Tiburcio, *Temas de Direito Internacional*, 2006, p. 5 e ss..

um tratado, dispensando, portanto, algumas das etapas obrigatórias para conclusão de um tratado – como a ratificação, a promulgação e a publicação¹⁶.

Em breve resumo, os tratados-lei são formados por vontades de conteúdo idêntico, têm a finalidade de *criar normas jurídicas*, de estabelecer direito objetivo. Os tratados-contratos, por sua vez, criam *situações jurídicas subjetivas*, decorrentes de vontades de conteúdo diferente, não se destinando a criar normas de conduta de aplicação universal, mas sim obrigações e direitos recíprocos entre os Estados contratantes.

III. A COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE TRATADOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

A distinção entre os tratados, mencionada acima, não é puramente acadêmica. Pelo contrário, ela influi sobre a determinação do juízo competente para “*processar e julgar*” as ações fundadas em tratado internacional.

Segundo Marcelo Caetano, a competência envolvendo tratados e contratos se verifica nas hipóteses que “*envolvam interesses superiores da Nação*”¹⁷. A observação é pertinente. Em verdade, mais do que “*interesses superiores da Nação*”, será a preponderância dos efeitos internos ou internacionais do diploma que determinará a competência para apreciar a causa. Isso porque a competência da Justiça Federal somente se justificará quando o caráter internacional do compromisso se sobrepuser aos seus efeitos internos. Do contrário, e a despeito da possível incidência do tratado, será competente o juízo determinado pelas demais regras pertinentes (trabalhista, militar, estadual etc.).

A razão para tanto é simples: atualmente, quase qualquer questão pode fundar-se em tratado internacional. Pense-se aqui, por exemplo, nos tratados de direitos humanos, que compartilham com a Constituição uma linguagem especialmente aberta e fluida. Admitir que, por sua mera invocação, a competência passasse à Justiça Federal inviabilizaria o seu

¹⁶ O que não quer dizer que todo o procedimento seja diverso. Um exemplo: quaisquer tratados, acordos ou atos internacionais “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” devem ser submetidos à aprovação do Congresso Nacional (CF, art. 49, I).

¹⁷ Marcelo Caetano, *Direito Constitucional*, vol. II, 1987, p. 431.

trabalho, transformando-a, na prática, em um foro residual – papel que hoje é exercido pela Justiça dos Estados.

Afinal, qualquer pleito de equiparação de vencimentos entre servidores estaduais ou municipais pode ser amparado pelo direito à igualdade, tutelado não apenas pela Constituição Federal, mas também por uma série de diplomas internacionais. Só por isso a apreciação de todos eles deveria caber ao juízo federal? Da mesma forma, há inúmeras convenções da OIT disciplinando temas diversos da relação de trabalho. Seria então o caso de retirar da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações que as invocassem, remetendo-as à Justiça Federal?

Desse modo, é necessário estabelecer parâmetros que tornem, por um lado, sistematicamente adequada a incidência do art. 109, III, da Constituição, sem fazer dela, por um lado, nada mais que letra morta. Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que a Justiça Federal é um dos braços da Justiça Comum. Portanto, antes de tudo mais, sua competência é definida por exclusão, em relação à dos Tribunais Superiores e das Justiças Especializadas (Trabalhista, Eleitoral e Militar), de modo que só se impõe sobre a do Judiciário Estadual¹⁸. Ou seja, a afirmação de que uma causa deve ser decidida pela Justiça Federal depende de *não* se tratar de matéria sujeita à competência originária do STF (CF, art. 102, I), do STJ (CF, art. 105, I) ou das demais Justiças da União (CF, arts. 114, 121 e 124). Mesmo internamente à Justiça Federal, os juízes de primeiro grau só terão competência quando a questão não estiver incluída entre as que exigem apreciação pelos Tribunais Regionais Federais (CF, art. 108, I).

Portanto, ainda quando fundadas em tratado, os pedidos de extradição (STF) ou de homologação de sentenças estrangeiras (STJ), as consultas eleitorais (Justiça Eleitoral), as ações sobre representação sindical (Justiça do Trabalho) e os mandados de segurança contra ato de TRF (TRF), para ficar com alguns exemplos, *não* serão de competência dos juízes federais. Em poucas palavras, as normas que fixam a competência dos Tribunais Superiores, das Justiças Especializadas e dos Tribunais Regionais Federais prevalecerão sobre o disposto art. 109, III, da Carta, quando incidam, em tese, sobre uma mesma demanda.

¹⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Competência cível da Justiça Federal*, 2006, p. 37.

A rigor, nada disso é novidade. Questão verdadeiramente tormentosa envolve os possíveis conflitos entre a competência das Justiças Federal e Estadual. Isso porque as atribuições dessa última são estabelecidas em caráter residual, de modo que, aparentemente, qualquer causa baseada em tratado deixaria a sua competência para encaminhar-se à esfera federal. Não é difícil perceber que essa interpretação hipertrofiaria a Justiça Federal. Para resolver esse problema, será necessário retomar a distinção traçada acima entre contratos internacionais, tratados-lei e tratados-contrato.

A questão é mais simples no caso dos contratos internacionais em que a República Federativa do Brasil, representada pela União, seja parte. Afirma-se isso não apenas porque, nesses casos, dá pouca margem à dúvida a segunda parte do art. 109, III, mas também porque a discussão sobre um contrato que repercuta sobre a sua esfera jurídica justifica a competência da Justiça Federal por aplicação do inc. I do mesmo art. 109, incidindo a competência *ratione personae*. Assim, se um credor internacional da República Federativa do Brasil – digamos, um banco estrangeiro – pretender cobrar em juízo, no Brasil, o cumprimento de um determinado contrato, a competência será da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I e III (segunda parte), da Constituição.

Mais complexa é a situação dos tratados. Em relação ao tema, a jurisprudência não parece muito segura. Confirmam-se abaixo algumas questões.

a) Sequestro internacional de menores

A mais importante matéria em que se observou a fixação da competência da Justiça Federal nas hipóteses de tratados-contrato diz respeito ao sequestro internacional de menores. Antes da vigência da Convenção da Haia Sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores¹⁹, a competência para julgar questões relativas ao tráfico internacional de menores recaía sobre a Justiça Estadual. Todavia, após a ratificação da Convenção, a jurisprudência tem afirmado a competência da Justiça Federal. Confira-se, nesse sentido, recente julgado do STJ:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA

¹⁹ Entrou em vigor com o Decreto nº 3.413/2000.

CUMULADA COM POSSE E GUARDA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR AJUIZADA PELA UNIÃO FEDERAL COM FUNDAMENTO NA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.

1. A conexão afigura-se entre duas ou mais ações quando há entre elas identidade de objeto ou de causa de pedir, impondo a reunião das demandas para julgamento conjunto, evitando-se, assim, decisões contraditórias, o que acarretaria grave desprestígio para o Poder Judiciário.

2. Demonstrada a conexão entre a ação de busca, apreensão e restituição e a ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva cumulada com posse e guarda, ambas com o mesmo objeto comum, qual seja, a guarda do menor, impõe-se a reunião dos processos para julgamento conjunto (arts. 115-III, e 103, CPC), a fim de se evitar decisões conflitantes e incompatíveis entre si.

3. A presença da União Federal nas duas causas, em uma delas na condição de autora e na outra como assistente, torna imprescindível a reunião dos feitos perante a Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal.

4. Ademais, o objeto de uma das demandas é o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional (art. 109, III, da Constituição Federal).

5. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal da 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado Rio de Janeiro, determinando-lhe a remessa pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ dos autos da ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva” (negrito acrescentado)²⁰.

No caso, tratava-se de ação ajuizada pela União, a fim de se desincumbir de obrigação estabelecida em tratado-contrato, qual seja: “dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita” (Convenção, art. 7º, f). Note-se que, ao menos nesse ponto, o tratado não cuida de fixar direito objetivo, mas apenas impõe ao Estado Contratante uma posição

²⁰ STJ, DJ 18.mar.2009, CC100345/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

subjetiva consistente em um *dever de dar início ao processo judicial com a consequente devolução da criança para ter o seu destino decidido pelo juízo da sua residência habitual antes da remoção/ retenção ilícita*²¹.

b) Poluição por óleo

O tema da proteção ambiental há muito deixou de ser preocupação pontual dos Estados para ocupar o centro das atenções da sociedade internacional. Não poderia ser diferente nos casos de poluição por óleo. Quanto ao tema, assume relevância a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição de Óleo²² (1969). Segundo o STJ, a incidência em tese da Convenção já seria suficiente para determinar a competência do juízo federal:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR CONTRA EMPRESA DE NAVEGAÇÃO. APURAÇÃO DE DANOS ECOLÓGICOS PROVOCADOS PELO VAZAMENTO DE OLEO COMBUSTIVEL DO NAVIO MERCANTE TANIA. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL EM DANOS CAUSADOS POR POLUIÇÃO DE OLEO. APROVAÇÃO PELO DECRETO LEGISLATIVO N. 74, DE 1976, PROMULGADO PELO DECRETO 79.437/77 E REGULAMENTO PELO DECRETO 83.540/79. COMPETENCIA DO JUIZO FEDERAL. NA HIPOTESE EM QUE A CONTROVERSIA VERSADA NA DEMANDA E REGIDA PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL EM DANOS CAUSADOS POR POLUIÇÃO DE OLEO, APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO 74/76, PROMULGADO PELO DECRETO 79.437/77, E REGULAMENTO PELO DECRETO 83.540/77, FIGURANDO AINDA O MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO POLO ATIVO DA AÇÃO, A COMPETENCIA PARA JULGAR E DO JUIZO FEDERAL (ARTIGO 109, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). CONFLITO DE QUE SE CONHECE, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUIZO FEDERAL DA 2. VARA EM SANTOS SJ/SP, SUSCITANTE. DECISÃO UNANIME” (negrito acrescentado)²³.

“CONFLITO DE COMPETENCIA. AÇÃO CAUTELAR, PREPARATORIA DE AÇÃO CIVIL PUBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. CAUSA FUNDADA

²¹ No mesmo sentido ver, e.g., STJ, *DJ*, 09.nov.2006, CC 64012, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; STJ, *DJ*, 25.out.2006, CC 64120, Rel. Min. Castro Filho; STJ, *DJ*, 18.mar.2009, CC 100345, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

²² Entrou em vigor com o Decreto nº 79.437/1977.

²³ STJ, *DJ* 10.out.1994, CC 10445/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.

EM TRATADO INTERNACIONAL. A AÇÃO CAUTELAR, PREPARATORIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, FUNDADA EM TRATADO INTERNACIONAL, PARA PREVENIR DANO AO MEIO AMBIENTE DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA FEDERAL (CF, ART. 109, III); ESSA COMPETÊNCIA E FIXADA EM FUNÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL DO PEDIDO, DE MODO QUE A APLICABILIDADE, OU NÃO, DO TRATADO INTERNACIONAL A ESPÉCIE DEPENDE DE JUÍZO DE MÉRITO A SER FEITO PELO JUÍZ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE FEDERAL, DEPOIS DE PROCESSADA A AÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O MM. JUÍZ FEDERAL SUBSTITUTO DA 2A. VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS” (*negrito acrescentado*)²⁴.

“COMPETÊNCIA. CONFLITO DANO AMBIENTAL. COLISÃO DO PETROLEIRO ‘PENELOPE’ CONTRA O PETROLEIRO ‘PIQUETE’, NO TERMINAL MARÍTIMO ‘ALMIRANTE BARROSO’. EMBARGOS DECLARATORIOS. EFEITOS MODIFICATIVOS. POSSIBILIDADE.

I – ACHANDO-SE A CONTROVERSIA REGIDA PELA ‘CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL EM DANOS CAUSADOS POR POLUIÇÃO DE OLEO’, CUJO TEXTO FOI APROVADO PELO DECRETO LEGISLATIVO N. 74, DE 1976, PROMULGADO PELO DECRETO N. 79.437, DE 28.03.77, E REGULAMENTADO PELO DECRETO N. 83.540, DE 04.06.79, COMPETENTE PARA JULGAR-LA E DO JUÍZO FEDERAL, NOS EXPRESSOS TERMOS DO ART. 109, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

II – EMBORA HAJA COMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 2. DA LEI N. 7.347, DE 04.07.85, COM O ART. 109, PAR.5 2. E 3., DA CONSTITUIÇÃO, COMO SUSTENTADO PELO ACORDÃO EMBARGADO, NENHUMA COMPATIBILIDADE EXISTE ENTRE O CITADO TEXTO LEGAL E O ART. 109, III, DAQUELA LEI MAIOR.

III – OS EMBARGOS DECLARATORIOS PODEM TER EFEITOS MODIFICATIVOS SE, AO SUPRIR-SE A OMISSÃO, OUTRO ASPECTO DA CAUSA TENHA DE SER

APRECIADO COMO CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA.

IV – NO CASO, O ACORDÃO EMBARGADO NÃO CONSIDEROU, AO DECIDIR A QUESTÃO SOBRE COMPETÊNCIA A APLICAÇÃO DA CITADA CONVENÇÃO INTERNACIONAL. DAI QUE, SUPRINDO-SE A ALEGADA

²⁴ STJ, DJ 19.ago.1996, CC 16953/SP, Rel. Min. Ari Pargendler.

OMISSÃO, IMPÕE-SE O RECEBIMENTO DOS EMBARGOS E, COMO DECORRENCIA INAFASTAVEL, DECLARAR-SE A COMPETENCIA DO MM. JUIZO FEDERAL SUSCITANTE, ISTO E, O DA 22A. VARA EM SÃO JOSE DOS CAMPOS-SP.

V – EMBARGOS DECLARATORIOS RECEBIDOS” (*negrito acrescentado*)²⁵.

Observe-se que, nesses casos, não estavam em jogo posições subjetivas da União ou da República. Em verdade, a Convenção constitui tratado-lei, na medida em que adota “*regras e procedimentos uniformes num plano internacional para definir as questões de responsabilidade e garantir, em tais ocasiões, uma reparação eqüitativa*” (preâmbulo). Sendo assim, a competência federal somente se justificaria (i) caso houvesse destacado interesse internacional na matéria e, ainda assim, (ii) somente se esse último fosse critério suficiente e autônomo para transferir o exame do tema à Justiça Federal.

c) Convenções sobre letras de câmbio e notas promissórias, adoção internacional de menores, alimentos e transporte aéreo

Quando o aspecto interno da norma é o principal, a competência da Justiça Federal é afastada, determinando-se o juízo competente a partir das demais normas de competência insculpidas na Constituição. A jurisprudência tem consolidado esse entendimento em contendas envolvendo diplomas internacionais que regulam desde títulos de crédito até o transporte aéreo, passando pela adoção.

Nas hipóteses envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória (LUG)²⁶, a competência da Justiça Estadual se dá por conta da pouca relação das lides com o plano internacional. A LUG é um tratado-lei, de modo que prevalece o caráter interno da norma, que afasta a competência da Justiça Federal. Não é incomum que os tribunais estaduais lidem com controvérsias relativas à LUG²⁷.

Diversamente do que ocorre com o sequestro internacional de menores, a aplicação da Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação

²⁵ STJ, DJ 10.mai.1993, EDcl no CC 2473/SP, Rel. Min Antônio de Pádua Ribeiro.

²⁶ Entrou em vigor com o Decreto nº 57.663/1966.

²⁷ TJRJ, DJ 07.ago.2009, AC 200900131711, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, TJRJ, DJ 01.jun.2009, AC 200900105805; TJRJ, DJ 04.out.2002, AC 200200206108, Rel. Min. Letícia Sardas.

em Matéria de Adoção Internacional²⁸ compete ao juízo estadual, fato que produz, talvez, alguma surpresa. Em uma análise mais detalhada, contudo, não é difícil perceber a razão da diferença. Com efeito, a aplicação da convenção de adoção não impõe, primariamente, deveres ou direitos aos Estados Contratantes, mas estabelece regras de direito objetivo a serem observadas para a adoção internacional de menores²⁹.

No caso da Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro³⁰ – Convenção de Nova York – verifica-se a mesma circunstância. Cuida-se de tratado-lei e, por isso, compete à Justiça Estadual processar e julgar casos fundados neste diploma³¹. Note-se que a competência da Justiça Federal é verificada no caso da Convenção de Nova York quando incide o art. 109, I, competência *rationae personae*, quando o Ministério Público Federal, instituição intermediária, ajuíza a ação.

O mesmo raciocínio se aplica ao Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados Partes do MERCOSUL³², que criou regras comuns sobre jurisdição e direito aplicável nos casos de acidentes de trânsito. A regulamentação dos aspectos jurídicos dos acidentes, embora constitua, secundariamente, interesse internacional, encontra-se muito mais afeta à jurisdição nacional e aos interesses internos. Desse modo, a disposição do art. 109, III, é afastada, de modo que a competência jurisdicional permanece com os Estados.

Outra situação interessante envolveu a Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional)³³. Em matéria de competência para processar e julgar lides relativas à responsabilidade civil do transportador aéreo, a

²⁸ Entrou em vigor com o Decreto nº 3.078/1999.

²⁹ A competência da justiça estadual infere-se a partir dos precedentes. Ver, nesse sentido, TJRJ, DJ 14.jan.2010, AC 00236916020088190001, Rel. Des. Edson Vasconcelos; TJRJ, DJ 14.dez.2009, AC 200900159973, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco; TJRJ, DJ 04.jun.2008, AC 200800103007, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim.

³⁰ Entrou em vigor com o Decreto nº 56.826/1965.

³¹ STJ, DJ 30.set.2009, CC 103390/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

³² Entrou em vigor com o Decreto nº 3.856/2001.

³³ Entrou em vigor com o Decreto nº 20704/1931. A competência da justiça estadual infere-se a partir dos precedentes. Ver, nesse sentido, TJRJ, DJ 14.jan.2010, AC 0023691-60.2008.8.19.0001, Rel. Des. Edson Vasconcelos; TJRJ, DJ 14.dez.2009, AC 2009.001.59973, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco; TJRJ, DJ 04.jun.2008, AC 2008.001.03007, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim. Sobre a aplicação da Convenção, ver *Boletim de Direito Internacional* nº 99.

jurisprudência revela o recente deslocamento da competência da Justiça Federal para a Estadual. Ocorre, porém, que a competência federal, inicialmente afirmada, não se devia à regra hoje prevista no art. 109, III, mas sim ao art. 125, IX, da Emenda Constitucional n° 01/69, que atribuía aos juízes federais a competência para apreciar “*as questões de direito marítimo e de navegação, inclusive a aérea*”. Mas essa regra deixou de vigor após a Emenda Constitucional n° 07/1977 e, por isso, a competência foi deslocada para a Justiça Estadual. Note-se que o atual art. 109, III, não foi empecilho a essa mudança, já que o tratado não envolve diretamente a relação do Brasil com outros Estados, de modo que – mais uma vez – os efeitos internos da norma são mais relevantes.

Como se vê, a jurisprudência não é muito sólida a respeito do tema. De todo modo, pode-se dizer que, em geral, a aplicabilidade de um tratado-lei não é suficiente para fazer incidir o art. 109, III, da Constituição de 1988. Isso porque se trata de espécie normativa, que institui direito objetivo a respeito de um assunto. Cumpri-lo é fazê-lo incidir sobre outras relações jurídicas. Já o inverso se passa com os tratados-contrato, cujo objeto imediato é a constituição de posições subjetivas para os Estados Partes. Eles não têm a pretensão de fixar normas gerais sobre um tema, buscam apenas criar relações jurídicas entre suas partes, estabelecendo deveres e direitos recíprocos. Seu aspecto mais saliente é a vinculação internacional direta dos Estados Partes. Ou seja, o Estado, por meio do tratado-contrato, se obriga a entregar, fazer, reduzir impostos ou obrigações similares, ao passo que pelo tratado-lei o Estado também se vincula, mas a sua obrigação consiste na aplicação do texto do tratado pelos órgãos estatais – como fariam com qualquer diploma legal.

Não é difícil compreender a lógica que subjaz a essa conclusão. No Brasil, o direito objetivo – qualquer que seja sua fonte – pode e deve ser aplicado por todos os juízes. Não faz sentido restringir a aplicação de tratados aos juízes federais. Por outro lado, quando está em jogo uma obrigação internacional da República, justifica-se a atribuição da competência à Justiça Federal – afinal, como as relações internacionais da República Federativa do Brasil são conduzidas pela União, nada mais adequado que atribuir a um órgão dessa última a solução dos litígios correspondentes a elas.

Essa conclusão é consentânea com a leitura feita recentemente pelo STJ a respeito do novo *incidente de deslocamento de competência*: em princípio, o cumprimento dos tratados de direitos humanos compete à Justiça Estadual, nos processos de sua alçada; o deslocamento para a Justiça Federal somente se justifica em casos excepcionais, nos quais haja “*demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal*”³⁴.

Conclusão

Como se viu, é bem mais complexa do que se imagina a definição da competência federal nos termos do art. 109, III, da Constituição. A solução mais adequada ao tema parece ser aquela fundada na distinção entre tratados-lei e tratados-contrato, de modo que a Justiça Federal é competente apenas para esse último caso, à semelhança do que ocorre em relação aos contratos internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. Não fosse assim, quase qualquer questão deveria ser submetida ao juízo federal, fazendo recair sobre ela um número assombroso de causas.

Dessa forma, o – negligenciado – art. 109, III, da CF exige, em sua aplicação, mais do que uma leitura rápida e a interpretação literal de seu conteúdo. Ao contrário, é necessário verificar a razão de ser da norma e os dispositivos que a precederam para torná-la compatível com o sistema de distribuição de competências e com a necessidade de adimplemento das obrigações internacionais do país. Por fim, é de se ressaltar que a distinção entre tratados-contrato e tratados-lei, embora criticada pela doutrina pela falta de utilidade prática, revela-se imprescindível nesse caso. Por vezes, não é boa ideia eliminar *a priori* quaisquer conceitos e construções doutrinárias.

³⁴ O IDC é previsto no art. 105, § 5º, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 45/04. O trecho transcrito pode ser encontrado em STJ, DJ 10.out.2005, IDC 1/PA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

COMMON LAW E CONSERVADORISMO

Fernando Quintana - Professor da CCJP/UNIRIO. Diretor da Escola de Ciência Política - CCJP/UNIRIO

Muitos sustentam que o conservadorismo não é propriamente uma ideologia, contudo não deixam de frisar como traço marcante de que ele representa uma resposta ao ataque contra a ordem social existente. Tal entendimento parece procedente, nesta reflexão sobre o conservadorismo pré-revolucionário na Inglaterra, se levamos em conta o esclarecimento feito por uma intelectual contemporânea, tida como progressista, que é inglesa:

Há que ter presente que nós, os britânicos, concebemos o conservadorismo de modo diferente a como o fazem os outros europeus, como resultado de nossa história política [...] A aceitação do governo constitucional e dos direitos individuais distingue a nossa tradição britânica [...] onde o conservadorismo está associado com o monarquismo [...] se o conservadorismo pode ser apresentado como uma ideologia, isso se deve a que deriva de um pequeno número de crenças e instituições que formam uma concepção do mundo coerente: pode-se estabelecer uma conexão entre estas crenças e a doutrina política conservadora (GOODWIN, 1988: 181-82).

Com base nessa observação inicial, procuramos então mostrar como essa ideologia modela a prática de atores num contexto histórico conhecido pela historiografia contemporânea como a “primeira revolução dos tempos modernos”: a Revolução Inglesa, e que aparece contemplado, em termos normativos no *Bill of Rights* de 1689 quando estipula que os lordes espirituais, temporais, bem como os cidadãos comuns declaram diante das novas Majestades seus *incontestáveis antigos direitos e liberdades do*

povo deste reino. Mais especificamente, trata-se de analisar a posição daqueles que defendem uma visão insular/particularista desses direitos: só para os ingleses, para os membros do reino ou, ainda, de que não existem direitos (propriedade, segurança e liberdade) fora daqueles consagrados pela *common law*, ou seja, a *lex non scripta* e *scripta*, pareceres dos tribunais reais ou ordinários, estatutos do monarca (*statutes*) e leis do Parlamento (*Acts of Parliament*).

Mas, antes de entrarmos no estudo dessa ideológica que acompanha e anima os eventos pré-revolucionários do século XVII inglês, convém abordar brevemente aspectos do fenômeno revolucionário na modernidade e, isso com o intuito de melhor enquadrar o exemplo em exame. Esta seção introdutória é completada ainda com a apresentação de um movimento intelectual ou cultural da época, o legalismo, uma vez que guarda estreita relação com a *common law* e a ideologia conservadora.

Em relação ao fenômeno revolucionário na modernidade, a obra de Hannah Arendt, *On revolution*, é importante porque além de mostrar o significado original do termo, aponta as diferentes modalidades que assume em vários países. Originalmente, diz a autora, o conceito de revolução concerne às ciências da Natureza - associado à astronomia de Copérnico e seu *De revolutionibus orbium coelestium* (século XVI). Assim, o conceito, no sentido etimológico, original da palavra (*revolutio*) diz respeito ao movimento cíclico, de rotação dos corpos celestes, dos planetas que “fazem revolução” em torno do Sol. É assim, mas com variações, que o encontramos também na Antiguidade com o pensador Políbio, que usa a expressão *anaciclose* (teoria dos ciclos) para indicar justamente a contínua e repetida sucessão dos regimes políticos. Nesse contexto, identificar alguma ideia razoavelmente próxima daquela moderna de revolução era uma impossibilidade, em razão da forma cíclica como o tempo era percebido. Para os antigos, as mudanças nada mais eram que alterações de estágios de um mesmo ciclo, de uma circularidade perene e recorrente. A mudança limitava-se à repetição do mesmo, nunca se aproximando da irrupção do novo.

Para Arendt, nada está mais longe da acepção original do termo revolução do que o sentido que lhe conferem os atores da revolução moderna (EUA, França, Rússia), que se consideram agentes de um processo

que marca o fim definitivo de uma ordem antiga e o nascimento de um novo mundo. Com efeito, a palavra revolução não aparece, na sua acepção original, associada com o que nesses países é identificada: criação de algo novo, transformação total das estruturas de governo, etc. Esse novo significado do conceito, segundo a autora, dá-se posteriormente quando passa paulatinamente a ser empregado em referência a uma mudança que, ao invés de cíclica, é novidosa. A concepção moderna de revolução ligada à ideia de que o curso da história, bruscamente, recomeça de novo, de que uma história totalmente nova, uma história jamais conhecida ou jamais encontrada vai acontecer é totalmente desconhecida, arremata a autora, antes das duas grandes revoluções (norte-americana e francesa) (ARENDE, 1967:36-37). Já para o historiador inglês Christopher Hill, o traço marcante da Revolução Inglesa em relação a outras revoluções modernas radica também no fato dela carecer de uma ideologia revolucionária:

Havia, é claro, muitos descontentamentos no plano intelectual, religioso e político, mas, antes de 1642 (início da 1ª Guerra Civil), eles não haviam se cristalizado sob a forma de uma teoria revolucionária ou em torno da ideia de que talvez fosse necessária uma mudança fundamental. Os líderes do parlamento, no início da década de 1640, acreditavam-se os verdadeiros conservadores e tradicionalistas [...]. Assim, enquanto as trindades das últimas revoluções - liberdade, igualdade, fraternidade [França]; paz, pão, terra [Rússia] - exigiam algo novo, algo pelo qual se devia lutar e que se alcançaria no futuro, a trindade dos revolucionários ingleses - religião, liberdade e propriedade - pretendia defender aquilo que já existia ou que se acreditava que existisse (grifo do autor) (HILL, 1988: 188).

Do exposto resulta, então, que a palavra revolução quando empregada no século XVII na Inglaterra não está associada a uma transformação/renovação completa e permanente das instituições; e, sim, pelo contrário, ao sentido original, de retorno cíclico. De fato, no transcurso do tempo pode-se observar que as instituições inglesas não estiveram sujeitas a torções radicais, mas que seguem sempre uma sequência própria de adaptação e evolução segundo o ritmo imposto pelos acontecimentos.

Assim, a Revolução Gloriosa de 1688, por exemplo, pode ser vista como um evento cuja magnitude e fatalidade deviam-se a um destino fundado “astronomicamente”; que o *Bill of Rights* de 1689, ao invés de um ato

legislativo que instaura um novo regime de liberdades, como um documento declaratório de direitos preexistentes, o que evidencia que os eventos em curso eram considerados uma “revolução dos astros”. Pode-se afirmar, também, em termos gerais, que os acontecimentos dessa época correspondem a uma *revolução-restauração-conservação* da antiga e verdadeira monarquia limitada, que se corrompera durante o absolutismo Stuart (século XVII). Ela foi, assim, *gloriosa* na medida em que essa restauração, a da monarquia limitada, trouxe, também, consigo a recuperação dos antigos direitos e liberdades dos ingleses:

[...] a denominada “Revolução Gloriosa” de 1688 [não foi] uma verdadeira revolução. Tratava-se, isso sim, de um complemento da Revolução de 1640, pois como ela, ou mais especialmente com a Declaração dos Direitos (Bill of Rights), consolidava-se o Estado burguês criado pela Revolução anterior. Era uma “Revolução Gloriosa”, porque na apresentou as condições sociais, as radicalizações extremistas e democratizantes que marcam indelevelmente o movimento anterior. Em suma, uma Revolução sem sangue (grifo do autor) (ARRUDA: 2006: 88).

A Revolução Inglesa comporta dois momentos. A primeira fase, o “ensaio geral”, árduo e violento enfrentamento que corresponde às duas Guerras Civis¹ e à queda da - primeira - monarquia Stuart: a *Revolução Puritana* (1648). A segunda fase, o suave e pacífico “golpe final”: a *Revolução Gloriosa* ou *Sensata* (1688) porque processada sem guerra civil - que leva à derrocada definitiva do absolutismo Stuart que havia sido restaurado. Cabe acrescentar, ainda, que entre a primeira queda dos Stuarts e a restauração de seu poder (1649-60), que procura dar as costas às conquistas revolucionárias obtidas até então, vigora o *interregnum*, período republicano (o *commonwealth*)

¹ A primeira Guerra Civil (1642-46), marcada pela violência, dividiu o país em dois partidos: o *monárquico* e o *parlamentar*. No primeiro, alistavam-se os partidários do rei, em sua maioria anglicanos em cujas fileiras figuravam os membros da grande nobreza, composta de nobres da grande propriedade rural, titulados (duque, marquês, conde, visconde e barão) e de cortesãos (conselheiros do rei). Do outro lado, o partido pró-parlamentar integrado por puritanos e proprietários agrários da pequena nobreza (*gentry*). Engrossavam suas fileiras os comerciantes da *City*; os *roundheads* (cabeças redondas) e outros grupos de extração inferior: artesãos, lojistas, aprendizes. O conflito teve início quando o arcebispo Laud, apoiado por Carlos I Stuart, tentou impor aos calvinistas escoceses ou presbiterianos um livro de preces comum. Encolerizados com a iniciativa de forçar-lhes a liturgia anglicana (de inspiração católico/papista), os presbiterianos pegam as armas; bem como os calvinistas puritanos independentes - ambos grupos religiosos partidários da supremacia parlamentar. A Guerra Civil foi combatida pelo Novo Exército liderado por Cromwell.

no qual governa Oliver Cromwell autocraticamente como *Protetor*². Para alguns: a primeira ditadura revolucionária da história. Pois bem! Apesar de todos esses fatos transformadores, e até violentos como a Guerra Civil (850.000 mortos) e o regicídio (Carlos I Stuart: 1649), mas também marcados pela reação, a Restauração Stuart, a maioria da historiografia contemporânea continua a salientar como característica principal da história institucional da Inglaterra o seguinte:

Quanto às instituições políticas do país, em certo aspecto, a história britânica é o registro normal de assassinatos, deposições, rebeliões, abdições e proscições. Em outro aspecto mais importante, as instituições básicas se desenvolveram independentemente, derivadas de suas predecessoras ou paralelamente a elas. A continuidade dessas instituições constitui desde logo o fato supremo na evolução histórica do Reino Unido e ao mesmo tempo o supremo enigma [...] o fato é que, no passado como hoje em dia, amplas partes da Constituição eram protegidas somente pelo costume e pela tradição. Até mesmo um rompimento violento e radical 1649-60 terminou com o cancelamento de todas as leis promulgadas nesse breve interregno, e a restauração [na forma] dos arranjos políticos anteriores (FINER, 1981: 133).

Assim, vários historiadores não param de advertir em relação ao período de “sangue e confusão” que marcam a década de 1640 na Inglaterra: que eles não foram planejados pelo Parlamento; que por mais enfurecidos que os homens estivessem não tinham desejado nada disso porque todos eram profundamente conservadores. O que então queriam de fato? É fácil ver o que eles queriam: não queriam tutela, provisionamento, impostos, monopólios, taxas extraordinárias, nem tribunais de exceção, clericalismo e Câmara Estrelada³ (TREVOR-ROPER: 2007: 346-347).

² Cromwell, General-de-Exército, combateu o rei Carlos I até sua rendição (1646) e venceu novamente as forças realistas, a segunda Guerra Civil (1648). Após a execução de Carlos I, a abolição do primeiro reinado Stuart e fortes disputas contra os grupos mais radicais da Revolução (*Levellers* e *Diggers*) dos quais se serviu de forma oportunista, o Lorde-General substituiu o Parlamento por uma nova Assembleia (o *Barebones Parliament*) dominada por fanáticos religiosos que, entretanto, manda fechar. Em 1653 recebeu o título de *Lorde Protetor da Inglaterra, Escócia e Irlanda*, cargo que ocupa até sua morte (1658).

³ Tribunal judiciário do conselho privado do rei que, durante o período Stuart, aplicava penas até de mutilação, como foi, por exemplo, o caso de William Prynne (1600-69), puritano fervoroso, condenado a perder as orelhas por ter criticado a rainha Henriqueta Maria (mulher de Carlos I), ou John Lilburne (1614-57), também puritano fervoroso, líder dos *Levellers* e crítico da dinastia Stuart seu corpo sendo flagelado com chicotes nas costas e arrastado por um carro de boi.

Já em relação, mais especificamente, aos acontecimentos de 1688-89, a historiografia se satisfaz, também, com a advertência de que é preciso guardar cautela ao designar esses eventos, conhecidos também como a *Great Rebellion*, como revolucionários; eles se limitaram, acreditam, a evitar o extremismo do governo puritano (Cromwell) como o do poder real (Stuart); quanto na opinião de outros até sustentam não ter havido mesmo revolução alguma:

A revolução de 1688 não foi precipitada por inquietação social ou alguma crise econômica, e por isso não se enquadra nos critérios convencionais das revoluções, razão pela qual alguns historiadores revisionistas negam que ela tenha sido algo mais do que um golpe palaciano. A Inglaterra estava tranquila e próspera quando aconteceu. Os eventos de 1688-89 foram na verdade um clássico golpe de Estado conduzido por políticos com o apoio de uma nação que não queria um governante católico, e tirou vantagem da impopularidade do rei católico (Jaime II Stuart) para se livrar dele e colocar em seu lugar dois protestantes resolutos (Guilherme e Maria) de quem arrancaram concessões políticas críticas como o preço do trono (PIPES, 2001:182-183).

A Revolução Inglesa é precedida pela reivindicação de uma série de direitos e liberdades que, seguindo o historiador inglês Lawrence Stone, em Causas da Revolução Inglesa, encontram suporte num movimento intelectual ou cultural da época, o legalismo, que serve para o enfraquecimento dos primeiros Stuarts. Trata-se, portanto, na opinião desse estudioso de um movimento que se desenvolve com base num ensino jurídico praxístico desvinculado do Estado, das escolas de direito (inns of court), onde advogados e juizes introduzem os alunos nas artes de um direito antiquário: a ancient constitutio. A ênfase desse legalismo antiquarista está ancorada na ideia de gradualismo, de mudança imperceptível pelo hábito, de consentimento tácito, de prescrição e adaptação. Desse direito antiquário faz parte notadamente o direito não escrito, os pareceres dos tribunais reais que, quando desenvolvido nas escolas de direito e usado pelos tribunais ordinários/inferiores no século XVII, no período Stuart, servem para opô-los ao poder, exorbitante, dos tribunais régios⁴ e ao emprego, pela coroa, dos poderes

⁴ As *prerogative courts* eram cortes ou tribunais de prerrogativas, isto é, de direta emanção régia, reintroduzidos pelos Tudor e pelos primeiros Stuarts em virtude do conjunto de poderes reservados ao soberano britânico. Cabe reiterar por sua arbitrariedade e crueldade, durante o reinado Carlos I Stuart, a Câmara Estrelada, tribunal de justiça civil e criminal que funcionava sem júri, e aplicava, como vimos, penas cruéis. Ela se converteu na principal arma política da monarquia absoluta Stuart contra as revoltas, sendo extinta pelo Parlamento Longo em 1641.

*prerrogativos*⁵. Sendo assim, o legalismo torna-se uma poderosa força independente que recorre ao passado para demonstrar a antiguidade de certos direitos, em particular, o de propriedade sistematicamente violado pelos primeiros Stuarts quando tributa os proprietários ou subordinam seus interesses ao seu próprio. Infiltrado no Parlamento inglês e calcado em precedentes normativos, sobretudo não escritos, o legalismo transforma-se durante tal período uma das principais armas em defesa dos direitos e liberdades dos ingleses, sobretudo dos membros do grupo social em ascensão na época: a pequena nobreza ou gentry⁶.

Devido à “afinidade eletiva” que a ideologia conservadora pré-revolucionária mantém com esse movimento, priorizaremos aspectos deste último na medida em que contribui ao desenvolvimento de uma “ideologia secular”, baseada no respeito ao passado, que visa principalmente a proteção do direito à propriedade, segurança e liberdade, em particular, durante o despotismo dos primeiros Stuarts.

Um dos expoentes mais importantes da ideologia conservadora-tradicionista na Inglaterra setecentista foi o pré-revolucionário *common lawyer* Sir Edward Coke (1552-1643), que, convencido do caráter inglês do direito inglês e de que só o inglês é a *common law*, opunha-se ao absolutismo do - primeiro - Stuart (Jaime I), em discurso de 1605 diante da Câmara dos comuns, nos seguintes termos:

Nenhum súdito neste Reino, ao menos que tenha conhecimento do seu patrimônio, do seu direito inato antigo e incontestável irá consultar os sábios e leais conselheiros [do rei] para recuperar esse direito. As antigas e admiráveis leis da Inglaterra constituem o direito inato e a mais antiga e melhor herança que possuem os súditos deste reino, pois através delas podem desfrutar não só de seu patrimônio em paz e em tranquilidade, mas também usufruir de

⁵ A *praerogative regis* é uma prática medieval que, em princípio, cobria aquela área da constituição que não estava bem definida, permitindo ao rei empregar um poder a ela residual para fazer face a imprevistos e prover a defesa da pátria (*salus populi*). Essa “reserva de poderes” foi utilizada de forma abusiva pelos primeiros Stuarts: Carlos I nos onze anos em que reinou sem Parlamento (1629-40) praticamente só se baseou nela.

⁶ A *gentry* era a pequena nobreza, *nobilitas minor*, que se distinguia da *nobilitas maior*, ou grande nobreza, que até então era mais rica e poderosa. A *gentry* era formada pelo *gentlemen*; o que definia um gentleman era o fato de só trabalhar com as mãos em atividades recreativas, nunca para o próprio sustento. Para ser gentleman (fidalgo, cavalheiro, gentil-homem) bastava portanto um brasão e uma propriedade rural (com solar ou mansão), levando uma vida gentil, isenta do trabalho manual e de suas penas. Essa qualidade chamava-se *gentility*.

sua vida e de seu amado país com segurança, receio que a muitos falta um verdadeiro conhecimento deste antigo direito inato (grifo nosso) (COKE, 1600-15 apud HILL, 1992: 346-347).

Quando Coke fala em *lei antiga* e *direito inato* não está se referindo a outra coisa que a *lex scripta* e *non scripta* (a antiga constituição inglesa) e a direitos e liberdades por elas consagrados que outrora limitavam a autoridade arbitrária dos reis. Essas leis são basicamente a *lei do país*, a Magna Carta e a *lei da terra*, os pareceres dos tribunais reais. Ambos fazendo parte da *ancient constitutio*, a constituição fundamental ou imemorial porque baseada na firme convicção da existência de um direito costumeiro, ao qual constantemente se faz referência e se tiram os precedentes, as máximas e os princípios, e do qual se afirma que escapa a qualquer intervenção arbitrária do monarca. Assim, o apelo ao passado erige-se, em Coke, no principal argumento contra as arbitrariedades cometidas pelos primeiros Stuarts (Jaime I e Carlos I: 1603-48).

Em relação àquele documento tido como o “grande e inaugural momento da história constitucional inglesa”; o “primeiro documento da nação que permitiu conferir-lhe sua posterior identidade”, a “fonte das liberdades inglesas”, a *Magna Charta Libertarum* de 1215 cabe destacar que traz dispositivos que visam, principalmente, ao resguardo à propriedade, vez que o monarca encontrava-se impedido de exigir o pagamento de tributos sem o devido consentimento (*non taxation without representation*) dos estamentos sociais predominantes na época: a nobreza eclesiástica e secular (*lords spirituals and temporal*), reunidos em conselho comum (*consilium comune*).

Esse dispositivo, baseado no lema “nenhuma imposição sem representação”, tal como confirmado em 1297 ordenava que em nenhum caso o rei ou seus herdeiros podem tomar ajudas ou prestações senão mediante o consentimento comum dos conselhos, a exceção das ajudas antigas e prestações devidas e acostumadas. O princípio foi afirmado na famosa declaração feita pelo monarca, em 1467, aos comuns: “proponho viver à minha própria custa e não sobrecarregar meus súditos a não ser por causas grandes e urgentes”. Com isso queria dizer que arrecadações

⁷ As citações de Coke, *Law Reports* (1600-15) e *Institutes* (1628-42), foram extraídas de C. Hill. *Origens intelectuais da revolução inglesa*, ed.cit.

de impostos eram reservadas para emergências; em tais situações, o rei tinha que reivindicar necessidade urgente para defender seus domínios e depois obter o consentimento do “povo” taxado (PIPES: 2001: 157). A esse respeito, comentando a confirmação da carta régia de 1215 o constitucionalista Coke diz:

Através dela se estabelece que toda ajuda ou prestação deve ter dois propriedades especiais; uma na sua criação: que deve ser dada por consentimento comum de todo o Reino no Parlamento; e outra na sua execução: que deve ser dada e empregada para benefício comum do Reino e não para interesses privados ou de outra classe.

Em relação à resistência nobiliária no início do século XIII, cabe destacar que longe de desejar destruir o governo central, implicou, contudo, por em prática um esquema dualista de poder. Por um lado, a representação fundamental do corpo social ao nível político, que ficava com a coroa - com base nos fundamentos tradicionais da realeza -, mantendo seu caráter de representação formal e, por outro lado, estamentos sociais (lordes temporais e espirituais) que buscavam estabelecer instâncias de controle e delimitação das prerrogativas desse centro de poder, colocando-se fora dele. Em relação ao parlamentarismo pré-moderno pode-se afirmar então que o papel da autoridade política central permanece em poder do monarca enquanto o parlamento (o Conselho do Reino) funciona sobretudo como instrumento de contenção deste pelo que o sistema político, na opinião de vários estudiosos, converte-se em *dualista*.

Assim, a principal exigência de 1215, resumida no brocardo jurídico “de que não existe taxação sem representação”, além de proteger o direito de propriedade e constituir um freio à autoridade real, torna-se um importante precedente da representatividade política: uma das grandes descobertas dos governos da Idade Média. Esse sistema, o da representação, faz com que monarcas convoquem conselhos consultivos que nada tinham de democrático: a presença nos conselhos era um dever, não um direito. Na Inglaterra, a convocação dos conselhos para o consentimento de impostos era uma formalidade administrativa e não de direito. Contudo, com o correr do tempo essa prática se estende a todo grupo que tem algum interesse e quer participar, ou seja, ser representado (PITKIN, 1969: 1-3).

O princípio de que não existe taxaço sem consentimento e/ou representaço, cujo antecedente se encontra no direito do *suzerain* de obter ajuda financeira de seus vassalos em casos urgentes, correspondia, ademais, às máximas encontradas nos tratados do direito feudal do tipo: que as decisões importantes devem ser tomadas em público; que os costumes não podem ser modificados sem o consentimento geral; que tudo que diz respeito ao interesse de todos deve ser aprovado por todos. Tais princípios fazendo com que os governos encontrem neles (os parlamentos feudais: o conselho do reino) o meio através do qual as classes possuidoras e politicamente ativas dão seu consentimento a questões em que estava em jogo o interesse geral (STRAYER, 1979: 96-97).

Dentre outros dispositivos da Carta Magna de 1215 cabe destacar: o *due process of law* em estreita relaço com a propriedade ao proclamar que “Nenhum homem livre será privado de seus bens, senão mediante um julgamento legal de seus pares ou segundo a lei da terra”; e também no sentido de segurança jurídica ao determinar que “Nenhum homem livre será detido ou preso, banido ou de algum modo, prejudicado, senão mediante um julgamento de seus pares ou segundo a lei da terra”. Ademais, em reforço desse direito, a Grande Carta institui o tribunal do júri; a proporcionalidade entre delitos e penas; o direito de petiço no sentido de que o rei tem um poder-dever de fazer justiça assim que solicitado pelos súditos; bem como o direito de ir e vir ou de locomoço. Esse conjunto de direitos e garantias sendo retomados pelas *confirmatio chartarum* (1225-97; 1467) e, por vários outros documentos tais como a Petiço de direitos (1628); a Grande Reclamaço (1641)⁸; a Lei de Habeas-Corpus (1679)⁹; e, notadamente o *Bill of Rights* de 1689.

Em todos os casos, trata-se do apelo ao passado, a Magna Carta, com a

⁸ A *Grand Remonstrance* foi numa exposiço das queixas da naço contra o rei (Carlos I): uma lista de atos ilegais por ele praticados e condenados pela Câmara dos comuns. Ela representou, igualmente, um programa de reforma constitucional, uma vez que procurou estabelecer um controle parlamentar sobre o executivo. A intransigência em dar cumprimento a essas reclamaço contribuiu, em grande parte, para desencadear a Guerra Civil

⁹ O *Habeas-Corpus Act* foi votado pelo Parlamento inglês instituindo oficialmente a garantia judicial de proteço da liberdade individual contra as detençoes arbitrárias. Já formulado, embrionariamente, na Carta Magna e na Petiço de direitos, sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida em razão da inexistência de adequadas regras processuais. A Lei veio, assim, corrigir esse defeito e confirmar o princípio de que “são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário [*remedies precede rights*]” (COMPARATO, 1999:73).

finalidade de estabelecê-lo solidamente no presente. Em tais circunstâncias, não se trata de destruir a continuidade das instituições vigentes, mas remediar as injustiças e os erros cometidos pelo monarca e clero oficial, o Estado episcopal Stuart, o objetivo não era portanto criar instituições, mas sobretudo melhorar ou aperfeiçoar o funcionamento das mesmas ao tributar os súditos sem consentimento, lançar pessoas à prisão sem processo ou restringir a liberdade de pensamento e/ou expressão. Ou seja, cada vez que se tornava necessário estabelecer um limite à prática discricionária e arbitrária dos tribunais prerrogativos, reais e eclesiásticos, que, atuando fora da lei, acenam como uma ameaça constante à propriedade, à segurança e à liberdade dos súditos ingleses.

De forma idêntica, a *lei da terra*, ou seja, a lei não escrita, baseada na jurisprudência ou pareceres dos tribunais ordinários ou inferiores que se relaciona, mais especificamente, à transferência de bens imóveis numa sociedade agrária-feudal em forte transformação: a nova sociedade mercantil no século XVII, o que significa, notadamente, acolher às demandas provenientes dos membros da pequena nobreza ou *gentry*, em clara ascensão. Mas, para que isso ocorresse, todavia, era preciso firmar a supremacia desses tribunais ordinários sobre os tribunais prerrogativos reais com os quais rivalizava, sobretudo, no primeiro período Stuart. A esse respeito, o seguinte comentário sobre tal rivalidade:

Estes tribunais (prerrogativos) estavam submetidos a um controle régio maior do que o exercido sobre os tribunais de direito consuetudinário, utilizavam procedimentos mais rápidos e baratos e dispunham de funcionários mais preocupados com a administração rigorosa da justiça do que com a preservação de arcaísmos legais absoletos. Mas os tribunais de direito consuetudinário sobreviveram, e com eles a suas tradições, que iriam desempenhar um papel de primeira grandeza nas futuras lutas políticas (STONE, 2000: 122).

Nesse pormenor, a contribuição de Coke é decisiva, na medida em que procura fazer da *common law*, dos pareceres ou voz dos tribunais ordinários ou comuns, uma jurisdição exclusiva (*comune ley*), a suprema jurisdição do reino que protegia outrora o antigo direito de propriedade, conseguindo adaptá-lo ao nascente direito comercial moderno. A esse respeito salientam comentadores do jurista inglês: Coke assegurou à

common law o controle e o desenvolvimento de um direito no contexto de uma sociedade em forte mudança. Esse entendimento pode ser reforçado nas palavras do próprio advogado quando afirma retoricamente, em *Law Reports*, que o principal propósito de seu trabalho é assegurar o *bem comum através do apaziguamento e confirmação da propriedade de muitos*. A relevância do direito de propriedade e a íntima relação que guarda com outros precedentes normativos podendo ser ilustrada, ainda, na seguinte observação:

[...] a resistência política ao absolutismo dos primeiros Stuarts era impulsionada pela defesa da propriedade, que adquiria uma dimensão política. A oposição parlamentar que surgiu sob Jaime I e explodiu em rebelião sob o seu sucessor (Carlos I) não só insistia que o rei convocasse os parlamentos e honrasse a autoridade destes na taxaço com base em precedentes históricos ou no princípio constitucional, mas principalmente invocasse estes precedentes e este princípio (não existe taxaço sem representa o) para assegurar a inviolabilidade da propriedade (PIPES, 2001:170).

Resulta disso que o direito de propriedade erige-se numa das principais exigências dos súditos ingleses, em particular, dos membros da *gentry*, servindo como plataforma para a reivindica o de outros direitos. Como diz Hannah Arendt, em *On revolution*, ao destacar a relevância do brocado jurídico de que no existe taxaço sem representa o: nós temos dificuldades para perceber a grande força desse princípio já que a rela o estreita da propriedade e da liberdade não se deu naturalmente. No período anterior ao século XVII e depois dele a fun o das leis não é garantir as liberdades, mas proteger a propriedade. Ou seja, era a propriedade, e não a lei enquanto tal, que garantia a liberdade. A liberdade não podia ser exercida se a propriedade não for a sua condi o.

A tarefa empreendida por Coke foi além da defesa da propriedade e da segurança individual (o devido processo legal). Exemplo disso a crítica ao juramento *ex officio* (prestar juramento para incriminar-se a si mesmo) tal como praticada pelos tribunais prerrogativos durante os primeiros Stuarts. De fato, entende que essa prática contrariava o direito à liberdade de pensamento, respeitado pelos tribunais ordinários da *common law*. Tal atitude contribuindo para afirmar outro princípio “de que um homem livre pode ser acusado apenas de palavras emitidas e atos concretos”, não

podendo os juízes julgar um homem fundamentados em juras e intenções - que não excedem os limites de sua esfera interna. Ademais, na disputa entre a coroa e as liberdades dos ingleses, Coke não para de questionar o pretendido direito do monarca de encarcerar indefinidamente os súditos, sem processo, apelando, com ênfase, às cláusulas da Grande Carta. Mais especificamente, à famosa cláusula 41 do documento tal como confirmada em 1225: “Ninguém pode ser coagido por sugestão do Rei ou seu Conselho, salvo por acusação ou apresentação dos homens bons e competentes”.

O apelo à lei do país, a Magna Carta, e à lei da terra, a *common law* dos tribunais inferiores/ordinários, é constante na longa trajetória de Coke enquanto jurista e homem público. Tal atitude se intensifica desde quando se torna um dos principais opositores do absolutismo Stuart, no Parlamento. De fato, em sucessivos discursos proferidos na época, o jurista reporta-se com admirável reverência à Grande Carta (que tinha o mérito segundo ele de ter sido confirmada por mais de trinta parlamentos), bem como à prática judicial dos tribunais ordinários da época destacando que a força deles provinha do peso do tempo, do costume, ou seja, da prescrição. E foi graças à incansável atividade de defensor da antiga constituição inglesa que conseguiu consolidar, principalmente, o direito de propriedade para setores cada vez mais amplos da sociedade, em particular, vale reiterar, os membros da *gentry* - aliada a comerciantes ricos. Uma classe, no dizer de Marx, que passará a “dominar de fato as diversas esferas da sociedade civil” apesar da aristocracia latifundiária governar oficialmente.

Com base nessas duas fontes do direito costumeiro (escrito e não escrito) poder-se-ia falar, então, de uma *tradição* segundo a qual a lei do país como a lei da terra constituem um conjunto de práticas normativas, aceitas aberta ou tacitamente, que, por sua continuidade em relação ao passado, afirmam e consolidam direitos dos ingleses, em particular, repita-se, o de propriedade. Sobre a relevância desse direito, ela pode ser ilustrada no seguinte comentário: a lei comum dos séculos XII e XIII e depois deles é em grande parte a lei da terra e das posses, a lei dos direitos e serviços de propriedade juntamente com as normas de procedimento para a administração da justiça. Um olhar dirigido à Magna Carta ou a alguma coletânea de textos de direito consuetudinário revelará a relação dominante

com os direitos da terra, a posse legítima da terra, os serviços devidos pela posse permanente, ou arrendamento da terra, os benefícios da terra, os encargos da terra, e os danos da terra.

As posições adotadas por Coke, elas são relevantes para evidenciar sua desconfiança conservadora das mudanças - o que não implica sua adaptabilidade a novas situações. A defesa dos direitos fazia do jurista um conservador cético porque nenhuma novidade poderia ser admitida sem antes verificar se a contrariava. A mudança ficava resguardada somente para o caso de inoperância do próprio costume como guia, ou seja, quando fosse manifestamente desvantajoso para a sociedade, em particular, cumpre lembrar, para os setores sociais que defendia: a *gentry*.

Para o constitucionalista havia um grande risco em se alterar o direito oriundo da voz dos tribunais, que havia sido purificado e aperfeiçoado ao longo de sucessivas épocas pelos mais sábios dos homens: os juízes. A natureza da atividade judicial não era portanto prioritariamente teórica: ela era discernimento prático que resultava da correta percepção das circunstâncias (no sentido de conjuntura-histórica, *hic et nunc*, quanto de vantagem: *convenience*) - de cada um dos casos *sub judice*. Nesse contexto pode-se afirmar que a constituição desenvolvia-se *ad hoc*, mediante adaptação, primeiro a um problema imediato, depois a outro. As atividades dos profissionais da *common law* (juízes, advogados) eram as de homens práticos diante de problemas práticos, que, com base nos registros disponíveis do passado e por meio de longos estudos e muita experiência, aplicavam o precedente normativo que melhor lhes servisse. Para esses profissionais, práticos do direito, os precedentes judiciais (*cases*: casos julgados) foram sempre de uma grande utilidade para a defesa dos interesses que lhes eram confiados.

O direito produzido pelos tribunais da *common law* cobra importância na medida em que se torna o principal refúgio na defesa dos direitos dos ingleses, sobretudo quando o Parlamento deixa de ser convocado regularmente (como foi o caso durante o reinado de Carlos I Stuart em que passou onze anos sem ser chamado: 1629-40). A importância que Coke dá à supremacia da lei, oriunda também da voz dos tribunais ordinários, faz que coloque *a soberania nas mãos dos juízes*, que a autoridade do rei fique sujeita a essa voz. Esse direito, fundado na

jurisprudência, importa insistir, representava para o *common lawyer* inglês o acervo do saber jurídico criado pela prática, a tradição, e portanto constituía também outra fonte da lei. Para o jurista todo estava governado pelo precedente, ao que se acrescenta, a chamada razão “prática”/decisória do juiz. O falho judicial (que faz parte da lei) torna-se supremo por que a constituição política depende dele. De fato, é o tribunal que estabelece se uma lei promulgada pelo Parlamento é ou não justa ou se o comando do monarca (*satute*) é ou não justo. A revisão judicial da constitucionalidade das leis e decisões sendo uma ideia comum entre os advogados da época de Coke, e isso contra o absolutismo dos primeiros Stuarts em que predominava a fórmula lapidária *a Deo rex, a rege lex* (o rei vem de Deus, a lei do rei).

Ou seja, tratava-se de um soberano que, seguindo Kantorowicz: *Os dois corpos do rei*, teria uma dupla vida, a “natureza geminada do rei”, um corpo humano, natural, mortal, e um supercorpo, sobrenatural, imortal. Essa segunda natureza fazendo com que o rei se coloque fora ou acima de seu reino. A esse respeito, vale reproduzir parte do discurso do primeiro Stuart (Jaime I) diante do Parlamento inglês em 1610:

Os reis são com razão chamado deuses porque exercem um poder que é assemelhado ao poder de Deus sobre a terra. Porque se vós Lordes considerardes os atributos de Deus, vós vereis como eles se adéquam à pessoa do rei. Deus tem poder para criar ou destruir, para fazer e desfazer conforme lhe aprouver, para dar vida ou enviar à morte, para julgar e para não ser julgado nem responsabilizado por ninguém [...]; e a Deus são devidos corpo e alma. Poderes semelhantes têm os reis: eles podem fazer ou desfazer seus súditos; têm o poder de elevar e deprimir; de vida e morte; são eles juizes de todos seus súditos e em todos os casos, sem serem responsáveis ante ninguém, exceto Deus. E tem poderes para exaltar as coisas baixas e rebaixar as altas, assim como o de tratar os súditos como os homens às peças de um jogo de xadrez: um peão toma um bispo ou um cavalo [knight]. E também pode valorizar ou depreciar seus súditos como faz com o dinheiro. E ao rei é devida tanto a afeição da alma quanto os serviços dos corpos de seus súditos (TANNER, 1930 apud BRUM TORRES, 1989: 288-289).

Apesar de Coke admitir a existência de uma razão “natural”, de leis ou princípios de justiça auto-evidentes, a razão artificial ou comum, de índole prática, praticada pelos tribunais ordinários, era a que definitivamente

deveria prevalecer. Para o *common lawyer*, a lei comum da Inglaterra não obedecia a uma razão natural (como queria o monarca); antes, ela era uma razão artificial - uma arte que exigia muito estudo e experiência antes que alguém possa alcançar o conhecimento dela. A esse propósito destaca o autor em relação à lei inglesa: por ser uma arte específica, um processo de acumulação no tempo e do tempo, e não a apreensão racional atemporal de uma verdade, a lei não está sujeita a demonstração, colocando-se acima da crítica do rei. Como ela é a razão dispersa em milhares de cabeças, a cabeça única do rei é incapaz de compreendê-la.

Posição essa contrária à dos monarquistas segundo a qual a razão artificial obtida através de estudo, observação e experiência, fundada numa razão privada, à dos juizes pode “fortalecer e confirmar sentenças errôneas” e isso, acrescentam, diferentemente da lei escrita que não é jurisprudência dos juizes, mas a razão de nosso “homem artificial, a república, e suas ordens”. E arrematam: “sendo a república, no seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir nenhuma contradição nas leis” (HOBBS, 2003: 230). Tal entendimento contrariando o defendido pelo jurista que não admite que a lei de um só, o monarca, tenha a importância (que lhe atribui o filósofo inglês): “Para Coke, os dotes naturais de Jaime não são suficientes para transformá-lo em juiz e legislador porque a lei da Inglaterra não é como quer o rei Jaime, uma razão natural; antes é uma razão artificial” (OSTRENSKY, 2006: 110).

A razão artificial, de ordem prática, fundada nos pareceres dos tribunais, diz respeito, além do mais, a um discernimento (prático), que, em função das circunstâncias, deve determinar, segundo Coke, o que é mais útil ou vantajoso para a sociedade. Dessa maneira, a atividade desenvolvida pelos juizes é tida sobretudo como *sapientia* prática, prudência, considerada a virtude por excelência. A razão prática, desde essa perspectiva ideológica aparece, então, bem distante da razão teórica, natural/abstrata, uma vez que ela se relaciona, também, com o singular, ao passo que a segunda com o universal.

Embora, na opinião do constitucionalista, as leis humanas pudessem traduzir comandos da lei natural, desde que formalizadas em regras num determinado país, não haveria nela nada que servisse aos que queriam especificamente estudar e aplicar o direito inglês. Tal posição sendo

defendida igualmente por outro jurista, Sir John Fortescue, quando, em *De laudibus legum anglie*, faz um apelo à consciência do rei convidando-o a aceitar a limitação constitucional de que não podia legislar nem fixar impostos sem o consentimento do Parlamento, e isso com base na supremacia inglesa da *common law*, da voz ou pareceres dos tribunais - em detrimento da razão natural. Dessa maneira, pode-se afirmar em relação aos princípios universais da justiça, mesmo que apreendidos pela razão teórica, natural/abstrata, que não haveria nada especificamente insular nesse tipo de conhecimento. Para descobrir o que é especificamente inglês nas leis da Inglaterra haveria que ir, então, àquilo que era descrito como *ancient constitutio*.

Essa última observação do historiador inglês J.G.A. Pocock permite ilustrar o caráter *particularista* atribuído à *comune ley* na Inglaterra que se estende, notadamente, aos direitos dos ingleses - que resultam dessas fontes. Para os defensores do direito consuetudinário, o propósito do governo era proteger as pessoas e seus pertences, porque as leis (particulares) das nações (particulares) se encontrariam legitimadas, não numa razão natural, mas por uma razão prática baseada, igualmente, na tradição do país. O saber de um jurista profissional não devia ser reduzido ao conhecimento de princípios universais de justiça e de suas consequências lógicas e abstratas. Do que se tratava, pelo contrário, era de um conhecimento dos costumes que foram conservados, bem como das consequências técnicas, mais que lógicas, de sua observação. Assim, se as normas (escritas ou não escritas) da Inglaterra eram as melhores, isso ocorria não porque se assentavam em princípios racionais, mas por terem permanecido em uso durante muito tempo conseguindo assim melhor se adaptar às circunstâncias e ao caráter singular da nação. Se as leis de um país eram mais antigas que as de outro lugar, era porque mais homens, durante mais tempo e num maior número de situações haviam sido capazes de testemunhar - silenciosamente - em seu favor. O direito costumeiro apresentava-se, dessa maneira, menos como uma estrutura racional do que como uma técnica prática e tradicional:

O costume é o produto da experiência [...]. Só a experiência [a prática] pode estabelecê-lo; só a experiência pode saber se ele é bom; e a experiência do espírito que o reconhece se assenta necessariamente sobre a experiência de um número incalculável

de outros homens de gerações passadas, do qual o costume é a expressão. É por isso que o costume se torna válido em si mesmo; sua própria existência e sua presunção da antiguidade são as principais razões para presumir que ele é bom e está bem adaptado às necessidades e à natureza do povo (POCOCK, 1997:19).

Ainda que Coke seja visto como um dos principais responsáveis pela adaptação do antigo direito costumeiro feudal ao novo direito da sociedade mercantil, tal mudança deve ser apreciada no contexto de um temperamento conservador, para quem algumas reformas podem ser aceitas, não porque sejam melhorias manifestas, mas porque são indispensáveis e assimiláveis no sentido de trazerem maiores benefícios ou vantagens à sociedade. No caso, como afirmamos, trata-se da necessidade de adaptação progressiva da *common law* às novas exigências econômicas da sociedade, dando mais amparo ou proteção legal aos membros da *gentry*: Coke sistematizou o direito inglês, e com isso deu continuidade e ampliou seu processo de liberalização, adaptando-o às necessidades de uma nova sociedade, a sociedade comercial. Ao fazê-lo, teve de desafiar tudo o que impedia o desenvolvimento de um mundo em que os proprietários podiam fazer o que bem entendessem. Isso levou a *common law* a entrar em conflito com a prerrogativa real e os seus tribunais, com a Igreja e seus tribunais (HILL, 1992: 345).

A adaptação desse direito à sociedade mercantil e, conseqüentemente a extensão do direito de propriedade privada a grupos mais amplos da sociedade, em particular, os membros desse grupo social, devem ser apreciadas no marco da política ou movimento de *enclosure* ou cercamento de terras. Tal política contrariava os interesses da coroa (que chega a multar quem cercasse terras comunais), bem como os do clero anglicano, e da grande aristocracia, “escroques” e “parasitas de sangue azul” (HILL, 1977:17; 35), porque afetava suas grandes propriedades endividadas, voltadas para o uso improdutivo. O movimento favoreceu ricos agricultores e mercadores, do que senhores e nobres, o uso deliberado que a coroa fazia de sua prerrogativa para impedir os cercamentos envolvia a alta política, leiga e eclesiástica, para fortalecer sua posição contra a pequena nobreza *gentry* (POLANY, 1980: 53). Já sobre o papel do jurista nesse movimento, estudiosos destacam o seguinte: na Inglaterra dos anos 1630 políticos capitaneados por Coke tentaram e conseguiram subtrair os direitos do

domínio régio, transferindo-os para o corpo de leis impessoais garantido pelos tribunais (*courts*) - o que contribuiu para o desenvolvimento de uma economia de mercado (ROSENFELD, 2008: 64).

Em relação a esse movimento, que teve seu auge no século XVII, cabe dizer que ele implicou a divisão de terras em propriedades privadas, antes comunais (*common lands*), à qual todo habitante de uma aldeia tinha direitos não excludentes de pastagem ou de plantio. Nessa divisão das terras, como apontam ainda críticos, seguia-se a proporção de terras que cada beneficiário já possuía como propriedade, de modo que os mais ricos (os membros da *gentry*) ganhavam mais e os mais pobres não só nada recebiam, como ainda perdiam todo e qualquer direito à terra. Tal política correspondeu então à necessidade de aumentar a área de pastagem, com o crescimento do comércio da lã, o que levou ao surgimento de novos tipos de proprietário rural (*gentry*) e à expulsão dos pequenos agricultores (*yeoman*). A substituição das terras destinadas à subsistência da aldeia local por uma agricultura de grande escala comercial/lucrativa para o mercado interno e externo não só gerou grande miséria devido ao despejo em massa de agricultores na pobreza rural, mas também forçou os homens do campo a dependerem estritamente do trabalho assalariado, que muitos consideravam pouco melhor que a escravidão. Aumentava-se o emprego, arrematam, mas também ampliava-se o fosso entre as classes (HILL, 1987: 69)¹⁰.

A relevância do direito antiquário, a Grande Carta (1215), pode ser apreciada todavia no momento da elaboração de outro importante documento, no período pré-revolucionário inglês, de autoria de Coke e John Eliot: a *Petition of Rights* de 1628. Diante da reclamação, por parte de membros do Parlamento, dos abusos fiscais e da tendência arbitrária da coroa (a lei marcial), o documento reitera o princípio de que não existe taxação sem representação, sublinha que todo indivíduo tem direito de defesa e pode exercer o direito de petição, e além do mais proíbe penas

¹⁰ Ou, como se lê em *Utopia*, do humanista católico inglês Thomas More, “Os carneiros [...] Essas plácidas criaturas que antes exigiam tão pouco alimento, mas que agora, aparentemente, desenvolveram um apetite tão feroz que se transformaram em devoradores dos homens” (MORE, 1999: 31). Enquanto para grupos mais radicais da Revolução, os *Levellers*, tal política, fortalecida pela atuação dos tribunais ordinários da *common law* (Coke), contribui para uma pauperização dos mais pobres; sem contar, ainda, o comentário crítico de Oliver Cromwell para quem, a atuação desses tribunais, na política de cercamento, serviu para “manter os advogados e incentivar a opressão das pessoas mais ricas contra os pobres”, etc.

inusitadas ou cruéis (*cruel and unusual punishments*). A importância desse documento radica principalmente no fato de servir de amparo ao devido processo legal, considerado essencial diante das arbitrariedades cometidas pelos Stuarts - baseadas no uso abusivo da prerrogativa real:

Todos os grandes soberanos da Europa reservaram-se certos direitos de justiça, mesmo quando a imensa maioria dos casos estavam a cargo de juízes profissionais. No final do século XV e sobretudo no século XVI, eles aproveitaram-se desses direitos com mais força que nunca. O conselho, uma comissão do conselho, ou um de seus membros atuando em nome do príncipe, podiam julgar os casos que diziam respeito à segurança do Estado, e os casos em que a estrita aplicação da lei corria o risco de chegar a uma injustiça. A Inglaterra foi sem dúvidas o país que institucionaliza de forma mais acabada este procedimento, criando os tribunais do conselho [...] e, isso explica talvez porque as reclamações foram tão duras na Inglaterra contra os tribunais privilegiados (grifo nosso) (STRAYER, 1979: 139).

Esse *Act of Parliament* (a petição de direitos) que visa à salvaguarda de direitos dos ingleses erige-se em forte precedente do chamado *rule of law* - em oposição ao governo pessoal, arbitrário, dos homens. Ou seja, de um governo no qual cada um encontra-se sujeito ou limitado pela lei, e no qual esta se coloca por cima do rei. Opinião, esta última, que jamais deixou de ser defendida por Coke, na sua longa luta contra a prerrogativa real¹¹, apelando para isso, inúmeras vezes, ao famoso precedente normativo do século XIII: a Magna Carta, que, como afirma em *Law Reports*, é de tal porte que “jamais se submeterá a qualquer soberano”.

A intervenção de Coke em favor da Petição de direitos se fundava, vale reiterar, na antiga constituição inglesa, tida como responsável pela identidade da nação, verdadeira guardiã dos antigos e incontestáveis direitos dos membros do reino. A oposição do *common lawyer* ao uso da prerrogativa real não significava outra coisa que o rei e seus tribunais prerrogativos não podiam julgar a lei, cabendo tal atividade somente aos

¹¹ Em relação à prerrogativa real, Coke não era contrário a todo e qualquer emprego da mesma. Ele distinguia a prerrogativa “contestável” e “incontestável”, a “comum” e a “absoluta”. A segunda deveria ficar reservada para questões de Estado, por exemplo, fazer a guerra ou a paz (*salus populi*), ao passo que a primeira, quando relacionada ao direito de propriedade, devia ficar circunscrita pelas decisões e pareceres dos tribunais - ordinários - da *common law*, bem como da leis do Parlamento.

juízes dos tribunais ordinários/inferiores, guiados pelo direito consuetudinário, embora não negasse a importância do direito escrito: a lei ou *Act of Parliament*.

Em relação a esse último ponto, o constitucionalista, em *Law Reports*, refere-se ao Parlamento nos seguintes termos: o poder e a jurisdição do Parlamento para fazer leis mediante proposições (*bill*) é tão transcendente e absoluto que não pode ser confinado dentro de nenhum limite, no que diz respeito às causas, nem no que diz respeito às pessoas. E, arremata:

É lex et consuetudo Parliamenti que todos os assuntos de importância de qualquer Parlamento, iniciados pelos Lordes do Reino ou pelos Comuns reunidos em Parlamento, devem ser resolvidos, ajustados e decididos pelo procedimento estabelecido no Parlamento e não pela Common Law do Reino, usados nos tribunais inferiores; o que o Rei e todos os Lordes Espirituais e Temporais declararam ser secundum legem et consuetudinem Parliamenti pelo que diz respeito aos Pares do Reino; e o mesmo acontece, pari racione, para os Comuns, pelo que diz respeito a todo fato ou decisão na Câmara dos Comuns [...] E essa é a razão pela qual os juízes não devem dar opinião sobre uma matéria do Parlamento, porque não deve ser decidida pela Common Law, mas secundum legem et consuetudinem Parliamenti.

Essa posição contradizendo a de outros juristas da época segundo a qual as leis do Parlamento, à diferença do costume baseado na prática judicial dos tribunais, tinham o inconveniente de cair em desuso, de não se adaptar a novas situações, enquanto o costume, o direito não escrito, era perfeitamente adaptável/moderno. Essa atitude pode ser resumida, segundo Pocock, ao seguinte: se o costume se mostrava inadequado em relação aos problemas da época, as pessoas simplesmente o abandonavam; se o conservavam, fica evidente que o costume conseguia superar no transcurso do tempo muitas dificuldades. As leis escritas, no máximo, supõem a sabedoria de um homem ou de uma geração, enquanto o costume a sabedoria de muitas gerações que conseguem resistir à prova do tempo, da experiência. O costume encarna uma sabedoria maior que a do Parlamento, ele é de origem local: o fato de que as pessoas sejam governadas pelo direito costumeiro prova que elas elaboraram seu próprio direito a partir de sua sabedoria e de sua experiência.

Sem afastar-se daquele argumento, o da importância da lei do Parlamento, Coke, contudo, não abandona em nenhum momento a ideia da relevância da *common law*, os pareceres dos tribunais, em relação à lei escrita. “Aparece, escreve em *Law Reports*, em nossos livros que em muitos casos, a *common law* controla as leis do parlamento e às vezes decide que são eternamente nulas; porque quando uma lei aprovada pelo parlamento é contrária a comum direito e razão, ou repugnante, ou de impossível execução, a *common law* deve dominar sobre ela e pronuncia a nulidade de tal lei”. Tal posição, ambivalente, sobre o peso ou relevância a ser dado ao direito escrito (lei do Parlamento) ou não escrito (voz dos tribunais) parece obedecer ao fato de que uma ou outra fonte poderia ser usada em função da sua conveniência, isto é, do resguardo de interesses e/ou direitos que sua aplicação trazia.

Coke elogiava a atividade dos juízes e advogados da *common law*, sobretudo, pela maneira como eles refinavam constantemente o direito, enunciando princípios com uma precisão sempre renovada às exigências dos casos que lhes eram submetidos. No entanto, como assinala o mesmo estudioso, Pocock, a ideia de um direito refinado/ adaptável/moderno não era senão a elaboração e a prolongação da ideia de costume, ou seja, daquilo que os práticos do direito declaravam como direito não escrito e imemorial. Em várias ocasiões o jurista inglês insiste que devem levar-se em conta os costumes, a prescrição, *optimus legum interpretes consuetudo* e, isso, se for o caso apelando ao que chama de *espírito da lei* - em detrimento de seu sentido apenas textual. Do contrário, seu verdadeiro sentido escaparia. Contudo, é preciso lembrar que nem todos os pareceres judiciais eram vistos como fazendo parte do direito costumeiro, mas tão-somente aqueles reputados: *imemorais*. Essa ideia é desenvolvida por Coke, em *Institutes*, quando sustenta que os costumes adquirem força de lei em virtude da *prescrição*.

O caráter imemorial do costume, refletido nos pareceres dos tribunais, servia tanto para distinguir, como destacamos no início, o “tempo anterior à memória como o tempo coberto pela memória”. Para serem reconhecidos como tais, o costume e os direitos dele derivados deviam ter sido constantemente postos em prática antes e depois de uma determinada *data* e seu uso devia ter sido longo, contínuo, pacífico e sem interrupção - o que mostra a existência de um consentimento tácito de sua autorização pelo direito comum.

O direito no escrito defendido por Coke tirava sua origem na prática judicial dos tribunais reais que desde longa *data* enquadrava o direito no costume geral e imemorial do reino: *general immemorial custom of the realm*. Era tido como imemorial todo costume (decisão judicial real) que existisse depois de “1189”¹², mas também antes dessa data em que a prática judicial fundava-se nos costumes locais, por exemplo, denúncias de obrigações exorbitantes ou exações impostas pelo senhor (*suzerain*) a seus dependentes: os reis na Inglaterra tornaram-se os guardiães da lei da terra, eles ampliaram o alcance da paz real e se fizeram acessível aos mais humildes da terra como uma corte de apelação contra a extorsão praticada por seus próprios vassallos diretos (MINOGUE, 1998:38). A ideia predominante do jurista era a de que se algo é mencionado a uma determinada data era porque já existia numa data anterior. É importante destacar, também, que a principal atividade dos tribunais reais girava em torno de conflitos que resultavam da posse das terras e dos direitos a ela ligados, e isso se verificava pelo fato de que os títulos sobre a terra eram garantidos por sanção ou dom do monarca. A regra requerendo uma intervenção real inspirava-se na doutrina segundo a qual todo inglês livre que possuía uma terra ou um direito os tinha direta ou indiretamente do rei e, em consequência, ele era o garante de toda propriedade legal.

O caráter imemorial do direito não escrito, baseado nos tribunais de justiça reais, devia-se ao fato de que a *common law* guardava todos os arquivos em que apareciam os pareceres ou decisões judiciais desses tribunais:

[...] a aparição no século XII dos primeiros documentos dos tribunais reais provava [...] sua importância histórica, e era comum entender que se esses documentos não foram perdidos ou furtados eles provariam a existência desses tribunais numa época bem mais antiga. Mas na medida em que se remontava à aparição desses arquivos, o espírito do common law considerava como prova de

¹² Ano de coroação do rei Ricardo I Coração de Leão e da unificação da *common law*, isto é, do direito não escrito, praticado pelos tribunais reais, como *comune ley* do reino. Esse processo de unificação foi favorecido pela conquista normanda; Guilherme, o Conquistador (século XI) tira terras/feudos dos saxões para distribuí-los aos normandos: a aparição de um sistema de tribunais reais cobrindo todo o país deu-se com Guilherme, cujo poder foi fortalecido pelo confisco e redistribuição de quase todas as terras do reino. Do momento em que todos os títulos eram garantidos por uma confirmação ou por uma doação do rei, era natural que o rei e sua corte passem a regular os conflitos que surgiam em torno da posse das terras e dos direitos ligados a ela (STRAYER, 1979: 60-61). Coke vai até mais longe ao sustentar que a *common law*, no sentido de lei não escrita, é uma prática até anterior à mencionada data (POCOCK, 2000: 64-65), uma vez que até os normandos tiveram que se submeter a ela (OSTRENSKY, 2006:112-113)..

que naquela época as leis eram já imemoriais, pelo fato de que o jus non scriptum é necessariamente, por definição, mais antigo que os documentos escritos mais antigos (POCOCK, 2000: 59).

A reverência de Coke ao direito costumeiro, tal como praticado pelos tribunais ordinários/inferiores no século XVII, relacionava-se, além do mais, com a urdidura de uma ideologia conservadora que servia, vale insistir, aos membros da *gentry*. Tal ideologia fundada nesse direito não escrito, com ênfase especial na propriedade, fazia com que os membros desse grupo encontrassem nas decisões dos juízes (sistemizadas por Coke) um forte precedente na proteção de seus interesses. Isso é tão verdadeiro porque a defesa dos costumes, dos direitos conquistados na *ancient constitutio*, contra as práticas arbitrárias dos primeiros Stuarts se entrelaça com a apologia de valores e práticas associadas à *gentry*. Ou seja, com uma ideologia, segundo o historiador Stone, centrada no *country*, com estilo de vida sóbrio, sincero e honesto, e com fortes lealdades ao entorno - em oposição ao cosmopolitismo e à extravagância dos homens da corte, da *City*.

As reivindicações da ideologia do campo centradas, segundo o mesmo estudioso, contra a centralização econômica da *City* porque drena os negócios, a riqueza e a população das cidades da província, e da centralização da igreja oficial porque fecha os recursos e impede ter pastores úteis nas paróquias, asilos e escolas locais; em favor da laicização porque a igreja oficial (anglicana) não permite uma abordagem mais simples e racional da religião (o puritanismo).

Já para outros estudiosos, essas reivindicações encontram-se bem mais próximas das ideias defendidas por um grande rival de Coke: a ideologia do campo, dos inimigos da corte, dos paroquianos austeros, religiosos que se tornariam puritanos, rebeldes, republicanos, era, sob quase todos os aspectos, a filosofia do maior dos cortesãos, esse “cético extravagante, metropolitano, Francis Bacon”; contudo, o partido do campo, ou pelo menos seus líderes no Parlamento, não ouvia Bacon, mas Coke: esse “obscuro, pedante, admirador sem imaginação do direito consuetudinário existente, o maior beneficiário de sua centralização” (TREVOR-ROPER, 2007: 335).

Essa diferente interpretação (Stone, Trevor-Roper) sobre a contribuição de Coke e/ou Bacon à ideologia do campo parece obedecer à inclinação partidária dos mesmos: o primeiro, mais próximo dos interesses da *gentry*

a serem defendidos nos tribunais da *City*; o segundo, que prega em *Essay* um “povo sem grande riqueza”, mais próximo das demandas do pequeno agricultor (*yeomen*), do artesão, puritanos radicais, que desconfiam que essa ideologia e prática dos tribunais (sistemizada por Coke) sirvam, sobretudo, à expansão dos interesses da pequena nobreza (a *gentry*). Entretanto, seguindo a opinião de outros historiadores, que não hesitam em criticar o papel dos *common lawyers*, o contraste entre ambas as ideologias e práticas, a do campo e da cidade, deve ser mitigado:

Nos séculos XVI e XVII, quando a transição ideológica ocorreu [campo-cidade], as bases coletivas da sociedade ainda eram a propriedade da terra e a produção rural a ela associada, e as cidades, até mesmo a capital, estavam funcionalmente relacionadas a essa ordem dominante. Uma das novas bases - o lucro mercantil - afetava justamente essa relação direta: ao lermos as comparações entre “virtude rural” e “ganância urbana”, não devemos cair na tentação de esquecer os vínculos regulares, necessários entre o gentil-homem rural e os homens mundanos da cidade. O que fazem os advogados boa parte do tempo senão confirmar títulos de propriedade de terras? Muito do que é vendido e comprado no mercado é a mais-valia dos desprezados trabalhadores - do próprio país (campo), e à medida que o comércio se desenvolvia do exterior. E, à medida que ganha importância a ordem urbana fundamentada no dinheiro, para onde vai o grosso do novo capital, senão da volta ao campo, a fim de intensificar o processo de exploração? A ganância e a mesquinhez, tão fáceis de serem isoladas e condenadas na cidade, retornam visivelmente para o campo, cercado de plantações e trabalhadores. Trata-se de um processo duplo: a exploração do homem e da natureza, que tem lugar no campo, é concretizada e concentrada na cidade. Por outro lado, os lucros provenientes de outros tipos de exploração - a riqueza acumulada do comerciante, do advogado, do cortesão - vão penetrar o campo, como se fosse um fenômeno novo (WILLIAMS, 1989:71-72).

O ativismo pelo primado da *common law*, sem mais tribunais prerrogativos, resultou na demissão de Coke do cargo de *chief justice of the king's bench* e no seu encarceramento na Torre de Londres. No entanto, na opinião de vários de seus contemporâneos ele continuou a ser o defensor eminente do direito consuetudinário (escrito e não escrito): espécie de oráculo, cujas citações eram geralmente recebidas e aceitas

como um ato de fé não somente pelos práticos e estudiosos do direito, mas também pelos membros do Parlamento principalmente os que representavam os interesses da *gentry*. A esse respeito, não há que esquecer que 1688 implica uma transferência do poder do rei para o Parlamento (*King-in-Parliament*) com leis e tributos decididos em conformidade com os interesses, principalmente, desse grupo social.

O processo de “positivização” dos direitos dos ingleses abarca um longo período no decorrer do qual se sucede uma série de documentos (grande carta, petição de direitos, grande reclamação, *habeas-corpus*) que junto com os pareceres dos tribunais marcam a história constitucional do país - a antiga constituição. O momento culminante desse longo processo vai estar dado, sem dúvida, pelo célebre documento de 89: o *Bill of Rights* ou *Ato declaratório dos direitos e das liberdades dos súditos e da sucessão da Coroa*.

Dentre as principais medidas dessa declaração vale ressaltar: a) que o monarca não pode suspender as leis - só revogá-las ou alterá-las com consentimento do Parlamento; b) que o rei não pode arrecadar impostos sem sanção parlamentar; c) que os súditos têm o direito de apresentar petições ao rei; d) que as eleições dos membros do Parlamento devem ser livres; f) que seus discursos não podem sofrer restrições; g) que a convocação do Parlamento deve ser regular, etc. E, no início do texto lê-se o seguinte:

Os Lordes Espirituais e Temporais, bem como os cidadãos comuns reunidos agora em uma assembleia plena e livremente representativa desta nação [vimos] a reivindicar e afirmar antigos direitos e liberdades. E suplicam que seja declarado e mantido que todos e cada um dos direitos e liberdades trazidos e reclamados na mencionada declaração são os verdadeiros, antigos e incontestáveis direitos e liberdades do povo deste reino (grifo nosso).

Como resulta dessa passagem, os *lords* e os *commons* vêm afirmar aos novos monarcas (Guilherme e Maria) a existência de direitos do povo inglês - e não, apenas, lhes pedir o seu reconhecimento. O primado da antiga constituição, com a limitação do poder régio e os direitos por ela protegidos, parecia ser a condição imposta, para aceder ao trono inglês, aos novos príncipes pelo Parlamento. O Parlamento devidamente eleito, reunido sem o rei, rotulado de parlamento da Convenção, não tinha como objetivo instaurar uma soberania nova, mas, a partir de uma perspectiva conservadora, restaurar/conservar uma regra ou um conjunto de regras

que fixavam desde sempre o exercício dos poderes do soberano: a *ancient constitutio*. Ele era conservador no sentido de que a Grande Rebelião que ele conduzia tinha em consideração as antigas tradições do reino.

Sob essa perspectiva ideológica a queda do último Stuart (Carlos II: 1688) pode ser entendida, vale reiterar, como a quebra de um “contrato primitivo” com o povo, ou seja, de ele não ter respeitado as instituições e práticas ancestrais; e quanto à ascensão dos novos príncipes (Guilherme e Maria) e seu compromisso de preservar as leis do reino, pode ser vista não como resultado de uma vontade legisladora fundadora, de um contrato que está na origem do governo (como defenderá o liberalismo clássico), mas relaciona-se à necessidade do monarca de sempre observar a antiga constituição - que liga, ao mesmo tempo, tanto o povo quanto o rei (POCOCK, 2000: 289).

Do exposto pode-se extrair a contribuição do Coke na conformação de uma ideologia de resistência ao absolutismo monárquico ancorada na conquista e/ou conservação de direitos dos ingleses, em particular dos membros da *gentry*. É útil, também, recordar, à guisa de conclusão do legado do *common lawyer*, que, desde a ideologia conservadora por ele defendida, tais direitos não são um ditame da razão ou divino, mas eles dizem respeito a uma herança que somente pode ser transmitida aos descendentes daqueles ancestrais, por se tratar de direitos particulares/insulares.

Além disso, do ponto de vista político-institucional, sua influência pode ser apreciada pelo fato de que os acontecimentos de 1688-89 retomam àquela idéia defendida pelo jurista segundo a qual o rei era o primeiro servidor da lei, e não seu amo; o executor da lei, e não sua fonte. De fato, a partir dessa data fica definitivamente incorporado o *rule of law* (contra o governo dos homens: a dinastia Stuart):

A questão fundamental [nessa data] foi esta: está a lei acima dos reis, ou os reis acima da lei? O interesse do Parlamento se identificava com o da lei, indubitavelmente, o Parlamento podia modificar a lei, donde se conclui que se a lei estava acima da vontade dos reis, mas podia ser modificada pelo Parlamento, o Parlamento vinha a ser o poder supremo do Estado (TREVELYAN, 1982: 75-76).

Ainda mais, depois dessa época fica claramente definida a divisão dos poderes, mais especificamente, a imobilidade dos juizes (ideia também defendida por Coke):

Uma das primeiras ações executivas de Guilherme como rei encarregado da administração pública foi declarar os juizes inamovíveis. Isto ele fez por sua própria e livre iniciativa, sem esperar que o Parlamento aprovasse uma lei sobre esta matéria. Expediu mandatos a todos os juizes com a fórmula quam diu se bene gesserint - caso se conduzam honradamente: e não mais, como a vontade do rei [...] Durante o reinado de Guilherme [...] a Coroa não tinha o poder de destituir juizes. Por isto pode-se dizer que este grande bem, que é a independência do ramo judicial, na prática foi assegurada pela revolução [...] A imobilidade dos juizes contribuiu no sentido de colocar o poder judicial fora e acima da esfera política. A lei passa a ser, desde então, o árbitro que julga pleitos e diferenças segundo seu próprio padrão, sem temer que o governo possa intentar algo contra os juizes ou contra os jurados [...] A velha idéia [...] de que os juizes eram "leões sujeitos ao trono", perdeu toda vigência com a revolução, a partir da qual tornam-se árbitros independentes entre Coroa e os súditos, atuando por princípios legais e em virtude de leis e evidências (TREVEYLAN, 1982: 76-77).

Finalmente, em relação aos principais partidos da época: *tory* (conservador) e *wihg* (liberal) importa esclarecer que eles aparecem ligados à ideia de *parte*: divisão/partição. Ou seja, de partidos nacionais que, na opinião do político inglês Henry Bolingbroke, refletiam uma diferença de princípios e de projetos nacionais, em que os interesses pessoais, próprios das facções, aparecem subordinados. Além do mais, vale lembrar, trata-se de partidos que levaram à constituição estabelecida pós-1688, ou seja, de partidos em que havia consenso em torno de questões fundamentais como aparecem no documento de 89 (*supra*). E isso, apesar de não concordar sobre a origem do documento: produto da história, dos costumes escritos e não escritos, da *common law* para os *tory*; racional, baseado nos direitos naturais, para os *wihgs*.

A justificação e explicação das instituições políticas e do direito inglês do ponto de vista do conservadorismo (*tory*) contrastando, dessa maneira, com o liberalismo clássico (*wihg*) na Inglaterra do seiscentos, na medida em que a partir dessa última ideologia, o *wihgismo*, tais instituições e direito

são fundados não mais na prescrição, no costume imemorial, mas na doutrina contratualista e *ius-naturalista* que visa, por um lado, fundar na vontade racional do homem, o contrato social, a monarquia constitucional/ limitada (resultante da Revolução Gloriosa) e, por outro lado, fundar os direitos que figuram implicitamente na Carta de 89 (propriedade, segurança e liberdade) nos direitos naturais do homem, ou seja, em direitos universais, para toda a humanidade - e, não só para os membros do reino, para os ingleses. Contudo, vale reiterar que ambas as ideológicas, conservadorismo e liberalismo clássico se misturam, na época, como mostra o seguinte comentário acerca da posição dos *wihgts* na defesa do direito:

A fraseologia da argumentação wihg é interessante, porque de um lado reivindica "direitos fundamentais" e de outro lado essa reivindicação é feita em nome dos "Ingleses nascidos livres". A primeira está associada a uma posição ius-naturalista, enquanto a segunda utiliza a noção de "constituição primitiva" para justificar os direitos dos Ingleses (ASHCRAFT, 1995:223-224).

Tal assertiva levará, contudo, analisar a importante influência que teve outro movimento intelectual na Revolução Inglesa, sublinhado pelo historiador Stone, o puritanismo-calvinista¹³. Ou seja, mostrar como no plano ideológico a Revolução abriu espaço para um comportamento político dos puritanos, a emergência do liberalismo, a afirmação do individualismo e da teoria do contrato (ARRUDA, 2006: 90). Investida que fica para outra oportunidade.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, H. *Essai sur la révolution*. Trad.do inglês M.Chrestien. Paris: Gallimard,1967.
- ASHCRAFT, R. *La politique révolutionnaire et les deux traités du gouvernement de John Locke*. Trad.do inglês J.F.Baillon. Paris: PUF, 1995.
- ARRUDA, J.J.A. *A revolução inglesa*. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- BRUM TORRES, J.C. *Figuras do estado moderno: elementos para um estudo histórico-conceitual das formas fundamentais de representação política em ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

¹³ No relativo a esse "segundo movimento", na origem da Revolução, foi sobretudo a ideologia do *liberalismo clássico*, representada na época por destacadas figuras como John Milton, John Pym e principalmente John Locke que justifica, desta vez, com base na doutrina *ius-naturalista* os direitos do homem, e não apenas dos ingleses como defende o conservadorismo

-
- COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FINER, S.E. *Governo comparado*. Trad.S.Duarte. Brasília: Editora da Unb, 1981.
- GOODWIN, B. *El uso de las ideas políticas*. Trad.do inglês E.Lynch. Barcelona: Península, 1988.
- HILL, C. *A revolução inglesa de 1640*. Trad.W.Ramos. Lisboa: Presença, 1977.
- _____. *O mundo de ponta-cabeça: idéias radicais durante a revolução inglesa de 1640*. Trad.R.J.Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- _____. *O eleito de Deus: Oliver Cromwell e a revolução inglesa*. Trad.C.E.Marcondes de Moura. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- _____. *Origens intelectuais da revolução inglesa*. Trad.J.L.Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- HOBBS, T. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Trad. J.P.Monteiro; M.B.Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MINOGUE, K. *Política: uma brevíssima introdução*. Trad.M.Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- MORE, T. *Utopia*. Trad.J.L.Camargo; M.Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- OSTRENSKY, E. *As revoluções do poder*. São Paulo: Alameda, 2006.
- PIPES, R. *Propriedade e liberdade*. Trad.L.G. B.Chaves, C.H.Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- PITKIN, H.F. (Org.). *Representation*. New York: Atherton Press, 1969.
- POLANY, K. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Trad. F.Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- POCOCK, J.G.A. *Le moment machiavélien: la pensée politique florentine et la tradition republicaine atlantique*. Trad.do inglês L.Borot. Paris: PUF, 1997.
- _____. *L'ancienne constitution et le droit féodal*. Trad.do inglês S.Reungoart; M. Vignaux. Paris: PUF, 2000.
- ROSENFELD, D.L. *Reflexões sobre o direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- STONE, L. *Causas da revolução inglesa: 1542-1642*. Trad.M. Florenzano. São Paulo: EDUSC, 2000.
- STRAYER, J.R. *Les origines médiévales de l'état moderne*. Trad.do inglês M.Clément. Paris: Payot, 1979.
- TREVELYAN, G. M. *A revolução inglesa: 1688-1689*. Trad.L.Bozacion. Brasília: Editora da UnB, 1982.
- TREVOR-ROPER, H. *A crise do século XVII: religião, a reforma e mudança social*. Trad. J.Castañon Guimarães. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- WILLIAMS, R. *O campo e a cidade: na história e na literatura*. Trad.P.H.Britto. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

REPERCUSSÃO GERAL: UM NOVO FILTRO PARA A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

*Silvia Bueno González Fontes**

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a análise do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário no âmbito do direito processual civil à luz da legislação e da doutrina pátria.

A Reforma do Judiciário, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004, alterou a disciplina do recurso extraordinário, inserindo o § 3º, ao artigo 102, da Constituição da República de 1988.

Por meio da referida Emenda, o poder constituinte derivado incluiu entre os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinários a exigência da demonstração da repercussão geral da questão constitucional suscitada. As alterações trazidas pela aludida Emenda, no entanto, não esgotaram a matéria, mas estabeleceram a necessidade de regulamentação do instituto por lei ordinária, o que veio a ocorrer com a edição da Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que introduziu os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil.

*Analista Judiciário do TRF/2ª Região, Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro- EMERJ

Esse novo instituto foi inserido no direito processual brasileiro com o objetivo de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal (STF) a não apreciação de recursos sem implicações de impacto para a sociedade, funcionando como um verdadeiro filtro constitucional e como instrumento de uniformização do direito, ao vincular as demais instâncias judiciárias ao entendimento da Suprema Corte Brasileira.

A partir da introdução desse novo instituto, todos os recursos extraordinários que chegam ao STF devem conter a preliminar de repercussão geral que, se ausente, impossibilita o conhecimento do recurso.

Dessa forma, pretende este artigo contribuir com o estudo da repercussão geral como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário e identificar até que ponto este recurso funciona como porta de acesso ao STF para análise de questões de relevância constitucional.

2. DA REPERCUSSÃO GERAL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

2.1 Conceito e natureza jurídica

Conforme já mencionado, o instituto da repercussão geral foi inserido no direito positivo brasileiro por meio da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual introduziu o § 3º, no artigo 102, da Carta Magna, promovendo alteração no âmbito do recurso extraordinário, nos seguintes termos:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

(...)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá **demonstrar a repercussão geral** das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Com efeito, verifica-se que, para fins de aferição da existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, será levada em consideração a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Neste contexto, mister destacar o ponto de vista de alguns doutrinadores acerca do conceito e da natureza jurídica do instituto da repercussão geral.

Consoante determina Ticiano Alves e Silva¹, “repercussão geral é **requisito de admissibilidade específico** do recurso extraordinário.”

Bruno Dantas, entretanto, afirma que “repercussão geral é o **pressuposto especial de cabimento** do recurso extraordinário, que é requisito intrínseco de admissibilidade”.² Segundo o autor, trata-se de pressuposto especial de cabimento, porque emerge de expresso comando constitucional e porque o constituinte derivado previu *quorum* qualificado para deliberação sobre inadmissibilidade de recurso extraordinário por ausência de repercussão geral.

A respeito da natureza jurídica da repercussão geral, insta salientar a opinião de Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero no sentido de que repercussão geral constitui “requisito intrínseco de admissibilidade recursal” e a sua ausência acarreta inexistência de poder de recorrer ao STF, isto é, decorre de uma fórmula que conjuga o binômio relevância e transcendência.

¹ SILVA, Ticiano Alves. *Apreciação pelo juízo a quo da existência de alegação de repercussão geral*. In: Revista de Processo 161. Ano 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, Julho, 2008. (coord) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. p. 139.

² DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. Recursos no processo civil. V. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 228.

Já Edward Carlyle Silva entende que a repercussão geral deve ser considerada como requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, tendo em vista que o STF deixará de conhecer do recurso extraordinário quando ausente a repercussão geral, vinculando o instituto aos requisitos de admissibilidade recursal.

Em que pese o registro de opiniões doutrinárias no sentido de que a repercussão geral constitui pressuposto especial de cabimento recursal, a corrente majoritária sustenta o posicionamento de que se trata de requisito de admissibilidade específico.

2.2. Conceito jurídico indeterminado

O legislador ordinário estipulou, ao regulamentar o § 3º, do art. 102, da Constituição da República, no § 1º, do art. 543-A, do CPC, que *“para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”*.

Extrai-se, da leitura do referido dispositivo legal, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, levando à conclusão de que a caracterização da relevância e transcendência deve ser feita à luz do caso concreto. Ademais, facilita que a norma se mantenha atualizada, evitando, assim, que sejam realizadas constantes alterações legislativas para adequação do instituto às mudanças verificadas na sociedade.

Nesse sentido, compete registrar posicionamento de Luis Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.³:

“Os conceitos jurídicos indeterminados são compostos de um ‘núcleo conceitual’ (certeza do que é ou não é) e por um ‘halo conceitual’ (dúvida do que pode ser). No que concerne especificamente à repercussão geral, a dúvida inerente à caracterização desse halo de modo algum pode ser dissipada partindo-se tão-somente de determinado ponto de vista individual; não há, em outras palavras, discricionariedade no preenchimento desse conceito. Há de se

³ MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2 ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.34-35.

empreender um esforço de objetivação valorativa nessa tarefa. E, uma vez caracterizada a relevância e a transcendência da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal encontra-se obrigado a conhecer do recurso extraordinário. Não há, aí, espaço para livre apreciação e escolha entre duas alternativas igualmente atendíveis. Não há de se cogitar aí, igualmente, de discricionariedade no recebimento do recurso extraordinário. Configurada a repercussão geral, tem o Supremo de admitir o recurso e apreciá-lo no mérito”.

2.3. Quorum

O texto constitucional determina que pelo menos dois terços dos ministros do STF devem se manifestar pela ausência de repercussão geral para que o recurso extraordinário seja inadmitido por esse motivo, bastando que uma minoria de ministros vislumbre repercussão geral para que seja superado tal requisito de admissibilidade. O referido *quorum*, denominado por Arruda Alvim de *quorum* prudencial, assemelha-se apenas aos procedimentos para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante (art. 103-A, *caput*, da CR/88) e ao art. 27 da Lei n.º 9.868/99, nos casos de o STF subtrair da declaração de inconstitucionalidade na via concentrada o efeito *ex tunc*. O legislador erigiu *quorum* tão elevado, levando em consideração que a seriedade com que tais medidas trariam impacto no meio social seria injustificada caso decorresse de uma votação por maioria simples.

Insta registrar que, a adoção do referido *quorum* surge como “elemento compensador”, diante do fato de a repercussão geral constituir conceito jurídico indeterminado, que impõe restrição a recurso de natureza constitucional, envolvendo elevado teor de subjetivismo na aplicação *in concreto*.

2.4. Filtro de natureza jurisdicional

Há uma grande celeuma na doutrina acerca da natureza jurisdicional ou política da repercussão geral.

Não obstante haja posicionamento, notadamente do Prof. Arruda Alvim e do Min. Moreira Alves, no sentido de que a repercussão geral constitui filtro de natureza política, há também vozes sustentando que a repercussão geral constitui-se em filtro de natureza jurisdicional.

Impende ressaltar que sob à égide do regime da arguição de relevância, argumentava-se que o instituto tinha natureza política e não jurisdicional, pois o exercício realizado pelo STF equivalia à atividade legislativa primária, na medida em que a Constituição de 1967 atribuíra à Corte o poder de dispor em seu regimento interno sobre a matéria processual concernente aos recursos de sua competência.

Nesse contexto, Moreira Alves afirma que

“o julgamento da tese da relevância, ou não, da questão federal é antes ato político do que propriamente ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência, ou não, de um interesse que não é do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao tribunal supremo do País a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica, social, econômica ou política da questão em julgamento, abstraídos os interesses concretos das partes litigantes”.

Na mesma linha é a lição de Arruda Alvim:

“Ainda que, no RISTF, seja usada a palavra ‘decisão’, não se trata de decisão no sentido jurisdicional do termo. Trata-se, como mais de uma vez já disse o próprio STF, de um ato político, que, em rigor é concretamente derogatório de uma vedação da lei, que é o RISTF”

Com o advento do instituto da repercussão geral, o Prof. Bruno Dantas vem sustentando que se trata de ato de natureza jurisdicional, tendo em vista que é veiculado por meio de um recurso, sendo certo que o instituto confere ao STF um “poder político” meramente secundário, apenas no sentido de definir a linha de política judiciária a ser adotada, “estabelecendo in concreto parâmetros hábeis a fixar o que tem e o que não tem impacto indireto no grupo social relevante”.⁴

2.5. Matéria de ordem pública

Compete registrar que a repercussão geral configura matéria de ordem

⁴ DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral. Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais*. Recursos no processo civil. V. 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 228.

pública e de aplicação cogente, não estando a Corte Suprema autorizada a se abster de analisar o requisito e avançar diretamente para o mérito, sob pena de violação ao texto constitucional. Destarte, ainda que o recorrente deixe de apresentar argumentação robusta em matéria que efetivamente apresente repercussão geral, o STF não poderá se abster de reconhecê-la, do mesmo modo que não poderá deixar de afastá-la quando o recorrido deixar de apresentar contrarrazões em matéria desprovida de repercussão geral. Contudo, merece atenção o fato de que o STF pode deixar de conhecer o recurso extraordinário pela ausência de outros requisitos de admissibilidade, tendo em vista que o exame da repercussão geral não necessariamente será realizado antes do juízo de admissibilidade.

2.6. Repercussão geral e interesse social

Para Bruno Dantas, o conceito de repercussão geral é diferente de interesse social. O conceito de repercussão geral é mais amplo, de modo que, sempre que houver interesse social, estará caracterizada a repercussão geral, porém a recíproca não é verdadeira.

A repercussão geral se revela quando as questões constitucionais discutidas ultrapassarem o mero interesse das partes processuais, alcançando indiretamente um número considerável de indivíduos, sendo certo que a esfera geral não pode ser traduzida como o mero somatório de esferas individuais a abarcar toda demanda que tenha número expressivo de pessoas ocupando um dos pólos processuais.

3. DA REPERCUSSÃO GERAL: ASPECTOS INFRACONSTITUCIONAIS

3.1. Competência para o exame do requisito da repercussão geral e a necessidade de demonstração, como preliminar, das razões recursais

O art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil determina que o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. Dessa forma, tal demonstração é ônus do recorrente, e deve ser alegada em matéria preliminar nas razões do recurso extraordinário.

Cumpra consignar que, nas razões de recurso, é imprescindível que o recorrente inclua um item ou tópico tratando da repercussão geral. Se nas razões do recurso inexistir demonstração de repercussão geral, não cabe o recurso, podendo não ser admitido, inclusive, pelo Presidente ou Vice do Tribunal local. No caso, o Tribunal não estará manifestando-se sobre a existência ou não da repercussão geral, mas estará, apenas, observando o descumprimento de um requisito de admissibilidade relacionado à regularidade formal.

Impende salientar que o requisito da repercussão geral criou peculiaridade no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. É que antes do advento do novo instituto, todos os requisitos de admissibilidade eram analisados tanto pelo Tribunal de origem quanto pelo STF, no juízo bipartido de admissibilidade. Contudo, de acordo com a alteração do texto constitucional, somente o STF pode se manifestar sobre a existência de repercussão geral, cabendo ao Tribunal de origem apenas verificar se o recorrente apresentou a preliminar de repercussão geral, sem emitir qualquer juízo a respeito de sua existência ou não.

A atribuição exclusiva ao STF de examinar a presença ou ausência de repercussão geral encontra justificativa no fato de a referida Corte funcionar como guardião da Constituição, merecendo destaque o fato de o constituinte derivado ter estabelecido como critério nesta aferição, a potencialidade das questões que interessarem à coletividade.

3.2. Presunção Legal da existência de repercussão geral

O art. 543-A, § 3º, do CPC traz hipótese de presunção legal de repercussão geral nos casos em que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF, privilegiando, desta forma, a segurança jurídica, a legalidade e a igualdade perante a lei.

Logo, pode-se afirmar que o aludido dispositivo legal fortalece a função uniformizadora do recurso extraordinário ao presumir a existência de repercussão geral quando houver divergência entre a decisão recorrida e a jurisprudência predominante do STF. Nesses casos, ou a decisão impugnada precisa ser adequada ao entendimento do STF, ou houve alteração substancial no quadro fático e jurídico que recomendam a alteração da orientação da Corte Suprema.

3.3. Intervenção do *amicus curiae*

O § 6º, do artigo 543-A, do CPC, permite expressamente que o relator do recurso extraordinário admita, na apreciação da repercussão geral, a manifestação de terceiros. Dessa forma, a legislação admite, à semelhança do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, art.7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a participação de *amicus curiae*.

Registre-se que a atuação do *amicus curiae* está relacionada apenas à demonstração da existência ou inexistência de repercussão geral e não ao mérito da causa. Outrossim, saliente-se que o tribunal de origem poderá admitir *amicus curiae* para atuação de colaboração na decisão a ser tomada na origem, mas não para os fins do art. 543-A, § 6º, do CPC.

3.4. Multiplicidade de recursos sobre idêntica controvérsia

De acordo com o art. 543-B do CPC, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do RISTF e caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, a fim de encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até pronunciamento da Corte.

Destarte, a seleção e o sobrestamento de casos somente serão realizados depois de exercido o juízo prévio de admissibilidade perante o Tribunal de origem, tendo em vista que a ausência dos requisitos de admissibilidade acarretaria a negativa de seguimento do recurso extraordinário. Caso seja constatada a presença dos requisitos de admissibilidade, o regime do art. 543-B do CPC pode ser aplicado ao agravo.

Bruno Dantas afirma que a melhor interpretação no critério para escolha das causas representativas é a de *“fixação de critério que leve em conta a robustez e a completude de argumentos na tentativa de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”*.

Caso o STF se manifeste pela ausência de repercussão geral nos recursos representativos da controvérsia, esta decisão irradiará efeitos vinculantes sobre os recursos que se encontravam sobrestados e eles estarão automaticamente inadmitidos.

Assim, quando o mérito for julgado pelo STF, os recursos sobrestados não terão subida imediata. Se o STF tiver negado provimento ao recurso extraordinário representativo, deve ser declarada a prejudicialidade dos recursos sobrestados; quando o recurso extraordinário representativo tiver sido provido, o órgão prolator da decisão pode exercer juízo de retratação e proferir nova decisão em consonância com o entendimento externado pelo STF ou pode manter sua decisão, quando o recurso extraordinário deverá ser remetido ao STF, que poderá cassar ou reformar liminarmente essa decisão.

4. CONCLUSÃO

Diante das considerações acima expostas, verifica-se que foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal a elevada função de zelar tanto pelo direito objetivo constitucional, por meio do controle da uniformidade da sua interpretação, como de guardar os valores eleitos pela Constituição Federal como base do nosso sistema político e jurídico, emanando orientações que, acima de beneficiarem os interesses particulares das partes litigantes, são dotadas de verdadeiro interesse público. Esta circunstância justifica o fato de a referida Corte não poder ser concebida como mero órgão de quarta instância incumbido de tratar da revisão de eventual injustiça das decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias.

Assim, procede a assertiva analisada ao longo do nosso estudo segundo a qual revela-se legítima a criação de mecanismos de filtragem recursal com a finalidade de evitar que a Corte de Cúpula tenha o desempenho de sua nobre missão institucional prejudicado pelo elevado número de feitos que não guardam relação com a função de manutenção da unidade do Direito.

Diante deste panorama, pode-se afirmar que a adoção da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário constitui nova tentativa de conferir efetividade à prestação jurisdicional, privilegiando o valor da igualdade e a racionalização da atividade judiciária, agilizando a tramitação de processos em todo o Poder Judiciário Brasileiro e buscando oferecer uma prestação jurisdicional de qualidade.

SUPERLOTAÇÃO DO CÁRCERE: UM PROBLEMA PARA O ESTADO?

*Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo*¹

SUMÁRIO: 1. DISCUTINDO SOBRE AS CAUSAS DO PROBLEMA E REFLETINDO SOBRE AS VARIANTES QUE O CARACTERIZA; 2. NOVOS ESTABELECIMENTOS É A SOLUÇÃO?; 3. CONCLUSÃO.

RESUMO: *A superlotação do cárcere é, ou não, um problema para o Estado? Partindo desta indagação é que o presente texto passeia pelas teorias de justificação da pena com o escopo de questioná-las e, no momento seguinte, valer-se deste questionamento para analisar a superlotação. Neste contexto, então, é que se desconfia da racionalidade da pena, das construções que buscam justificá-la e da própria racionalidade do Estado Moderno. Por fim, o texto ainda analisa, a partir de uma perspectiva cética, as construções teóricas alternativas à pena privativa de liberdade.*

PALAVRAS-CHAVE: 1. Superlotação do Cárcere; 2. Teorias Justificadoras da Pena; 3. A Irracionalidade da Pena; 4. A utilidade da superlotação para o Estado Moderno.

¹ Mestre em Direito Público na linha de *Limites à Validade do Discurso Jurídico* junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais junto à Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Penal e Processo penal da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Penal da Universidade Salvador - UNIFACS. Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada. Autor da obra: AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **A Importância dos Atos de Comunicação Processual no Processo Penal Brasileiro** – o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

1 DISCUTINDO SOBRE AS CAUSAS DO PROBLEMA E REFLETINDO SOBRE AS VARIANTES QUE O CARACTERIZA.

Muito se tem discutido, nos últimos tempos, em sede doutrinária ou não, sobre a questão da superlotação das penitenciárias. Sempre que tal tema vem à tona, tem-se a falsa impressão de que esta circunstância representa, de fato, um problema para o Estado. Em verdade, tal circunstância consiste no máximo em um flagrante e reiterado descompasso entre os Poderes do Estado. Isto porque, enquanto o Poder Legislativo produz, de forma compulsiva, cada vez mais novos tipos penais e o Poder Judiciário, por seu turno, é pressionado a produzir em escala industrial, mais e mais, sentenças condenatórias, com penas cada vez mais exasperadas, o Poder Executivo é cercado por um conjunto de fatores que desestimulam a construção de novos estabelecimento penais. E a doutrina ainda insiste em falar em harmonia entre os poderes...

Tais fatores é que precisam ser avaliados de forma clara quando se reflete sobre a superlotação. Mas tal análise é sonegada pela maior parte da doutrina que se debruça a estudar a execução penal. O motivo que enseja tal sonegação parece ser a circunstância de que uma análise para além dos limites dogmáticos da Lei nº7.210/84, traz dificuldades aos setores mais conservadores da doutrina e da jurisprudência. Dificuldades que não se limitam a um problema de falta de atualização de determinados profissionais do Direito, a exemplo dos juízes que militam na execução penal, mas que derivam de outros fatores como, por exemplo, a acomodação de determinados segmentos da doutrina, ou, ainda, a difusão de uma dada ideologia de índole predominantemente repressora.

Entre os fatores que ensejam a inércia do Poder Executivo no que toca à superlotação, merecem destaque, dentre outros, os elevados custos, político e econômico, que a construção de novos estabelecimentos penais pode propiciar. Custos políticos que vão desde o desinteresse eleitoral da classe política na edificação de novos estabelecimentos, vez que condenados não votam, até o eventual comprometimento político que medidas paliativas ao problema da superlotação podem ensejar, como, por exemplo, a prestação de contas à sociedade civil por força da elevação dos custos com segurança pública em prejuízo de novos investimentos em educação. Investir em novos estabelecimentos penais não é matéria de capa no mais ordinário e sensacionalista dos folhetins.

Logo, não é interesse dos órgãos do Poder Executivo investir alguns milhões de reais em novos estabelecimentos penais. Convém lembrar que, como órgãos políticos que o são, os órgãos do Poder Executivo encontram-se sempre sujeitos às interferências políticas e às pressões advindas dos organismos de mídia (televisão, internet, dentre outros), e a essa circunstância não se encontram excluídos nem o Governador do Estado, nem o Diretor dos estabelecimentos penais, nem muito menos a estrutura policial como um todo. Não é por outra razão que a polícia sempre integrou os quadros do Poder Executivo, afinal tornar a polícia completamente independente do Poder Executivo, é, no mínimo, reduzir, em muito, a mobilidade de tal Poder.

Como se vê, então, quando o tema é superlotação, não se pode continuar a acreditar na fábula da harmonia da tripartição de poderes, até porque, como toda história de ninar, tal fábula encobre a moral da história: a interferência nociva de um quarto poder em meio à conturbada relação mantida entre os demais, qual seja, a influência dos meios de comunicação de massa. Enquanto a mídia coloca em cheque a credibilidade do Poder Judiciário e põe em dúvida a necessidade de manter e expandir o Poder Legislativo, esta dissemina, em regra, a idéia de que investir na população carcerária e em novos estabelecimentos é dilapidar o patrimônio público. E é neste cenário tendencioso que germinam idéias liberais, como a privatização de estabelecimentos penais, tudo de sorte a reduzir a participação do Estado em custos que parecem ser, cada vez mais, “desnecessários”. Eis o maravilhoso mundo novo que o neoliberalismo a todos reserva.

Mas se o Poder Executivo tem a sua quota-parte de responsabilidade, o Poder Judiciário e o Ministério Público, dentre outros setores estatais, também as possui. Isto porque, se em um dado estabelecimento penal encontram-se amontoados o dobro do número máximo de condenados que este deveria hospedar, forçoso é admitir que tal situação conta, no mínimo, com a omissão conveniente e cúmplice do membro do Ministério Público que deixou de adotar medidas no sentido de pleitear a interdição do estabelecimento e com a parcimônia oportunista do magistrado que fechou os olhos para tal realidade.

Talvez no dia em que condutas como essas venham a ser punidas severamente e acarretem a responsabilidade civil objetiva do Estado e a

responsabilidade criminal das autoridades públicas envolvidas pela prática de crime de tortura (Lei nº9.455/97), elas deixem de acontecer com tanta freqüência como ocorrem nos dias atuais, mas, até lá, não se deve cultivar falsas esperanças quanto a uma possível mudança de comportamento por parte do sistema penal², pois, do contrário, corre-se o risco de se passar uma vida inteira em busca do mundo encantado de Oz.

O certo é que não há uma só causa para o problema da superlotação. Afinal problemas, quando são problemas, não possuem uma única razão, original e fundadora, que os justificam e explicam. Somente nas histórias em quadrinhos é que existem soluções mágicas para problemas espetaculares. Contudo, convém lembrar que o Direito Penal não possui uma “varinha de condão” capaz de resolver, de uma hora para outra, o problema da superlotação. Até porque nada leva a crer que a superlotação seja de fato um problema para o sistema penal, pelo contrário, antes se mostra uma excelente ferramenta a serviço da docilização do corpo do condenado, principalmente quando um lugar no chão da cela se torna um luxo para poucos hóspedes. Nesse sentido, então, a superlotação faz parte da história de sucesso do cárcere³, tanto porque torna mais fértil o solo no qual são cultivadas as sementes da microfísica do poder⁴ quanto porque se mostra útil a aprofundar as raízes do sistema penal.

É em meio a este cenário, que os agentes do Estado (agentes carcerários) criam dificuldades (o contato entre visitantes e condenados) para vender facilidades (compra de gêneros alimentícios, dentre outros itens) e, com o passar dos anos, vai se constituindo uma sociedade paralela com regras e valores próprios⁵. Uma sociedade que seleciona seus líderes e os condecora. E enquanto esta sociedade se edifica pela reincidência, os habitantes do mundo de Alice continuam a acreditar na fábula da ressocialização. Mas, como é possível ressocializar alguém, o retirando da sociedade⁶? Como se vê, não é apenas nos sonhos de Freud que os

² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 2ª edição*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131.

³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1993.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

⁵ MELLOSSI, Dario & PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica - As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

absurdos acontecem. Eles, os absurdos, são mais freqüentes do que se imagina. Bem vindo ao mundo real!

Quando a pena se tornou uma tortura, o Estado perdeu a legitimidade para continuar a aplicá-la. O que distingue a violência da pena da violência do delito é o esforço de racionalidade do Estado para que esta não se confunda com vingança (Figueiredo Dias). Mas quando o Estado se torna o carrasco que impõe ao corpo do condenado o flagelo da penitência em nome de uma suposta indulgência, o Estado acaba sepultando qualquer discurso de justificação do castigo. Mas a pergunta é: a superlotação compromete qualquer discurso de justificação da pena ou a pena não tem qualquer justificação? A pena não passa de um ato de irracionalidade, por meio do qual o homem deixa aflorar a sua agressividade. Isto porque, se pena é retribuição, nos moldes da lei de talião, então, a sua melhor denominação é vingança.

Por outro lado, se pena é prevenção, a sua melhor designação é exemplificação ou, talvez, coisificação. Mas se pena não é nem uma coisa nem outra, mas, sim, ressocialização, então, o seu melhor nome é privação, não apenas da liberdade, mas, principalmente, da livre manifestação. Quem deu ao Estado o poder de privar o indivíduo da possibilidade de escolha por uma vida delinqüente? Se há livre-arbítrio, e esta é outra discussão⁷, para onde ele foi, quando se impõe a todo indivíduo um programa de ressocialização? Como se vê, a pena não é algo racional, ou que tenha alguma justificativa racional, pois se o fosse, a guerra também o seria. Tanto na guerra quanto na pena o homem manifesta a sua autenticidade animal. Hobbes estava certo quando afirmou que o “homem é o lobo do homem”⁸.

Mas, por favor, não entendam mal estas palavras. Não é a pena que é irracional, mas o homem que é animal. Não é a pena que não tem justificativa, mas é o homem que cria, por meio da linguagem, a sua própria armadilha. Desde Nietzsche⁹, já se sabe que a linguagem é um

⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade e a Justiça. São Paulo: Atlas, 2002.

⁸ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução: Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 83.

⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira**. São Paulo: Hedra, 2008.

catálogo de metáforas extintas. Eis, então, o que é a razão: uma criança levada que joga dados com a linguagem¹⁰ e incita a imaginação. O que poderia ser, então, a pena? Uma ferramenta em nome da segurança jurídica? E a superlotação, o que seria? Uma distorção do sistema, uma anomalia? As aparências enganam! Afinal, para toda culpa é preciso uma desculpa. E como se sabe, a culpa sempre é do outro (Freud). Com a pena e a superlotação, não seria diferente. Não é do Estado a culpa, mas, sim, do delinqüente. E o cárcere, o que seria? Um depósito de gente¹¹. E, neste contexto, a superlotação não é um problema, mas, sim, estratégia inteligente. Mas de quem? Do Estado? Da sociedade excludente? Não, do sistema de poder que age silenciosamente. Novos estabelecimentos seriam, então, a solução para a superlotação?

2 NOVOS ESTABELECIMENTOS É A SOLUÇÃO?

Novos estabelecimentos penais não representam a solução para o problema da superlotação, mas apenas uma medida paliativa, uma estratégia de administração. Uma estratégia que se vale de outros artifícios, como, por exemplo, a pena restritiva de direito, o regime aberto quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade, o livramento condicional, a suspensão condicional da pena, a pena de multa e a transação penal. Todas elas medidas de um Estado pressionado pela paranóia da segurança absoluta. Paranóia que se dissemina pela sociedade ocidental capitalista como um vírus que infecta o mais protegido dos sistemas de informação. Paranóia que parece ignorar que a segurança não é um dado passível de comprovação, mas apenas, e nada mais, que uma sensação¹².

Eis, então, a grande questão: não seria a superlotação parte de um audacioso plano de vigia, controle e dominação? Difunde-se o terror, incrementa-se a marginalização, deixa-se agravar o “problema” da superlotação e abandona-se, à própria sorte, o cidadão. E tudo é por acaso

¹⁰ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada**. No prelo.

¹¹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. Los muertos de la democracia: proyecto autoritario de la democracia y sus efectos generadores de represividad en las representaciones sociales. In. *Democracia y Justicia Penal*, s. l., 1992, p. 239 – 254.

¹² HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: ESMP, 1993.

e sem a menor intenção. Será mesmo? Será que não interessa alguém, ou alguns, esse “clima” de insegurança e de apreensão? Não haveria setores da sociedade que se beneficiariam com essa ideologia do terror e de culto à vitimização¹³? Toda boa história tem uma final surpreendente, e com a história do cárcere não é diferente. Quase sempre o melhor esconderijo é aquele que está mais aparente, pois o inimigo não mora ao lado, mas bem de frente. Nem sempre é possível distinguir a polícia do ladrão, o mocinho do vilão. O homem, e como tudo que dele deriva, é complexo demais, para uma simples solução.

Mas, a título de proposta, o que se propõe é descriminalização de muitos delitos, redução do tempo de pena quanto a outros, alteração da iniciativa da ação penal de outros tantos, tudo de sorte a diminuir o rol de candidatos ao cárcere. Todavia, como há uma imensa diferença entre a lei penal e o sistema penal¹⁴, tais medidas não se mostram suficientes, até porque as estatísticas criminais atuais já revelam que a imensa maioria da população carcerária decorre de determinados tipos penais preferenciais¹⁵. Ou seja, mais leis penais não implicam necessariamente em uma maior diversidade quanto às condenações criminais¹⁶. Assim como, mais estabelecimentos penais não implicam em mais segurança (Jeferry).

Ademais, o conflito no qual consiste o crime, não é resolvido por meio do processo nem através da pena, estes antes se mostram como estratégias estatais de administração do conflito real e de solução do conflito artificial selecionado pelo sistema¹⁷. Isto porque a sociedade não é um ente superior aos indivíduos que a constitui, na qual o conflito é visto como uma célula cancerosa. Se o homem é um ser em conflito consigo mesmo, forçoso é, então, reconhecer que a sociedade não é um nirvana, mas, sim, uma arena de disputas. Mudam-se os animais, mantém-se a selva.

Aliás, tudo leva a crer que, mesmo com a adoção de tais medidas legais, não haveria uma redução da população carcerária, vez que os agentes do

¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁵ CARVALHO, Salo. *Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo em Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.23.

¹⁶ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal em Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03-55.

Estado são os maiores responsáveis pela proliferação do crime¹⁸. Seja porque isso valoriza determinadas carreiras públicas, seja porque são eles que selecionam a clientela penal a partir de um estereótipo bem demarcado¹⁹. É preciso ter sempre um grande “marginal” a prender, afinal para um dia chegar a um cargo de destaque na Administração Pública é preciso ter feito o “dever de casa”, isto é, é preciso um bom troféu para exibir diante das câmeras. Em suma, as penitenciárias são como supermercados da autopromoção, engaiolam-se alguns indigentes em troca de alguns minutos na televisão.

3 CONCLUSÃO

Vê-se, assim, que enquanto o sistema penal operar não é possível eliminar o problema da superpopulação carcerária, mas, no máximo, controlá-lo. Se nas fábricas de produzir sentença as máquinas nunca param, no cárcere sempre haverá espaço para mais hóspedes²⁰. Afinal, o que seria de todos nós se não existisse o Estado, não é mesmo? Eis o milagre da multiplicação! Não temas irmão, pois os homens de boa vontade, os homens do Estado manterão todos à salvo dos pecadores que trazem péssimos exemplos. Há um lugar no reino dos céus para ti. Mas para que ele seja assegurado é preciso que tu ajudes, com sua omissão, o Estado na tarefa de amontoar e torturar os hereges. Não se deve ascender a fogueira para queimá-los. É preciso fazer com que eles experimentem a dor, de forma lenta e constante, pois a morte é para os heróis e os mártires, e a tortura é para os cães. Os cães que ladram e de vez enquanto mordem, mas que não passam de cães. Deus tenha piedade de nós!

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹⁹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

²⁰ MELLOSSI, Dario & PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica** - As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

O INGRESSO VOLUNTÁRIO NAS FORÇAS ARMADAS E O CONCURSO PÚBLICO

*Fábio Moreira de Almeida**

1. INTRODUÇÃO

O primeiro desafio que se impõe ao profissional da área jurídica quando se depara com legislação anterior à Constituição é buscar nesta o fundamento de validade daquela. Dessa necessidade de investigar a adequação do conjunto de leis aplicáveis às Forças Armadas editadas antes de outubro de 1988 aos princípios constitucionais fundamentais, gerais e setoriais, surgiu a ideia de oferecer breves considerações acerca do ingresso voluntário nas Forças Armadas quando ausente situações excepcionais, tais como guerra externa, mobilização nacional, calamidade pública ou qualquer outra que gere incompatibilidade com o concurso público.

Com o objetivo de delimitar o tema é necessário frisar que ficam afastadas desta abordagem o ingresso obrigatório em tempo de paz (art. 143, caput, da CF; art. 5º, caput, da Lei 4.375/64; art. 5º, caput, do Decreto 57.654/66; art. 4º, da Lei 5.292/67); o ingresso em tempo de guerra ou mobilização (art. 84, XIX, da CF c.c. art. 4º, parágrafo único, V, da Lei 11.631/07); e o ingresso em situações de emergência (art. 19, da Lei 4.375/64 c.c. art. 107, §6º; art. 126; art. 203 e art. 217, do Decreto 57.654/66).

* Capitão-Tenente do Quadro Técnico da Marinha. Graduado pela PUC/RJ. Especializado em Direito Militar.

2. FORÇAS ARMADAS: GENERALIDADES

2.1 O Direito Administrativo Militar

Os institutos do Direito Administrativo comum não são suficientes para fundamentar a análise que se inicia. Isto se deve ao fato de que as Forças Armadas possuem institutos próprios, sem paralelo em nenhum outro ramo do Direito, dos quais são exemplos: a agregação, a reforma, a deserção, o licenciamento, a desincorporação etc. Por essa razão a doutrina majoritária defende a existência de um sub-ramo do Direito Administrativo, qual seja, o Direito Administrativo Militar.¹

2.2 Características constitucionais das Forças Armadas

O Estado, na sua função administrativa, desempenha a função militar que, resumidamente, subordina-se ao desenvolvimento de atividades de segurança pública externa e interna. Esta última de maneira subsidiária.²

A doutrina elenca, no mínimo, sete princípios constitucionais específicos das Forças Armadas.³ Porém, diante da pretensão destas linhas serão ressaltadas as seguintes peculiaridades: a) a estrutura nacional; b) a permanência; e, c) a regularidade.

O caráter nacional impede que os estados membros possam manter organizações de mesma natureza.⁴ A permanência indica que a existência das Forças Armadas está atrelada à existência do próprio Estado. A regularidade apontada no texto constitucional refere-se ao fato de que seus membros têm que pertencer de maneira efetiva ao contingente.⁵

2.3 Forças Armadas e serviço público

No universo das atividades administrativas desempenhadas pelo Estado está o serviço público. A noção de serviço público implica no fluxo de um

¹ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*, Método, São Paulo, p. 35, 2010.

² OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do Exército (decreto n. 4.346/2002)*.

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/Continuação de/JFRJ, Rio de Janeiro, n.27, p. 59, abr. 2010.

³ Eliezer Pereira Martins apud ALCANTARA, Fernando Cesar Diogo de. *Defesa do estado: as Forças Armadas nas constituições brasileiras: 1822/2004*, s. ed., p. 89, 2007.

⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 60.

⁵ ABREU, op. cit., p. 126/127.

sistema de princípios e regras denominado regime de Direito Público, ou seja, a total submissão desse conceito ao tratamento jurídico-administrativo.

Jorge Luiz Nogueira de Abreu,⁶ ao abordar os princípios norteadores da Administração Pública Militar inclui o princípio da continuidade do serviço público. Nessa oportunidade o autor assegura a natureza da atividade realizada pelas Forças Armadas, como sendo um “serviço público de defesa”.

Dentro de uma classificação tradicional dos serviços públicos, é possível afirmar que a atividade desempenhada pelas Forças Armadas constitui uma das espécies do gênero serviço público coletivo ou uti universi, porque prestado diretamente pelo Estado, sob regime jurídico de Direito Público, em atendimento ao interesse coletivo, a um número indeterminado de indivíduos.⁷

2.4 Forças Armadas e seus agentes estatais

Caracterizada a atividade militar como serviço público, há que se definir a natureza daqueles que desempenham as atribuições fixadas na Constituição. Embora o texto constitucional no seu art. 142, §3º denomine os membros das Forças Armadas como “militares”, não se pode extrair daí a ideia de que não estejam inseridos no conceito de servidores públicos. Essa denominação, decorrente da alteração meramente formal feita pela Emenda Constitucional nº 18 de 1998, não retirou a qualidade ontológica de servidor público dos membros das Forças Armadas.

A afirmativa tem alicerce na doutrina de Carvalho Filho⁸ que estabelece as qualidades distintivas fundamentais dos servidores públicos. A distinção entre servidores públicos civis e servidores públicos militares está apenas nas funções públicas atribuídas pela Constituição Federal. O professor relaciona três traços distintivos do servidor público: 1) profissionalidade, ligada ao exercício de profissão efetiva; 2) definitividade, pois se vincula à ideia de desempenho permanente da função; e 3) relação jurídica de trabalho, que ao contrário do que possa parecer num exame superficial, não está adstrita às relações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, pois a expressão também alcança os vínculos estatutários.

⁶ ABREU, op. cit., p. 55.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 247 e 250, 2005.

⁸ Id. *ibid.* p. 478.

Decerto, pode-se dizer que os membros das Forças Armadas continuam sendo servidores públicos, sujeitos aos princípios e regras constitucionais aplicados a essa categoria de agentes estatais, consideradas as distinções de tratamento estabelecidas na própria Constituição Federal.⁹ Nessa perspectiva não se sustenta a eventual ideia de que os membros das Forças Armadas são uma categoria especial de servidores da Pátria (art. 3º da Lei 6.880/80) e por isso o tratamento constitucional e legal deve ser distinto daquele dispensado ao servidor público civil. A distinção só é válida onde a própria Constituição Federal fez questão de distinguir, o que não é o caso quando se trata de acesso aos cargos públicos militares, como será demonstrado a seguir.

3. O INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS

3.1 Natureza das normas do art. 37, I e II da CF

A primeira tarefa que se impõe é definir que tipo de norma guarda cada um, se são regras ou princípios. Quanto ao inciso I, pode-se afirmar que é um princípio com arrimo na doutrina de José Afonso da Silva¹⁰ que assim alude ao dispositivo: “O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos...”. Da mesma forma ocorre com o inciso II, pois é assim que Alexandre de Moraes¹¹ a ele se refere: “O princípio constitucional que exige concurso público de provas ou de provas e títulos,...”.

Referidos incisos têm a natureza de princípios constitucionais setoriais, pois têm a finalidade de exprimir sua eficácia por todo o setor a que se destina, ou seja, a administração pública, seja ela civil ou militar. Como os princípios constitucionais setoriais têm nível menor de abstração, relativamente aos fundamentais e aos gerais, a consequência direta é que em casos específicos tutelam de maneira imediata as situações neles albergadas.¹²

⁹ ABREU, op. cit., p. 235.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, São Paulo, p. 659, 1999.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, Atlas, São Paulo, 17 ed., p. 315, 2005.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed., São Paulo, Saraiva, p. 151-155, 2004.

A especificidade da destinação constitucional das Forças Armadas não é suficiente para afastar os princípios aplicáveis a toda Administração Pública. Nesse sentido, a opinião segura de Jorge Luiz Nogueira de Abreu para quem a Administração Militar se subordina aos incisos do art. 37 desde que compatíveis com a atividade militar e não estejam excepcionados pela própria Constituição.¹³

3.2 O concurso público e o art. 142, §3º, X da CF

Com alicerce no art. 37, I da CF é possível afirmar que toda e qualquer necessidade de preenchimento originário de cargos nas Forças Armadas, permanentes ou transitórios, de cunho voluntário e em tempo de paz (leia-se, contextos de normalidade) deverá ser extensível ao maior número de pessoas.

Na doutrina do professor Luciano Ferraz¹⁴ o acesso aos cargos públicos, incluindo os cargos militares, como regra geral deve ocorrer mediante aprovação em concurso público. Só naqueles casos expressamente previstos na própria Constituição Federal é que essa exigência fica afastada. Isso ocorre com os cargos em comissão (art. 37, II, parte final, da CF), com as contratações temporárias (art. 37, IX, da CF), com determinados cargos vitalícios (art. 73, §2º; art. 94; art. 101; art. 104, parágrafo único, II; art. 107; art. 111-A, I; art. 119, II; art. 120, III; e art. 123, parágrafo único da CF) e com o aproveitamento de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial (art. 53, do ADCT).

Nessa linha interpretativa, objetivando concluir o tópico, veja-se a argumentação categórica do professor Jorge Luiz,¹⁵ à indagação da necessidade de realização de concurso público no caso de prestação de serviço militar não obrigatório, ainda que o vínculo seja temporário:

*“Resumindo: o ingresso compulsório nas Forças Armadas para prestação do serviço militar inicial é incompatível com a realização de concurso público. **Todavia, em tempo de paz, o ingresso***

¹³ ABREU, op. cit., p. 46.

¹⁴ FERRAZ, Luciano de Araújo. Concurso público de provas e títulos. Constitucionalização do Direito Administrativo. Princípios jurídicos como limites a discricionariedade administrativa. Interesse Público, Porto Alegre, v. 7, n.35, p. 132, jan./fev. 2006.

¹⁵ ABREU, op. cit., p. 282/283.

voluntário, ainda que de forma temporária, nas fileiras militares, dependerá sempre de prévia aprovação em concurso público.” (grifei)

3.3 Situações excepcionais

A titulação do tópico se deve ao fato de que não há que se falar em ingresso voluntário nas Forças Armadas, mediante concurso público, nos casos de anormalidade, ou seja, conflitos armados ou sua iminência, convocações de emergência, calamidades públicas etc. e nos casos de prestação de serviço militar obrigatório.

Em todas essas situações não é viável a realização de concurso público, isto porque o serviço militar, de acordo com o art. 1º, da Lei 4.375/64 e art. 2º, I, da Lei 11.631/07, está diretamente relacionado à formação de determinado contingente destinado ao atendimento das necessidades das Forças Armadas quando do advento de eventual execução da mobilização nacional ou outra necessidade emergencial prevista em lei.¹⁶

A Constituição Federal diferencia os contextos de normalidade daqueles envolvendo situações de conflito ou sua iminência. As soluções previstas no texto constitucional são distintas conforme se trate de período de normalidade ou de exceção, como se pode observar na redação dos seguintes dispositivos: art. 5º, XV; art. 22, III; art. 53, §7º; art. 142, §3º, VI; art. 143, §§ 1º e 2º. Da mesma forma ocorre no Estatuto dos Militares de 1980, conforme art. 12, caput e §1º; art. 46; art. 48, §2º; art. 98, II; art. 108, IV; art. 118, caput; e art. 125, I, II, parágrafo único, a).

Assim é forçoso concluir que nas circunstâncias normais deve prevalecer a regra geral, como é o caso da realização do concurso público de provas ou de provas e títulos para o provimento originário dos cargos públicos, independentemente da natureza civil ou militar do cargo, assim como também de seu caráter permanente ou temporário.

¹⁶ Vislumbra-se também incompatibilidade, com a realização de concurso público, o ingresso nas Forças Armadas de 250 atletas de alto rendimento para a disputa dos 5º Jogos Mundiais Militares do Conselho Internacional do Esporte Militar (CISM - Conseil International du Sport Militaire), a ser realizado na cidade do Rio de Janeiro, de 16 a 24 de julho de 2011.

3.4 Formas e espécies de ingresso

Desde a Constituição do Império todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar. Essa forma de ingresso, obrigatória, é sem dúvida a principal, tanto é assim que teve assento em todas as Constituições brasileiras. Hoje a previsão constitucional consta do art. 143 que remete ao legislador infraconstitucional a tarefa de disciplinar a matéria.¹⁷ Já a outra forma de ingresso, a voluntária, não está expressa na Constituição, mas tem previsão na legislação militar infraconstitucional.

A Constituição Federal, embora analítica,¹⁸ não disciplina, especificamente, sobre o ingresso nas Forças Armadas. Confia ao legislador infraconstitucional a tarefa de normatização. Nesse contexto tem-se por recepcionada a Lei 6.880/80 que no seu art. 10, caput, traz as espécies de ingresso nas Forças Armadas. Segundo o dispositivo o ingresso é permitido por intermédio dos institutos da incorporação (art. 20, da Lei 4.375/64), da matrícula (art. 22, da Lei 4.375/64) ou da nomeação. Essas espécies podem concretizar a forma obrigatória ou a forma voluntária de ingresso. Ao contrário das duas primeiras espécies de ingresso mencionadas (incorporação e matrícula), a última (nomeação) não recebe tratamento no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), nem na Lei do Serviço Militar (Lei 4.375/64), tampouco em seu Regulamento (Decreto 57.654/66). Mas, diante da ausência de conceituação na legislação especial e na doutrina especializada, e levando-se em consideração que o Direito Administrativo Militar não é ramo autônomo do Direito, como demonstrado em linhas atrás, há que se buscar o socorro na doutrina do professor Carvalho Filho, que afirma ser a nomeação forma de provimento originário de cargo público, e que, sendo o cargo de natureza vitalícia ou efetiva (como é o caso dos cargos militares), só pode ser concretizada depois da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.¹⁹

Como o art. 20 e o art. 22 da Lei do Serviço Militar, ao tratarem da incorporação e matrícula, respectivamente, fazem menção ao “convocado” e ao “voluntário”, necessário se faz para a correta compreensão dos tipos de ingresso, trazer os conceitos de um e de outro. Convocação segundo

¹⁷ ABREU, op. cit., p. 179.

¹⁸ MORAES, op. cit., p. 6.

¹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 478.

conceito oferecido pelo art. 3º, 6), do Decreto 57.654/66 é o ato de chamamento para prestar o serviço militar, seja na fase inicial ou outra qualquer. Já o voluntário é compreendido como aquele que, não obstante não ter sido convocado, se apresenta com a finalidade de prestar o serviço militar, seja inicial ou não, de acordo com a definição trazida pelo art. 3º, 46), do Decreto 57.654/66. A expressão "...outra forma ou fase..." constante dos dois dispositivos referidos se opõe à forma ou fase inicial de ingresso, ou seja, o ingresso obrigatório. Somente essa forma ou fase de ingresso é que não se compatibiliza com a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos. Outras formas e fases que não a inicial (obrigatória) devem respeitar os princípios do amplo acesso aos cargos e empregos públicos e do concurso público.

Desse modo, a título de exemplo, o ingresso voluntário dos médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários nas Forças Armadas, em tempo de paz, conforme previsão do art. 4º, §3º, da Lei 5.292/67, tem que decorrer obrigatoriamente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Insiste-se que o ingresso que não está subordinado a esse princípio constitucional, é tão somente o de caráter obrigatório, de acordo com o caput daquele dispositivo. De igual modo deve ocorrer com o ingresso das mulheres em tempo de paz, pois se trata de ingresso voluntário, de acordo com o previsto no art. 5º, §§ 2º e 3º, do Decreto 57.654/66.

O ingresso voluntário em tempo de paz nas Forças Armadas com subordinação ao princípio do concurso público independe do caráter transitório ou permanente do cargo a ser ocupado. Ou seja, mesmo aqueles cargos que não sejam de caráter permanente, como por exemplo, aqueles ocupados pelos integrantes da reserva não remunerada, mediante convocação (ou outra espécie de ingresso), de acordo com o art. 4º, I, b); art. 10, §1º c.c. art. 11, parágrafo único, da Lei 6.880/80, têm seu preenchimento originário mediante concurso público.

A exigência do art. 37, II da CF alcança todos os brasileiros que queiram ingressar voluntariamente nas Forças Armadas em tempos de paz. Não está de acordo com o referido princípio constitucional as formas de acesso voluntário, em tempo de paz, restritas àqueles que têm a sorte de serem incluídos nos quadros e corpos da reserva e convocados para o serviço ativo na Forças Armadas, nos termos do art. 10, §1º, da Lei 6.880/80.

Na mesma linha interpretativa deve ser entendido o art. 3º, II, da Lei 6.391/76 e art. 2º, II, do Decreto 4.502/02 que a regulamenta, com fundamento no art. 84, IV, da CF, ao tratar do Corpo de Oficiais da Reserva do Exército (CORE).

A ideia de acesso voluntário aos cargos militares, em tempo de paz, sem a necessidade de submissão ao concurso público na forma do art. 37, II da CF, também está presente no Decreto 4.780/03, que aprova o Regulamento da Reserva da Marinha (RM), conforme se verifica na redação do seu art. 3º, I; art. 11, IV e V.

Na Aeronáutica a situação também não é diferente. No uso do poder regulamentar, o Presidente da República editou o recente Decreto 6.854, de 25 de maio de 2009, que no art. 3º, I; art. 6º, I; art. 7º; art. 10; art. 16; art. 17, IV, §§ 2º e 4º; e art. 19, IV, permitiu o ingresso segundo a legislação especial militar. Vale ressaltar que nos últimos dispositivos mencionados, o §4º do art. 17 c.c. o art. 19, IV, há a previsão de processo de seleção quando do ingresso dos componentes da reserva. No entanto, esta previsão não proporciona a segurança necessária nos administrados para acreditar na realização de concurso público de provas ou de provas e títulos como exige o princípio do concurso público, pois não deixa de fazer remissão à legislação especial que trata do serviço militar, que, como já exaustivamente mencionado, não contempla o princípio em exame.

Outra forma de violação ao princípio do concurso público está nas prorrogações do serviço militar inicial (obrigatório). A duração do serviço militar obrigatório, leia-se: serviço militar inicial, nas Forças Armadas, em tempo de paz, tem um limite máximo de tempo, quaisquer prorrogações desse tempo, não podem ser consideradas como serviço militar obrigatório. É a interpretação extraída do art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 4.375/64. Em consequência, a permanência desses militares nas Forças Armadas depende de prévia aprovação em concurso público, sob pena de violação do art. 37, II, da Constituição Federal.

O resultado a que se chega é a constatação de que não importa o nome que receba o tipo de ingresso nas tropas castrenses nacionais (incorporação, matrícula, nomeação, inclusão, designação ou outro nome que a engenhosidade humana vislumbra). Isto porque o cargo público militar é de natureza efetiva, sendo assim seu provimento originário só pode se

concretizar após aprovação em concurso público, nos termos dos princípios constitucionais especiais estabelecidos nos incisos I e II do art. 37 da CF. Primeiro verifica-se o contexto, se é de normalidade ou envolve situações excepcionais (ex.: guerra ou sua iminência, calamidades públicas etc.); depois se investiga a forma de ingresso, se obrigatória ou voluntária. Quando se tratar de situações excepcionais, aquelas que fogem à normalidade, não há que se falar na aplicação do art. 37, I e II, da CF, pois a incompatibilidade é evidente. Da mesma maneira ocorre quando o ingresso for obrigatório, mesmo que não haja qualquer indício de contextos anormais.

3.5 Forças Armadas e delegação legislativa

Na concepção até aqui adotada, não prevalece a ideia de que a “lei” mencionada no art. 142, §3º, X, da Constituição Federal possa remeter ao administrador castrense a tarefa de disciplinar, por meio de portarias, editais ou qualquer outro ato administrativo, o ingresso nas Forças Armadas. A delegação legislativa só é admitida em casos excepcionalmente expressos na própria Constituição Federal.

Reforça ainda mais a excepcionalidade da delegação legislativa a revogação feita pelo art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A determinação do constituinte de 1988 representa uma interrupção com o regime constitucional anterior em que a prática de delegação normativa ao poder executivo sem o estabelecimento de parâmetros era comum.²⁰

Tal situação deslegitima a previsão constante do art. 10 e seus parágrafos, da Lei 6.880/80 que remetem ao administrador militar eleger critérios ou condições para o ingresso na respectiva Força: “Art. 10 [...] e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. §1º [...] proposta do Ministro da Força interessada [...]. §2º [...] nas condições reguladas pelo Poder Executivo.”

A Constituição não outorgou ao Poder Executivo a tarefa de legislar sobre o ingresso nas tropas militares nacionais, mas sim ao Poder Legislativo (art. 142, §3º, X da CF), razão pela qual o administrador militar quando quiser incorporar, convocar, matricular, incluir ou nomear voluntários para

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 93, n.337, p. 208, jan./mar. 1997.

ingresso nas Forças Armadas, em situações normais, deverá subordinar-se aos princípios do art. 37, I e II da CF.

4. CONCLUSÃO

A eficácia das normas constitucionais transpassa todo o ordenamento jurídico, e o Direito Administrativo Militar, que é sub-ramo do Direito Administrativo, não está imune a esse resultado. A especificidade da atividade militar constante dos arts. 142 e 143 não serve como fundamento para uma espécie de blindagem a princípios constitucionais que obrigam toda a administração pública direta e indireta, seja ela civil ou militar.

O art. 142, §3º, X da CF autorizou apenas ao legislador estabelecer critérios e condições para o ingresso nas Forças Armadas. A reserva de lei nesse caso é absoluta não podendo o administrador substituir o legislador, por força de delegação legislativa. Esta só é possível se encontrar amparo na própria Constituição Federal.

Não importa se o acesso ao cargo militar ocorre por meio de incorporação, matrícula, nomeação, designação, inclusão ou qualquer outro nome. A denominação utilizada pela legislação militar para se referir ao ingresso voluntário nas Forças Armadas, em contextos de normalidade, não torna o acesso aos cargos militares em exceção aos referidos princípios constitucionais especiais.

A solução para conformar a legislação militar não passa pela atuação do Legislativo, seja o legislador constitucional ou o infraconstitucional. Duas são as possibilidades de desfecho.

A primeira consiste em atividade meramente interpretativa na qual todas as disposições da legislação especializada receberão interpretação de acordo com o texto constitucional, ou seja, basta que o administrador militar realize o concurso público de provas ou de provas e títulos com fundamento direto nos incisos I e II do art. 37 da CF.

A medida foi adotada em pelo menos uma das Forças. Pela Portaria DEPENS nº 216-T/DE-2, de 04 de agosto de 2009, o Diretor-Geral do Departamento de Ensino da Aeronáutica aprovou as Instruções Específicas para o Exame de Admissão ao Estágio de Adaptação de Oficiais Temporários

da Aeronáutica do ano de 2010 (IE/EA EAOT 2010). A Portaria, no seu subitem 5.2 estabeleceu como uma das condições para o ingresso voluntário, em caráter temporário, na Aeronáutica, a aprovação em processo seletivo que inclui prova escrita de gramática e interpretação de texto; uma redação; prova de conhecimentos específicos de acordo com cada profissão e por fim prova de títulos, conforme consulta realizada em <http://201.12.128.18/EAOT2010/instrucoes/edital.pdf>.

Por fim, uma segunda solução plausível e até mais segura para todos os interessados no ingresso voluntário nas Forças Armadas é a alteração dos decretos editados pelo Presidente da República, com fundamento no poder regulamentar, que versam sobre a Reserva das Forças Armadas.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. Direito administrativo militar, São Paulo: Método, 2010.
- ALCANTARA, Fernando Cesar Diogo de. Defesa do estado: as Forças Armadas nas constituições brasileiras: 1822/2004, s. ed., 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Princípio da legalidade. Delegações legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 93, n.337, p. 204, jan./mar. 1997.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 13 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. Concurso público de provas e títulos. Constitucionalização do Direito Administrativo. Princípios jurídicos como limites a discricionariedade administrativa. Interesse Público, Porto Alegre, v. 7, n.35, p. 131, jan./fev. 2006.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 17 ed. Atlas: São Paulo, 2005.
- OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do Exército (decreto n. 4.346/2002), Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/Continuação de/JFRJ, Rio de Janeiro, n.27, p. 59, abr. 2010.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

O SIGILO EMPREGADO NOS PROCESSOS DE INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTES AÉREOS NO BRASIL E A PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Fábio Anderson de Freitas Pedro¹

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. A Questão da Segurança na Aviação
3. A Filosofia “Just Culture” na Investigação de Acidente ou Incidente.
4. O Princípio da Supremacia do Interesse Público e o Sigilo do Processo de Investigação de um Acidente Aéreo; 5. Nota conclusiva;
6. Referências Bibliográficas

Resumo: A investigação de um acidente aéreo deve ter por meta estabelecer os possíveis fatores que contribuíram para o evento. Desde 1944 formou-se um consenso mundial sobre a necessidade de estabelecer um sigilo sobre relatório de acidente ou incidente, com o objetivo de formar um ambiente onde a cultura seja a da prevenção e não a da repressão. A análise busca observar como o princípio da primazia do interesse público é utilizado para validar a filosofia empregada na investigação de acidentes e incidentes aeronáuticos e o importante papel do judiciário em promover uma ponderação da repercussão de suas decisões não só no presente, mas também no futuro para toda a sociedade. O presente ensaio tem por objeto investigar a filosofia empregada pelas autoridades

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pós-Graduado em Direito Aeronáutico pela Universidade Estácio de Sá, Mestrando em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário da Cidade (RJ). Professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* do Centro Universitário da Cidade (RJ). Pesquisador. Advogado. Membro da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RJ). Membro da Associação Latino Americana de Aeronáutica (Houston – E.U.A.)

aeronáuticas na investigação de um acidente ou incidente aéreo, fundada exclusivamente na concepção de prevenção. Avaliando sua utilização no Brasil e no exterior, e ainda no cotejo da doutrina e jurisprudência a incidência do pragmatismo e consequencialismo.

Abstract: The investigation of a air accident should have the goal to establish the possible factors that contributed to the event. Since 1944 formed a global consensus on the need to establish a confidential report on the accident or incident, with the aim of forming an environment where the culture is that of prevention rather than repression. The analysis seeks to observe the principle of primacy of public interest is used to validate the philosophy used in the investigation of aircraft accidents and incidents and the important role of the judiciary to promote a consideration of the impact of their decisions not only now but also in the future for all society. This essay's purpose is to investigate the philosophy employed by the aviation authorities in the investigation of an aviation accident or incident, based solely on the concept of prevention. Evaluating its use in Brazil and abroad, and in the collation of the doctrine and jurisprudence the incidence of pragmatism and consequentialism.

“Uma vez tendo experimentado voar, caminharás para sempre sobre a Terra de olhos postos no Céu, pois é para lá que tencionas voltar.”

Leonardo Da Vinci

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O transporte aéreo tem repercussão direta e imediata na sociedade moderna, com a missão de transportar passageiros e cargas, de forma eficiente, no menor espaço de tempo possível e observando todos os aspectos de segurança envolvidos na atividade. O homem sempre observou a aviação com fascínio, podemos lembrar que entre os contos mitológicos temos a saga heroica de Ícaro, que juntamente com seu pai Dédalo engenhosamente criaram dois pares de asas brancas com a junção de cera e penas de gaivotas, com o escopo de livrarem-se do cativeiro imposto pelo Rei Minos.(MONTES, 1996. p16.).

A história lendária de Ícaro representa o sentimento do homem de conquistar os céus, sem descuidar do fato que se trata de uma ficção

criada pelo homem, a aventura de Dédalo e Ícaro traz reflexões sobre questões atinentes a própria arte de voar e suas consequências trágicas quando regras de segurança não são observadas.

Em um plano concreto, acompanhamos a fantástica evolução de todas as aeronaves, em um curto arco temporal, tiveram sensível incremento tecnológico, sempre com o foco no desenvolvimento da eficiência, velocidade e segurança empregados na arte de voar.

A imperiosa necessidade de impor regras para evitar acidentes e na medida em que aconteçam as medidas que devem ser adotadas para que não se repitam constitui uma preocupação e necessidade não só de caráter local ou regional, e por uma cândida razão, o avião não está circunscrito ao território de sua bandeira, mas tem importante papel de fator de integração entre os países e continente seja no transporte de cargas ou passageiros.

O presente ensaio tem por objeto investigar a filosofia empregada pelas autoridades aeronáuticas na investigação de um acidente ou incidente aéreo, fundada exclusivamente na concepção da prevenção.

Os esforços legislativos no âmbito da Comunidade europeia em sintonia com as diretrizes do anexo 13 da Convenção de Chicago bem como o projeto de Lei que atualmente tramita no Congresso Brasileiro demonstram uma preocupação com o sigilo do processo de investigação de acidente ou incidente aéreo e excluem a utilização de seu conteúdo para fins distintos do âmbito da prevenção.

O confronto entre os interesses públicos e interesses privados, e posicionamento jus filosóficas adotados em nossa Corte Superior prestigiando o primado do interesse público sobre o privado.

2. A QUESTÃO DA SEGURANÇA NA AVIAÇÃO.

O transporte aéreo está edificado sobre os pilares da velocidade, eficiência e segurança. Os níveis de segurança nas últimas décadas têm sido considerados satisfatórios entre os existentes modais de transportes.

Não obstante o conceito de segurança não seja estático como salientado por Jiefang Huang (HUANG, 2009. Pág. 7) "A segurança também é dinâmica

e não um conceito estático. Tem sentido temporal forte. O que ontem era considerado seguro ou inseguro pode não ser assim hoje”.

Os Estados sempre demonstraram a preocupação em regulamentar à aviação buscando melhores condições tanto para usuários como a terceiros que podem ser afetados na ocorrência de um infortúnio.

Quando os primeiros ensaios de vôo em aeróstatos começaram na Europa houve a necessidade de tutelar a atividade, que em sua gênese trazia aos expectadores sensações de intensa euforia ao testemunhar a conquista dos céus, bem como de receio não só com a integridade física dos tripulantes, mas os eventuais prejuízos materiais quando da queda de um aeróstato sobre um vilarejo ou mesmo sobre uma plantação. O que aliás não raro ocorria.

A história da aviação da conta que alguns meses após a primeira ascensão dos irmãos Montgolfier² a bordo de um balão aos cinco dias de junho de 1783, foi publicada a primeira regulamentação aérea publicada aos 23 dias de abril de 1784 pela policia de Paris proibindo a utilização de aeróstato a aqueles que não possuíssem uma licença especial.(GILLISPEI. 1983. p 3 e 4)

Em um curto arco temporal houve extraordinário avanço da aviação permitindo que os equipamentos utilizados percorressem maiores distâncias com maior velocidade e autonomia, transportando cada vez mais passageiros. Definitivamente a aeronáutica passou a ter papel de relevo como instrumento de integração de mercados.

Com a evolução, a segurança aérea passou a ser uma preocupação comum a todos os países, o que levou a OACI³ – Organização da Aviação Civil Internacional a promover um profundo debate que resultou na celebração de um tratado internacional em 1944 na Cidade de Chicago. Este tratado abordou diversas questões com o escopo de padronizar alguns procedimentos na aviação internacional, que tratam da questão da segurança aérea em diversos aspectos, disciplinando a questão da

² Os irmãos Joseph Michel Montgolfier e Jaques Étienne Montgolfier são considerados os inventores do primeiro aeróstato tripulado.

³ A Organização de Aviação Civil Internacional, cuja a sigla em inglês é ICAO é um organismo pertencente a Organização das Nações Unidas, que visa estabelecer standards de procedimentos para a aviação civil internacional.

investigação do acidente e aéreo de forma direta em seu artigo 26⁴, que foi objeto de regulamentação em seu anexo 13.

Antonio de Azevedo Júnior (AZEVEDO JÚNIOR, 2007, p 10) recorda que enquanto na língua portuguesa utilizamos o termo “segurança” para não só a proteção e prevenção de acidentes⁵ e incidentes⁶ bem como a proteção contra interferências ilícitas com o objeto de dolosamente causar danos à operação aeronáutica, “a língua inglesa, que é adotada como standard internacional na aviação, utiliza termos “*safety*”⁷ e “*security*”⁸, ambos que lhe são próprios para distinguir situação distintas.

A segurança na aviação deve ser tratada no aspecto preventivo, onde incumbe à Autoridade Pública competente estabelecer um conjunto normativo baseado em critérios técnico-objetivos, a serem observados por todos os setores envolvidos na atividade aeronáutica, e fiscalizar diligentemente o adequado cumprimento das normas aplicáveis.

A chamada “cultura da segurança” precisa ser estimulada a todo o momento. Quando um acidente aéreo ocorre registram-se prejuízos diretos

⁴ Artigo 26 da Convenção de Chicago de 1944 - No caso em que uma aeronave de um Estado Contratante sofra algum acidente em território de outro Estado Contratante, acarretando morte ou ferimentos graves, ou indicando sérios defeitos técnicos na aeronave ou nas facilidades de navegação aérea, o Estado onde tiver ocorrido o acidente procederá a um inquérito sobre as circunstâncias que provocaram o acidente, de conformidade, dentro do permissível por suas próprias leis com o procedimento que possa ser recomendado nas circunstâncias pela Organização Internacional de Aviação Civil. Será oferecida ao Estado de registro da aeronave a oportunidade de designar observadores para assistirem as investigações, e ao Estado onde se esteja processando o inquérito transmitirá ao outro Estado às informações e conclusões apuradas.

⁵ De acordo com a (NSC 3-XX) Portaria EMAER nº 16/CEN de 17 de março de 2009, Acidente aeronáutico corresponde a toda ocorrência relacionada com a operação de uma aeronave, havida entre momento em que uma pessoa nela embarca com a intenção de realizar um voo, até o momento em que todas as pessoas tenham dela desembarcado e, durante o qual, pelo menos uma das situações abaixo ocorra: uma pessoa sofra lesão grave ou morra como resultado direto de a) estar na aeronave; b) Contato direto com qualquer parte da aeronave, incluindo aquelas que dela tenham se desprendido; c) submetida à exposição direta de sopor de hélice, rotor ou escapamento de jato. A aeronave sofra dano ou falha estrutural que: a) afete adversamente a resistência estrutural, o seu desempenho ou as suas características de voo; e b) normalmente exija a realização de grande reparo ou a substituição do componente afetado. A aeronave seja considerada desaparecida ou completamente inacessível.

⁶ De acordo com a (NSC 3-XX) Portaria EMAER nº 16/CEN de 17 de março de 2009, Incidente aeronáutico corresponde a toda ocorrência relacionada com a operação de uma aeronave que não chegue a se caracterizar como um acidente aeronáutico, mas que afete ou possa afetar a segurança da operação. Como exemplo de um Incidente grave podemos citar a aeronave que ao aterrissar ultrapassa a extensão da pista, outro exemplo é a aeronave orbitando próximo a aeródromo declara a autoridade de tráfego aéreo possuir pouco combustível solicitando em caráter emergencial prioridade para pouso.

⁷ Significa segurança, refere-se aos acidentes e incidentes de forma geral.

⁸ Significa segurança, sua utilização refere-se à prevenção de atos ilícitos contra a aviação.

como a perda da aeronave, contratos de transporte que deixam de ser honrados, atrasos na malha aérea da companhia em razão da indisponibilidade da aeronave acidentada, alteração na escala dos tripulantes. Flavio Antonio Coimbra Mendonça (MENDONÇA, março de 2010. p. 10) assevera que “tais custos não são fáceis de determinar, e podem incluir danos à reputação da empresa com a perda da confiança e da credibilidade de passageiros e clientes”. E claro o pior dos danos ocorre quando uma ou mais vidas são ceifadas em função de um acidente aéreo, neste caso não há expressão monetária que possa mensurar esta perda.

Noutro vértice, a investigação das causas que levaram a ocorrência do acidente ou incidente também são extremamente úteis para prover a segurança aérea, é uma atuação de forma reativa, buscando aprender com o erro cometido. Este processo pedagógico se dá com a identificação das causas possíveis para o acidente, o que possibilita implementar novas regras ou reavaliar antigas, evitando assim a repetição do acidente.

Os estudiosos da aviação são uníssonos em afirmar que os acidentes ou incidentes aéreos estão ligados em geral a uma cadeia de possíveis fatores contributivos, portanto é comum que em razão de um acidente sejam expedidas diversas recomendações abarcando vários segmentos do setor aéreo, como fabricante, empresas operadoras, centro de formação de tripulantes, controladores de vôo, infraestrutura aeroportuária, prestadores de serviços ligados ao setor aéreo, e aos próprios Estados responsáveis em promover os balizamentos normativos de circulação aérea no âmbito de sua soberania territorial.

Apenas para ilustrar podemos citar o relatório final do CENIPA - Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos referente ao acidente da aeronave Boeing 737-8EH da empresa aérea Gol com o jato Legacy da empresa ExcelAir Service Inc, e observar que o organismo responsável pela investigação não estabelece a causa ou responsável efetivo pelo acidente, mas sim os fatores prováveis que contribuíram para o acidente: a) Não realização de um adequado planejamento de vôo pelos pilotos do jato Legacy; b) Pressa para decolar e a pressão dos passageiros do Legacy, impossibilitando o suficiente conhecimento do plano de vôo pelos pilotos; c) Desligamento inadvertido do transponder, “possivelmente pela pouca experiência dos pilotos” do Legacy; d) Falta de comunicação

entre pilotos e controladores; e) Falta de entrosamento entre os pilotos do Legacy e pouca experiência em pilotar esse tipo de aeronave; f) O controle de tráfego aéreo de São José dos Campos, Brasília e Manaus, apesar de estar prestando serviço de vigilância radar, não corrigiu o nível de vôo do Legacy nem realizou procedimentos previstos para a certificação de altitude quando passou a não receber as informações do transponder; g) Os controladores não transferiram corretamente o tráfego de Brasília para Manaus; h) Os controladores de vôo não ofereceram a frequência prevista para que o jato Legacy se comunicasse adequadamente na região da Amazônia; e i) A falta de envolvimento dos supervisores dos controladores de vôo permitiu que as decisões e ações relativas ao jato Legacy fossem tomadas de forma individual, sem o acompanhamento, assessoramento e orientação previstos para o controle de tráfego aéreo⁹.

No passado havia a orientação de estabelecer as causas primárias e secundárias do acidente ou incidente, atualmente tal classificação caiu em desuso, considerando que todos os fatores são importantes na investigação e na prevenção de novos acidentes.

Ao observar os fatores prováveis para o acidente entre o Boeing da empresa aérea Gol e o jato Legacy identificados pelo CENIPA, não se pode estabelecer uma hierarquia entre causas primárias e secundárias, a integração destes fatores no todo ou em parte esclarecem a ocorrência do acidente.

A questão doravante é estabelecer com bases em todas as folhas apontadas medidas eficientes a serem observadas no Brasil e no exterior para que tais fatores não tornem a ocorrer.

3. A FILOSOFIA “JUST CULTURE” NA INVESTIGAÇÃO DO ACIDENTE AÉREO.

Cada Estado signatário da Convenção de Chicago incorpora ao seu conjunto normativo os compromissos internacionais assumidos por força do Tratado celebrado. No Brasil, conforme dispõe a Constituição Federal,

⁹ Relatório Final A-022/CENIPA/2008, do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos que envolveu as aeronaves PR-GTD e N600XL em 29 de setembro de 2006.

é atribuição do Presidente da República estabelecer a validade do compromisso em nosso Estado, o que foi feito com a promulgação e publicação do Decreto número 21.713 de 27 de agosto de 1946.

A questão que surge com a Convenção de Chicago de 1944, em especial no anexo 13 que trata da investigação do acidente e incidente aeronáutico a ser observado não só no Brasil, mas por todos os signatários, refere-se aos objetivos a serem alcançados na investigação. Para Federico N. Videla Escalada (ESCALADA, 1978. p. 508), o objetivo está adstrito às circunstâncias e as causas do acidente.

O objetivo principal visado pelo inquérito do acidente, acidentes de aviação está em determinar as circunstâncias do crime e as causas que deram origem.

É também claro que a pesquisa pode encontrar uma série de detalhes e especificidades que qualificam o comportamento de alguns dos protagonistas ou se o acidente foi originado por circunstâncias puramente fortuitas.

Porém, em alguns países foram tomadas medidas para impedir que esses elementos sejam usadas em um tribunal como ocorre nos Estados Unidos, onde a jurisprudência tem entendido que tais preceitos consiste em evitar que pontos de vista do organismo de inquérito substituam os dos tribunais de justiça.

O anexo 13 em seu item 3.1¹⁰ deixa extrema de dúvidas que a diretriz estabelecida pela OACI não esta consubstanciada na aplicação de sanções penais ou administrativas aos responsáveis pelo acidente nem tão pouco em estabelecer elementos hábeis para lastrear uma contenda civil na busca pela reparação patrimonial dos danos experimentados pelo acidente.

A investigação de acidente ou incidente não possui o viés de identificar os responsáveis pelo acidente, mas sim, as prováveis causas que contribuíram para o acidente.

A simples aferição do norte ideológico empregado nas investigações que observam as diretrizes da OACI de *per si*, já trazem uma questão

¹⁰ Item 3.1 do anexo 13 à Convenção de Chicago de 1944 – O único objetivo da investigação de acidentes ou incidentes será a prevenção de futuros acidentes. O propósito desta atividade não é determinar a culpa ou a responsabilidade.

latente em nossa sociedade, ou seja, o aparente conflito entre interesses individuais e interesses públicos. A preocupação na identificação dos responsáveis pelo acidente ou incidente aéreo tem sua importância na instrumentalização da ação judicial ou extrajudicial a ser utilizada por aqueles que diretamente foram atingidos pelo nexo de causalidade e experimentaram algum tipo de dano, e legitimamente irão postular sua indenização, que observará os aspectos normativos que lhe sejam adequados. Por outro lado, quando a busca do conhecimento da causa do acidente é a força motriz do processo de investigação a questão indenizatória não tem qualquer relevância, a preocupação da Autoridade responsável pelo Inquérito é a de desvendar o que levou ao acidente e o que pode ser efetivamente proposto para evitar ou minorar o risco.

A lógica empregada na investigação de um acidente aéreo não é de pactuar com o erro, mas sim, estabelecer todas as hipóteses prováveis de fatores que direta ou indiretamente podem ter contribuído com o acidente, e estabelecer recomendações a todos os países membros da OACI para individualmente ou coletivamente envidarem esforços no sentido de promover uma regulamentação ou fiscalização dentro de suas esferas de competência prevenindo eventos semelhantes.

Atualmente vários instrumentos são extremamente importantes no processo de investigação, como por exemplo, a análise dos dados contidos no FDR - *Flight Data Recorder*¹¹ e no CVR - *Cockpit Voice Recorder*¹², a famosa caixa preta. Todavia, os investigadores têm nas entrevistas realizadas elementos importantes para esclarecer fatos que tem ou podem ter ligação com o acidente.

A grande questão em discussão é como estabelecer na plenitude a chamada cultura da segurança, onde os erros cometidos na operação diuturna da aviação que implique em acidentes ou incidentes possam ser apresentados com o propósito de gerar o objeto de estudo, com a consequente implementação de rotinas que tornem mais eficiente os parâmetros de segurança no setor aéreo.

¹¹ Gravador de dados de voo registra o funcionamento de vários equipamentos da aeronave em voo.

¹² Gravador de voz registra o áudio da cabine da aeronave em ciclo contínuo das duas horas. Os primeiros modelos registravam 30 minutos de conversa, esse tempo foi considerado exíguo nos processos de investigação de um acidente o que demandou sua ampliação.

O fomento ao “report” voluntário, ou seja, que todo o indivíduo que tenha sido envolvido em um acidente ou incidente na aviação ou dele tenha conhecimento dê informações à autoridade aeronáutica, desta forma o investigador amplia significativamente a massa de informações a seu dispor, podendo as recomendações ou normatizações derivadas do acidente serem mais céleres e efetivas em seu propósito.

Evidentemente que os envolvidos direta ou indiretamente em um acidente ou incidente aéreo não teriam o mesmo ânimo em contribuir com a investigação sabendo que seus relatos seriam utilizados para a punição de seus colegas ou até mesmo a sua própria punição. Instalou-se a concepção da confidencialidade da investigação. Neste sentido João Moutinho assevera que os acidentes raramente são causados por uma falha de um indivíduo, mas produto de um conjunto de fatores. (MOUTINHO, 2007. p 323 e 324.)

A indústria migrou do esforço em determinar quem cometias os erros para a identificação das circunstâncias em que os erros aconteciam.

Uma migração similar a que ocorreu na Aviação não teve lugar (ainda) no mundo judicial. Em muitos sistemas Legais, os profissionais da aviação (pilotos, controladores, pessoal de manutenção, etc) podem ser, e virão a sê-lo, processados se se envolverem num incidente ou num acidente, mesmo que estejam a agir de acordo com o seu treino profissional e experiência adquirida. No seio da comunidade aeronáutica, existe profunda convicção de que a “criminalização” é contraproducente em relação à melhoria da segurança na Aviação.

Nos Estados Unidos da América, os processos de investigação Coordenados pela Federal Aviation Administration - FAA, podem ensejar a punição aos envolvidos, neste contexto para disseminar o depoimento voluntário onde se mantem o anonimato foi criado em 1975, através do programa Aviation Safety Action Plan – ASAP, administrado pela National Aeronautics and Space Administration – NASA, e tem como objetivo reforçar a segurança da aviação, através da prevenção de acidentes e incidentes. Seu foco é encorajar a comunicação voluntária das questões de segurança ainda que possam envolver uma violação ao Código de Regulamentos Federais Norte Americano.

A Comunidade Europeia - CE possui uma realidade jurídica singular, pois embora os países membros sejam considerados como estruturas jurídico-políticas soberanas, compartilham um mesmo sistema econômico e compartilham decisões jurídicas em prol dos interesses supranacionais. No tocante a questão da investigação de acidentes e incidentes aéreos, algumas questões jurídicas até Outubro de 2010 estavam sem uma orientação firme quanto à questão do sigilo das informações oriundas do processo de investigação em sede de acidentes ou incidentes aeronáuticos. Embora a Comunidade Europeia tenha adotado a Diretiva 94/56/CE¹³ com fundamento no anexo 13 da Convenção de Chicago, já teve oportunidade de manifestar publicamente, e a própria OACI que não estaria mantendo em sigilo as investigações de acidentes aeronáuticos sob sua jurisdição quando requerido pelo Poder Judiciário, com base em parecer da Procuradoria Geral da República e o Decreto-Lei 318/99 que opinou no sentido de que tal posicionamento afronta a Convenção Portuguesa.

Na Espanha a Lei 21/2003 de sete de julho de 2003 criou a regulação da investigação técnica de acidentes, estabelecendo os princípios fundamentais por que se rege a investigação que desde sua exposição de motivos proclama a independência do sistema de investigação que privilegia a descoberta das causas do acidente e incidente aeronáutico. Segundo João Moutinho (MOUTINHO, 2007 p. 346) a doutrina espanhola entende que a Lei embora enuncie a independência em seu texto acaba dando margem à interpretação em sentido oposto quando estabelece a necessidade de manifestação do Poder Judiciário na hipótese de já existir um processo instalado.

Como se vê a questão da confidencialidade tem estado em cheque nos últimos anos, e com isso a incidência do relato voluntário a bem da segurança de vôo tem experimentado significantes decréscimos em vários países, muito embora a confidencialidade seja uma orientação clara da Convenção de Chicago. Não se pode ignorar que a Convenção não firma exatamente um procedimento a ser seguido, mas orientações a serem regulamentadas por cada Estado signatário. E ainda, a própria Convenção estabelece que caso o Poder Judiciário em uma análise de ponderação

¹³ Consiste em uma orientação aos países integrantes da Comunidade Europeia para tratar a investigação de acidentes aéreos de acordo com o anexo 13 da Convenção de Chicago.

entre os benefícios e malefícios, decidir promover a divulgação no todo ou em parte o relatório preliminar ou parcial. O fato não estará eivado de ilegalidade ou qualquer reprimenda por qualquer dos Estados signatários.

Alguns estudiosos da matéria como João Moutinho, Flavio Coimbra, Antonio Azevedo Júnior entre outros são complementemente contrários à possibilidade de divulgação dos relatórios de investigação, sob pena da incidência do fenômeno que designaram de “criminalização do erro”. (MOUTINHO, 2007. p. 329)

Provavelmente, o maior receio de repercussões está relacionado com o que se vai chamando de “criminalização do erro”; isto pode, numa forma simplista, ser definido como procedimentos tendentes a considerar como criminosas, pessoas envolvidas em incidentes ou em acidentes. Se olharmos para o cada vez maior número de casos de “criminalização do erro”, poderíamos, erradamente, concluir que tem havido muito mais incidentes/acidentes nos últimos anos. Dentre os casos mais recentes, tem havido alguns de grande notoriedade, onde profissionais, agindo de acordo com níveis de treino e experiência apropriados nas respectivas áreas de operação, se tornaram vítimas de infelizes “transgressões”. Tipicamente, a parte culpada acaba por não ser uma organização, mas um indivíduo ou um conjunto deles, contribuindo para enraizar a postura “não se deixe apanhar”, o medo de retaliações, e por tabela acrescentar muito pouco progresso no sistema de Segurança.

A preocupação dos adeptos desta corrente é que a utilização das informações constantes do relatório sejam utilizadas para finalidades outras senão a da prevenção. Para Flavio Antonio Coimbra Mendonça, o ambiente de confiança que deve ser estabelecido para o desenvolvimento da investigação acaba sendo maculado. (MENDONÇA, março de 2010. p. 14)

Nas duas últimas décadas, informações levantadas durante processos de investigação de acidentes têm sido utilizados com objetivos disciplinares ou punitivos. Mas o pior cenário tem sido o uso destas informações em processos judiciais contra pessoas e empresas envolvidas no acidente aeronáutico.

Essa tendência causa preocupação porque o uso inadequado desses dados, levantados com o exclusivo objetivo de prevenir acidentes, compromete seriamente o desenvolvimento e manutenção de um ambiente de confiança necessário ao trabalho dos investigadores.

Entende-se que não há divergência sobre a importância da investigação de um acidente aéreo para a segurança da aviação. As questões da oportunidade de outros usos para a investigação é que suscite maior análise. Em primeiro lugar é oportuno definir que um instrumento jurídico que merece melhor atenção é a própria Convenção de Chicago, uma vez, que como já foi comentado, representa a vontade de Estados Soberanos com o propósito de estabelecer regras de proteção e cooperação na questão da segurança da aviação.

A análise de alguns juristas com inferindo que a hermenêutica do artigo 26 da Convenção de Chicago¹⁴ em sintonia com o 5.10 do Anexo 13, este que trata da eventual coordenação entre o Organismo responsável pela investigação e Poder Judiciário, determina que o Poder Judiciário estará sempre participando da investigação, o que não parece ser a interpretação mais adequada. Em primeiro lugar algumas versões da Convenção de Chicago apresentam a versão para o português dos termos “inquiry” “enquête” e “encuesta” como sendo “inquérito”, onde a terminologia mais apropriada é a de investigação. Todavia ainda que a ideia fosse a de um inquérito, ter-se-ia a necessidade de ajustar a diretriz da Convenção para a sistemática de cada país, assim não sendo promover-se-ia uma ruptura em todo o ordenamento nacional.

¹⁴ Article 26. Investigation of accidents - In the event of an accident to an aircraft of a contracting State occurring in the territory of another contracting State, and involving death or serious injury, or indicating serious technical defect in the aircraft or air navigation facilities, the State in which the accident occurs will institute an inquiry into the circumstances of the accident, in accordance, so far as its laws permit, with the procedure which may be recommended by the International Civil Aviation Organization. The State in which the aircraft is registered shall be given the opportunity to appoint observers to be present at the inquiry and the State holding the inquiry shall communicate the report and findings in the matter to that State.

Article 26. Enquête sur les accidents - En cas d'accident survenu à un aéronef d'un État contractant sur le territoire d'un autre État contractant et ayant entraîné mort ou lésion grave ou révélé de graves déficiences techniques de l'aéronef ou des installations et services de navigation aérienne, l'État dans lequel l'accident s'est produit ouvrira une enquête sur les circonstances de l'accident, en se conformant, dans la mesure où ses lois le permettent, à la procédure qui pourra être recommandée par l'Organisation de l'aviation civile internationale. Il est donné de à l'État dans lequel l'aéronef est immatriculé la possibilité de nommer des observateurs pour assister à l'enquête et l'État procédant à l'enquête lui communique le rapport et les constatations en la matière.

Artículo 26. Investigación de accidentes - En el caso de que una aeronave de un Estado contratante sufra en el territorio de otro Estado contratante un accidente que ocasione muerte o lesión grave, o que indique graves defectos técnicos en la aeronave o en las instalaciones y servicios para la navegación aérea, el Estado en donde ocurra el accidente abrirá una encuesta sobre las circunstancias del mismo, ajustándose, en la medida que lo permitan sus leyes, a los procedimientos que pueda recomendar la Organización de Aviación Civil Internacional. Se permitirá al Estado donde esté matriculada la aeronave que designe observadores para estar presentes en la encuesta y el Estado que la realice comunicará al otro Estado el informe y las conclusiones al respecto.

Ademais em nosso sistema jurídico o inquérito administrativo com fins diversos com processo judicial não representa nenhuma inovação jurídica que mereça maiores digressões. Este posicionamento vai ao encontro das lições de Juan Lena Paz (PAZ, 1975. p. 356), quando sobre o tema comenta o contido no Código Aeronáutico da Argentina.

No entanto, a intervenção da Autoridade Aeronáutica não impede a ação judicial nem tão pouco a intervenção policial nos casos de acidentes vinculados com atos ilícitos, em que haverá a atuação de acordo com as leis de processo penal o quando devam ocorrer operações de assistência ou salvamento (art. 187, 2º paragrafo)

A questão da confidencialidade das investigações recebeu um significativo incremento com a revogação da Diretiva 94/56/CE, quando o Parlamento Europeu aprovou o Regulamento (UE) número 996/2010 aos 20 dias do mês de outubro de 2010. Este novo diploma legal vincula todos os países da Comunidade Europeia e demonstra seu alinhamento com os postulados no anexo 13 da Convenção de Chicago, porém sendo mais completo, já que sua abrangência não adstrita a mero processo de investigação e a coordenação da autoridade aeronáutica com o Poder Judiciário, há uma explícita preocupação de ordem solidarista, quando estabelece a relação a ser mantida com os familiares das vítimas, a especial atenção que o regulamento determine que seja dado ao fluxo de informações relativos ao infortúnio, com comunicações aos familiares das vítimas ou suas associações.

A iniciativa da União Europeia é extremamente vanguardista, pois as recomendações que são dadas pelos investigadores, ou estudos que tenham por escopo magnificar a segurança devem ser objeto de implementação pelos diversos destinatários: Fabricante, Operador, Órgão de Infraestrutura, e aos próprios Estados, busca-se desta forma, que o aprendizado obtido por vezes a perda de preciosas vidas humanas não gere uma mera recomendação sem a devida implementação em razão dos custos econômicos diretos ou indiretos.

A legislação brasileira neste pormenor, ainda está muito leniente, por mais dramático que seja o acidente, por mais evidente que em alguns casos sejam os fatores contributivos para o acidente, existe a possibilidade de o acidente tornar a acontecer quando as recomendações são tratadas como letras mortas, Infelizmente o custo com as indenizações hoje

praticamente securitizadas, por vezes é inferior ao custo a ser empregado pelo setor aéreo para promover a renovar de sua frota de aeronaves, ampliar o quadro humano qualificado, investir em treinamento, bem como na aquisição de novas tecnologias.

A filosofia “*Just Culture*” visa promover um ambiente de conscientização do risco e da necessidade de prevenção, com o fomento de um ambiente de confidencialidade e conseqüentemente o incremento aos depoimentos voluntários, sem o temor de responder civilmente, administrativamente ou criminalmente, exceto se for verificado no curso das investigações que os envolvidos agiram com motivações ilícitas de interferir no transporte aéreo, caso em que será informado a autoridade competente.

O Brasil esta discutindo esta questão em seu parlamento, e tramita o projeto de Lei 2.453 de 2007, que denota uma preocupação com uma matéria tão relevante para um país que ocupa posição de destaque em vários fóruns internacionais, sempre atuante em matéria aeronáutica.

O projeto de Lei Brasileiro trata entre outros temas, do sigilo da investigação, estabelecendo em especial.

Art. 13 É assegurado o sigilo das fontes e das informações prestadas ao profissional do SIPAER em decorrência de seu ofício, com vistas a assegurar a confiabilidade no sistema.

Parágrafo único. Salvo para fins de prevenção, é vedado ao profissional do SIPAER revelar suas fontes e respectivos conteúdos, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 14 São consideradas fontes para o SIPAER, os sistemas de processamento e notificação, as bases de dados, os esquemas para intercâmbio de informação e as informações registradas, compreendendo:

I - Gravações das conversas nas dependências do controle de tráfego aéreo e suas transcrições;

II - Gravações das conversas na cabine de pilotagem e suas transcrições;

III - Gravações dos dados de vôo e os gráficos e parâmetros deles extraídos e/ou transcritos;

IV - Sistemas de notificação voluntária e obrigatória de ocorrências;

V - Sistemas automáticos e manuais de coleta de dados; e

VI - Demais registros usados nas atividades de prevenção, incluindo os de investigação SIPAER.

§ 1º Toda declaração em proveito de investigação do SIPAER será prestada de forma espontânea e baseada na garantia de seu uso exclusivo para fins de prevenção.

§ 2º É vedada a utilização, no todo ou em parte, de qualquer fonte SIPAER para a apuração de culpa ou responsabilidade penal, civil ou administrativa, ou para fins punitivos.

§ 3º A proibição do parágrafo anterior não se aplica aos gravadores de dados de voo, mas sustenta-se com relação aos dados dele extraídos pela investigação

SIPAER.

Art. 15 Cabe ao CENIPA, a divulgação das informações relativas aos processos de investigação de acidentes aeronáuticos, incidentes aeronáuticos e ocorrências de solo realizados pelo SIPAER.

A busca por uma filosofia onde a prevenção tem primazia perante a punição foi semeada pelas diretrizes do anexo 13 que regulamenta a Convenção de Chicago de 1944.

Alguns países estão no seio de suas normas internas incorporando este posicionamento, porém a instituição no Direito Comunitário Europeu, terá um papel multiplicador na disseminação de um sistema normativo que prestigie a formação de uma cultura onde o acidente é intolerável e busca por sua erradicação uma cruzada de todos os envolvidos no setor aéreo.

A participação contributiva no processo de investigação é inegavelmente instrumento de prevenção de novos acidentes.

4. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O SIGILO DO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE UM ACIDENTE AÉREO.

A Convenção de Chicago não veda a possibilidade do Poder Judiciário investigar um acidente ou incidente, nem poderia fazê-lo sob pena de não ter validade em nosso ordenamento Jurídico, uma vez que entre o rol

de garantias fundamentais está insculpido em nossa Carta Política a possibilidade do Poder Judiciário sempre que instado decidir um caso posto a sua apreciação. No que tange a própria divulgação das informações contidas no relatório, o anexo 13 no item 5.12¹⁵ também disciplina esta matéria, estabelecendo ao poder Judiciário o direito de determinar que se tornem públicas as informações em princípio reservadas da investigação, sempre que em um juízo de ponderação conclua a divulgação de tal informação é mais importante que as consequências adversas, a nível nacional e internacional, que poderiam advir de tal decisão para essa investigação ou futuras investigações.

Uma das questões que emerge deste estudo é a de qualificar os interesses que estão envolvidos na hipótese de acidente aéreo. Neste sentido podemos perceber um aparente conflito entre os interesses privados e os interesses públicos.

Os interesses privados se apresentam quando as vítimas ou seus familiares solicitam no todo ou em parte, ciência de todo o conteúdo da investigação realizada pela autoridade aeronáutica competente; com o propósito de conhecer os fatos na íntegra que levaram a ocorrência de um dano físico ou mesmo que uma ou mais vidas fosse violentamente ceifadas em razão do infortúnio. E de posse destas informações buscar a responsabilidade civil ou criminal por aqueles que fossem apontados como causadores do dano.

A questão não é singela, a luz da Constituição pode-se invocar os preceitos basilares, questões atinentes à própria dignidade da pessoa humana para tutelar em uma hermenêutica civil-constitucional ou criminal-constitucional a fim de amparar a pretensão dos requerentes. Neste mesmo

¹⁵ 5.12 O Estado que leve a cabo a investigação de um acidente ou incidente não dará a conhecer a informação seguinte para fins que não sejam a investigação de acidentes ou incidentes, a menos que as autoridades competentes em matéria de administração de justiça de tal Estado determinem que a divulgação de tal informação seja mais importante que as consequências adversas, a nível nacional e internacional, que poderiam advir de tal decisão para essa investigação ou futuras investigações; a) todas as declarações tomadas às pessoas pelas autoridades encarregadas da investigação no curso da mesma; b) todas as comunicações entre pessoas que hajam participado da operação da aeronave; c) a informação de caráter médico ou pessoal sobre pessoas envolvidas no acidente ou incidentes; d) as gravações das conversações no posto de pilotagem e as transcrições das mesmas; e) as gravações das conversações nas dependências de controle de tráfego aéreo e as transcrições das mesmas; e f) as opiniões expressas na análise da informação, incluída a informação contida nos gravadores de dados de voo.

sentido como derivação do princípio constitucional da inafastabilidade do judiciário as questões postas a sua apreciação, pode-se entender que a fim de alcançarmos o objetivo de uma demanda, ou seja, chegar a uma decisão justa, a postulação por um vasto leque probatório, inclusive com a indicação do relatório do acidente aéreo como elemento formador da convicção do magistrado pode e invariavelmente é colocado em debate em vários tribunais do Brasil ou de outros países.

Por outro lado, na defesa do sigilo da investigação de um acidente ou incidente aéreo, a viés a ser abordada é a do princípio do interesse público. Embora constitua em certa medida um conceito indefinido, que ao longo da história permeou várias matrizes ideológicas, adotado no liberalismo como elementos dos direitos fundamentais, com um norte individualista, porém a o advento do Estado Social, o interesse público abandonou aproximou-se da ideia de bem comum¹⁶.

O interesse público para Luís Roberto Barroso pode ser classificado em primário e secundário. (BARROSO, 2006 p. XIV)

Interesse público primário é a razão de ser do estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, dos Estados-membros, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

O interesse Público em voga na preservação do sigilo da investigação evidentemente é um interesse público primário, pois esta consubstanciado no interesse do Estado em promover a segurança da aviação, entendemos que investigar e prevenir um acidente são formas de segurança difusa, pois afetam a todas as pessoas em todos os continentes.

A dogmática de forma majoritária é forjada no sentido de proclamar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Para Alice Gonzalez Borges (BORGES, 2007. p. 3) o reconhecimento da supremacia

¹⁶ Aristóteles trazia a noção de “sumo bem comum” enquanto Rousseau dizia que este representava a “vontade geral”

do interesse público consiste no “alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo”.

A supremacia do interesse público é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2010. p 96 e 97), quando assevera que

A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado.

Um conteúdo de supremacia no entanto é questionada por vários administrativistas como Gustavo Binbenbojm (BINENBOJM, 2010. p. 131), que estabelecem uma leitura orientada pelos paradigmas fulcrados nos direitos e garantias ordenados na Constituição Brasileira, buscando “desconstruir a noção de supremacia em razão da necessidade de um análise de proporcionalidade entre os interesses privados edificados em garantias constitucionais e os Interesses Públicos”.

Embora os críticos à supremacia do interesse público tragam à discussão ainda a problemática que da derivação de uma conceituação imprecisa quanto a seus limites, sirva como elemento de captura para a imposição do Império dos Administradores que podem buscar justificar suas decisões com o jargão da “supremacia do interesse público”. Tal argumento não resiste a uma análise mais profunda, visto que o judiciário, que funciona como verdadeira Atalaia da Justiça pode e deve avaliar com base em ponderação e proporcionalidade se a decisão tomada pela administração como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2010. p 66) ao comentar que quando há desvirtuamento da finalidade pública prevista na Lei. O ato esta eivado de vício, e sempre que houver desvio de poder ou desvio de finalidade, o ato será considerado ilegal.

O embate em interesses individuais e interesses públicos em verdade não são resolvidos com a imposição inflexível, da constituição de um dogma, do axioma da Supremacia. Uma vez que supremo é algo que se impõe a todos os demais sob qualquer circunstância. Em razão da pós-modernidade do direito buscando atender a função social da norma, a

tendência é de uma primazia do interesse público sobre o interesse privado a ser mensurado, não só no cotejo da positividade existente, mas em razão de uma ponderação de interesses.

Considerando ainda que se trata de um princípio, está sujeito a uma interpretação que dê autoridade consagrada pelos designios gerais da coletividade valorativa, para deixar o plano do abstrato e ingressar no plano da concretude das relações humanas.

A questão que transpassa o relatório de investigação de acidentes deve ser ainda observada pelo prisma do pragmatismo jurídico e do consequencialismo. O alcance e as repercussões das decisões do Judiciário já integram os debates de nossos Tribunais.

Recentemente o Superior tribunal de Justiça teve oportunidade de promover debate sobre a matéria¹⁷

Ementa: Mandado de Segurança. Acidente Aéreo. Indeferimento pelo Comandante da Aeronáutica de pedido de vista da investigação, com extração de cópias, para instruir futuras ações indenizatórias. Investigação não concluída. Sigilo imprescindível para a apuração. Prevalência do Interesse Público sobre o particular. Ausência de Direito Líquido e Certo. Mandado de Segurança denegado, prejudicado o agravo regimental.

Relatório: (...) 3. O acidente referido nos presentes autos, envolvendo o avião Boeing 737-800 da empresa GOL – Linhas aéreas e a aeronave Legacy N600XL, constituiu-se na maior tragédia aérea da história do Brasil e colocou em evidência, diretamente, a qualidade dos serviços públicos do setor de aviação e, principalmente a segurança dos brasileiros.

4. Toda a Nação sofreu com o desastre aéreo que vitimou 154 pessoas a bordo do voo 1907, da Gol, e continua sofrendo, agora com a ciência incontestada e intranquila de que o sistema de controle de tráfego aéreo do país não funciona de modo seguro. Há, portanto, interesse público evidenciado pelas circunstâncias do caso.

¹⁷ Mandado de Segurança número 12507/DF Número Registro 2006/0281276-7. STJ - Relator Ministro José Delgado. Impetrante Patricia Abraham Barbosa Garcia e outros Impetrado Comandante da Aeronáutica. A fundamentação do Ministro Relator que foi acompanhada pela maioria da turma fundou-se em uma análise consequencialista invocando a supremacia do interesse público para denegar a segurança

5. Os postulados constitucionais da publicidade e do direito à informação não podem ser restritos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, como o presente, onde a medida é essencial para a proteção da segurança e do interesse público.

6. Dentro do contexto, não se identifica o ato acoimado de ilegal que teria atingido direito líquido e certo dos impetrantes. A publicidade deve ser resguardada para momento oportuno fim de que se evitem proposições precipitadas que possam comprometer a segurança da sociedade. A morosidade da conclusão dos trabalhos é justificada pela complexidade que envolve toda a investigação de um acidente aeronáutico. Conforme noticiado nos autos, sequer há um relatório preliminar concluído. A negativa de prestação das informações requeridas deve-se ao fato único de estarem inacabadas as investigações, sendo, portanto, momentânea, conforme se observa do ofício de fl. 29.

7. Mandado de Segurança denegado.

O pragmatismo conduz investigação sempre norteada pela reflexão racionalista, Tamy Pogrebinschi (PROGREBINSCHI, 2005. p 39) afirma que “é, portanto antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo”

Diante do caso concreto, nossa Superior Corte de Justiça, por maioria de votos, demonstra que a questão merece continua reflexão, e esposa a tese da primazia do princípio do interesse público, que diante dos valores sopesados, das consequências para a investigação de um acidente aeronáutico, e em última análise, em prol da própria segurança da aviação, seja validado o sigilo do relatório da investigação aeronáutica.

O Regulamento 996/2010 da Comunidade Europeia destaca os antagonismos que derivam de um acidente aeronáutico. Com o elenco de interesses públicos como a prevenção de acidentes e administração da justiça, bem como os inegáveis e correlatos interesses privados, e a inspiração da norma, buscou-se o equilíbrio entre estes valiosos interesses. Portanto o parlamento europeu, preocupado com este tema que tem repercussões em todo o tecido econômico bem como social, envia a mensagem da busca pela ponderação. Não há uma supremacia de um princípio, mas primazia, observando-se uma necessária razoabilidade e ponderação para equilibrar os interesses públicos e privados que devem coexistir pacificamente.

5. NOTA CONCLUSIVA

Os Estados no exercício de sua soberania tem como um de seus deveres zelar pela segurança de todos, o que leva a própria constituição de seus objetivos. A segurança, não está limitada ao exercício do Poder de Polícia repressivo de condutas antijurídicas.

A manutenção de espaço aéreo seguro, contempla a ideia de bem estar geral, uma vez que corresponde a um interesse difuso a ser protegido. Observamos que a cultura da prevenção é muito mais importante do que a cultura da reparação, enquanto a prevenção atinge a toda coletividade, e neste sentido literalmente as benesses da prevenção são de ordem global em razão da própria dinâmica do transporte aéreo. Enquanto, a reparação, via de regra circunscreve-se a um conjunto determinado de pessoas.

O processo de investigação de um acidente ou incidente aéreo conduzido pela autoridade aeronáutica competente, possui uma relevância metaindividual e, portanto deve ser compreendido como um importante elemento da segurança aérea, na medida que sua compreensão poderá contribuir para que outros acidentes sejam evitados.

A diretriz orientada pela Convenção de Chicago, em especial em seu anexo 13 tem uma indicação específica que é o fomento de uma cultura de prevenção de novos acidentes e não uma cultura motivada ou orientada para aferir os aspectos criminais ou civis desta investigação, o que representaria uma subversão principiológica atendendo aos interesses individuais em prejuízo dos interesses públicos que devem ser protegidos.

O relatório proveniente da investigação de um acidente ou incidente aéreo tem o escopo de identificar as causas ou fatores prováveis a ocorrência do acidente. O investigador não busca necessariamente identificar uma ou mais pessoas responsáveis, isto por que o aspecto não é punitivo mas exclusivamente preventivo.

A Convenção de Chicago, as normas emanadas pela Comunidade Europeia, a discussão hoje em debate no Congresso Brasileiro denotam que o processo de investigação, que o fomento a cultura da prevenção e o sigilo ao conteúdo do relatório bem como aos depoimentos nele contidos, seguem uma visão consequencialista, onde o Poder Público

observa a extensão de seus atos e os efeitos deletérios que podem atingir a segurança aérea.

Na análise sobre a divulgação por parte de Estado sobre o relatório fruto da investigação deverá ser feita uma ponderação entre os interesses públicos e privados. Para avaliar se a divulgação do relatório trará benefícios ou malefícios para a sociedade.

Por outro lado, a primazia do interesse público, não significa dizer uma aniquilação do interesse privado. Nesse contexto o Poder Judiciário, pode e deve determinar a produção de provas, exames técnicos ou investigações, até mesmo utilizando tecnologias a disposição da administração, mas tal investigação deve ser conduzida de maneira independente da realizada pelos órgãos responsáveis pela proteção à aviação. Considerando que o objetivo da diligência determinada pelo Juízo tem por finalidade prover o seu conhecimento a fim de possa emitir juízo de valor adequado, considerando de acordo com caso, os aspectos criminais ou cíveis consagrados no ordenamento jurídico vigente.

Os interesses privados, da vítimas ou familiares das vítimas devem ser interpretados no Brasil de acordo com uma visão orientada pela Constituição Federal o que representa uma valorização do ser sobre o ter, neste sentido o próprio constitucional da dignidade da pessoa humana, representa o trato humanizado do acidente, respeitando a dor e um sentimento de perda que não pode ser traduzido em palavras.

A filosofia “just culture” pregada na investigação norteadas pelo anexo 13 da Convenção de Chicago, não representa a doutrina da irresponsabilidade ou da irreparabilidade. Porém considerando que interesses públicos e privados possuem objetivos distintos, distintas devem ser as investigações.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA RODRIGUES, João Fernando de. A Responsabilidade Civil no âmbito da navegação aérea e o princípio da “Just Culture” na investigação de incidentes e acidentes com aeronaves. In Estudos de Direito Aéreo (coordenação Jorge Bacelar Gouveia). Lisboa: Almedina. 2007.

-
- BÁRCENAS, Héctor Macías. Marco Jurídico de la Seguridad Aeronáutica. México. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio ao livro Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo a Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? In Revista Diálogo Jurídico. n. 15 janeiro a março de 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org) Interesses Públicos versus Interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.
- DI PIETRO, Maria Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In Supremacia do Interesse Público: e outros temas relevantes do Direito Administrativo (coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro). São Paulo: Atlas. 2010.
-
- _____ Direito Administrativo. 23^a. ed. São Paulo: Atlas. 2010.
- GILLISPEI, Charles Couslton. Montgolfiers Brothers and the Invention of Aviation. New Jersey: Princeton University. 1983.
- HUANG, Jiefang. Aviation Safety through the Rule of Law: ICAO´s Mechanisms and Pratices, Netherlands: kluwer law International. 2009.
- LENA PAZ, Juan A. Compendio de Derecho Aeronautico. 3^a. ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires. 1970.
- MENDONÇA, Flavio Antonio Coimbra. Consequências da Criminalização de Acidentes Aeronáuticos. In Revista Conexão Sipaer. v. 1. nº 2, março de 2010.
- MOUTINHO, João. A confidencialidade na Investigação de Acidentes com Aeronaves e da Criminalização do Erro. In Estudos de Direito Aéreo (coordenação Jorge Bacelar Gouveia). Lisboa: Almedina. 2007.
- POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: Teoria Social e Política. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 2005.
- VIDELA ESCALADA, Frederico N. Manual de Derecho Aeronautico. 3^a. ed. Buenos Aires: Zavalía. 1978.

A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA MÉDICO-LEGAL PARA O PROCESSO PENAL NA PERSECUÇÃO DA VERDADE REAL

*Bruna Fernandes Coêlho**

Dedico este trabalho ao meu amado esposo, Erick de Souza, minha fonte diária de inspiração total e intelectual, que faz com que eu acredite em mim, me impulsiona e nunca me permite pensar em desistir, dando-me asas para galgar quaisquer degraus;

Ao meu amigo Waldemir Maximino, que transforma qualquer lição jurídica em alegria;

A Mônica Balbino, que corriqueiramente presencia-me debruçada sobre minhas próprias letras.

[...]

Indo à origem da Arte de Curar:

*No velho Egito iremos registrar
Quão eficazes eram as trepanações.*

Excursionemos pela Alexandria

*Com os seus terapeutas milagrosos
E a outros centros medicinais famosos
Que pela antigüidade então havia.*

* Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2007), Escrivã da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Gama Filho (RJ); pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto de Magistrados de Pernambuco; graduanda em Medicina Veterinária pela Universidade Federal Rural de Pernambuco. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7399915688574739>. E-mail: brunacoelho@terra.com.br.

*Mas é na Grécia que localizaremos
O sapientíssimo Hipócrates, de Cós,
Cujos preceitos chegaram até nós
E é justo que o reverenciemos.*

*Hipócrates legou aos doutores
Aquele juramento inicial
E a Teoria dos Orgânicos Humores
E um corpo de doutrinas bastante original.*

*E embora tenha a medicina evoluído
E com o tempo seus padrões modernizado
Preserva com carinho o hipocrático legado
E um ideal que jamais será esquecido.*

Luciano Machado

RESUMO

A Medicina Legal, como especialização científica posta a serviço do Direito e da Justiça, percorreu longo e árduo percurso até se solidificar e ser reconhecida a sua importância. A análise de sua trajetória Histórica demonstra a sua relevância jurídica, fazendo com que o pesquisador, ainda que de frente voltada ao passado, absorva sua valorização e sua valoração.

Além do conhecimento Histórico, é importante para o estudioso das Leis que este compreenda a função das Ciências a serviço do Direito e, no caso do presente estudo, que acrescente a seu repertório o objetivo que o Direito confere aos exames médico-legais.

O escopo desta pesquisa é analisar a importância da perícia como meio de prova para elucidação dos fatos correlatos à lide, e, em especial, apontar a relevância da perícia médico-legal no esclarecimento dos fatos imputados ao acusado, frisando a busca da verdade real no Processo Penal à luz da legislação brasileira vigente.

Palavras-chave: *Medicina Legal – Perícia Médico-legal – Processo Penal – Verdade Real.*

INTRODUÇÃO

Muito se negligencia o estudo de outras Ciências e de suas perícias quando se adentra no campo de pesquisas jurídicas. O jurista se desmemoria ante o fascinante mundo da Medicina Legal, deixando-a de lado. Tanto o é que, para muitos, a Medicina Legal trata apenas do estudo de cadáveres e de *causa mortis*, fato este inverídico.

Esta pesquisa não se encarrega de tecer grandes comentários médico-legais, muito menos de fazer do jurista um especialista nesta Ciência. No entanto, talvez abra as portas para um conhecimento que se faz essencial para o operador do Direito. Trata-se de fazer germinar um conhecimento mínimo, através do despertar do pesquisador para a íntima relação da Medicina Legal com o Direito e sua fundamental importância.

Para que este alvorecer intelectual se perfaça, é necessário que alguns conhecimentos básicos sejam demonstrados, papel que esta pesquisa procura desempenhar. É, no entanto, na análise da importância das perícias para a jurisdição estatal que reside seu escopo primordial. Para que se atinja a compreensão pretendida acerca do tema em tela, a conceituação e análise apresentadas sobre perícia serão estritamente de cunho jurídico, ou seja, sob o prisma do Direito brasileiro.

A escolha do tema se justifica pela escassez de textos que abordam objetivamente a importância da perícia, seja na literatura jurídica, seja na literatura médica. Metodologicamente, o estudo em tela foi pautado em pesquisa bibliográfica, imprescindível à argumentação do assunto, que, pelos motivos expostos, tornam este ensaio enriquecedor, tanto para o universo jurídico, quanto para o conjunto literário médico-legal.

DESENVOLVIMENTO

1. CONCEITO DE MEDICINA LEGAL

Medicina Legal não é um ramo de especialização da Medicina, mas sim, a aplicação de conhecimentos médicos à perquirição de fatos a serem submetidos à apreciação jurídica. Genival de França Lacerda afirma que a Medicina Legal “não chega a ser uma especialidade médica, pois aplica o

conhecimento dos diversos ramos da Medicina às solicitações do Direito”¹ e é uma ciência que se constitui “da soma de todas as especialidades médicas acrescidas de fragmentos de outras ciências acessórias, destacando-se entre elas a ciência do Direito”.² Esta posição do insigne Mestre contrasta com a de tantos outros literatos da área, que consideram a Medicina Legal uma especialidade médica.

Conceituar a Medicina Legal não é tarefa simplória, nem há pacificação acerca de tal conceito. Muitas são as definições, mas todas revelam que a Medicina Legal é um campo científico que agrega conhecimentos de várias Ciências (Medicina, Física, Química, etc.) e disponibiliza esse conjunto cognitivo ao Direito e à Justiça. Dambre a define como “a expressão das relações que as ciências médicas e naturais podem ter com a Justiça e a Legislação”.³ Leonardo Mendes Cardoso apresenta uma definição bastante satisfatória: “é a ciência médica aplicada ao Direito, tratando-se, portanto, do emprego de técnicas e procedimentos científicos médicos e afins para elucidação de casos do interesse da Justiça nesta área”.⁴ José Jozefran Berto Freire aponta a Medicina Legal classificada como uma ciência biopsicossocial.⁵

É importante frisar que, para o Direito, a Medicina Legal se faz prescindível não apenas para decisões judiciais, mas também para a confecção de normas. A legislação prevê e a Medicina Legal atesta, podendo então, o Juiz, prolatar a sentença.

Do exposto, deve ser apreendido que o Direito não é um ramo de conhecimento autossuficiente, buscando em outras Ciências e áreas de estudo o suporte para sua existência e para o alcance de seu propósito.

1.1 HISTÓRICO DA MEDICINA LEGAL

Matéria que em poucos desperta interesse, o bojo histórico de uma Ciência deve ser analisado minuciosamente, tendo em vista alcançar a raiz

¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 8. ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008. p. 01.

² Ibidem.

³ DAMBRE apud ibidem. p. 02.

⁴ CARDOSO, Leonardo Mendes. **Medicina legal para o acadêmico de direito**. 2. ed., ver., ampl. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 03.

⁵ FREIRE, José Jozefran Berto. **Medicina Legal: Fundamentos filosóficos**. São Paulo: Editora Pillares, 2010. p. 22.

de sua criação e, a partir da compreensão de seus fundamentos filosóficos, compreender a ciência em si. Não há como compreender e apreender de forma primorosa a Medicina Legal sem antes analisar o seu histórico, pois a importância de sua História representa a sua própria importância. O marco inicial da Medicina Legal não pode ser apontado com exatidão. Certamente, seu surgimento é posterior ao surgimento da Medicina.

Os primeiros indícios da íntima relação entre a Medicina e o Direito remontam da Antiguidade.⁶ Nestes tempos, os sacerdotes, que governavam à base da força e da evocação divina, eram concomitantemente legisladores, juizes e médicos. No entanto, necropsia e vivisseção eram proibidos, vez que os cadáveres eram considerados sagrados.⁷ No Egito, cadáveres eram embalsamados e, nos casos de crimes sexuais, o suspeito era condenado se, atado ao leito numa sala do templo, apresentava ereção diante da visão de virgens dançando nuas ou trajando vestes transparentes.⁸ As leis de Menés preceituavam o exame para verificação de gravidez, pois supliciar mulheres grávidas era vedado pela norma.⁹

O Código de Hamurabi, a mais antiga legislação penal de que se tem notícia, trazia em seu bojo normas que evidenciavam a relação entre Direito e Medicina. No entanto, não estipulava que o Juiz deveria ouvir o médico ao prolatar suas decisões.¹⁰ O Código de Manu proibia que crianças, idosos, ébrios, indivíduos com desenvolvimento mental incompleto e pessoas insanas fossem ouvidas nos tribunais na condição de testemunha.¹¹ No Império Romano, tal proibição surge com o disposto na Lei das XII Tábuas, que data de 449 a.C. Esta legislação determinava, inclusive, que o período máximo da gestação seria de dez meses, afora a postergação de julgamento por motivo de doença do julgador ou quaisquer das partes.¹² Uma classificação de lesões corporais, com a finalidade de arbitrar multa ao agressor, era elencada nas leis da antiga Pérsia.¹³

⁶ GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Atualizador Hygino Hercules. 33. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 18.

⁷ CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de Medicina Legal**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 05.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ GOMES, Hélio. *Loc. cit.*

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

O *Hsi Yuan Lu*, tratado chinês elaborado aproximadamente em 1240 a.C., prescrevia instruções acerca do exame *post mortem*, listava antídotos para venenos e apresentava informações sobre respiração artificial.¹⁴

De acordo com o que prescreve a crença, Numa Pompílio ordenou em Roma o exame médico na morte das grávidas:¹⁵ a *Lex Regia* determinava a histerectomia nos cadáveres das gestantes.¹⁶ Há quem acredite que o termo “cesariana” proveio do nascimento de César, resultado de uma histerectomia. Entretanto, estudiosos afirmam que o termo descende de *coedo*, que significa “cortar”.¹⁷

A primeira citação documental acerca de exame cadavérico em vítima de homicídio, segundo os relatos de Suetônio,¹⁸ refere-se à tanatoscopia realizada no cadáver do ditador romano Caio Júlio César. Por haver desprezado a opinião de seus adversários, em 15 de março de 44 a.C., o ditador foi vítima de um ataque provindo de sessenta de seus senadores, liderados por seu filho adotivo Marcus Julius Brutus e por Caio Cássio.¹⁹ O exame em tela foi realizado por Antístio, médico e amigo de Júlio César, que verificou a existência de 23 golpes de adaga, sendo apenas um deles mortal. No entanto, Antístio procedeu ao exame não como perito médico, mas como cidadão do Império Romano.²⁰

De acordo com relatos de Tito Lívio, filósofo e historiador romano, o cadáver de Tarquínio, que morreu assassinado, e o de Germânico, suspeito de ser vítima de envenenamento, foram examinados por um médico.²¹ Faz-se relevante destacar que tais exames eram de viso, tendo em vista a ilegalidade dos exames cadavéricos na época.

Na Idade Média, se deve a Justiniano o reconhecimento dos médicos como testemunhas especiais em juízo, não sendo os juízes, entretanto, obrigados a ouvi-los. Já as Capitulares de Carlos Magno prescreviam que

¹⁴ CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. Loc. cit.

¹⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p. 03.

¹⁶ CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. Loc. cit.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. Loc. cit.

¹⁹ CALENDÁRIO histórico: 44 a.C.: assassinato do imperador Júlio César. [S.l.], [20—?]. Disponível em <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,781828,00.html>>. Acesso em 03 de out. de 2010.

²⁰ GOMES, Hélio. Op. cit. p. 19.

²¹ CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. Loc. cit.

os julgamentos deveriam ser pautados em pareceres médicos, devendo os julgadores tomar depoimentos dos médicos nos casos de lesão corporal, infanticídio, tortura, estupro, impotência, etc.²² Apesar deste avanço em relação à valorização e reconhecimento desta área médica, as ordálias (?) configuram um retrocesso ao papel da Medicina ante a Justiça, uma vez que a prática nordo-germânica das provas inquisitoriais imputava o juízo de valor a Deus.²³

No período denominado Canônico, a Medicina Legal sofreu forte influência do cristianismo, sendo restabelecido o concurso das perícias médicas pelo Papa Inocêncio III, no ano de 1209.²⁴ As Decretais dos Pontífices dos Concílios (*Peritorum indicio medicorum*) tratam exaustivamente da sexologia, pois é nela que se fundamenta a moralidade.²⁵ O médico passa a ter fé pública nos assuntos concernentes à sua profissão e as perícias passam a ser obrigatórias. A anulação do casamento por impotência enseja a denominada prova do congresso, posteriormente proibida em 1677 pelo Parlamento de França e que consistia em um exame realizado “por três parteiras e posteriormente por três médicos que, separados do casal por uma cortina, em aposento contíguo, confirmavam a realização ou não da conjunção carnal, em burlesca caricatura de perícia”.²⁶ Jozefran Freire afirma que práticas rudimentares e poucos conhecimentos predominavam, o que demonstra “o esforço despendido por diversos autores na resolução de problemas que, embora originados no cotidiano, eram extremamente complexos, principalmente pelos poucos fundamentos científicos da época”.²⁷

Em 1532 foi promulgada a *Constitutio Criminalis Carolina*, considerada o primeiro documento ordenado de Medicina Judiciária, que discorria exaustivamente acerca de temas médico-legais e previa a obrigatoriedade da ouvida dos médicos antes da prolação das sentenças. Em decorrência de tal legislação criminalista, a Alemanha é considerada o berço da Medicina Legal. Um dos maiores avanços da norma foi permitir a realização de exame tanatoscópico em caso de morte violenta. O corpo do Papa

²² GOMES, Hélio. Loc. cit.

²³ CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. Op. cit. p. 05 - 06.

²⁴ Ibidem. p. 06.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ FREIRE, José Jozefran Berto. Op. cit. p. 24.

Leão X foi necropsiado por suspeita de morte por envenenamento.²⁸ Hélio Gomes afirma que a *Constitutio Criminalis Carolina* “abrigava o embrião da Medicina Legal como disciplina distinta e individualizada”.²⁹ Com a obrigatoriedade das perícias, a maior circulação de informações acerca do tema enseja a publicação das primeiras obras de valor sobre Medicina Legal no Ocidente. Os primeiros tratados sobre o tema começam a emergir na segunda metade do século XVI.

Fávero aponta como nascedouro da Medicina Legal o *Edito della gran carta della Vicaria di Napoli*, de 1525. A maioria dos autores aponta a Alemanha como berço da Medicina Legal enquanto ciência. Fávero afirma:

*No século XVIII, a Medicina Legal se instituiu como disciplina científica e, daí para cá, se aprofundou em realizações, pelas três escolas rivais, que disputam a supremacia – a francesa, sintética e original, a alemã, analítica e erudita, e a italiana, reunindo às vantagens do gênio latino o amor às minudências da escola alemã.*³⁰

Em 1575 Ambroise Paré lança o primeiro tratado ocidental sobre Medicina Legal, intitulado *Des Rapports et des Moyens d’Embaumer lês Corps Morts*³¹, “e a França aclama seu autor como o pai da Medicina Forense, a despeito de a obra, de inegável valor, não constituir corpo doutrinário e sistemático”.³² Apesar do título, a obra discorre sobre gravidade de feridas, formas de asfixia, diagnóstico de virgindade e outras questões nesta linha. Em 1598, Séverin Pineau afirma em seu livro que o hímem pode permanecer intacto após a conjunção carnal – eis a primeira alusão na literatura médica ao hímem complacente.

Fortunato Fidelis, em 1602, publicou em Palermo obra mais aprofundada e detalhada, denominada *De Relatoribus Libri Quator in Quibus ea Omnia quae in Forensibus ae Publicis Causis Medici Preferre Solent Plenissime Traduntur*. A obra, dividida em quatro volumes, tratava respectivamente de saúde pública; ferimentos, simulação de doenças e erro médico; virgindade, impotência, gravidez e viabilidade fetal e, finalmente, sobre

²⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p. 04.

²⁹ GOMES, Hélio. Loc. cit.

³⁰ FREIRE, José Jozefran Berto. Loc. cit.

³¹ Relatórios e fundamentos de embalsamamento de cadáveres (Tradução nossa).

³² CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. Op. cit. p. 07.

vida e morte, fulguração e envenenamento. Fidelis defendia a execução de necrópsias completas, diversas daquelas anteriormente mencionadas.

Obra que se revelou se suma relevância foi a do romano Paulus Zacchias, que se constituiu em dez livros publicados entre os anos de 1621 e 1658. À época, os livros que versavam sobre Medicina Legal a relacionavam à saúde pública, o que não foi o caso da obra de Zacchias. Esta coletânea serviu de referência ao estudo da Medicina Legal até o início do século XIX. Foi neste século que a Medicina Legal se firmou pautada no conceito que a Justiça lhe atribuiu: o de produzir provas através da Ciência. Tal se confirma nos dizeres de Hélio Gomes:

A partir da segunda metade do século XIX, a aplicação do método científico às ciências biológicas modificou a postura dos médicos com relação às doenças. Paulatinamente, foram surgindo as especialidades clínicas e cirúrgicas. A Medicina Legal, como caudatária deste desenvolvimento, passou a ser considerada como ciência, uma forma de medicina aplicada.³³

Em 1823 Orfila aponta a Medicina Legal como o ramo da Medicina voltado para a Justiça, ocupando-se das causas levadas aos tribunais. Toda a trajetória da Medicina Legal ao longo de sua História a transformou em elemento basilar para a jurisdição e alcance do escopo da Justiça.

1.2 HISTÓRICO DA MEDICINA LEGAL NO BRASIL

O Brasil iniciou seus estudos no campo da Medicina Legal tardiamente em relação à Europa. Apesar da influência portuguesa no meio intelectual e cultural, Portugal não influenciou o país no campo da Medicina Legal, uma vez que, em tal país, àquela época, os estudos médico-legais não eram satisfatoriamente desenvolvidos.

No fim da era colonial aparecem os primeiros documentos médico-legais no país, frutos de estudos influenciados pela França e, um tanto mais sutilmente, pela Itália e pela Alemanha. A primeira publicação de documento médico-legal brasileiro, da fase nacionalista da consolidação de tal ciência no país, data de 1814. Neste documento, Gonçalves Gomide,

³³ GOMES, Hélio. Op. cit. p. 21.

médico e senador do Império, contesta parecer exarado por dois outros médicos.³⁴ Agostinho José de Souza Lima assume o ensino prático da disciplina na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro e, sem ter conhecimento na área jurídica, interpreta a legislação brasileira à luz dos conhecimentos médico-legais da época, sendo por isso considerado pioneiro em Medicina Legal em nossa pátria.

Neste período histórico, os juízes não eram obrigados a consultar médicos antes de proferir sentenças. Esta obrigação surgiu com o advento do Código Penal do Império, datado de 16 de dezembro de 1830.³⁵ No ano de 1832, o ramo do Processo Penal³⁶ é estruturado no país, trazendo à lume normas acerca dos exames de corpo de delito, instituindo oficialmente a perícia médica criminal. Muitas destas determinações primordiais ainda se encontram em vigor no texto moderno da norma procedimental penal. Neste mesmo ano, tornam-se faculdades oficiais de Medicina as da Bahia e do Rio de Janeiro, fazendo parte da grade curricular do curso, em ambas as instituições de ensino superior, a disciplina de Medicina Legal. Estudos nessa área afloraram por conta da exigência da defesa de tese para a obtenção do título de doutor em Medicina.³⁷

A primeira publicação versando sobre exame tanatológico no Brasil data de 21 de setembro de 1835 e relata a necropsia realizada no Regente João Bráulio Moniz (que havia morrido 22 horas antes da realização do exame), executada pelo cirurgião da família imperial, Hércules Otávio Muzzi.³⁸

Em 1854, o mais antigo catedrático de Medicina Legal da Faculdade Médica do Rio de Janeiro, o conselheiro José Martins da Cruz Jobim, foi imbuído, pelo Ministro da Justiça, da missão de coordenar comissão para uniformizar a prática dos exames médico-legais, organizando uma tabela prognóstica das lesões corporais.³⁹

³⁴ *Ibidem*. p. 22.

³⁵ **IMPÉRIO DO BRAZIL**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Lex*: Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>>. Acesso em 04 de out. de 2010.

³⁶ *Ibidem*. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. *Lex*: Código de Processo Penal de primeira instância. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em 04 de out. de 2010.

³⁷ GOMES, Hélio. *Loc. cit.*

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

No ano de 1856⁴⁰, foi regulamentada a atividade médico-legal através do Decreto nº 1.746, de 16 de abril do referido ano, “quando se criou, junto à Secretaria de Polícia da Corte, a Assessoria Médico-Legal, à qual cabia a realização dos exames de corpo de delito e quaisquer exames necessários para a averiguação dos crimes e dos fatos como tais suspeitados”.⁴¹ A assessoria era composta por quatro médicos, dos quais dois eram membros efetivos e incumbidos de proceder aos exames periciais e os dois outros eram professores de Medicina Legal e ocupavam o cargo de consultores, se responsabilizando, eminentemente, pelos exames toxicológicos. Neste mesmo ano, para atender a demanda dos exames a se realizar, “foi criado o primeiro necrotério do Rio de Janeiro no depósito de mortos de Gamboa, usado até então para guardar cadáveres de escravos, indigentes e presidiários”.⁴²

Em 1877, Agostinho José de Souza Lima, em conjunto com seu assistente, Borges da Costa, é nomeado consultor da polícia e, em 1879, é autorizado a ministrar um curso prático de tanatologia forense no necrotério oficial.⁴³

A partir de 1891, a disciplina de Medicina Legal passa a configurar como obrigatória nos cursos de Direito do país. A inclusão foi proposta por Rui Barbosa perante a Câmara dos Deputados e, felizmente, conseguiu a aprovação. Para os estudantes de Direito, este é um marco na História do curso jurídico, tendo em vista que é de fundamental importância que o bacharel possua, ao menos, noções acerca da Ciência médico-legal. Se o papel da Medicina Legal como alicerce jurisdicional já se havia estabelecido, imprescindível se faz o estudo da disciplina em questão.

A fase de desenvolvimento e consolidação dita nacionalista da Medicina Legal, teve como protagonista Raymundo Nina Rodrigues, considerado o maior professor de Medicina Legal do século XIX. O catedrático defendia a

⁴⁰ França (Op. cit. p. 06) aponta o ano como sendo o de 1854. Já Hélio Gomes (Op. cit. p. 22) aponta a data como sendo de 1856. A dúvida pode ser sanada se nos remetermos ao Decreto nº 1.746 de 16 de abril de 1856, disponível em <books.google.com.br/books?id=zcMGAAAAYAAJ&pg=RA1-PR7&lpg=RA1-PR7&dq=1856+secretaria+de+pol%C3%ADcia+da+corte&source=bl&ots=LnmuKGDpVW&sig=yDWAJlr8hFiM4jnTc6jfcT4kBE&hl=ptBR&ei=kUuqTOLuI8G88gaGu9XaDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CB4Q6AEwAg#v=onepage&q=1856%20secretaria%20de%20pol%C3%ADcia%20da%20corte&f=false> Acesso em 04 de out. de 2010.

⁴¹ FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p. 06.

⁴² GOMES, Hélio. Loc. cit.

⁴³ *Ibidem*. p. 23.

feitura de concursos públicos a fim de nomear peritos oficiais, “a fim de que se tornasse a justiça mais bem servida e imune aos erros de avaliação e interpretação comuns à atividade pericial de seu tempo”.⁴⁴ As obras de Nina Rodrigues tiveram repercussão e reconhecimento internacionais. O insigne estudioso e mestre faleceu em Paris, aos 17 de julho de 1906.

Em 1900 é criado serviço de identificação antropométrica (identificação a partir das qualidades físicas particulares de um indivíduo) e a assessoria médica da polícia é transmutada em Gabinete Médico-Legal. Em antagonia a este avanço, nos cursos de Medicina Legal do país avaliações práticas da disciplina em análise deixam de ser obrigatórias. Dois anos depois, Afrânio Peixoto propõe uma reforma no Gabinete Médico-Legal, inspirado em suas observações na Alemanha, afirmando que o conjunto das “monstruosidades alcunhadas de termos de autópsias [sic], autos de corpo de delito confusos, desordenados, incoerentes, dando um triste atestado de incompetência profissional e prejudicando os interesses da justiça”⁴⁵ é característica inerente à prática médico-legal do período. Influenciado por esta afirmação, o governo federal edita o Decreto nº 4.864, de 15 de junho de 1903,⁴⁶ que discorre detalhadamente sobre as normas de procedimento das perícias médicas. Tal legislação foi considerada tão avançada para a época que Locard e Lombroso apregoavam que França e Itália deveriam se espelhar na norma brasileira. No entanto, as determinações prescritas no Decreto permaneciam em desuso e médicos não especializados eram convocados em juízo para apresentar laudos. Ante os protestos da Academia Nacional de Medicina e do Instituto dos Advogados do Brasil, o Decreto nº 6.440, de 30 de março de 1907⁴⁷ transforma o aludido Gabinete em Serviço Médico-Legal, sendo nomeado Afrânio Peixoto como seu primeiro diretor.

Em 1915 a Lei Maximiliano confere legitimidade para serem procedidas aulas práticas nas Faculdades de Medicina e reconhece a validade jurídica

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ **REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Decreto nº 4.864, de 15 de junho de 1903. Manda observar o regulamento para o serviço médico-legal do Distrito Federal. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4864-15-junho-1903-508952-publicacao-1-pe.html>>. Acesso em 04 de out. de 2010.

⁴⁷ *Ibidem*. Decreto nº 6.440, de 30 de março de 1907. Dá novo regulamento ao serviço policial do Distrito Federal. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-6440-30-marco-1907-504445-publicacao-1-pe.html>>. Acesso em 04 de out. de 2010.

dos laudos então elaborados.⁴⁸ Ainda no tocante à validade jurídica dos laudos periciais, em 1924 o Serviço Médico-Legal se transforma no Instituto Médico-Legal, e se subordina diretamente ao Ministério da Justiça. O referido Instituto, ao fim do governo de Washington Luís, volta a se subordinar ao chefe de polícia do Distrito Federal.

A vigência do Código de Processo Penal de 1941,⁴⁹ em vigor até os dias atuais, determina que as perícias sejam procedidas apenas por peritos oficiais. Em 20 de outubro de 1967 foi fundada a Associação Brasileira de Medicina Legal, sendo hoje a Medicina Legal reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, pela Associação Médica Brasileira e pela Comissão Nacional de Residência Médica do Ministério da Educação como especialidade médica.⁵⁰

2. A PERÍCIA COMO MEIO DE PROVA

De acordo com o discorrido, desde os primórdios da jurisdição, a Medicina Legal mantém estreito relacionamento com o Direito. Hélio Gomes afirma:

Sendo o Direito uma ciência humana, é preciso, em primeiro lugar, que o profissional do Direito tenha bom conhecimento do que é o ser humano em sua totalidade. [...] Para isto, não é necessário que possua o saber de um profissional da área biomédica, mas tem que conhecer as bases daquela unidade.⁵¹

Conforme menção anterior, não é o Direito um campo de estudo autossuficiente, necessitando, portanto, o seu estudioso deter conhecimentos pelo menos superficiais acerca das Ciências que o influenciam e nele se refletem. Ainda, por ser a perícia meio de prova, tanto no processo penal, como no cível e trabalhista, deve o jurista ter conhecimentos mínimos acerca de tal matéria, a fim de compreender o espírito das normas e bem gerir sua aplicação.

⁴⁸ GOMES, Hélio. Op. cit. p. 24.

⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 04 de out. de 2010.

⁵⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA LEGAL. Disponível em <<http://www.abml-medicinalegal.org.br/institucional/quemsomos.php>>. Acesso em 04 de out. de 2010.

⁵¹ GOMES, Hélio. Op. cit. p. 26.

2.1 PROVAS: CONCEITO E FINALIDADE

Do latim *probatio*, o termo prova significa argumento, verificação, confirmação.⁵² No Processo Penal, busca-se uma reconstituição dos fatos, tal como se deram anteriormente, de forma fiel, tanto quanto possível. Não basta o convencimento do julgador. Deve-se buscar a reconstrução histórica do fato imputado ao réu e considerado contrário ao ordenamento jurídico pátrio. Provar, no processo, é, então, demonstrar “a existência ou inexistência de um fato, a falsidade ou veracidade de uma afirmação”.⁵³ Enquanto no Processo Civil imperam as presunções, a busca por uma verdade formal, vez que as partes podem dispor de seus direitos, no Processo Penal, impera a busca pela verdade real, excepcionalmente atendo-se o Juiz à verdade formal, uma vez que os direitos contestados na lide penal são indisponíveis, buscando o Estado exercer o *jus puniendi*. Enquanto a verdade real é aquela fiel aos acontecimentos, a verdade formal é aquela pautada em convenções, deduções, até mesmo ficções, desde que os fatos versem sobre interesses disponíveis, sendo este interesses quase que exclusivamente os discutidos na esfera cível, ainda que não seja o Juiz um mero espectador afundado em inércia durante a produção de provas do feito.⁵⁴ Apregoa Machado acerca da verdade real:

No caso do processo penal, a verdade que se busca não é uma verdade absoluta mas apenas a verdade histórica, ou seja, aquela que guarda uma relação de correspondência entre os fatos que constituem o thema probandum e a ideia ou juízo que se faz a respeito da realidade de tais fatos (juízos verdadeiros). A busca dessa verdade no processo penal nada mais é do que a reprodução dos fatos históricos que compõem a pretensão punitiva deduzida em juízo, ou a própria res in iudicium deducta, como diziam os latinos.⁵⁵

Objetivamente, prova é o conjunto de meios ou elementos destinados a demonstrar as alegações trazidas ao litígio; subjetivamente, prova é o convencimento do Juiz acerca da existência dos fatos narrados e

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 359.

⁵³ REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal**: Parte Geral. 15. ed. reform., São Paulo: Saraiva, 2010, Coleção Sinopses Jurídicas, v. 14. p. 125.

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v. p. 37.

⁵⁵ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 351.

⁵⁶ “Narra-me os fatos, dou-lhe o Direito”. (Tradução nossa).

comprovados no decurso da lide. Tem, portanto, a prova, a finalidade de comprovar a autoria e materialidade dos fatos discutidos na ação, para que o julgador concretize a pura justiça, fazendo valer os dizeres: *narra mihi factum, dabo tibi jus*.⁵⁶

2.1.1 Princípios que regem as provas

As provas são regidas pelos princípios da comunhão da prova (ou princípio da aquisição), da audiência contraditória, da liberdade das provas, da auto-responsabilidade das partes, da oralidade, da concentração, da publicidade e, por fim, princípio do livre convencimento motivado.

Princípio da comunhão da prova ou da aquisição: impera a supremacia do interesse público. As provas não pertencem às partes, pertencem ao processo, uma vez que a finalidade é formar o convencimento do julgador. A prova trazida ao processo por uma das partes pode ser aproveitada pela parte contrária.

Princípio da audiência contraditória: toda prova poderá sempre ser contraditada pela parte contrária. Uma prova não pode ser produzida sem o conhecimento da outra parte. Tal transgrediria o princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

Princípio da liberdade das provas: a liberdade das provas é o alicerce do princípio da verdade real, não devendo a lei impor limites à possibilidade de as partes comprovarem suas teses e antíteses.

Princípio da auto-responsabilidade das partes: quando da produção das provas, as partes assumem as consequências de sua inércia, erro ou atos dolosos.

Princípio da oralidade: os depoimentos devem ser orais, não podendo ser substituídos por outros meios. Deste princípio decorre o princípio da concentração.⁵⁷

⁵⁷ **BRASIL.** Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 30 de jun. de 2010.

“Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. [...]”.

Princípio da concentração: busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência.⁵⁸

Princípio da publicidade: os atos judiciais são públicos, com exceção da decretação do segredo de justiça. Assim sendo, são também públicas as provas.

Princípio do livre convencimento motivado: como já mencionado, ao julgador é dada discricionariedade para apreciar as provas e formar o seu convencimento, devendo, no entanto, fundamentar suas decisões.

2.1.2 Ônus e avaliação de provas

O ônus da prova (*onus probandi*) é encargo conferido à parte que lhe impõe o dever de comprovar a imputação, sob pena de suportar uma adversidade processual. Destarte, cabe à acusação provar os fatos que imputa ao réu, bem como a materialidade dos mesmos. Já ao réu, cabe comprovar os fatos impeditivos, os modificativos e os fatos extintivos. Neste sentido, determina o Código Processual vigente, em seu Art. 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”.⁵⁹ O ônus acusatório é pleno, enquanto o ônus da defesa é relativo, bastando ao réu conduzir o apreciador da lide a uma dúvida razoável, sendo esta suficiente para o seu benefício. O Juiz tem o dever de dirimir dúvidas que pairam sobre a ação penal (acerca de fatos relevantes para a solução do litígio), não sendo inerte, como mencionado, mas não recai sobre a sua figura o ônus probante.

Por reinar na égide processual penal a perquirição pela verdade histórica, material, não pode haver limitação de espécie alguma às provas. Entretanto, não são objetos de comprovação:

- Fatos axiomáticos: são os fatos que, *de per se*, são evidentes.
- Fatos notórios: os fatos absolutamente notórios (de conhecimento geral ou domínio público) não necessitam de comprovação. Além

⁵⁸ Ibidem.

“Art. 411. [...]§ 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. [...]”.

⁵⁹ Ibidem. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 30 de jun. de 2010.

destes, os fatos atuais são presumidos, mas os passados devem ser provados, uma vez que o decurso temporal faz com que a memória do povo esmaieça. Ainda, não são objeto de prova os fatos intuitivos, ou seja, aqueles decorrentes da experiência e da lógica.

- Fatos sobre os quais incide presunção legal absoluta: as presunções *jure et de jure*, ou seja, as decorrentes da norma, são raras no Processo Penal, mas não podem ser ignoradas, pois estes fatos não admitem prova em sentido contrário.
- Fatos irrelevantes: são os fatos incapazes de incidir sobre o juízo de valor do ato ilícito e antijurídico, ou seja, tais fatos não refletem na solução do processo.
- Fatos impossíveis: são os fatos inviáveis, que não são passíveis de acontecer.

A doutrina prega que há formas de uma prova ser apreciada. No sistema da íntima convicção, a lei concede ao julgador liberdade plena para decidir, não havendo regra prevista na norma para valoração das provas apresentadas pelas partes. É denominado de íntimo este sistema porque os critérios que formam a convicção daquele que julga não são levados em consideração. Tal sistema é o que vigora nos processos de competência do Tribunal do Júri, pois, nestes casos, os jurados livremente prolatam uma decisão, sem a necessidade de fundamentar o veredicto. No sistema da prova legal, cada prova tem seu peso valorativo definido pela lei, não possuindo o julgador discricionariedade para fazer um juízo de valoração quando da produção de cada prova. Ainda, há o sistema da livre convicção do Juiz, que não deve ser confundido com o sistema da íntima convicção. No sistema da livre convicção, o Juiz possui uma liberdade relativa para apreciar as provas trazidas ao processo e deve fundamentar todas as suas decisões. Este é o sistema adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro em vigor.⁶⁰

⁶⁰ Ibidem.

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. [...]”.

2.1.3 Meios de prova

De acordo com Fernando Capez, “meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.⁶¹ Já Didier, Braga e Oliveira referem-se ao meio de prova como sendo, “em verdade, a técnica desenvolvida para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)”.⁶² Ao princípio da liberdade dos meios de prova vigoram certas limitações, tais como: observância das provas civis no que concerne ao estado das pessoas (parágrafo único do Art. 155 do Código de Processo Penal)⁶³; a exigência do exame de corpo de delito, quando houverem vestígios, sendo vedado o suprimento da confissão do acusado;⁶⁴ apresentação das alegações finais orais, não podendo ser apresentadas de forma escrita, na instrução criminal do processo comum;⁶⁵ a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito⁶⁶. São meios de prova: perícias, busca e apreensão, interrogatório, declarações do ofendido, oitiva de testemunhas, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, apresentação de documentos, entre outros, inclusive os meios de provas inominados. Todas as provas devem ser analisadas no bojo do conjunto probatório, inexistindo hierarquização entre os seus meios.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 272.

⁶² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. Bahia: Edições Podivm, 2007, 2 v. p. 171.

⁶³ **BRASIL**. Op. Cit.

“Art. 155. [...]”

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

⁶⁴ *Ididem*.

“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

⁶⁵ *Ibidem*.

“Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.”

⁶⁶ *Ibidem*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de jun. de 2010.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”.

2.2 A PERÍCIA COMO MEIO DE PROVA ADMITIDA PELO DIREITO

Perícia é exame minucioso realizado por quem detém conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos,⁶⁷ realizado por determinação de Autoridade Policial (exceto o exame de insanidade mental) ou pela Autoridade Judiciária (que pode determinar a realização de qualquer tipo de perícia e, em caso de omissão ou falha, somente esta Autoridade pode determinar a retificação, sempre depois de ouvir as partes) e que tem por finalidade comprovar fatos de interesse da Justiça. O aludido exame pode ser realizado em pessoas ou em coisas. O termo “perícia” descende do latim *peritia*, e denota uma habilidade especial, tratando-se, pois, “de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista”.⁶⁸ Só será objeto de perícia aquilo que é relevante para o processo, já que não se admite como objeto de prova aquilo considerado inútil para a ação. Cândido Rangel Dinamarco conceitua:

*Perícia é o exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos. Daí chamar-se perícia, (grifo do autor) em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem tais exames são confiados. Tal é uma prova real, (grifo do autor) porque incide sobre fontes passivas, as quais figuram como mero objeto de exame sem participar das atividades de extração de informes.*⁶⁹

A natureza jurídica da perícia é “meio probatório”. Apesar de não haver hierarquia entre as provas, Capez classifica a perícia como meio probatório de valor especial, representando “um *plus* (grifo do autor) em relação à prova e um *minus* (grifo do autor) em relação à sentença”.⁷⁰ Apesar dessa diferenciação em relação aos outros meios de prova, o resultado de uma perícia não vincula o Juiz ao exarar sua decisão, podendo o mesmo discordar do apontado em um exame pericial, devendo fundamentar a discordância.

Pode-se afirmar que a perícia é a materialização, em documento oficial, de verificação de coisas e fatos, traduzindo-se numa constatação

⁶⁷ ESTEFAM, André. **Provas e procedimentos no processo penal**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008. p. 31.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 290.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2008, 3 v. p. 584.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 291.

juridicamente reconhecida. Consiste em exame, avaliação ou vistoria. É considerada uma prova crítica. As examinações são realizadas por indivíduo denominado perito, que é considerado auxiliar da justiça. O perito pode ser oficial ou não oficial. O perito oficial é aquele que exerce funções pertinentes ao cargo público que ocupa, funções estas determinadas previamente pela legislação pátria. Já o perito não oficial é aquele que, não sendo servidor público, exerce transitoriamente esta função, na ausência de perito oficial⁷¹, devendo possuir, em regra, diploma de curso superior e inscrição no órgão de classe e que tem por obrigação prestar compromisso perante a Autoridade requisitória. O profissional que procede à perícia não é escolhido pela Autoridade que a requisita, esta é solicitada ao Órgão que trata da espécie de perícia necessária aos esclarecimentos, excepcionando-se os casos de nomeação de perito particular. Os peritos devem apontar nos laudos apenas questões técnicas, pautadas nas normas jurídicas e científicas da área abordada, sendo vedada a formação de juízo de valor. Os laudos periciais devem ser suficientemente esclarecedores, visando dar base ao convencimento do Juiz e motivar suas decisões.

2.2.1 Perícia médico-legal

A perícia médico-legal é aquela realizada aplicando-se os conhecimentos das ciências médicas ao procedimento realizado, visando apurar fato de interesse jurídico. França a define como:

[...] Um conjunto de procedimentos médicos e técnicos que tem como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça. Ou como um ato pelo qual a autoridade procura conhecer, por meios técnicos e científicos, a existência ou não de certos acontecimentos, capazes de interferir na decisão de uma questão judiciária ligada à vida ou à saúde do homem ou o que com ele tenha relação.⁷²

Hélio Gomes conceitua a perícia médico-legal como sendo “todo procedimento médico (exames clínicos, laboratoriais, necropsopia, exumação) promovido por autoridade policial ou judiciária, praticado por

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 256.

⁷² FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p. 12.

profissional de Medicina visando prestar esclarecimentos à Justiça [...]”.⁷³ Percebe-se, em conformidade com todo o exposto, que a perícia médico-legal nada mais que é um meio de prova peculiar, através do qual se aplicam conhecimentos técnicos da Medicina para dirimir questões relacionadas à vida e à saúde e que possuem relevância jurídica; são de interesse da Justiça e não poderia o julgador dirimir as questões sem o auxílio do conhecimento especializado.

Ao contrário do que imaginam os de repertório cognitivo não suficientemente farto, as perícias médico-legais não se referem apenas aos exames *post mortem*. É verificada e atestada a existência ou não de lesões corporais, aborto, conjunção carnal, estupro, etc., inclusive é investigada a *causa mortis* de um indivíduo, muitas vezes independente de haver dúvidas acerca da materialidade de um delito, mas que provavelmente ensejará consequências jurídicas.

3. A IMPORTÂNCIA DA PERÍCIA MÉDICO-LEGAL PARA O PROCESSO PENAL NA PERSECUÇÃO DA VERDADE REAL

Após análise da trajetória histórica da Medicina Legal e da conceituação de perícia, em sua acepção ampla, e da perícia médico-legal, é possível vislumbrar o alto grau de importância tanto da ciência Médica para o Direito, quanto da perícia, de modo geral, para este, em especial para o Processo Penal, tendo em vista que, como mencionado, busca-se a verdade real (exatidão dos acontecimentos) e discute-se na lide direitos (geralmente) indisponíveis.

Em sendo a perícia meio de prova, procedimento pelo qual verifica-se a veracidade ou não de fatos alegados em juízo, não é possível conceber a ideia de jurisdição sem procedimento pericial auxiliando-a.

Apesar de não vincular o Juiz, respeitando o princípio do livre convencimento do Magistrado, o exame pericial deve ser pautado nas normas técnicas, científicas e jurídicas, para que bem sirva o seu objetivo de auxiliar a Justiça e esclarecer fatos obscuros para o julgador. Ainda, não se pode ignorar o conjunto de regras éticas que norteiam cada

⁷³ GOMES, Hélio. Op. cit. p. 11.

especialidade profissional. No caso do perito, devem ser observadas as normas de sua especialidade e as normas éticas periciais (além de outras tantas). As normas técnicas, éticas e jurídicas que norteiam o trabalho do perito visam resguardar não apenas o interesse do particular, como também a administração da justiça.

A perícia desempenha fundamental papel no auxílio processual não apenas penal, mas auxilia todos os ramos do Direito. A função da perícia não é postular em favor de nenhuma das partes; não é acusar, nem inocentar. O papel primordial da perícia é, de forma imparcial, verificar o fato e o que veio a lhe dar causa. Muito mais que satisfazer interesses particulares das partes, a perícia visa satisfazer os interesses da Justiça, se materializando este fato no auxílio da formação da convicção do douto julgador. Eis aí a grande valia da perícia para a Justiça.

A perícia médico-legal, exame peculiar, espécime do “gênero perícia”, além da importância atribuída ao gênero, carrega em si uma relevância ainda maior à luz do Processo Penal. O Direito Penal versa sobre os bens jurídicos mais fortemente tutelados pelo ordenamento normativo. Dentre eles, figuram a integridade física, a saúde, a vida e a liberdade. Decerto é a vida o bem jurídico mais relevante aos olhos da legislação. O *jus puniendi*, ao se perfazer, põe em risco bens jurídicos do acusado. É essencial que as provas sejam robustas, para que o Juiz possa, de forma concisa e sem faltas, cumprir o papel jurisdicional do Estado do qual é representante⁷⁴. Aqui não se trata de discutir dolo, culpa, pena, consequências sociais, morais e jurídicas do delito, mas tão somente de apontar que não pode o Estado ferir os bens que ele mesmo tutela. Floresce aí a motivação da busca da verdade real, da necessidade de ter o Juiz a plena convicção de como os fatos ocorreram em realidade. A perícia médico-legal examina fatos e fenômenos relativos aos bens jurídicos mais importantes do ser humano e possuem grande valoração, pelo seu próprio espírito, na descoberta da verdade real e, conseqüentemente, no julgamento mais acertado e pautado em todos os princípios jurídicos, corporificando o verdadeiro propósito da Justiça, que não é condenar nem inocentar, mas tentar sanar o abalo sofrido pelo ordenamento jurídico.

⁷⁴ O Juiz não é considerado representante do Estado, mas sim, *representante*, posto que, no exercício de sua função jurisdicional, é a personalização do próprio Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese ser o Estado responsável pela tutela dos bens jurídicos dos cidadãos, em especial os bens indisponíveis, se vale aquele de uma ferramenta para exercer essa tutela, ofertando à sociedade, dessa forma, a plena sensação da persecução e concretização da Justiça, em sua acepção filosófica.

O Direito, apesar de ser onipresente, não é onisciente, valendo-se de técnicas alheias à sua área de estudo e auxiliando-se de Ciências e de profissionais que, de qualquer forma, possam bem contribuir para o alcance de seu objetivo e da pacificação social. Dentre as Ciências nas quais o Direito busca amparo e auxílio, está a Medicina Legal, ramo de especialização da Medicina que cuida de verificar fatos relacionados à saúde, integridade física, mental e à vida.

Não se pode imaginar persecução de verdade real sem bem analisar os fatos, de forma científica e revestida de certezas inabaláveis. Eis o papel das perícias e, no caso, da perícia médico-legal para a Justiça: trazer à lume convicções incontestáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA LEGAL. Disponível em <<http://www.abml-medicinalegal.org.br/institucional/quemsomos.php>>. Acesso em 04 de out. de 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de jun. de 2010.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 04 de out. de 2010.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 30 de jun. de 2010.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 30 de jun. de 2010.

CALENDÁRIO histórico: 44 a.C.: assassinato do imperador Júlio César. [S.l.], [20—?]. Disponível em <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,781828,00.html>>. Acesso em 03 de out. de 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 12. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005.

-
- CARDOSO, Leonardo Mendes. Medicina legal para o acadêmico de direito. 2. ed., ver., ampl. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. Manual de Medicina Legal. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada. Bahia: Edições Podivm, 2007, 2 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2008, 3 v.
- ESTEFAM, André. Provas e procedimentos no processo penal. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 8. ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.
- FREIRE, José Jozefran Berto. Medicina Legal: Fundamentos filosóficos. São Paulo: Editora Pillares, 2010.
- GOMES, Hélio. Medicina Legal. Atualizador Hygino Hercules. 33. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- IMPÉRIO DO BRAZIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Lex: Código Criminal do Imperio do Brazil*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>>. Acesso em 04 de out. de 2010.
- _____. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. *Lex: Código de Processo Penal de primeira instancia*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em 04 de out. de 2010.
- MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Processo Penal: Parte Geral. 15. ed. reform., São Paulo: Saraiva, 2010, Coleção Sinopses Jurídicas, v. 14.
- REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL. Decreto nº 4.864, de 15 de junho de 1903. Manda observar o regulamento para o serviço médico-legal do Distrito Federal. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4864-15-junho-1903-508952-publicacao-1-pe.html>>. Acesso em 04 de out. de 2010.
- _____. Decreto nº 6.440, de 30 de março de 1907. Dá novo regulamento ao serviço policial do Distrito Federal. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-6440-30-marco-1907-504445-publicacao-1-pe.html>>. Acesso em 04 de out. de 2010.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 30. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v.