

ISSN: 1984-168x



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 5 • Nº 8 • 2012

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

***Revista Jurídica do
Ministério Público do Estado do Tocantins***

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Clenan Renaut de Melo Pereira
Procurador-Geral de Justiça

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Subprocuradora-Geral de Justiça
Coordenadora do Cesaf

Edson Azambuja
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenadora
Vera Nilva Álvares Rocha Lira

Conselho Editorial
Clenan Renaut de Melo Pereira
Edson Azambuja
João Rodrigues Filho
José Kasuo Otsuka
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Luciana Duailibe

Projeto Gráfico e diagramação
Bruno Fleuri

Fotos
Ronaldo Mitt

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano 5, nº 8

Palmas, Tocantins
2012

©2012, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano 5 . nº 8 . 2012

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de Vera Nilva Álvares Rocha Lira. Palmas: Cesaf, ano 5, n. 8, 2012.

189 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito – Periódicos 2. Coisa julgada material 3. O princípio da não-auto incriminação 4 Direito de família 5. Aborto eugênico 6. Fungibilidade das tutelas de urgência 7. Notários e registradores - responsabilidade civil objetiva 8. Lei Maria da Penha - aplicabilidade 9. Crime tributário - pagamento dos tributos e extinção da punibilidade 10. Enriquecimento indiscriminado de servidores - criminalização.

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.

É permitida reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria Geral de Justiça
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mp.to.gov.br - cesaf@mp.to.gov.br

Associação Tocantinense do Ministério Público
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

O oitavo número da Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins, fruto do esforço de todos aqueles que colaboram com o fortalecimento deste trabalho, resultou na coletânea de 9 (nove) artigos remetidos por membros e servidores desta Instituição, além da colaboração da Promotora de Justiça do Estado de Mato Grosso, Lindinalva Rodrigues Dalla Costa, escritora e palestrante de âmbito nacional na área de violência de gênero.

Como as anteriores, esta edição não foge à regra, é composta por temas atuais e de alta relevância no âmbito da ordem jurídica e social, promovendo, com isso, o debate de ideias e a reflexão sobre as questões e problemas enfrentados pelos integrantes do Ministério Público. A sua seriedade firma a credibilidade e demonstra a consolidação deste periódico em nosso meio, visto ser de grande utilidade para a melhor aplicação do direito.

Estamos certos que este número servirá como ferramenta de trabalho e pesquisa para acadêmicos, professores e profissionais da área jurídica, posto que os trabalhos aqui publicados caracterizam-se por esclarecimentos, críticas, avaliações, análise da norma legal e obras doutrinárias.

Assim, concretizamos mais uma etapa de crescimento e amadurecimento de nossa Revista Jurídica, ao mesmo tempo em que registramos o nosso reconhecimento e agradecimento a servidores, membros e convidados que nos confiaram a publicação de seus trabalhos e possibilitaram a concretização deste ideal.

Boa leitura e bom proveito!

Vera Nilva Álvares Rocha Lira
Coordenadora do Cesaf

Sumário

1. Maria da Penha: a lei discriminada pelo operador jurídico11
Lindinalva Rodrigues Dalla Costa
2. Relativização da coisa julgada material35
Benedicto de Oliveira Guedes Neto
3. O princípio da não auto-incriminação no interrogatório.....61
Crisley Glaucea Tavares Sales
4. Paradigmas da filiação no direito de família.....79
Delveaux Vieira Prudente Junior
5. Algumas considerações sobre o aborto eugênico.....99
Diego Nardo
6. Fungibilidade das tutelas de urgência107
Flávia Souza Rodrigues
7. Responsabilidade civil objetiva dos notários e registradores:
análise dos panoramas legislativo e jurisprudencial 129
Leonardo Aquino Moreira Guimarães
8. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes
tributários e o princípio da vedação da proteção insuficiente149
Poliana Dias Alves Julião
9. A criminalização do enriquecimento injustificado de servidores
públicos171
Vinicius de Oliveira e Silva

Maria da Penha: a lei discriminada pelo operador jurídico

Lindinalva Rodrigues Dalla Costa¹

“A mulher é a escrava dos escravos. Se ela tenta ser livre, tu dizes que ela não te ama. Se ela pensa, tu dizes que ela quer ser homem.”²”

RESUMO

Destaca algumas decisões judiciais claramente preconceituosas e atentatórias à dignidade e aos direitos das mulheres, evidenciando a tolerância do Poder Judiciário para com a violência doméstica e explanando os fundamentos legais e constitucionais que garantem às mulheres uma política especial de proteção afirmativa, com vistas a assegurar ao gênero feminino o benéfico tratamento processual diferenciado previsto na Lei Maria da Penha, recentemente declarada plenamente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ Promotora de Justiça do Estado de Mato Grosso. Escritora e palestrante de âmbito nacional na área de violência de gênero, direitos humanos das mulheres, violência doméstica contra a mulher e Lei Maria da Penha. Atualmente, coordena a Comissão Permanente Nacional de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID).

² John Lennon.

1. Análise da primeira decisão judicial que possibilitou a aplicação da Lei Maria da Penha em favor de um homem no país, congregada à apreciação crítica de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de teor claramente machista e preconceituoso, expondo que verdadeiramente ainda não se reconhecem as mulheres como sujeitos de direitos

Atuando na aplicação da Lei Maria da Penha desde o primeiro dia de sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, posso afirmar que a referida legislação padece de indisfarçável preconceito por parte dos operadores jurídicos, tal como a mulher permanece indiscutivelmente sendo discriminada em nossa sociedade e sei que não é exagero afirmar que há uma verdadeira “conspiração” contra a Lei Maria da Penha, que chega a ser até mesmo ignorada por alguns operadores do direito que possuem o dever legal de executá-la, optando por entendimentos superficiais que se revelam “convenientes”, por desejarem intimamente que tais casos continuem sob a égide de normas descriminalizadoras, constrictos ao reduto doméstico ou familiar.

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal, de 09.02.2012, declarando a total constitucionalidade da Lei Maria da Penha, deveria obrigar tais operadores a reverem seus conceitos e preconceitos, o que se faz absolutamente **necessário**, senão vejamos:

A polêmica decisão de um magistrado do Juizado Especial Criminal de Cuiabá-MT, de outubro de 2008, que aplicou, segundo o próprio, “por analogia”, as medidas de proteção da Lei Maria da Penha em favor de um homem que estaria sofrendo violência doméstica praticada por uma mulher, obriga-nos a algumas oportunas reflexões. Passemos então a elas:

Lenio Luiz Streck, bem antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha (11.340/2006), já criticava a forma discriminatória com que o Poder Judiciário sempre lidou com a questão dos crimes de violência contra a mulher e convida-nos a examinar obras doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, para que **possamos** compreender a situação hermenêutica em que se insere a mulher no imaginário **dos** juristas, que interpretam a lei da forma que lhes convém para sustentar posicionamentos absurdos e atentatórios contra preceitos constitucionais, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo aos direitos humanos das mulheres, o que não pode ser analisado fora do contexto da realidade de como a mulher ainda é vista pela sociedade e quais os direitos que lhe são assegurados, de fato, e não meramente pelas normas legais vigentes, frequentemente ignoradas ou distorcidas por seus intérpretes, que as analisam de acordo com sua conveniência e visão ideológica e subjetiva do mundo, tendo em conta a identidade das partes envolvidas e suas condições peculiares.

Sobre a dogmática jurídica que despreza a vontade e os direitos da mulher, Streck faz importantes apontamentos: “em comentário ao art. 213 do Código Penal, que trata do estupro, encontrei o seguinte comentário de um dos doutrinadores mais festejados do direito penal em *Terrae brasilis* (Jesus, 2002, p. 722-723):

Não fica a mulher, com o casamento, sujeita *aos* caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações como e onde este quiser. Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato, ***desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho***. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjugação carnal, e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, ***desde que ela tenha justa causa para a negativa*** (grifei).

Assim, a contrario sensu, pode-se entender que, na opinião do referido autor, se não existir a justa causa ou se a negativa da esposa em manter relação sexual for de caráter mesquinho, o marido pode forçá-la a tal, o que significa estuprá-la (tecnicamente falando)...!

Ou isto, ou entendi mal o citado comentário...! Sem dúvida, este é um **dos** exemplos de como a dogmática jurídica (mal) trata a mulher. Não há, pois, nesse âmbito, nesse imaginário, qualquer possibilidade de a mulher ser tratada como gênero, como igual! (STRECK, 2004) (Grifos nossos).

Observemos tais entendimentos doutrinários em franca aplicação por juízes e desembargadores, em exercício pleno de suas “incontestáveis” “independências funcionais”, que abrigam toda sorte de pré-conceitos e insensibilidade imagináveis, senão vejamos:

A vítima é analfabeta e se mostrou simplória nos contatos com este juízo... Não encontro nos autos provas suficientes para condenar o acusado Celso Alberto, embora reconheça não seja elemento sociável nem de boa vida pregressa. Entretanto, pelos outros delitos a ele imputados, está respondendo processo. Finalizando, *custa a crer que o acusado, um rapaz ainda jovem e casado, tenha querido manter relações sexuais com a vítima, uma mulher de cor e sem qualquer atrativo sexual para um homem*. Ante o exposto e com fundamento no art. 386, VI do Código de Processo Penal, absolvo o acusado Celso Alberto da imputação a ele feita na denúncia (ANDRADE apud STRECK, 2004).

Reveja o famoso caso em que o estupro foi reconhecido como “cortesia” pela Justiça brasileira:

Será justo, então, o réu Fernando Cortez, primário, trabalhador, sofrer pena enorme e ter a sua vida estragada por causa de um fato sem consequências, oriundo de uma falsa virgem? Afinal de contas, esta vítima, amorosa com outros rapazes, vai continuar a sê-lo. Com Cortez, assediou-o até se entregar (fls.) e o que, em retribuição lhe fez Cortez, uma cortesia... (TJRJ apud PIMENTEL, 1998).

E alguns outros:

Imagine, Excelência, um homem de 54 anos de idade, época do fato, como é o caso do acusado... Manter relações sexuais diariamente com uma mocinha. Claro que a vítima está mentindo, pois tal homem, nesta idade, não aguentaria tal ritmo, por dois anos consecutivos, fazendo sexo diariamente... (TJRJ apud PIMENTEL, 1998, p. 125-163).

uma jovem estuprada há de se opor razoavelmente à violência, não se podendo confundir como inteiramente tolhida nessa repulsa quem nada fez além de gritar e nada mais. A passividade, que muitas vezes se confunde com a tímida reação, desfigura o crime, por revelar autêntica aquiescência (Idem).

E o Estado de Mato Grosso também se faz presente:

Na noite do dia 10 de fevereiro de 1985, em **Cuiabá**, B.L.D., pardo, solteiro, pedreiro, 22 anos, teria espancado e estuprado uma conhecida sua do bairro, B.L.C., **preta, viúva, 60 anos**. No auto de prisão em flagrante consta que, na noite do crime, a vítima encontrava-se em uma festa na casa de uma das testemunhas ouvindo música e dançando com outras moças e, o indiciado, no bar pregado à casa, de propriedade dessa mesma testemunha.

Na polícia, segundo testemunhas e o próprio indiciado, este teria tentado agredir a vítima na festa e, não logrando êxito, após o término desta, quando a vítima se dirigia à sua casa, o indiciado a perseguiu e, agredindo-a a socos e pontapés, arrastou-a para um matagal, onde teria mantido com ela relações sexuais à força. Depois, teria retornado ao referido bar, com a roupa toda manchada de sangue, para pegar a bicicleta que tinha deixado ali. As testemunhas afirmavam que o indiciado era mau elemento e vivia embriagado, perseguindo mulheres e promovendo várias desordens no bairro.

*Denunciado por estupro e lesões corporais, o acusado, na fase judicial, entretanto, negou as declarações prestadas na polícia, alegando que foram obtidas mediante espancamento. Todas as testemunhas, em juízo, também contraditaram os depoimentos prestados na polícia. **A situação se inverteu e a vítima passou a ser qualificada como alcoólatra, prostituta e aliciadora de menores, e o réu, por sua vez, como homem trabalhador e de bom comportamento.***

*O juiz entendeu que eram nulas as declarações prestadas pelo réu na polícia, tão-somente em função de laudo que atestava lesões em seu rosto, sem qualquer averiguação acerca da autoria dessas lesões. Quanto às lesões na vítima, embora materialmente comprovadas, o juiz entendeu que não estava comprovada a autoria, assim como não se podia comprovar a materialidade do estupro. Convencido pela **“palavra mais sóbria do acusado”**, em detrimento da palavra da vítima, aliás, **de péssimos antecedentes e alcoólatra inveterada**, o juiz decretou a absolvição do acusado, por falta de provas.” (PIMENTEL, 1998, p. 139-150).*

Eis o que as célebres autoras Pimentel, Schritzmeyer & Pandjarian afirmam revelar a ideologia patriarcal machista em relação às mulheres, verdadeira violência de gênero, perpetrada por vários (as) operadores (as) do Direito, que mais do que seguir o princípio clássico da doutrina jurídico-penal - *in dubio pro reo* - valem-se precipuamente da normativa social segundo seus próprios e subjetivos valores, que definiram magnificamente como: *in dubio pro stereotypo*.³

2. A oposição injustificada dos operadores jurídicos quanto à interpretação lógica e conseqüente aceitação da imperativa necessidade de aplicação dos dispositivos insertos na Lei Maria da Penha para garantir os direitos humanos das mulheres

Voltemos nosso olhar ao passado para recordar da chocante fala de um jornalista, amplamente divulgada e aplaudida na época, num caso célebre em que também a vítima foi tida como “autora” de sua própria morte: *“Eu vi o corpo da moça estendido no mármore da delegacia de Cabo Frio. Parecia ao mesmo tempo uma criança e boneca enorme quebrada...mas desde o momento em que vi o cadáver, tive imensa pena, não dela, boneca quebrada, mas de seu*

³ PANDJIARJIAN, Valéria. Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação. Descrevendo a importante obra PIMENTEL, Silvia; Schritzmeyer, Ana Lúcia P. e PANDJIARJIAN, Valéria. Estupro: crime ou “cortesia”? Abordagem sóciojurídica de gênero, publicado pela Sergio Antonio Fabris Editor, Coleção Perspectivas Jurídicas da Mulher, Porto Alegre, 1998. Essa obra é resultante de trabalho de investigação, levado a cabo durante um ano e meio (entre 1996-1997). Foi promovido pelo Instituto para Promoção da Equidade (IPÊ), em colaboração com o CLADEM-Brasil, seção nacional do Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, com o apoio e financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e da Fundação Ford. Disponível em www.cladem.org/htm.ipas.org.br. Acesso em 10.06.2007.

assassino”.⁴

Eis o pensamento predominante até hoje entre os juristas e aplicadores do direito em nosso país, comprovando que para a sociedade brasileira a mulher ainda é tida como propriedade do homem, consubstanciando o que Streck definiu divinamente como verdadeira “*coisificação do ser humano do gênero feminino*”.⁵

Sobre a justificativa do juiz do juizado especial criminal que entendeu que os homens também fariam jus às normas protetoras elencadas na Lei Maria da Penha, em razão da constatação formal-constitucional simplista e idealizada de que “todos são iguais perante a lei”, recorro novamente aos comentários de Streck, que ao ser perquirido acerca dos avanços femininos na sociedade brasileira, indagou:

*de que mulher vocês estão falando, já que estamos em um país que pode ser dividido, por faixa de renda per capita, em Itália, Colômbia, Quênia e Somália... Nesse contexto, por certo estavam a falar da mulher ‘italiana’...! Mas, pergunto: e o que sobra para a ‘queniana’ ou a ‘somalís’ brasileiras? Ora, não existe ‘a mulher’. Existem ‘várias mulheres’... Tais generalizações são metafísicas, que provocam o esquecimento daquilo que na hermenêutica se chama de diferença ontológica. Dito de outro modo, quando alguém fala da mulher está falando de forma estereotipada (raciocínio feito no varejo e transportado para o atacado). E, convenhamos, não é de bom alvitre que se analise um tema de tamanha relevância de maneira estereotipada! Como muito bem diz Giorgio Agamben: “**O Direito não possui por si nenhuma existência, mas o seu ser é a própria vida dos homens**”. É o modo-de-ser-no-mundo do intérprete que será a condição de possibilidade de seu olhar do Direito. Esse olhar é interpretação. (STRECK, 2004, p.118).*

⁴ Artigo do Jornalista Carlos Heitor Conny. Fatos e Fotos - Gente, Bloch Editora, ano XVII, nº 948, 22/10/1979, sobre o assassinato de Angela Diniz por Doca Street.

⁵ Termo usado pelas autoras do estudo Legítima Defesa da Honra – Legítima Impunidade de Assassinos. Op. cit., 2004, p. 71.

Segue o autor:

(...) na medida em que falamos do mundo a partir da *tradição*, é inexorável que a visão dos operadores jurídicos acerca dos textos normativos e do que eles significam dependerá dos pré-juízos que antecipam o sentido do mundo onde vivemos. Sendo a dogmática jurídica um paradigma, no interior do qual *o papel da mulher tem sido relegado a um plano secundário, a ponto da doutrina e da jurisprudência durante décadas defenderem a possibilidade de o marido forçar a esposa a com ele praticar sexo*, esse imaginário traz conseqüências – porque instituinte da existencialidade dos operadores... A *doutrina e a jurisprudência ainda permanecerem reféns de um imaginário que nega (ainda que implicitamente a partir de um discurso que escamoteia a problemática) à mulher a possibilidade de dispor de seu próprio corpo* (questão que tem reflexos na discussão do aborto, que, de uma questão social e moral, transforma-se em uma discussão jurídico-criminal). *A disposição do corpo não diz respeito somente à questão da sexualidade. Mais do que isto, é uma questão que envolve o (des)respeito à dignidade humana. É, pois, na abertura, nesse espaço aberto pela crítica hermenêutica, que devemos estabelecer as bases (condições de possibilidade) para desvelar o ainda não-desvelado dessa conquista da civilização, que é o respeito à condição de gênero (...)*. Nessa seara, não é difícil encontrar julgados que reproduzem o imaginário acerca de como-se-vê-a-mulher-em-uma-sociedade-díspar-como-a-brasileira (...) de nada valem ementas jurisprudenciais, se estas vierem desacompanhadas dos respectivos fundamentos. *Essa problemática assume contornos dramáticos no interior da crise de paradigmas que atravessa a dogmática jurídica... “As ementas dos julgados de nossos tribunais intrinsecamente apresentam problemas a partir da reprodução de um imaginário que coloca a mulher em posição absoluta e escandalosamente secundária.* (STRECK, 2004, p.113-134).

Em 2007 um juiz de Minas Gerais, entrou para a história das decisões judiciais teratológicas por ter sido suficientemente “tolo” ou “ingênuo” de tornar público, colocando no papel o real pensamento de muitos de seus pares (juízes, promotores, defensores e advogados), em decisão que certamente já se viu ou ouviu falar, mas que sempre vale “a pena” ser lida novamente:

Esta “Lei Maria da Penha” – como posta ou editada – é, portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é antiética; **herética porque fere a lógica de Deus**; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. **Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher – todos nós sabemos – mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.**

Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse:”(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...))” (...)) Por causa da maldade do “bicho” Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando – na relação entre homem e mulher, que domina o mundo – nesta preconceituosa lei.

(...) o direito natural e próprio em cada um destes seres, nos conduz à conclusão bem diversa. Por isso – e na esteira destes raciocínios – **dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria – inobstante sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como “advogada” nossa diante do Tribunal Divino) – Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: “que tenho contigo, mulher?”.**

E certamente por isto a mulher guarda em seus arquétipos inconscientes sua disposição com o homem tolo e emocionalmente frágil, porque foi muito também por isso que tudo isso começou. A mulher moderna – dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides – assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade – respeitosamente – que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa “igualdade” que hipocritamente e demagogicamente se está a lhe conferir. Isto porque a mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. Só que “só isso” não é nada fácil para as exigências masculinas. Por isso que as fragilidades do homem têm de ser reguladas, assistidas e normatizadas, também. ^[18] Sob pena de se configurar um desequilíbrio que, além de inconstitucional, o mais grave, gerará desarmonia, que é tudo o que afinal o Estado não quer.

Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe, portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar.

Mas poder-se-ia dizer que um homem assim não será alvo desta lei. Mas o será assim e o é sim. Porque ao homem desta lei não será dado o direito de errar.

Portanto, é preciso que se restabeleça a verdade. A verdade histórica inclusive e as lições que ele nos deixou e nos deixa. Numa palavra, o equilíbrio enfim, Isto porque se a reação feminina ao cruel domínio masculino restou compreensível, um erro não deverá justificar o outro, e sim nos conduzir ao equilíbrio. Mas o que está se vendo é o homem — em sua secular tolice — deixando-se levar, auto-flagelando-se em seu mórbido e tolo sentimento de culpa.

*Enfim! Todas estas razões históricas, filosóficas e psicossociais, ao invés de nos conduzir ao equilíbrio, ao contrário vêm para culminar nesta lei absurda, que a confusão, certamente está rindo à toa! **Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo**, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras — porque sem pais; **o homem subjugado**; sem preconceito, como vimos, não significa sem ética — **a adoção por homossexuais e o “casamento” deles**, como mais um exemplo. Tudo em nome de uma igualdade cujo conceito tem sido substituído em nome de uma “sociedade igualitária”.*

Não! O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal.

*Pois se os direitos são iguais — porque são — cada um, contudo, em seu ser; pois as funções são naturalmente diferentes. Se se prostitui a essência, os frutos também serão. Se o ser for conspurcado, suas funções também o serão. **E instalar-se-á o caos.***

É, portanto por tudo isso que de nossa parte concluímos que do ponto de vista ético, moral, filosófico, religioso e até histórico a chamada “Lei Maria da Penha” é um monstrengo tînoso. E essas digressões não as fazem à toa — este texto normativo que nos obrigou inexoravelmente a tanto. Mas quanto aos seus aspectos jurídico-constitucionais, o “estrageo” não é menos flagrante.

(...) na medida em que o Poder Público — por falta de orientação legislativa — não tem condições de se estruturar para prestar assistência também ao homem, acaso, em suas relações domésticas e familiares, se sentir vítima das mesmas ou semelhantes violências. A Lei em exame, portanto, é discriminatória. E não só literalmente como, especialmente, em toda a sua espinha dorsal normativa.

*O art. 2º diz “Toda mulher (...)”. Por que não o homem também, ali, naquelas disposições? O art. 3º diz “Serão assegurados às mulheres (...)”. Por que não ao homem também? O parágrafo 1º do mesmo art. 3º diz: “O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares (...)” (grifei). Mas por que não dos homens também? O art. 5º diz que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher (...)”. **Outro absurdo: de tais violências não é ou não pode ser vítima também o homem?** O próprio e malsinado art. 7º — que define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher — delas não pode ser vítima também o homem? O art. 6º diz que “A violência familiar e doméstica contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” **Que absurdo!** A violência contra o homem não é forma também de violação de seus “direitos humanos”, se afinal constatada efetivamente a violência, e ainda que definida segundo as peculiaridades masculinas? (...) A lei, no entanto, ignora toda essa rica gama de nuances e seleciona que só a mulher pode ser vítima de violência física, psicológica e patrimonial nas relações domésticas e familiares.⁶*

Ora! Ninguém em sã consciência haverá de negar que os “fundamentos” utilizados pelo magistrado revelaram ultrajante preconceito e discriminação a todo ser humano de gênero feminino. Contudo, em que pese seus afrontosos baldrames “jurídicos”, restou-lhe assegurado de forma soberana sua independência funcional, deliberando o Supremo Tribunal Federal, contrariando entendimento do Conselho Nacional de Justiça, pela desnecessidade de qualquer tipo de punição administrativa para o prolator da acintosa decisão, sujeita à reforma por meio dos recursos legalmente previstos em lei.

⁶ Direto de Sete Lagoas/MG, 12 de fevereiro de 2007, Juiz Edílson Rumbelsperger Rodrigues. Fonte: Revista Consultor Jurídico, de 23 de outubro de 2007 <http://www.conjur.com.br/static/text/60661>, acessado em 18 de Novembro de 2008.

Atente-se para o fato de que, tanto neste caso como nos demais aludidos, não se contesta a soberania da independência funcional do julgador, detentor de inegável faculdade de decidir conforme seu livre convencimento, mas se repudia com veemência os termos preconceituosos e ofensivos utilizados na fundamentação das decisões, com evidentes e inoportunos excessos de linguagem que deveriam ser evitados.

3. A questão da violência de gênero e os fundamentos de validade legais e constitucionais da Lei Maria da Penha

Retornando à análise da decisão do juiz de Minas Gerais, afrontosa, a seu modo, a capacidade intelectual dos demais magistrados brasileiros, vez que verdadeiramente não representa os valores e conhecimentos incontestáveis da imensa maioria de nossos corajosos e cultos juízes, destacamos, ainda, sua ausência de correlação lógica, já que ao afirmar expressamente que a lei atacada teria disposto que somente a violência doméstica praticada contra a mulher é que constituiria ilícito penal, o julgador demonstra alarmante falta de conhecimento técnico, pois parece não ter constatando que a Lei Maria da Penha não criou um só tipo penal, que continuaram os mesmos que sempre foram, alcançando homens e mulheres indistintamente, sem fazer qualquer distinção, tanto para figurarem no pólo passivo como no ativo, quer quanto ao tipo penal ao qual se responderá, tal como em relação à pena prevista em lei para tais delitos, se tal diferença existisse, aí sim, poder-se-ia falar em alguma desigualdade, mas o grande problema é a ausência de conhecimento de alguns operadores jurídicos, que, resistentes a qualquer tipo de mudança, passam a criticar normas, antes mesmo de conhecê-las.

Portanto, àqueles que porventura ainda não saibam a Lei Maria da Penha, sem definir qualquer tipo penal que exigisse como

sujeito passivo exclusivamente pessoa do sexo feminino, criou tão somente mero procedimento, com vista à peculiar e necessária proteção às maiores vítimas de violência doméstica e familiar, que incontestavelmente são AS MULHERES, fato que não se pode negar, já que para isso temos dados numéricos e em números até os operadores jurídicos mais resistentes crêem, posto que a violência praticada contra as mulheres, conhecida como violência de gênero, constitui na razão implícita do número estarrecedor de casos de agressões físicas, sexuais, psicológicas, morais e patrimoniais, perpetrados em desfavor de mulheres, revelando incontestável desigualdade de poder entre gêneros (masculino e feminino).

Dados estarrecedores da OMS (Organização Mundial de Saúde), inserto no relatório divulgado pela Anistia Internacional em 05/03/2004, apontam que 70% dos assassinatos de mulheres no mundo são cometidos por homens com quem elas tinham ou tiveram algum envolvimento amoroso e segundo investigação feita pela ONG Human Rights Watch, em nosso país, concluiu-se que de cada 100 mulheres brasileiras assassinadas, 70 o são no âmbito de suas relações domésticas.⁷

No Brasil, pesquisa realizada pelo Senado Federal no ano de 2005, sobre violência doméstica contra a mulher, revelou que 95% das mulheres pesquisadas afirmaram ser muito importante ou importante a criação ainda de uma legislação específica que proteja ainda mais a mulher no Brasil. Enquanto para 92% das mulheres seria importante ou muito importante a discussão sobre os direitos femininos no Congresso Nacional. Sendo que, das mulheres que reconhecem nesta pesquisa que já sofreram violência doméstica, 66% responderam ser o marido/companheiro o autor da agressão, tendo concluído o relatório do Senado Federal que:

dentre todos os tipos de violência contra a mulher, existentes no mundo, aquela praticada no ambiente familiar é uma das mais cruéis e perversas. O lar, identificado como local acolhedor e de

⁷ Human Rights Watch, abril de 1997. Injustiça Criminal x Violência contra a Mulher no Brasil. Número de catálogo, Library of Congress: 97-71949.

*conforto passa a ser, nestes casos, um ambiente de perigo contínuo que resulta num estado de medo e ansiedade permanentes. Envolve no emaranhado de emoções e relações afetivas, a violência doméstica contra a mulher se mantém, até hoje, como uma sombra em nossa sociedade.*⁸

Todas as pesquisas demonstram que o lar, o âmbito doméstico e familiar, na maioria dos casos, institui o local de risco para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Conforme Soares: *“A ameaça do ponto de vista das mulheres, não vem de fora, quando se trata de agressão física. Está na casa, não na rua; é episódio inscrito em dinâmicas típicas da vida privada, o que evidentemente não lhe reduz a gravidade, antes a aprofunda”*. (SOARES, L. E., 2006, p. 66).

Segundo a pesquisa realizada pelo Núcleo de Opinião Pública da Fundação Perseu Abramo,^[28] no ano 2001, a cada 15 segundos, uma mulher é espancada por um homem no Brasil, apontando o perfil do agressor para o marido ou companheiro como principal autor em todas as modalidades de violência investigadas e as respostas encontradas por este estudo apontaram para a necessidade de criação de abrigos para acolher as mulheres vítimas, delegacias especializadas, serviço telefônico gratuito para denúncia, além de se dispor de atendimento psicológico para as mulheres vítimas de violência doméstica.

O Brasil é o país que mais sofre com a violência doméstica, perdendo cerca de 10,5% do seu PIB em decorrência desse grave problema, considerado de saúde pública, já que as vítimas faltam ao trabalho e fazem uso de hospitais e medicamentos fornecidos pelo poder público.

Até a promulgação da Lei Maria da Penha, que acarretou um acalorado debate sobre o tema, a violência de gênero sofria de uma espécie de “invisibilidade”, difundida pela idéia nefasta de que a violência entre parceiros íntimos ou pessoas da mesma família,

⁸ Senado Federal. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. Violência Doméstica contra Mulher. Data Senado 08.03.2005. Grifo nosso.

constituía um problema privado, que só aos envolvidos interessava o que era perfeitamente possível pelas leis descriminalizadoras vigentes até então, que efetivamente não puniam os agressores, nem tratavam as vítimas, permitindo a proliferação da violência, posto que tão somente devolviam o problema para ser resolvido em casa, dando-se ainda mais poder ao agressor, já que os operadores jurídicos, muito ocupados em outras tarefas, tinham sempre assuntos mais “importantes” a tratar.

Todo este descaso com as mulheres vítimas de violência, perpetrado pelos operadores jurídicos que atuavam perante os Juizados Especiais Criminais, acabou por levar à promulgação da Lei 11.340/2006, antiga exigência de Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, que se destinam a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, como a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, que conta hoje com 165 Estados signatários, sendo que o Brasil a ratificou em 1984⁹, que se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade sob tutelas diversa, tanto repressiva ou punitiva, com a proibição da discriminação e a positiva, destinada à promoção da igualdade, objetivando além de erradicar a discriminação contra a mulher e as suas causas, também estimular estratégias de promoção da igualdade entre homens e mulheres, com políticas compensatórias, visando à aceleração da igualdade enquanto processo, mediante a adoção de medidas afirmativas, como as previstas na Lei Maria da Penha, que se consubstanciam como medidas especiais e transitórias,

⁹ O Brasil ratificou com reservas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1º de fevereiro de 1984, o tendo ratificado plenamente em 1994. Em 13 de março de 2001, o Brasil ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que criou dois mecanismos de monitoramento: O direito de petição, que permite o encaminhamento de denúncias de violação de direitos e o procedimento investigativo, que habilita o Comitê a averiguar a existência de grave e sistemática violação dos direitos humanos das mulheres.

destinadas ao combate das desigualdades que afligem as mulheres de forma geral.

Assim, conclui-se que, para garantia da igualdade não bastava a proibição da ação discriminatória, efetuada por meio da legislação repressiva, sendo essencial à implementação de políticas públicas capazes de incentivar a inclusão social dos grupos reconhecidamente vulneráveis. Leda Maria Hermann, ao comentar a respeito da Convenção, elucida:

A Convenção inovou ao prever a adoção, pelos países parte, de normas de discriminação positiva, ou seja, de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher (artigo 4º, item 1). *A Lei Maria da Penha, por seu caráter protetivo voltado especificamente à mulher, constitui instrumento jurídico legal compatível com a previsão internacional em tela.* (HERMANN, 2007, p. 86).

No âmbito do sistema regional da Organização dos Estados Americanos – OEA, de proteção aos direitos humanos, as mulheres brasileiras dispõem de uma Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida internamente como Convenção de Belém do Pará, de 1994, ratificada pelo Brasil em 1995 que estabelece que toda mulher possui o direito de viver livre da violência e de qualquer forma de discriminação. (artigo 6º)

O artigo 1º da Convenção define violência contra a mulher como:

qualquer ato ou conduta *baseada no gênero*, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada”, estabelecendo, ainda, que esta violência pode ocorrer “no âmbito da família ou na unidade doméstica, ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não da mesma residência com a mulher, incluindo, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual (art. 2º, a).

Atente-se para a importância desta Convenção, ao incorporar o conceito de gênero na definição de violência contra a mulher, além

de descrever as várias formas de violência, como física, sexual ou psicológica, bem como que pode ocorrer tanto no âmbito público como na esfera privada, abarcando um amplo conceito de violência doméstica e familiar, haja vista a constatação estatística de que são nos domicílios familiares que se dão à maioria dos crimes que as vitimam.

Ao ratificar a Convenção de Belém do Pará, o Brasil se comprometeu a incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas para a efetivação destas medidas (exatamente como as previstas pela Lei 11.340/2006); tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas do tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher (razão pela qual foi vedada a aplicação da Lei 9.099/1995, nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 41 da Lei em comento); estabelecer procedimentos jurídicos adequados e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência, dentre os quais as adequadas medidas de proteção efetiva (previstas no artigo 18 e outros da Lei Maria da Penha); além de estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar à mulher vítima da violência o efetivo acesso ao ressarcimento dos danos que porventura lhe forem causados.

O parágrafo 2.º, do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, dispôs que os direitos e garantias nela expresso: “***não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte***”, dando margem à entrada no rol dos direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal, de outros direitos e garantias provenientes dos tratados internacionais, revelando o caráter não taxativo do elenco constitucional dos direitos fundamentais, admitindo expressamente que tratados internacionais

de proteção aos direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em idêntico nível com o das normas constitucionais vigentes.

Flávia Piovesan afirma que:

relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, como apreciado no tópico, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, § 2º. (PIOVESAN, 1996. p. 111).

Talvez para que não houvesse qualquer dúvida sobre o caráter dos tratados e convenções que subsidiaram a promulgação da Lei 11.340/2006, conste expressamente do seu artigo 6º que: “***A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos***”, com status de norma constitucional, portanto. Por sua vez, o art. 226 da Constituição Federal estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, enquanto seu § 8º determina que o Estado assegure a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Assim, estudando atentamente a luta das mulheres contra a desigualdade de gênero que desencadeia a violência doméstica e familiar, somos obrigados a concluir que a promulgação da Lei 11.340/2006, ainda que tardia (já que o Brasil é o 18º país da América Latina a efetivar uma lei com tais características), foi elaborada para atender aos ditames constitucionais vigentes, tratando-se de medida de ação afirmativa, que visa enfrentar com ações adequadas a questão, tanto servindo para a punição do agressor, como para tratar a vítima e seus familiares, inclusive o próprio agressor, a fim de se buscar e efetiva diminuição da desigualdade e da violência em si.

Com efeito, o art. 3º da Constituição Federal, estatui que a República Federativa do Brasil tenha como objetivos fundamentais: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse modo, a norma constitucional admitiu expressamente a existência das desigualdades, ademais inegáveis, estabelecendo que os alcances dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil exigem comportamentos ativos e pedem ações afirmativas, como as insertas na Lei 11.340/2006.

Parece-nos claro que o ordenamento jurídico brasileiro não só permite ao Estado a promoção de políticas de ações afirmativas, como as impõe, a fim de que sejam alcançados os direitos fundamentais baseados no artigo 3º da Constituição Federal, pois na sua redação temos o emprego de verbos como “erradicar, construir, reduzir e promover”, devendo o ente público desenvolver um comportamento ativo, positivo e eficaz neste sentido.

De outra parte, o art. 5º, caput, da Constituição Federal, analisado em conjunto com o art. 3º, ao afirmar que todos são iguais perante a lei, estabelece que: o Estado garantirá a todos o direito à igualdade, sem ignorar as desigualdades existentes, que motivam, dentre outras medidas, a criação das normas de ação afirmativa, visando o alcance do ideal de igualdade efetivo idealizado pelo legislador constituinte ao descrevê-lo formalmente.

Muito já se disse sobre a desigualdade material existente entre homens e mulheres, cujos dados estatísticos demonstrados certamente serão capazes de convencer até os mais incrédulos que porventura se imaginem vivendo em um país em que tal igualdade seja real, sendo certo que o igual tratamento pela lei, para ser legítimo, pressupõe uma igualdade de fato preexistente. Constatando-se que não há igualdade de fato entre homens e mulheres, tratem-se desiguais como se iguais fossem, é que constituiria a verdadeira inconstitucionalidade.

Leda Maria Hermann, ao comentar o artigo 1º da Lei 11.340/226, ressalta:

A proteção da mulher, preconizada na Lei Maria da Penha, decorre da constatação de sua condição (ainda) hipossuficiente no contexto familiar, fruto da cultura patriarcal que facilita sua vitimação em situações de violência doméstica, tornando necessária a intervenção do Estado em seu favor, no sentido de proporcionar meios e mecanismos para o *reequilíbrio das relações de poder imanente ao âmbito doméstico e familiar*.

*Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a **intervenção estatal positiva**, voltada à sua proteção e não à sua tutela*”. (HERMANN, 2007, p.86).

4. As razões culturais que garantem às mulheres vítimas de violência doméstica os direitos assegurados por lei e os fundamentos jurídicos que autorizam somente às mulheres uma política especial de proteção.

Portanto, ainda que inegáveis os avanços femininos rumo à igualdade real de gênero, é notório, conforme explicitado no tópico anterior, que as mulheres necessitam, e muito, da proteção especial oferecida hoje pela Lei Maria da Penha. Tão claro, tão simples, e uma enorme quantidade de operadores jurídicos a divergir, insistindo em negar às mulheres o direito de reagir à violência e à efetiva proteção Estatal de seus direitos humanos. A quem interessa manter as mulheres sob controle?

Doutrinadores festejados reiteradamente ensinaram a defender até mesmo os que “matam por amor”^[33] e operadores jurídicos conservadores, preconceituosos e de visão limitada e restrita quanto

às questões de gênero, perpetraram e perpetram, dia após dia, a institucionalização do poder do homem sobre a mulher.

Por tudo que circunda as questões ligadas a discriminação de gênero, a grande maioria dos homens, felizmente bons, justos, generosos e pacíficos, jamais foram contra qualquer dos dispositivos da Lei Maria da Penha, já que por ela não se sentem “ameaçados” e é maravilhoso quando tais homens também atuam como operadores jurídicos e se juntam aos demais defensores das famílias estruturadas e felizes que verdadeiramente merecem ser mantidas.

Assim, é inevitável a conclusão de que respeitadas as regras de conexão e continência, ante a própria causa da existência da Lei Maria da Penha, que indubitavelmente deva ser aplicada tão somente nos casos de violência doméstica e familiar praticados contra MULHER, pela razão pura e simples de que somente as mulheres são vítimas de violência de gênero, o que ocorre em número significativo, que por si só justifica a existência de uma lei especial que as protejam.

Evidentemente, não se nega que os homens podem ser vítimas de violência doméstica, tal como não se ignora que as mulheres são perfeitamente capazes de praticá-las. Contudo, é notório que a quantidade inexpressiva de tais casos comparados àqueles que vitimam mulheres, já que os homens, felizmente para eles, nunca sofreram a famigerada violência de gênero, jamais haveria de justificar a existência de uma lei especial de proteção como a Lei Maria da Penha em prol dos mesmos.

Portanto, decisões que aplicam a Lei Maria da Penha para homens carecem de amparo legal, além de acirrar ainda mais os ânimos dos litigantes nos casos em que os homens ostentam dificuldades de assumir suas responsabilidades nas agressões, ocasiões em que distorcem os fatos até encontrarem uma maneira de “justificar” para si e para terceiros suas atitudes violentas e abusivas, colocando na própria vítima a culpa e responsabilidade exclusiva pelas agressões por eles perpetradas, episódios em que os agressores encontrarão

neste tipo de interpretação judicial extremamente expansiva, mais uma maneira de tumultuar o processo, alterando a situação real, o que, sem dúvidas, poderá servir de argumento para desestimular as mulheres vítimas de violência doméstica de procurarem ajuda, por medo de represálias, razão que torna a decisão ora repudiada bem mais perigosa do que à primeira vista possa parecer.

É imprescindível que todos nós, homens e mulheres que atuamos nas mais diversas áreas e instituições das carreiras jurídicas, bem como fora dela, façamos uma necessária e profunda reflexão sobre o quanto de (pré) conceito, subjetivismo, crenças religiosas e insensibilidade influenciam nossas manifestações funcionais.

Ao continuarmos ignorando de forma ingênua ou autoritária as evidentes desigualdades do tratamento dispensado a homens e mulheres em todos os tempos e na atualidade, estaremos de forma expressa ou velada negando sem êxito a história de subjugação do feminino aos ditames masculinos e transformando gritantes diferenças culturais de gênero (masculino e feminino) em uma estereotipada e ridicularizada guerra entre sexos (homem e mulher), diante de um injustificado e “oculto” receio de que o “mundo masculino” esteja ameaçado pela “ditadura do feminino”, que alguns menos atentos vêem nos dispositivos da Lei Maria da Penha, avançaremos sem entender o sentido e a origem de tanta violência contra mulheres, sendo certo que deste modo também não conseguiremos combatê-la, numa contenda desgastante e inacabável em que, certamente, não haverá vencedores, já que um gênero carece indubitavelmente do outro, para a própria sobrevivência.

5. A decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Dizem que “Deus conta as lágrimas das mulheres”, já que, sendo mais sensíveis e emotivas, compreendem melhor os problemas do mundo.

E, infelizmente, como nossas mulheres têm chorado! Diariamente a mídia mostra em todo o país, a barbárie da violência de gênero, com mulheres ainda tratadas como objetos, inferiorizadas em relações desiguais, sujeitas ao controle extremo, ao ciúme obsessivo, a possessividade e a tirania do mais forte e poderoso.

Estamos no século XXI, há 80 anos conquistamos o direito de votar, temos nosso país presidido por uma mulher, mas para muitas mulheres os costumes medievais ainda predominam.

Contudo, a luta pela igualdade ganha especial reforço pós 09 de fevereiro de 2012, quando o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, declarou definitivamente constitucional a Lei Maria da Penha em todos os pontos que seriam “supostamente” controvertidos¹⁰, além de afirmar que nos crimes de lesão corporal de natureza leve, a ação penal é pública incondicionada, atendendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Federal¹¹.

Boas novas. Nos dizeres da jurista e militante Maria Berenice Dias, finalmente:

*Maria da Penha: uma lei constitucional e incondicional... e o mais importante é que tal decisão tem caráter retroativo e vinculante, com eficácia contra todos. Ninguém – nem a Justiça e nem qualquer órgão da administração pública federal, estadual ou municipal podem deixar de respeitá-la, sob pena de sujeitar-se a procedimento de reclamação, perante o STF que poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial que afronte o decidido.*¹²

É evidente que a Lei Maria da Penha, sozinha, não vai conseguir combater a violência de gênero em nosso país, mas é incontestável a importância de seu papel, que aliado a políticas públicas adequadas, programas e projetos educacionais e preventivos, haverão de construir

¹⁰ A.D.C 19.

¹¹ A.D.I 4424.

¹² Em:<http://www.conjur.com.br/2012-fev-13/maria-penha-lei-constitucional-incondicional>. Acessado em 07.05.2012.

a igualdade tão almejada, onde o direito de “**não**” da mulher seja, finalmente, respeitado.

Décadas de desigualdades e inferiorização da mulher, não serão resolvidos nos 05 anos que a Lei Maria da Penha tem vigência, mas é evidente que tal mazela nunca foi tão visível e debatida pela sociedade, primeiro passo para sua compreensão, combate e enfrentamento, já que a violência de gênero não machuca apenas a mulher, ferindo toda a família, devendo ser do interesse de toda a sociedade, sobretudo dos operadores jurídicos.

Referências

BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Pesquisa e Opinião Pública. **Violência Doméstica contra a Mulher**. Mar. 2005.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar**. Campinas-SP: Servanda, 2007.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesia”?** Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SOARES, L.E.; SOARES, B.M & CARNEIRO, L.P. **Violência contra a mulher: as DEAMs e os pactos domésticos**. In: SOARES, L.E. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Ed. Relume Dumará, 2006.

STRECK, L.L. **O imaginário dos juristas e a violência contra a mulher: da necessidade (urgente) de uma crítica da razão cínica em Terrae Brasilis**. Estudos Jurídicos, Vol. 37, nº 100, maio/agosto. 2004.

Relativização da coisa julgada material

Benedicto de Oliveira Guedes Neto ¹

1. Introdução

A coisa julgada erigida a *status* de garantia constitucional, expressa no art. 5º, XXXVI, da Carta Federal, sempre foi reconhecida como obstáculo intransponível às pretensões deduzidas em Juízo.

A partir do momento em que se esgotam as vias recursais em todas as instâncias judiciais, resta às partes o conformismo com a tutela jurisdicional prestada pelo Estado-Juiz, com as raras exceções das hipóteses em que é cabível a ação rescisória, taxativamente previstas no rol do art. 485 do Código de Processo Civil.

Esta garantia é, fundamentalmente, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois visa ao fim das querelas judiciais e,

¹ Promotor de Justiça do Estado do Tocantins

com maior intensidade, a conferir segurança jurídica às relações humanas. Sem elas, os conflitos seriam intermináveis e as decisões judiciais, por conseguinte, seriam desprovidas de efetividade, o que abriria espaço à instalação de um verdadeiro caos!

Ocorre que, com a evolução da humanidade, da tecnologia aliada à produção de provas no Direito e, conseqüentemente, com o vislumbre da possibilidade do cometimento de sérias injustiças - que atentariam, sobremaneira, contra princípios constitucionais como o da moralidade e legalidade - que poderiam ser cometidas sem a aplicação destas técnicas a determinadas contendas, surgiu uma corrente doutrinária que vem ganhando força no sentido de relativizar a força da coisa julgada para casos que tenham sido apreciados sob a égide de técnicas antigas, sem a possibilidade da certeza de um exame de DNA, por exemplo, ou ainda naquelas em que se ratifica uma flagrante inconstitucionalidade.

Um dos argumentos de maior força seria, justamente, a relatividade dos próprios dispositivos constitucionais, principalmente quando em conflito com princípio de igual natureza como o do acesso à ordem jurídica justa (art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal), situação em que, inevitavelmente, um deles deverá ceder espaço, devendo ocorrer a otimização destes princípios.

Em síntese, o que se pretende com o presente trabalho é tecer considerações acerca das vantagens e desvantagens da relativização da coisa julgada, dos limites que devem ser impostos, com a finalidade de alcançar o objetivo maior de todo o ordenamento jurídico: justiça para todos! Sem que, todavia, se instale uma situação caótica no ordenamento jurídico em desfavor da segurança jurídica que deve predominar nas relações jurídicas e sociais.

2. Coisa julgada

Durante muitos anos, a coisa julgada foi concebida como intocável, um verdadeiro dogma, insuscetível de qualquer discussão.

A doutrina mais clássica afirmava que “a sentença que passa em julgado é havida por verdade”. (RAMALHO, 1869, p. 349). No mesmo sentido, a doutrina clássica européia afirmava: “a autoridade da coisa julgada se funda sobre o princípio ‘res iudicata pro veritate habetur’”. (MATTIROLO, 1905, p. 14).

Estas ideias, ao longo do tempo, foram, de certa maneira, sendo mitigadas, porém, devem servir como um ponto de partida para se entender a autoridade da *res iudicata*.

A coisa julgada sempre foi vista como instrumento imprescindível para a harmonização social e estabilização das relações humanas, sendo imperioso reconhecer- e este é um dos argumentos mais fortes para os que defendem a impossibilidade da relativização da coisa julgada- que mais vale uma sentença equivocada, vez por outra, do que a eternização dos conflitos judiciais. Segundo ilustre processualista italiano “em linha abstrata não se pode dizer que exista uma sentença injusta, e porque o sucumbente não a impugna, tal sentença passa em julgado e tem plena eficácia”.(COSTA, 1980, p. 379).

Na mesma linha, Chiovenda ensina que a coisa julgada é “a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta da lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes”. (CHIOVENDA, 1969, p. 374).

Para Liebman, a coisa julgada é

“a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”. (LIEBMAN, 1981, p. 54).

No Brasil, doutrinadores dos mais renomados seguiam a mesma linha de raciocínio acerca do conceito de coisa julgada. Moacyr Amaral Santos ensinava com a maestria de sempre que

“proferida a sentença e preclusos os prazos para recursos, a sentença se torna imutável (primeiro degrau-coisa julgada formal); e, em conseqüência, tornam-se imutáveis os seus efeitos (segundo degrau-coisa julgada material)”. (SANTOS, 1983, p. 43).

Para o não menos ilustre José Frederico Marques “a coisa julgada é qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio; isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente”. (MARQUES, 1987, p. 235). Para Humberto Teodoro Júnior a coisa julgada é “a qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos”. (THEODORO JÚNIOR, 2003. p. 475).

E para Dinamarco “essa estabilidade e imunização, quando encarada em sentido amplo, chama-se coisa julgada e atinge, conforme o caso, somente a sentença como ato processual ou ela própria e também seus efeitos”. (DINAMARCO, 2001, p. 296).

O sistema processual brasileiro confere instrumentos para que seja, de fato, efetiva a decisão. As lides acerca do bem da vida são solucionados pelos juízes, e a partir do momento em que foram esgotadas todas as vias recursais, quando o assunto foi exaustivamente discutido em juízo, decorre, conseqüentemente, que não pode voltar a ser palco de discussões ou controvérsias pela observância da autoridade da coisa julgada.

3. Da sentença proferida em afronta à constituição federal

Os casos mais graves de sentenças eivadas de erros ou injustiças são aqueles em que o conteúdo da sentença ofende a Constituição Federal, pois, como é cediço, a inconstitucionalidade é o vício mais grave que pode contaminar uma decisão judicial ou qualquer outro ato jurídico.

O tema, apesar de ainda ser tratado de forma singela no Brasil, vem ganhando força e especial atenção de renomados doutrinadores nacionais.²

O sistema constitucional brasileiro criou um efetivo sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos que contenham vícios de inconstitucionalidade, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental- que podem gerar efeito vinculante para todos os Órgãos da Administração Pública-, sem mencionar o controle difuso que pode ser exercido por qualquer Órgão jurisdicional de qualquer grau de jurisdição.

No entanto, as próprias decisões judiciais podem trazer em seu bojo vícios de inconstitucionalidade que, caso não se aceite a tese da relativização, restariam consumados após o trânsito em julgado da decisão. Aliás, a própria garantia da coisa julgada tem também proteção constitucional, com força de cláusula pétrea.³

A título de exemplificação, imperioso citar diversos exemplos de sentenças destacadas por José Augusto Delgado que contêm vícios de inconstitucionalidade: a) a sentença expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual; b) sentença ofensiva à soberania estatal; c) a sentença violadora dos princípios guardadores da dignidade humana; d) a provocadora de anulação dos valores sociais e da livre iniciativa; e) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de de origem, raça, sexo, cor, idade, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação; f) a que obrigue alguém a fazer ou deixar de fazer algo de forma contrária à lei; g) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém;

² No Brasil, destaca-se a obra coletiva coordenada por Carlos Valder do Nascimento, Coisa Julgada Inconstitucional, com trabalhos do coordenador e de Cândido Rangel Dinamarco, José Augusto Delgado, Humberto Teodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria.

³ Art. 60, § 4º, Constituição Federal.

h) a que julga válida ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação; i) a que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos; j) a que consagra a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem da pessoa; l) a que abra espaço para a quebra do sigilo de correspondência, m) a que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado; n) a que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou de acordo coletivo; o) a que autorize a empresa, por motivos de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador; p) a que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na Constituição Federal; q) a que proíba a União de executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária; r) a que autorize alguém a assumir cargo público descumprindo os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nas leis específicas; s) a que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, os princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade; t) a que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas, um ano de exercício; u) a que, no trato de indenização da propriedade pelo poder público, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização. (DELGADO, 2005, pp. 52-53).

Seria inaceitável que todas estas decisões fossem dotadas da garantia da coisa julgada, mesmo em flagrante ofensa a preceitos constitucionais de grande valia?

É certo que a possibilidade de decisões que ofendam a Carta da República, impõem, por si só, a necessidade inafastável de um mecanismo de controle da constitucionalidade das decisões judiciais. No nosso ordenamento constitucional, este sistema é formado, principalmente, pelo recurso extraordinário.⁴ Este mecanismo de recurso é cabível contra decisões que ofendam a Constituição, perante o Supremo Tribunal Federal, que tem a função primordial de exercer o controle de constitucionalidade de decisões proferidas em única ou última instância por outros órgãos jurisdicionais.

⁴ Art. 102, III, alínea "a", C.F.

Oportuno lembrar que, por ser a maior das nulidades, a inconstitucionalidade, por razões óbvias, poderia, em tese, ser declarada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Todavia, o controle disponível em nosso sistema não é suficiente para combater aquelas decisões que contêm vícios de inconstitucionalidade, mas que não foram submetidas à análise, percuciente, do controle exercido pela Corte Suprema. Ou seja, o problema é: a coisa julgada seria capaz de sanar a inconstitucionalidade presente nestas decisões?

Para doutrinadores de especial relevo, estas sentenças jamais poderiam convalidar-se, merecendo destaque o posicionamento de José Augusto Delgado, para quem *“nunca terão força de coisa julgada”* e poderiam ser desconstituídas a qualquer tempo *“no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça”*. (DELGADO, 2005, p. 54).

Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara assevera que:

“assim, porém, e data venia, não me parece. A sentença, mesmo a inconstitucional, é alcançada pela autoridade da coisa julgada. Preclusa a faculdade de interpor recurso contra tal sentença, terá a mesma alcançado a res iudicata. E, sendo de mérito a sentença, alcançadas serão a coisa julgada formal e a material”. (CÂMARA in NASCIMENTO, 2005, p. 136).

E, continuando o seu raciocínio aduz:

“A questão posta à consideração dos juristas, a meu sentir, não é a de saber se a sentença inconstitucional transita ou não em julgado, mas a de saber se uma vez transitada ela em julgado poderá seu conteúdo ser revisto em processo posterior. Eis aí, pois, o dilema: relativizar ou não a coisa julgada?”. (CÂMARA in NASCIMENTO, 2005, p. 136).

Ou seja, a abordagem da problemática não pode ser tão simplista, pois frente à inconstitucionalidade contida na decisão há a autoridade da coisa julgada que não pode ser afastada ao bel prazer

de qualquer magistrado, sem que haja hipóteses seguras e bem definidas previstas expressa e taxativamente em lei.

4. Teorias acerca da relativização da coisa julgada e as consequências da descon sideração da coisa julgada

Diante dos problemas gerados pela prolatação de sentenças injustas, inconstitucionais ou contrárias ao ordenamento jurídico que tenham alcançado a autoridade da coisa julgada, surge a polêmica acerca da conveniência ou não da relativização da coisa julgada.

As questões práticas ocorridas ultimamente robusteceram a polêmica. Não seria o caso de pôr fim à segurança jurídica e à coisa julgada, mas de harmonizá-las ao fim máximo de todo ordenamento jurídico – a justiça social – uma vez que são desígnios imprescindíveis no direito universal.

Houve casos práticos que fizeram todos os operadores do direito repensarem os valores já referidos e questionar a justiça da coisa julgada frente aos diversos princípios constitucionais, como moralidade legalidade etc. Os *leading cases* se referem a ações de indenização por desapropriação, por exemplo, em que uma perícia incorreta, ou corrupta, atestou supervalorizada terra a ser desapropriada pela União, só que as referidas terras já eram de propriedade da União. É possível conceber que tal decisão transite em julgado? E se o for, é admissível a autoridade da coisa julgada? Acima de tudo, é justo?

Da mesma forma, o caso de ação de investigação de paternidade já decidida e transitada em julgado, sem realização de DNA, por inexistir à época do ajuizamento da ação. Em sendo negado à parte direito a propor nova ação sobre esta questão, estar-se-ia diante de uma decisão justa? Poder-se-ia relativizar a autoridade da coisa julgada, neste caso?.

De fato, é necessário sem dúvida, haver a imutabilidade da sentença em que tenha ocorrido o trânsito em julgado. Dá-se em nome da segurança jurídica, como já dito, e da uniformidade de decisões, que se mostram princípios imprescindíveis e norteadores de todo o ordenamento jurídico vigente, sem os quais não se faz justiça. Constitucionalmente, a regra inserta no artigo 5º, inciso XXXVI é expressa no sentido de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É a manifestação do princípio da irretroatividade das leis. O constituinte pretendeu dizer exatamente o que está expresso no dispositivo analisado, não havendo que se falar em extensão da interpretação. A regra constitucional diz apenas e tão somente que a coisa julgada não pode ser alterada por lei que lhe seja posterior, e isto é um princípio de direito posto, consagrado pela Carta Magna, não pode, contudo, ser interpretado de forma absoluta!

Todavia, em que pese não ser adequado tomar o princípio da segurança jurídica como absoluto, não parece adequado também a relativização a qualquer custo, eis que seria temerário deixar ao arbítrio de cada julgador a análise acerca do acerto ou erro de cada decisão, ficando ao seu livre arbítrio desconstituí-la. Imagine-se a hipótese: uma decisão proferida por um juiz de primeiro grau poderia a qualquer tempo ser desconstituída por outro magistrado da mesma hierarquia, unicamente, pelo fato de entendê-la inconstitucional.

Com efeito, um dos principais sustentáculos do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica proveniente da atuação do Estado-Juiz pondo fim a controvérsias entre os cidadãos e afastando, por completo, a autotutela. Imagine-se um Estado soberano que possa ver suas decisões judiciais modificadas ou anuladas a qualquer tempo, sem a observância de um devido processo legal e sem a análise de um Órgão especial indicado para tal fim? Seria a anarquia instituída!

Acerca da relativização da coisa julgada, algumas teorias vêm surgindo, desde a mais moderna, que entende que a sentença injusta

ou inconstitucional pode ser relativizada, a qualquer tempo, sem a necessidade da invalidação prévia da sentença anterior, até os que defendem a impossibilidade da relativização por manifesta ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Na doutrina pátria, cumpre destacar o posicionamento adotado por Cândido Rangel Dinamarco. Para ele, segundo valiosas regras de hermenêutica jurídico-constitucional, “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”. (DINAMARCO, 2001). Por essa razão, entende que princípios constitucionais máximos, como a razoabilidade e a proporcionalidade, não se podem subordinar à autoridade da coisa julgada.

Ensina que a sentença que ofende algum preceito constitucional traz em seu bojo uma impossibilidade de produzir efeitos substanciais e, portanto, a coisa julgada seria meramente formal. E conclui: “Da inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los”. (Idem)

Ou seja, a coisa julgada formada em desacordo com os princípios da moralidade e da razoabilidade deve ser reconhecida inválida ou ineficaz, podendo ser estes vícios reconhecidos a qualquer tempo e por qualquer meio processual.

Outra parte da doutrina, por entender que a garantia da coisa julgada, consagrada como garantia individual e, portanto, tida como cláusula pétrea, não permite a relativização, sob pena de manifesta ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Imprescindível, neste momento, fazer remissão à tese sustentada pelo emérito Professor Leonardo Greco. Segundo ele:

“para examinar o conflito entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, assim como para avaliar se a demonstrada vulnerabilidade da coisa julgada é compatível com o Estado Democrático de Direito instituído entre nós a partir da Constituição Federal de 1988, considero necessário

assentar uma singela premissa, ou seja, se a coisa julgada é um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e, como tal, se a sua preservação é um valor humanitário que mereça ser preservado em igualdade de condições com todos os demais constitucionalmente assegurados; ou, se ao contrário, é apenas um princípio ou uma regra de caráter técnico processual e de hierarquia infraconstitucional, que, portanto, deva ser preterida ao primado de da Constituição e da eficácia concreta dos direitos fundamentais e das demais disposições constitucionais (...) a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável como eficácia concreta ao direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no caput do art. 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica (...) a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo o cidadão, a respeito de quais são as normas de conveniência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes (...) a norma que lícitamente eles devem respeitar como representativa da vontade do próprio Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada imutável e indiscutível essa manifestação de vontade oficial, desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas e dos respectivos efeitos travadas e produzidos sob a égide da sua própria decisão (...) é uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica”. (GRECO apud CÂMARA, 2005, p. 137).

Diante de todas essas premissas expostas, Greco conclui que:

“(...) a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional (...) em síntese, a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, dos mais renomados processualistas pátrios, ensinam com autoridade que:

Os constitucionalistas, processualistas e civilistas debateram a matéria e, depois de o questionamento evoluir durante mais de um século, a conclusão a que se chegou - e hoje se encontra praticamente extratificada na doutrina mundial, isto é, não mais suscetível de discussão - é a de que a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença. Eventuais vícios de validade e de eficácia devem ser discutidos em recurso ou, posteriormente, em ação autônoma de impugnação (v.g., ação rescisória: CPC 485; embargos do devedor : CPC 741 e 745). (JÚNIOR & NERY, 2008, p.11).

E continua:

Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º, XXXV) busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença justa é o ideal - utópico- maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a segurança das relações sociais e jurídicas . Havendo choques entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (Veropferungstheorie). Essa é a razão pela qual , por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é política: o Estado brasileiro é Democrático de Direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, como, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença justa (sob o ponto de vista do Führer e do Reich alemão) em detrimento da segurança jurídica. A experiência nazista ensinou duramente aos alemães, de modo que, os atuais sistemas constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio e com a teleologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder econômico pelos governantes do momento (juízes, parlamentares e administradores), em detrimento do Estado Democrático de Direito". (Id. Ibid, p. 11).

Por fim, adotando teoria intermediária, a favor da relativização, desde que precedida de invalidação da sentença viciada mediante meio processual adequado, Sérgio Gilberto Porto (2003, p. 05) ensina com maestria:

(...) máxima venia do entendimento adotado que passou a admitir a relativização da coisa julgada por nova decisão jurisdicional, sem que prévia e necessariamente tenha sido invalidada a sentença anterior transitada em julgado, deste ousamos divergir, não no que diz respeito ao conteúdo substancial de tais pronunciamentos, mas na forma por eles propostas, eis que, no sistema brasileiro, longe de dúvida, é possível – sim! – rever a decisão transitada em julgado, ou seja, superá-la. Todavia, em face de seus naturais efeitos negativos, não pode e não deve o novo juízo tentar mitigá-la simplesmente desconhecendo o acerto (julgamento) anterior, vez que, sob o ponto de vista jurídico, indispensável a prévia e necessária invalidação deste e tão-somente após poderá haver rejuízo da relação anteriormente normada (...) Assim, em tempos de reformas processuais, parece oportuno a revisão das hipóteses de cabimento de AR e, quiçá, até mesmo, o exame da vigência do prazo decadencial existente, observando, por derradeiro, que no plano criminal a revisão – irmã siamesa da rescisória – não goza desta limitação, em face da natureza relevante do direito posto em causa e, ao que consta, tal circunstância não gera uma crise social intolerável.

No mesmo sentido, expressa José Maria Rosa Tesheiner: “O que absolutamente não pode prevalecer é a ideia de que possa qualquer juiz ou tribunal desrespeitar a coisa julgada decorrente de decisão proferida por outro órgão judiciário, de igual ou superior hierarquia, a pretexto de sua nulidade ou errônea” (TESHEINER apud CÂMARA, 2005, p.141).

Ao meu ver, esta última posição é a mais acertada, pois, de fato, a relativização da coisa julgada, realmente, contribui, efetivamente, para a formação de uma sociedade mais justa e para a concretização dos objetivos constitucionais almejados por todos; porém, a matéria, definitivamente, não pode ficar ao arbítrio de cada magistrado, sendo imperioso que a matéria seja disciplinada legalmente, com previsão expressa de prazos e hipóteses legais, taxativamente enumeradas.

O contrário representaria indesejável insegurança, até mesmo porque a interpretação acerca da Constituição e do ordenamento jurídico é realizada de maneira subjetiva por cada operador do direito, dando margem a diversos posicionamentos diferentes, o que, sem dúvida, representaria uma imensurável insegurança jurídica.

Ao meu sentir, significa isto dizer que não é possível à parte vencida a simples alegação de injustiça ou incorreção da decisão, sendo isso suficiente a que venha a Juízo rediscutir a matéria. Esta visão simplista de erro, injustiça ou inconstitucionalidade, destruiria por completo a garantia constitucional da coisa julgada.

Veja-se que o fato de os direitos e garantias fundamentais, estampados na Constituição Federal, não possuírem caráter absoluto, não confere, por outro lado, a possibilidade de anular-se dispositivo dessa valia. É preciso lembrar que as regras de hermenêutica jurídica ensinam que, em se tratando de normas constitucionais, deve o intérprete sempre buscar sempre sua máxima eficácia.

Ou seja, a relatividade desta garantia não infere, por outra via, retirar-se muito ou totalmente a eficácia de norma constitucional tida como da maior importância, uma vez que recebeu do legislador constituinte a condição de cláusula pétrea.

Não se pode olvidar ainda que, a adoção irrestrita da relativização da coisa julgada serviria como o melhor dos recursos para aqueles que pretendessem protelar o processo *ad infinitum*. E o pior, serviria apenas para aqueles que possuem situação financeira condizente com o pagamento de vultosos honorários a grandes escritórios de advocacia que servem diuturnamente para defender os interesses de grandes empresários.

Abrir-se-ia o perigoso precedente de se tornar regra a relativização da coisa julgada e a exceção a intangibilidade da coisa julgada material – repita-se instituto com força de garantia constitucional- que seria sempre operante para aqueles mais necessitados e sem condições financeiras de, a todo instante, provocar o Poder Judiciário.

Some-se a isso o fato de que alguns países com ditaduras totalitárias como a Alemanha nazista, de Adolf Hitler, demonstram uma verdadeira incerteza acerca do acerto da adoção desta teoria.

De peculiar importância relembrar, nesta oportunidade, trecho escrito por Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, alertando sobre o perigo do subjetivismo implícito na desconsideração da coisa julgada, ante sua injustiça, ilegalidade, erro ou inconstitucionalidade:

“Desconsideração da coisa julgada e nazismo. Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao parquet para dizer se a sentença seria injusta ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão (art. 2º da Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen [StAMG] – RGBl, p. 383). Se o MP alemão dissesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (Wiederaufnahme des Verfahrens) para que isso fosse reconhecido (Hans Popp, Die nationalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozeß-und Gerichtsverfassungsrechts, 1986, p. 200). A injustiça da sentença era, pois, uma das causas de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista. Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com a democracia, com o Estado Democrático de Direito. Desconsiderar a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º caput). De nada adianta a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar os seus espectros – vide MS para dar efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tinha, que, de medida excepcional, se tornou regra, como demonstra o passado da recente história do processo civil brasileiro -, de sorte que amanhã poderemos ter como regra a não existência da coisa julgada e como exceção, para pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada. A inversão dos valores, em detrimento do Estado Democrático de Direito, não é providência que se deva prestigiar. Anote-se, por oportuno, que mesmo com a ditadura totalitária no nacional-socialismo alemão, que não era fundada no Estado Democrático de Direito, os nazistas não ousaram “desconsiderar” a coisa julgada. Criaram uma nova causa de rescindibilidade da sentença de mérito para atacar a coisa julgada. Mas, repita-se, respeitaram-na e não a desconsideraram. No Brasil, que é República fundada no Estado Democrático de Direito, quer-se desconsiderar

a coisa julgada, isto é, quer-se ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz”. (JÚNIOR & NERY, p. 11).

Ademais, não se pode esquecer que a própria Constituição repudiou este entendimento ao estabelecer também como garantia fundamental a razoável duração do processo⁵. Ou seja, se a todos é garantido um processo célere, como se pretender adotar teoria que permitiria a reapreciação de lides já julgadas de forma definitiva pelo Poder Judiciário? E pior, sem que fossem estabelecidas hipóteses e meios adequados para essa rediscussão, ficando ao arbítrio das partes esta alegação?

Ao que parece, esta possibilidade afronta todas as reformas que vêm ocorrendo no sistema processual brasileiro, a fim de impedir a eternização dos processos. Com efeito, percebe-se no âmbito cível, a significativa mudança ocorrida no campo das execuções, principalmente de títulos executivos judiciais, onde se extinguiu, por completo, o maçante e embaraçoso processo de execução, com embargos, suspensão do feito etc.

De igual maneira, a novíssima reforma do Código de Processo Penal apontou para a necessidade premente de refutar-se, por completo, a possibilidade recursos protelatórios e inúteis, vindo a extinguir, por exemplo, o protesto por novo júri.

E foi mais adiante, ao transformar totalmente o rito ordinário, concentrando toda a instrução e julgamento, em um único ato judicial.

Ou seja, há um anseio manifesto de toda a sociedade para que os processos judiciais- em todas as searas- adquiram uma real efetividade que só poderá ocorrer se a prestação jurisdicional for prestada de forma definitiva, tutelando-se, de fato, o bem jurídico que mereça proteção.

⁵ Art. 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (dispositivo acrescido à Carta Federal pela Emenda Constitucional n.º n.º 45/2004).

Erros e injustiças, obviamente, poderão ocorrer, todavia, é mais razoável que ocorram, em poucas oportunidades, do que não se ver concretizada a resposta estatal para as lides ajuizadas, pois sempre poderiam ser rediscutidas.

Pergunta-se: o que atenderia de forma mais satisfatória o ideal de justiça? A prestação jurisdicional definitiva, com a autoridade da coisa julgada, mesmo que em algumas ocasiões ocorressem erros e injustiças ou a eternização dos processos judiciais que ficariam sem resposta- certas ou erradas, constitucionais ou inconstitucionais- até que as partes se conscientizassem da justiça da decisão?

Além disso, imperioso destacar que a coisa julgada é pressuposto processual negativo (art. 267, inciso V, CPC), não se podendo reajuizar ação já definitivamente julgada, por sentença de mérito transitada em julgado.

As partes, ainda que inconformadas com o resultado da decisão, devem se conformar a autoridade da coisa julgada, sendo-lhes vedada a repropositura da ação ou rediscussão da matéria alcançada pela coisa julgada material (art. 468, CPC) e pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474, CPC).

Dessa forma, considerando que os pressupostos processuais são questões de ordem pública, o magistrado, diante do ajuizamento de nova ação sobre lide já decidida e protegida pela coisa julgada material, tem o dever de indeferir liminarmente a petição inicial, com fulcro no art. 267, inciso V, CPC, uma vez que, na verdade, o autor não teria interesse processual na reapreciação da matéria.

Com o monopólio estatal da jurisdição, todo cidadão tem o direito de recorrer ao Judiciário para receber a prestação jurisdicional, tida como o direito de receber uma resposta, fornecida pelo Estado-Juiz através de uma sentença.

A autoridade da coisa julgada como pressuposto constitucional, que após exauriente cognição, põe fim aos conflitos, é que impede que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido por decisões terminativas ou transitadas em julgado não sejam desconsiderados por atos de

discrecionabilidade ou livre arbítrio. Incorre em equívoco, portanto, a assertiva de que a coisa julgada precisa ser relativizada ou mitigada em nome do binômio justiça-segurança.

Dessa forma, a coisa julgada é instituto assecuratório de que o reconhecimento ou não dos seus efeitos, não se configura pela arbitrariedade judiciária. Não é a coisa julgada que precisa ser relativizada para mitigar os efeitos de uma sentença de mérito, mas há de ser recepcionada como um instituto autônomo do direito constitucional processual brasileiro, para impor o devido processo legal na relativização, declaração ou reconhecimento de eficácia dos efeitos da sentença de mérito.

O que poderia ser relativizada é a preclusão máxima que qualifica os efeitos da sentença de mérito, como óbice de revisibilidade dentro ou fora do mesmo iter procedimental de sua produção. Deste modo, a coisa julgada assegura que a possibilidade jurídica de reabertura ou rediscussão do julgado somente ocorra nos limites do ordenamento jurídico pelo devido processo. Se o ordenamento não dispõe do meio procedimental a esse objetivo, não é a coisa julgada que deve sofrer abalos em seus contornos constitucionais.

O que se pretende demonstrar é a importância essencial da segurança das decisões judiciais, como garantia constitucional. Com efeito, a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – conforme já exposto anteriormente.

Seguindo este raciocínio, não se pode falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema e gerar situações de injustiça para alguns cidadãos, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada, sob pena de se fragilizar todo o sistema constitucional imposto.

Luiz Guilherme Marinoni é enfático ao afirmar que

O que aconteceu, diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema, foi a expressa definição das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetivou-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas⁶.

Dito isso, imperioso ressaltar que as teorias que defendem a relativização da coisa julgada não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão contaminada pela injustiça ou inconstitucionalidade, qualificada pela autoridade da *res iudicata*. Ora, admitir que o magistrado errou no julgamento que se estabilizou definitivamente, implica em aceitar também que o Estado-Juiz poderá errar no segundo julgamento. A ideia de “relativizar” a coisa julgada, portanto, não traria qualquer benefício ou situação de justiça. Com base nestes argumentos, vê-se que não é possível exigir a forma mais perfeita e isenta de erros para solucionar a lide, uma vez que o ser humano é passível de falhas, inerentes a sua própria personalidade.

5. Remédios processuais que permitiram uma nova análise acerca do conteúdo de decisão definitivamente julgada

O primeiro e mais conhecido meio processual para se deconstituir os efeitos de uma sentença transita em julgado é, indiscutivelmente, a “ação rescisória” que poderá ser ajuizada com

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada relativização da coisa julgada material. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/doutrina/texto>> acesso em 11/09/2006.

espeque nas hipóteses taxativamente previstas no art. 485 do Código de Processo Civil.

Importante ressaltar que este remédio processual tem sua utilização limitada temporalmente, pois o art. 495 do Estatuto Processual Civil fixa o prazo de um biênio, de natureza decadencial, para o exercício do direito de ação tendente a rescindir sentenças julgadas definitivamente, acobertadas pela autoridade da coisa julgada, sendo o prazo inicial o exato momento da formação da coisa julgada.

Outro mecanismo se revela adequado também a desconstituir o conteúdo de sentença definitiva, em virtude de expressa previsão legal. Trata-se dos embargos do executado, na forma do disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil que trata das hipóteses que poderão ser argüidas em sede de embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Em princípio, necessário destacar que grande parte da doutrina tem sustentado a inconstitucionalidade deste dispositivo, pois título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada, portanto, goza de proteção constitucional que representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*).

No dizer do mestre Canotilho (1993, pp. 1013-1014), nem mesmo decisão posterior, ainda que emanada pela Corte Suprema, não poderá atingir a eficácia da coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a coisa julgada.

Abstraindo as argumentações acerca da constitucionalidade do dispositivo, o certo é que, antes de haver declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, com eficácia *erga omnes*, continua ele hígido

a servir como um dos meios processuais adequados a rescindir a estabilidade de uma sentença definitivamente julgada, desde que presentes quaisquer das hipóteses nele previstas.

Por fim, admite-se também, no Brasil, o ajuizamento da *querela nullitatis insanabilis* em casos que a sentença transitada em julgado tenha sido proferida sem a observância de atos processuais essenciais, que contenham vícios de constitucionalidade ou, ainda, quando estejam presentes quaisquer das hipóteses de ação rescisória, após transcorrido o prazo bienal de dois anos.

Com efeito, a autoridade da coisa julgada tem o condão de fazer convalescer todas as invalidades existentes no processo. No entanto, é possível reconhecer-se estas invalidades, mediante o ajuizamento desta espécie de ação ordinária, acompanhada de toda uma instrução e em completa observância do devido processo legal.

Como se vê, pela própria interpretação do sistema processual brasileiro, a relativização da coisa julgada é exceção, sendo admitida em raríssimos casos, mediante o ajuizamento de ações específicas, com exauriente instrução probatória.

Interpretação diversa afronta este sistema e torna regra a insegurança jurídica, pois possibilita a qualquer magistrado, de qualquer grau de jurisdição, afastar a eficácia da *res iudicta*, ao seu bel prazer, sem que haja, ao menos, a observância do devido processo legal destinado a se verificar a existência de uma invalidade insanável contida na sentença.

6. Conclusão

Diante de tudo que foi exposto, especialmente das posições doutrinárias apresentadas, pode-se concluir que a relativização da coisa julgada pretende, a priori, descartar a decisão definitiva considerada injusta e destoante das garantias constitucionais. Este comportamento jurisdicional perfaz-se sob os auspícios do princípio da segurança jurídica, assegurado pelo devido processo legal.

Importante ressaltar, neste sentido, que as teses contrárias à possibilidade de relativização defendem que erros e injustiças não atingem apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, todavia é equivocado e temerário, em qualquer esfera, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida, demonstrando ser precipitada a concretização da teoria de relativização da coisa julgada.

Defendem os relativistas que, com a eclosão da tecnologia associada aos novos costumes sociais, imprescindível que o direito se enquadre a estas novas tendências. Aduzem, para tal fim, as lições de Introdução à Ciência do Direito, segundo a qual a norma jurídica não pode ser engessada, deixando de cumprir assim sua função social.

Assim, seria injusto não mais poder modificar uma sentença, mesmo já transitada em julgado, sem se usufruir da certeza dos novos mecanismos tecnológicos disponíveis atualmente. Seria, segundo os “relativistas”, imprescindível a quebra do da garantia constitucional da coisa julgada, em prol da justiça das decisões.

Todavia, é certo que o referido instituto, em sendo utilizado como proposto pela doutrina mais moderna, não pode ser concebido diante do sistema jurídico posto, fulcrado essencialmente na democracia, sob pena de abrir-se espaço a arbitrariedades e atitudes ditatoriais, pois totalmente desprezada a segurança jurídica.

É certo que a importância da coisa julgada material é imprescindível para garantir a estabilidade nas relações jurídicas, uma vez que buscam sempre a pacificação social, ainda que, em algumas poucas oportunidades, cometa-se injustiça.

Contudo, não há como não se reconhecer que, ao lado deste princípio fundamental, encontra-se também constitucionalmente previsto o princípio do acesso à ordem jurídica justa.

Ante tudo que foi exposto, tem-se que, em havendo prolação de sentença de mérito, com trânsito em julgado, não cabendo mais qualquer espécie de recurso, forma-se a coisa julgada material, o

que torna indiscutível e imutável a parte dispositiva da sentença e repelidas todas as alegações arguidas pelas partes, bem como aquelas que poderiam ter sido arguidas, mas não foram.

Não há como negar que só há possibilidade de se afastar a autoridade da coisa julgada nas hipóteses previamente definidas, expressa e taxativamente, em lei, quais sejam: ação rescisória, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos do devedor, revisão criminal e coisa julgada *secundum eventum litis*, em casos de ação civil pública e ação popular.

O ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida, não permite a relativização da coisa julgada fora dos casos taxativamente previstos em lei (*numerus clausus*), sob pena de manifesta ofensa do fundamento da República do Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus alicerces a autoridade da coisa julgada.

Propõem-se como solução, para amenizar a ocorrência de injustiças prolatadas pelo Poder Judiciário, que, em casos específicos onde se identificaram erros, injustiças ou inconstitucionalidade, que seja realizada uma modificação na lei ordinária, a fim de que sejam incluídas as hipóteses sobreditas, abrandando-se, assim, a eficácia da coisa julgada.

Sem esta providência, ao que parece, seria impossível falar-se em relativização da coisa julgada.

Apesar de nobre o objetivo de fazer justiça, efetivamente, defendido pelos relativistas, é certo que a possibilidade de desconsideração da coisa julgada, nos moldes do que dispõe a nossa atual legislação processual, de fato, geraria uma imensurável insegurança jurídica.

A ausência de um conceito de justiça material coloca em risco até mesmo, como já dito, o estado Democrático de Direito, pois a coisa julgada foi erigida pela Constituição Federal a direito fundamental e, como tal, não pode ser objeto sequer de deliberação legislativa.

Com efeito, a relativização da coisa julgada, sem a regulamentação das hipóteses cabíveis previstas em lei, poderia gerar uma total anarquia em nosso ordenamento jurídico; o magistrado concentraria um enorme poder em suas mãos e, ser-lhe-ia permitido decidir de acordo com o que lhe parecesse mais justo, critério de cunho exclusivamente subjetivo, ao completo alvedrio do princípio do livre convencimento motivado que exige do juiz que decida, fundamentadamente, de acordo com as provas que foram trazidas ao processo.

O que deve ser sobrelevado é a busca da justiça formal, garantindo-se aos cidadãos todas as garantias oriundas do devido processo legal, especialmente, a ampla defesa e o contraditório, em sua mais ampla acepção.

Como se sabe, é direito da parte ter as suas provas devidamente apreciadas pelo julgador, sendo-lhe vedado decidir com base em suas experiências pessoais, das quais poderia prevalecer o seu critério subjetivo de justiça. Ou seja, de acordo com as experiências pessoais de cada juiz, poderíamos ter diversificados conceitos de justiça e, portanto, uma enormidade de decisões conflitantes, o que ofende a *ratio* de todo o ordenamento que estabeleceu inúmeras regras, com o fim de evitar estes conflitos, como, por exemplo, conexão, continência, intervenção de terceiros etc.

No atual sistema, há, para a maioria dos casos, a previsão do duplo grau de jurisdição, o que possibilita a análise de um mesmo caso concreto por diversos juízes, de 1º e 2º graus, garantindo-se aos cidadãos um julgamento o mais próximo possível do justo.

Entretanto, justo não seria que um juiz, alicerçado em seu conceito subjetivo de justiça, desconstituísse uma sentença rigidamente analisada por diversos graus de jurisdição, já transitada em julgado, em completa afronta aos ditames do devido processo constitucional.

Por fim, a título de reflexão, no que diz respeito aos exames de DNA., por exemplo, seria justo um juiz decidir contra a prova técnica

negativa da paternidade, priorizando a paternidade socioafetiva? Seria caso de desconstituir-se uma relação já estabilizada e consolidada, em razão de uma prova técnica apresentada após vários anos da decisão que reconheceu esta paternidade?

Referências

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, José Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, tradução de J. Guimarães Menegale, 1969.

COSTA, Sérgio. **Manuale di diritto processuale civile**. 5. ed. Turim: UTET, 1980.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DINAMARCO. Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada - I”, In: **Revista Meio Jurídico**, ano IV, n.º 43, março/2001.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MATTIROLO, Luigi. **Trattato di diritto giudiziario civile italiano**. 5. ed. Turim: Fratelli Boca, 1905.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada relativização da coisa julgada material**. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/doutrina/texto>>

RAMALHO, Joaquim Ignácio de. **Praxe brasileira**. São Paulo: Ypiranga, 1869

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

PORTO. Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre. 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: 2003, p. 475.

O princípio da não auto-incriminação no interrogatório

Crisley Glaucea Tavares Sales ¹

RESUMO

Este artigo tem por objetivo a análise do princípio da não auto-incriminação no ato do interrogatório, que é o principal meio de defesa do acusado, com os seus devidos fragmentos, elucidando pontos divergentes com posicionamentos diversos, doutrinários e jurisprudenciais, acentuando ainda a consequência da sua infringência.

¹ Analista Ministerial em Ciências Jurídicas, Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal

1. Introdução

O princípio da não auto-incriminação surgiu no modelo acusatório, diferentemente do sistema inquisitivo, no qual o acusado era considerado objeto de prova, podendo ser submetido a qualquer método, para que confessasse a verdade, entre eles a tortura.

Este princípio foi consolidado no Direito interno por meio dos Tratados Internacionais, quais sejam: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. E com essa incorporação, foi disposto no ordenamento brasileiro como direito fundamental de primeira geração, por ser considerado uma garantia do acusado frente ao Estado, estando disposto juntamente com outros direitos como: O direito à vida, à intimidade, à dignidade, etc.

As decorrências mais latentes da garantia da não auto-incriminação se dão no interrogatório, onde o acusado tem a oportunidade de se defender tanto com defesa técnica quanto pessoalmente. E a maior manifestação desta garantia é o direito ao silêncio, que é estatuído pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, LXII, que concede ao acusado a possibilidade de ficar calado, sendo tolerado até mesmo que falte com a verdade, sem sofrer qualquer prejuízo nesse procedimento.

Esse direito como uma garantia fundamental deve ser obrigatoriamente posto como advertência ao acusado pela autoridade interrogante antes de um interrogatório, não sendo tolerada a utilização de qualquer artifício para que o acusado confesse ou mesmo para que não se mantenha silente.

2. Breve Histórico sobre o Surgimento da Garantia de não Auto-Incriminação

2.1. Inquisição

Considerado como uma regra geral de direito, e não sendo possível precisar de onde surgiram suas raízes, tendo diversas sustentações a respeito, o princípio da não auto-incriminação tornou-se uma garantia efetivada após ter imperado no passado o sistema inquisitivo. Esse tipo de processo penal, denominado inquisitivo segundo Távora & Antonini (2008), consistia na concentração das funções de acusar, defender e julgar ao Juiz.

No código de Hamurabi era permitido o interrogatório sob juramento de falar a verdade. Também, as leis de Manu tinham por inadmissível que o acusado se calasse ou mentisse, tendo por culpado se assim procedesse.

Na Idade Média, o acusado era tido como fonte de provas, sendo considerada a sua confissão como a “Rainha das Provas”, não se admitia a mentira ou o silêncio e se empregava a tortura como instrumento mais adequado para se alcançar a confissão.

Os Tribunais desta época eram compostos pelo inquisidor, os assistentes, um conselheiro espiritual, os guardas e um escrivão. Ao se instalarem em uma cidade, exortava os fieis a indicarem os hereges que conhecessem, e estes eram obrigados a procurar os confessores para se purificar, sendo-lhes submetida uma penitência para que se redimissem dos seus pecados, ou, após um período de 30 dias, denominado “Tempo da Graça”, obrigados a comparecer ao Tribunal, sendo -lhes aplicado o juramento de dizer a verdade.

“Se o acusado confessava sua heresia e dava mostras de regeneração, o inquisidor se despia da qualidade de juiz para assumir a de confessor. Ele não receberia mais pena, e sim penitência” (COUCEIRO, 2004, p. 45).

Por outro lado, se o acusado, ao ser interrogado, se dizia inocente, era submetido à tortura, sendo este meio considerado um “remédio para a alma”.

Se o acusado não dissesse nada quando torturado, não se produzindo contra ele outras provas, era considerado inocente. Ainda, se, mesmo torturado, o acusado insistisse na sua inocência, eram colhidas provas. Ficando apurada a sua culpa, o inquisidor devia instar pelo arrependimento e aceitação de sacrifícios. Tal ocorrendo, era-lhe imposta uma penitência. Todavia, nessas circunstâncias, haveria fundado receio sobre o sincero arrependimento e conversão do acusado, razão pela qual o Concílio de Narbonne permitiu fosse imposta, em tais casos, a prisão perpétua.

Referenciado por Couceiro (2004, p. 53), o importante autor por nome Beccaria, em seu livro *Dos delitos e das penas* (1764) dispôs a respeito do sistema inquisidor, revelando a disparidade entre a lei existente naquela época, que obrigava o acusado a dizer a verdade e a própria defesa natural do indivíduo, porém este mesmo autor, em diversos trechos de sua obra, dá mostras de contradição:

Aquele que, no interrogatório, relutasse em não responder as perguntas que lhe fazem merece uma pena estabelecida pelas leis, e pena das mais graves entre aquelas que são fixadas, para que os homens não se iludam, desta forma, quanto à necessidade do exemplo que deve ao público”. Todavia, “não é necessária esta pena quando está fora de dúvida que um acusado cometeu certo delito, de tal modo que as perguntas seriam inúteis, como da mesma maneira, é inútil a confissão do crime, quando outras provas justificam a culpabilidade.

Assim, nesta época predominava a presunção da culpabilidade, se o acusado silenciava ou mentia, era presumidamente culpado.

Esse sistema de presunção da culpabilidade contribuiu para o vigor da garantia do direito ao silêncio, ou mesmo mais abrangente, a garantia da não auto-incriminação, pois, pouco a pouco, foi sedimentando nos indivíduos a necessidade de garantias contra a arbitrariedade nos tribunais.

2.2 Tratados Internacionais

A consagração do princípio da não auto-incriminação se firmou definitivamente nos tratados. Vejamos.

No Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, encontra-se disposto no art.14, § 3º, g: “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos, às seguintes garantias: [...] a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”. (VADE MECUM, 2012).

Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, embora não tenha feito referência à garantia contra a não auto-incriminação, consagrou expressamente a proibição de tortura e à presunção de inocência, estatutando em seu artigo V que “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.” e no artigo XI,1 que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei [...]”.

Igualmente, na Convenção Americana sobre direitos Humanos de 1969, foram reconhecidas as garantias mínimas a serem observadas a uma pessoa que esteja sendo acusado criminalmente, o que fez com que fosse dada uma maior ênfase à garantia de não se auto-incriminar.

No direito brasileiro, a literatura especializada classifica a garantia de não auto-incriminação como um direito fundamental de primeira geração, isto é, as garantias individuais e políticas que se embasam na limitação do poder do Estado, destacando o direito à vida, à liberdade, à expressão, à religião, dentre outros.

3. Interrogatório

3.1. Natureza Jurídica do Interrogatório

O interrogatório é tido como um dos atos processuais mais importantes no ordenamento brasileiro.

Diversas são as concepções quanto à natureza deste instituto, sendo imprescindível a sua identificação, pois é através dela que se extrairão as conseqüências da aplicação do princípio da não auto-incriminação.

Segundo Queijo (Idem, p. 85), o interrogatório poderá ter natureza de meio de prova ou meio de defesa. Como meio de prova, suas raízes advêm do modelo inquisitório, no qual o acusado é objeto de prova, não sendo admitido o direito ao silêncio. Poderia falsamente ter-se a ideia de que na verdade o interrogatório é um meio de prova, pois se encontra disciplinado no Código de Processo Penal, no capítulo das provas, porém, assim não poderia ser classificado, já que a Constituição assegura o direito ao silêncio, sendo então um meio de defesa.

Como meio de defesa, o acusado tem a liberdade de responder ou não às perguntas formuladas pelo juiz, isto é, pode trazer, como exercício da autodefesa, a sua versão sobre os fatos, ou se reservar no seu direito ao silêncio.

Tourinho Filho (2003) assevera que o interrogatório “pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*”. Será fonte de prova quando o acusado decidir responder às perguntas formuladas pelo julgador, trazendo a sua versão, que poderá ser levada em consideração como elemento de prova, podendo ser favorável ou prejudicial a sua defesa.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Marques (1961) e Gomes (2005) defendem que o interrogatório é meio de prova e de defesa. Este posicionamento entende que como meio de prova, o juiz pode retirar do interrogatório elementos que sirvam para o seu convencimento.

Por fim, assevera Queijo (2003, p. 87) que importa considerar que a natureza jurídica, em dado ordenamento jurídico, não está vinculada apenas à sua inserção como meio de prova ou não na legislação, mas, sobretudo, ao tratamento que é dispensado ao acusado quanto ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

3.2. Fases do interrogatório

Entende a maioria da doutrina que o interrogatório é composto de duas fases: A primeira, de qualificação, que versa sobre a pessoa do acusado e a segunda, de mérito, que diz respeito aos fatos, conforme preceitua o art.187, caput, do CPP. Todavia, entende Gomes Filho (1997, p. 194) que há uma terceira fase, onde se observa o contraditório.

De acordo com o artigo 187, § 1º, do CPP, “na primeira parte, o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais”.

Muito se discute sobre a possibilidade de o acusado exercer o direito ao silêncio nas duas fases do interrogatório, predominando na doutrina que a garantia do silêncio só é assegurada para o interrogatório de mérito, ensejando o crime de desobediência, caso o acusado se recuse a responder as indagações. Caso o acusado minta sobre sua qualificação, deverá ele responder por outros crimes, como falsa identidade ou falsidade ideológica.

É o entendimento dos Tribunais: a atribuição de identidade falsa, ainda que cometida em autodefesa, não descaracteriza o crime “previsto no art. 307 do CP, pois tal fato ofende a fé pública e o próprio interesse comum, extrapolando a garantia constitucional de permanecer silente, bem como a liberdade de mentir sobre os fatos relacionados ao crime” (TJSP – 1 Câm.Crim. – AC 239.365-3}4 – rel.Des. David Haddad – j.27.04.1998 – RT 755[613).

Um forte argumento à não extensão do direito ao silêncio na primeira parte do interrogatório seria a não incidência de auto-incriminação nesta fase. É o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias, para quem “A comprovação da identidade do argüido

constitui questão básica de todo o processo penal, sem, todavia dizer diretamente respeito à culpa daquele”. (DIAS, 1974, p. 445)., Cabe salientar que não incidência do direito ao silêncio na fase supramencionada encontra guarida no limite deste direito em face do poder punitivo do Estado.

3.3. Advertência do direito ao silêncio

Estatui o Código de Processo Penal brasileiro no artigo 186, caput:

“Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. (GOMES FILHO, 1997).

Para que a garantia do direito ao silêncio seja de fato efetivada, faz-se necessária a advertência quanto a esse direito e a consignação, nos termos, acerca da advertência, podendo, em caso de não observância, ser considerada causa de nulidade.

A obrigatoriedade por parte da autoridade interrogante de mencionar o direito de silêncio ao acusado encontra respaldo no desconhecimento por parte deste.

Muitas vezes, ao ser interrogado, o acusado não teve a oportunidade de conversar com um advogado, como acontece nos interrogatórios extrajudiciais, também alvo de discussão sobre a obrigatoriedade ou não de defesa por um técnico neste momento. Ocorre que muitas vezes sequer o acusado sabe que poderá não responder às perguntas, e que o seu silêncio em nada acarretará prejuízo para si, e acaba por ser coagido moralmente e falando o que não era de sua vontade dizer.

Neste mesmo sentido, acentua Queijo (2003, p. 206) que a função dessa advertência é dar ciência ao acusado quanto ao direito ao silêncio, sua extensão e conseqüências do seu exercício.

O que se quer resguardar com isso é a liberdade de o acusado decidir se responde ou não aos questionamentos, e a transparência de segurança de seus direitos.

Nestes termos, Costa Andrade (1992, p. 87) aduz que “toda a colaboração ativa do argüido para a descoberta da verdade há de passar pela sua liberdade esclarecida”.

Uma vez exercido o direito ao silêncio, este jamais poderá ser interpretado em prejuízo do acusado. O que nos leva a compreender que o artigo 198 do Código de Processo Penal não foi recepcionado: “Art.198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.(GOMES FILHO, 1997).

Não teria o menor sentido garantir um direito, e este, ao ser exercido, ser tido como prejudicial para quem o exerceu.

Dessa forma também alude Coltro (1999, p. 301): “É inadmissível que a advertência quanto ao direito ao silêncio seja acompanhada de qualquer alusão a prejuízo para a defesa”.

3.4. Do direito ao silêncio

Esta garantia é uma das decorrências do exercício da não auto-incriminação, se encontrando na Carta Magna, em seu artigo 5º, LXIII: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado[...]” (BRASIL, 1998).

O direito ao silêncio, juntamente com o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência e a ampla defesa, fundamenta a garantia da não auto-incriminação, sendo de basilar importância para que o indivíduo, em um interrogatório, possa ser tratado como detentor de direitos e, por meio do devido processo legal, alcançar o fim almejado, qual seja, o exercício correto da jurisdição.

A maior incidência do direito ao silêncio é no interrogatório, onde o acusado não se utiliza de sua autodefesa e permanece inerte frente às perguntas do Juiz.

Cabe salientar que apesar de existirem correntes que entendem que o silêncio do réu pode ser levado em consideração como causa de aumento de pena ou indício de culpa, prevalece o contrário, isto é, que do silêncio não se admitem conseqüências desfavoráveis, principalmente pela redação do art. 186, em seu parágrafo único:

“O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

É o entendimento de Dias (1974, p. 443), que assevera não poder, este, ser tomado como indício de culpabilidade ou confissão ficta, nem serem extraídas presunções contra o acusado, vez que vigora a garantia constitucional da presunção de inocência.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2002, p. 250) assim se expressa:

A parte final do art.198 do CPP não foi recepcionada pela Carta de 1988 (precedentes do STF e do STJ). O silêncio do réu não pode ser usado, de per si, para fundamentar um juízo condenatório. O princípio do livre convencimento, que exige fundamentação concreta, vinculada e legalmente válida, não se confunde com o princípio da convicção íntima.

3.5 Confissão do acusado

Como já mencionado, no sistema inquisitório, buscava-se sempre a confissão por parte do acusado, ademais, este, ao confessar uma única vez, era tido absolutamente por culpado.

Hodiernamente, a confissão é como qualquer outra prova, devendo ser confrontada com as demais para só assim ser valorada pelo Magistrado.

Cabe aduzir, ainda, que esta confissão deve ser fruto de um ato totalmente voluntário e pessoal, sem qualquer sombra de dúvida por parte do acusado com relação aos fatos imputados a ele, e despido de qualquer coação sob pena de se tornar nula.

Com relação à natureza da confissão, a maioria da doutrina se posiciona no sentido de tratar-se de meio de prova.

3.6 Valor probatório do interrogatório

A depender da natureza jurídica, o valor probatório do interrogatório será tido com mais veemência ou reservas.

Se o interrogatório for considerado como meio de defesa, o valor probatório será mínimo, isto porque, estando na qualidade de acusado, as declarações que este fizer na maioria das vezes, será para se beneficiar, seja a verdade qual for.

Assim também afirma Romeiro (1942, p. 54) que o acusado, culpado ou inocente, sempre tende a distorcer a verdade dos fatos.

No sistema Norte-americano, o acusado tem a faculdade de manter-se calado, todavia, uma vez que decidir se manifestar, estará sujeito ao compromisso, podendo responder por perjúrio se faltar com a verdade.

Nesse sistema, poder-se-ia afirmar que o valor probatório atribuído seria o mesmo dado às declarações de uma testemunha, no entanto, no direito brasileiro, o acusado não está obrigado a dizer a verdade, o que, conseqüentemente, traz um valor escasso no que tange à prova de suas declarações.

Na realidade, é no interrogatório que o acusado tem o direito de exercer sua autodefesa. Se resolver se manifestar, tudo o que ele disser deverá ser tido como elemento probatório, porém, cabe ao julgador agir com cautela e diligenciar a respeito do que fora dito, a fim de buscar a verdade real dos fatos.

3.7 Vedação de determinados métodos de interrogatório

Decorre do princípio da não auto-incriminação a proibição de certos métodos de interrogatório que possam violar a liberdade do acusado e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana.

O juiz deve buscar a verdade real, porém, cabe a ele zelar pela não violação das garantias do acusado.

Não poderá ser utilizado no interrogatório nenhum método tendente a obter declarações de confissão que auto-incrimine o acusado.

É defeso a formulação de perguntas sugestivas, complexas e obscuras, assim como exortações ou ameaças para que o acusado colabore. Também não são admitidos meios enganosos, como acrescenta Queijo (2003, p. 224): “quando se afirma existirem determinadas provas contra o acusado, que, na realidade, não existem. Ou quando afirma que um co-réu confessou, quando isso não ocorreu”.

Uma das decorrências do sistema acusatório é a não utilização da tortura para se obter a confissão do acusado, englobando não só a tortura física, mas, também, a tortura moral e psíquica.

A simples detenção do indivíduo por longas horas, a fim de se realizar um interrogatório, já pode ser vista como uma forma de tortura, isto é, um violador do *nemo tenetur se detegere*. Isto porque, a pressão psicológica exercida no acusado, associado ao cansaço físico, poderá trazer ao acusado a diminuição de sua capacidade de avaliação aos questionamentos e com isso colaborar para uma auto-incriminação indesejada.

Ainda, são proibidos os seguintes métodos: químicos, como narcoanálise, psíquico, como a hipnose e o *lie detector* ou polígrafo de Keeler, este último utilizado no direito norte-americano.

Os referidos métodos são proibidos pela legislação brasileira, mesmo com o consentimento do acusado, haja vista não poder ,ele, dispor de sua liberdade moral.

Cabe ressaltar que as limitações quanto aos métodos empregados em um interrogatório se justificam não só no interesse do acusado, mas também da própria justiça, como uma forma de limitar o poder do Estado em face do indivíduo.

3.8 Inexistência do dever de dizer a verdade

O direito processual penal não prevê que o acusado, ao ser interrogado, seja submetido ao juramento de dizer a verdade, o que, em conseqüência, significa que o acusado poderá mentir.

Marques (2000, p. 389) dispõe a esse respeito: “O réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao Juiz que o interroga”.

Pergunta-se, assim, se existe um “direito à mentira” para quem é submetido a um interrogatório. Germano Marques da Silva (1994, p. 267) entende que não existe o direito à mentira. Apenas o comportamento de dizer a verdade não é exigível, não existindo sanção para a mentira.

Mesmo sendo reconhecido que não há por parte do acusado a obrigatoriedade em dizer a verdade, muito se interpela a respeito de alguma conseqüência prejudicial ao acusado quando este faltasse com a verdade.

Dentre tais posicionamentos, encontra-se Carnelutti citado por Queijo (2003, p. 229). Sustenta o autor que deveria ser imposto ao acusado o dever de testemunhar, ajudando-o a vencer a sua relutância à narrativa verdadeira dos fatos.

Foi proposto por alguns autores que congratulam deste entendimento que pudesse ser incluída como uma circunstância agravante da pena a mentira do acusado. Porém, em contrapartida, há autores que entendem que esta teoria não tem lugar em um ordenamento onde vigora a presunção de inocência.

O ordenamento brasileiro não reconhece a existência do direito à mentira, porém, tolerando esta prática, não é prevista qualquer sanção para um acusado que falte com a verdade, o que se extrai a não atribuição de qualquer conseqüência negativa ao acusado. Neste sentido encontra-se o Supremo Tribunal Federal que, no direito ao silêncio, tutelado constitucionalmente, inclui-se a “prerrogativa de

o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”. (QUEIJO, 2003, p. 237).

3.9 Inexistência do dever de comparecimento

Muito se discute quanto à obrigatoriedade do acusado de comparecer ao interrogatório ou não.

Dispõe o artigo 260, caput, do Código de Processo Penal brasileiro, “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. (BRASIL, 2001).

Fica demonstrado na leitura desse artigo que se o acusado não comparece ao interrogatório, é admissível a sua condução coercitiva, e esta pode ser determinada tanto pelo juiz quanto pelo representante do Ministério Público. É admissível a condução coercitiva pela polícia apenas quando se tratar de identificação do suspeito. (QUEIJO, 2003, p. 237).

Alguns autores trazem o entendimento de que, atualmente, em virtude do acolhimento do princípio da não auto-incriminação, há uma tendência de se admitir a renunciabilidade do interrogatório, não podendo o acusado ser conduzido coercitivamente para esse ato, a exemplo do que expressa Scarance Fernandes.

Neste mesmo sentido encontra-se Távora, ao salientar que não tem lugar para a condução coercitiva do acusado, já que o interrogatório está bem afirmado como meio de defesa.

Dentre outros entendimentos, destaca-se que só é cabível a condução coercitiva na fase de identificação, não se justificando a coerção para o interrogatório de mérito. (QUEIJO, 2003, p. 239).

Mesmo através de diversos posicionamentos quanto à existência ou não do dever de comparecimento ao interrogatório, é predominante que mesmo diante do reconhecimento do direito ao silêncio, é obrigatória a presença do acusado, podendo ser determinada a sua condução coercitiva.

Cabe salientar que a coação do indivíduo se justifica pela garantia do próprio direito ao silêncio, vez que, se decidir não se manifestar, no próprio ato do interrogatório poderá fazer uso desse direito que lhe é assegurado, não recaindo sobre si nenhum prejuízo.

Justifica-se, ainda, que o momento do interrogatório deve ser resguardado como forma a ser seguida no processo penal, por se tratar de um dos quesitos para um devido processo legal.

3.10 Consequências da violação do princípio da não auto-incriminação no interrogatório

A garantia da não auto-incriminação em nosso ordenamento é inserido como direito fundamental do indivíduo, e como tal, uma vez infringido, suas conseqüências vão além da simples nulidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVI, é clara ao mencionar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, de onde se infere que a não observância do nemo tenetur se detegere fere de morte o ato e as provas produzidas em sua decorrência, em virtude da ilicitude.

Dessa forma, a desobediência com relação à ciência que deve ser dada a quem está sendo interrogado produz a imprestabilidade do interrogatório, não podendo ser considerada a confissão neste caso. Também não é aceito nenhum meio para forçar que o interrogando se pronuncie e, uma vez existindo qualquer artifício nesse aspecto, o interrogatório e todos os atos posteriores devem ser anulados.

Nesta mesma linha, também ferem a garantia em tela quando, no interrogatório, se consignam as perguntas não respondidas com as razões invocadas pelo acusado para se manter silente, quando o Juiz valora esse direito garantido na Carta Magna.

A preservação do princípio em tela se justifica pela obrigatoriedade do Estado democrático de Direito em proteger os direitos fundamentais do cidadão contra abusos e arbitrariedades, conciliando com o interesse público a persecução penal, sem, todavia, violar direitos e desrespeitar a dignidade humana.

4. Conclusão

O presente trabalho trouxe a importância do princípio da não auto-incriminação para o sistema acusatório vigente, detalhando as decorrências desta garantia no ato de interrogatório.

Nessa esteira, o direito ao silêncio é a maior exteriorização desse princípio, sendo reconhecido a qualquer pessoa diante de um interrogatório, devendo ser respeitado de todas as formas, primeiramente com a cientificação do interrogando, para ao final, no caso de ser utilizado, não ser valorado como consequência negativa para a defesa do acusado.

Ainda, como fragmento do *nemo tenetur se detegere*, tem-se a proibição de utilização de determinadas técnicas ou métodos de interrogatórios que tendem a afetar a liberdade do acusado, influenciando em sua auto-incriminação e a faculdade de o acusado mentir sem sofrer qualquer sanção.

Também, a confissão do indivíduo, que deve ser livre de qualquer coação ou artifício deixou de ser uma prova absoluta para ser valorada como qualquer outra e juntamente com as demais.

Em suma, o princípio da não auto-incriminação, como direito fundamental que é, não pode ser infringido sob pena de nulidade do interrogatório e de todos os atos posteriores, sendo consideradas ilícitas as provas obtidas mediante a sua violação, se justificando tal importância por ser de interesse do próprio Estado a preservação de direitos que sedimentam a dignidade da pessoa humana.

Referências

- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova no processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.
- BRASIL. STJ – 5. T. – Resp 363.548-SC – rel. **Min. Felix Fischer** – j.02.05.2002 – DJ 10.06.2002, p. 250. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC-MC.SCLA.%20E%2095718.NUME.&base=baseMonocraticas>
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Código Penal. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Wíndt e Lívia Céspedes. 39. ed. São Paulo: Saraiva 2001, 794.p.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O silêncio, a presunção de **inocência e sua valoração**. São Paulo: Justiça Penal, 1999. v.6.
- COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.
- HC 80530 MC/PA – PARÁ. **Medida Cautelar no Habeas Corpus**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 08/11/2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=80530.NUME.&base=baseMonocraticas>.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2 ed. São Paulo: Millenium, 2000, vl. 2.
- VADE MECUM, acadêmico de direito. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966**. Rideel: São Paulo, 2012.
- VADE MECUM, acadêmico de direito. **Direitos Humanos,**

Convenção americana sobre, Pacto de São José da Costa Rica, 1992, Rideel: São Paulo, 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** (o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Oficinas Alba Gráficas, 1942.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 1994. v.1.

TÁVORA, Nestor; ANTONINI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal** (Nota de atualização do livro). Salvador: Juspodium, 2008. Disponível em www.editorajuspodium.com.br.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

Paradigmas da filiação no direito de família

Delveaux Vieira Prudente Junior ¹

RESUMO

O tema da filiação tem-se tornado objeto de profundos questionamentos ante as concepções inseridas pela Constituição Federal de 1988, bem como, pelo vigente Código Civil Brasileiro. Surgiram novos paradigmas no modo de ver e pensar as questões familiares. Visa o presente artigo demonstrar a evolução do direito de família no campo da filiação, a necessária aplicação da socioafetividade nas relações familiares e suas consequências, apresentando conceitos de renomados juristas da área e a nossa singela opinião.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Tocantins.

1. Introdução

Abordar tema da área de família é sempre instigante. É um ramo do direito que está em constante mutação. Atua intrinsecamente na formação da sociedade, pois envolve direitos personalíssimos, indisponíveis e atinge, de forma insofismável, o núcleo central da vida humana, ou seja, a sua formação. Portanto, não poderia permanecer hermética, mas sempre se amoldando aos anseios sociais.

No contexto histórico, o regramento jurídico, como um todo, vem buscando interpretações mais avançadas, liberais e construtivas, excluindo antigos dogmas de que as leis eram imutáveis e deveriam se prolongar no tempo, inerente à natural evolução do ser humano.

O direito “...não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia” (REALE, apud GISCHKOW PEREIRA, 1988, p.19).

E os legisladores pátrios não ficaram estagnados à frente das mudanças sociais. Apesar da morosidade, em geral, para o amadurecimento das normas legais, o Brasil, ao final do século XX, alcançou grandes avanços, dos quais destacamos os ocorridos no direito de família.

A Lei nº 6.515/77, que instituiu o divórcio no Brasil, repelindo o conceito de que a união formada pelo casamento civil era indissolúvel, conforme previam as Constituições Republicanas de 1934, 1937, 1946 e 1967, foi um marco revolucionário. Após, podemos citar outras leis como a de nº. 7.841/89, que adaptou a Lei do Divórcio à nova Constituição; a Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que apresentou grandes avanços aos direitos destes seres em formação com relação à família, comunidade, poder público e a sociedade em geral; a Lei nº. 8.560/92, que disciplinou as formas de reconhecimento da paternidade; Lei nº. 8.971/94, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão; Lei nº. 9.278/96, regulando o §3º do art. 226 da CF, reconhecendo como

entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua; a Emenda constitucional nº 66, que alterou o §6º do art. 226 da CF, onde permite a dissolução do casamento pelo divórcio, e o Código Civil vigente (Lei nº. 10.406/02), que trouxe consigo concretas evoluções. Todas essas normas transformadoras (com exceção da Lei do Divórcio) foram frutos da Magna Carta Brasileira de 1988, considerada a Constituição Cidadã, por ser uma das mais avançadas no mundo em matéria de relações familiares.

Dada a ampliação dos conceitos familiares, identificamos no mundo jurídico uma considerável preocupação com a pessoa humana em geral, aumentando, sensivelmente, a escala dos valores existenciais sobre os materiais. Na verdade, a pessoa humana tornou-se o centro nuclear dos diversos ramos do direito.

A própria Constituição de 1988, no seu art. 1º, inciso III, consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos da República, de modo a torná-la, no dizer de Tepedino (1999, p.48), “...uma verdadeira cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana”.

Ante a evolução dos direitos da personalidade, inserido no conceito de dignidade da pessoa humana, consagrado na Magna Carta e reafirmado no Código Civil, a sua proteção pelos profissionais do direito vem sendo expressa de forma vigorosa, até mesmo no sentido da penalização pelo seu desrespeito, seja no seio familiar ou social. Segundo opinião de Eduardo Oliveira Leite (2002, p.141), os novos paradigmas de proteção seriam “uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família”.

2. A evolução do direito de família no campo da filiação

No campo da filiação, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 227, §6º, estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo a retrógrada distinção entre filiação legítima

ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e a adotiva. Pelo regramento constitucional, todos passaram a ser tratados como filhos, com iguais direitos e qualificações.

O Código Civil Brasileiro de 1916 previa que eram legítimos apenas os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé. Essa presunção, conhecida pelo adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, comumente apresentado como *pater is est*, considera legalmente presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada, resguardando, assim, a paz familiar.

Já os filhos oriundos de pais não casados eram chamados de ilegítimos, que podiam ser naturais, quando entre os pais não havia impedimentos matrimoniais, ou espúrios, quando não havia permissão para o casamento dos pais, o que caracterizava adultério ou incesto.

Apesar da Constituição vigente proibir qualquer forma de distinção no tratamento entre filhos, ainda persistem algumas diferenças entre as categorias de filhos havidos ou não na constância do casamento. Tanto assim que o atual Código Civil trata o reconhecimento de filhos de forma separada. Aos filhos havidos na constância do casamento, se preserva a presunção legal da paternidade, enquanto que, aos filhos havidos fora desta relação civil, embora exista o vínculo biológico, o vínculo jurídico só se perfaz com o reconhecimento, que poderá ser feito nas formas elencadas no artigo 1.609, do Código Civil.

Porém, ratificando o adágio popular de que toda regra há exceção, tanto a presunção de paternidade quanto o reconhecimento de paternidade não são absolutos, podendo ser revogados judicialmente, através das ações negatórias de paternidade, salvo exceções, como nos casos de adoção e inseminação artificial heteróloga.

3. Ação negatória de paternidade, sua imprescritibilidade e o direito à personificação

A atual Lei Civil, em seu artigo 1.601, expressa que: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”

Assim, não foi mantido o ordenamento anterior do Código Civil de 1916, que em seu artigo 178 concedia prazos prescricionais para propor ação de contestação de paternidade pelo marido, ou seus herdeiros, caso este viesse a falecer, visando excluir a presunção legal de paternidade, sendo que tais prazos eram de dois meses (se presente quando do nascimento) e três meses (se ausente).

A imprescritibilidade concedida pelo atual Código Civil vem ao encontro do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, que também prevê ser imprescritível o direito da criança e do adolescente ao reconhecimento do estado de filiação. Para Eduardo Cambi (2002, p.19): “Ambas as ações são imprescritíveis, pois, por recaírem sobre o estado da pessoa, têm como objeto o direito personalíssimo à historicidade pessoal “ (Súmula nº. 149/STF e art. 27/ECA).

De outra banda, quanto à impugnação de paternidade de filho não matrimonial, ou seja, aquele reconhecido de forma voluntária, o artigo 1º, da Lei nº 8.560 de 1992, expressa que o reconhecimento voluntário é irrevogável, o que foi mantido nos artigos 1.609, caput, e 1610 do Código Civil.

Se o reconhecimento se deu quando o filho já era capaz, a irrevogabilidade do ato é indiscutível. Por sua vez, se ocorreu quando o filho era menor, limita-se a Lei a deferir o prazo de quatro anos, a partir da maioridade ou emancipação, para que interessado possa impugnar o reconhecimento da paternidade que lhe fora atribuída, conforme previsto no art. 1614, do Código Civil.

Referido dispositivo afronta o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal. Como não foi estabelecido qualquer prazo específico para o pedido de contestação de paternidade pelo marido ou de investigação de paternidade pelo filho natural, mesmo tratamento deveria ser dado à pessoa que foi registrada quando ainda era menor de idade e incapaz de manifestar sua vontade.

Não estamos aqui analisando a questão da relação socioafetiva que, se formada entre filho e pai (que o registrou), muda o interesse processual. Mas sim, numa situação concreta daquele que não formou esta vinculação socioafetiva e tem registrado o nome de um pai, que não o natural, e deseja ter reconhecida sua verdadeira genealogia, seja para interesses biológicos, físicos, psicológicos, dentre outros.

No dia a dia de nossas labutas nos deparamos com pessoas detentoras de tal histórico, ou seja, quando eram infantes e sem registro, foram reconhecidas por um companheiro da genitora à época, o qual, no afã de constituir uma família, registrou o menor como filho, todavia, a relação familiar não perdurou, vindo o citado “pai” se negar a manter qualquer contato com a criança que registrou.

Em casos tais, o direito do então incapaz em perquirir judicialmente a paternidade para obter a declaração de nulidade absoluta ou de ter declarada a inexistência do ato, não deve se sujeitar a prazo. Não há de ter qualquer limite temporal para se requerer a nulidade do reconhecimento, devendo ser também imprescritível o direito de ação, vindo de encontro ao artigo 1601 do Código Civil e art. 27 do ECA. Nesse sentido, citando Maria Berenice Dias (2007, p.352):

Diante desse verdadeiro emaranhado de dispositivos legais com comandos contraditórios, várias correntes doutrinárias se formaram, havendo decisões judiciais para todos os gostos. Há quem sustente que o filho natural (ou seja, aquele que não está registrado), mesmo após ter atingido a maioridade, pode investigar a paternidade a qualquer tempo. No entanto, se há registro, o exercício da ação ficaria condicionado ao lapso da ação anulatória (4 anos). Assim, decorrido esse exíguo prazo, que é decadencial (e não prescricional), quem foi registrado como filho de alguém não poderia investigar

a paternidade. Não há como deixar de reconhecer em tal posição algumas inconstitucionalidades. A afronta ao princípio da igualdade é flagrante. O simples fato de alguém ter sido registrado à sua revelia não pode obstaculizar o exercício do direito de descobrir sua ascendência genética. Nada justifica esta perversa distinção.

Coadunamos com a posição da autora. Não há como impor, em casos tais, a perda do direito de estado pelo decurso de tempo.

Em se tratando de filho matrimonial, poderá este impugnar o reconhecimento? A ele toca a presunção da paternidade (*pater is est*). Mas se a Constituição veda qualquer forma de discriminação, a possibilidade de propositura da ação de impugnação atribuída ao filho não matrimonial há de alcançá-lo, como no caso concreto de suposta falsidade ideológica em seu registro ou de reconhecimento tácito, quando o pai não é o declarante, sob pena de se dar tratamento desigual aos faticamente iguais.

Ao admitir a legislação que os filhos matrimoniais são reconhecidos por presunção, torna-se condizente a afirmação de Gustavo Tepedino (2001, p.567) de que o filho matrimonial pode, com fundamento na isonomia, impugnar a paternidade:

Interpretando-se tais preceitos à luz da proibição constitucional de discriminação da filiação, vê-se que a possibilidade de propositura de ação de impugnação de reconhecimento, atribuída ao filho extramatrimonial pelo art. 362 do Código Civil, há de alcançar necessariamente o filho havido na constância do matrimônio, sob pena de lhes oferecer tratamento desigual.

Assim, conclui-se que deve ser aplicada a isonomia quanto a imprescritibilidade das ações negatórias de paternidade em todas as situações, sendo inconstitucional a aplicação de prazos para o filho registrado que alcançou a maioridade ou obteve a emancipação questioná-la judicialmente, sob pena de afronta ao princípio da igualdade e da proibição constitucional de discriminação a qualquer forma de filiação.

Outra questão relevante está no interesse em se propor a ação. Sem ainda adentrar a seara econômica, ao filho deve ser resguardado o direito personalíssimo de buscar a verdadeira identidade. O interesse em investigar a paternidade biológica, a genealogia, poderá trazer benefícios quanto aos impedimentos matrimoniais, no tratamento de doenças genéticas, transplantes de órgãos, hoje tão em voga em face dos avanços da medicina, dentre outros fatores históricos e psicológicos, que são essenciais.

Voltamos a tratar aqui da questão do filho registrado por pai não biológico. Como impedir este sujeito de direitos de obter informações acerca de sua verdadeira origem, visando os benefícios acima especificados?

Importantíssimo é o art. 27 da Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA, que assim expressa: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Frise-se, direito personalíssimo “imprescritível” e “sem qualquer restrição”. Tais vocábulos não deixam margem de dúvidas de que o legislador não mais admite a permanência de nenhuma norma jurídica que, por qualquer forma ou subterfúgio, seja de maneira explícita ou implícita, crie embaraços à descoberta da verdadeira paternidade biológica.

Em nossa Carta Constitucional, a dignidade humana é cláusula geral de proteção à pessoa, princípio fundamental inserido no artigo 1º, inciso III. Além disso, a Lei Maior protege os direitos à personalidade ao estabelecer que sejam invioláveis os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança, intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º) e que qualquer lesão a esses direitos assegura o direito de resposta, além da eventual indenização por dano material e moral.

Por seu turno, o Código Civil dedica o Capítulo II da Parte Geral (arts. 11 a 21) à proteção aos direitos da personalidade, disciplinando

de forma mais clara e ampla os preceitos constitucionais contidos nos incisos V e X, do art. 5º acima mencionado.

Não se pode privar uma pessoa de obter acesso a sua história de vida. Até mesmo tendo configurada a paternidade socioafetiva, não tendo o filho interesse em anular seu registro quanto aos dados do pai declarante, o conhecimento da própria ascendência pode ser feito, no entanto, sem a impugnação da paternidade, como ensina João Baptista Villela (1999, p. 141), com base no Direito alemão:

Marco essencial na matéria pela ampla luz que joga no intrincado ponto de intersecção entre o regime jurídico da paternidade e o direito ao conhecimento da ascendência própria pode ser encontrado na decisão do Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1994. Ai, para preservar o direito ao conhecimento da própria ascendência e retomando uma orientação que já se havia manifestado em sua decisão de 31 de janeiro de 1989, acenou o Tribunal ao legislador com a alternativa de que a faculdade fosse garantida 'sem efeitos sobre a relação de parentesco'. Situou-se, deste modo, de forma lapidar as distintas questões envolvidas: uma coisa é ser pai, outra é ser o ascendente biológico masculino. De tal arte que a busca do procriador pode não coincidir com a busca do pai.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro possui manifestação nesse sentido:

Adoção - Investigação de paternidade - Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art. 48 da Lei nº 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecerem os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA.

É certo que o estado de filiação resulta de convivência familiar duradoura. Não menos certo e, no entanto, não pode ser desconsiderado, é o direito fundamental do filho de ver conhecida a verdade biológica da sua formação. Assim conclui-se que, mesmo

provada a socioafetividade com pai não biológico, não se pode impedir o direito personalíssimo do filho em conhecer sua origem, em garantia até mesmo da sua dignidade como pessoa humana.

4. A repercussão da socioafetividade nas ações de filiação

O direito civil vem se firmando pela aplicabilidade incontestada da paternidade socioafetiva. O atual Código Civil faz cristalinas referências da opção por este novo paradigma.

Algumas decisões judiciais ainda demonstram fragilidade para aplicação concreta desta evolução jurídico-social, cingindo-se simplesmente na aplicação da Lei nº 12.004/2009, que sedimentou os posicionamentos do STJ, como a Súmula 301 que dispõe: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.”

A aplicação singela de tais normatizações não deixa de estorvar os objetivos da legislação atual, que adota a socioafetividade como parâmetro importantíssimo para o reconhecimento da paternidade, senão vejamos:

O artigo 1.596 do CC reproduz a regra do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que foi o marco revolucionário do novo conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo de igualdade dos filhos havidos ou não da relação de matrimonial ou por adoção, cabendo-lhes os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Os paradigmas científicos do biodireito também estão constantes do processo socioafetivo. O art. 1.597, inc. V, Cód. Civil, admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, utilizando sêmen de outro homem, desde que tenha prévia autorização do marido. Mesmo não sendo o pai biológico torna-se pai socioafetivo, não podendo ser contraditada a paternidade.

No tocante ao citado inciso, alertou o nobre Professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p.41) no sentido de que:

É forçoso reconhecer que a melhor técnica legislativa seria a de considerar a certeza da paternidade, o que significaria a insuscetibilidade de o marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida e nascida de sua esposa por meio de técnica de procriação assistida heteróloga previamente consentida. A hipótese não é de presunção relativa (ou *iuris tantum*), mas de presunção absoluta (*iuris et de iure*) ou certeza da parentalidade, levando em conta a impossibilidade jurídica de admitir a impugnação da paternidade relativamente àquele que manifestou vontade no bojo do desenvolvimento do projeto parental dos cônjuges e posteriormente pretende se retratar de tal consentimento. A paternidade já havia se constituído desde a época da concepção e do início da gravidez, tal como ocorreria na hipótese de procriação carnal - pressupondo a relação sexual.

No mesmo sentido, o art. 1.605 do CC e seus incisos são consagrados à posse do estado de filiação, havendo começo de prova proveniente dos pais, ou “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

As “veementes presunções” deixam o campo aberto para cada caso concreto, dispensando-se outras provas da situação de fato. Tais presunções não são sequer especificadas pelo Código Civil, dando liberdade às fontes probatórias.

A título de ilustração, o Código Civil Francês, em seu art. 311-2, apresenta as seguintes espécies não taxativas de presunção de estado de filiação, não se fazendo necessária a apresentação de todas, quais sejam: a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais; b) quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais; c) quando os pais proveem sua educação e seu sustento; d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família; e) quando a autoridade pública o considere como tal.

No Brasil é comum nos depararmos com exemplos típicos de posse de estado de filiação, como no caso do chamado “filho de criação” e da “adoção à brasileira”, que é feita sem observância do processo judicial, mediante declaração falsa junto ao registro público.

Continuando o tema, o art. 1.614 do CC demonstra que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois admite a liberdade de rejeitá-lo.

A primeira norma faz depender a eficácia do reconhecimento ao consentimento do filho maior. Se não consentir, a paternidade, ainda que biológica, não será admitida. A segunda norma faculta ao filho menor impugnar o reconhecimento da paternidade até quatro anos após adquirir a maioridade, cujo prazo decadencial já fora apontado como indevido.

Se o filho, já maior, não aceita o pai biológico, que deixou de promover o registro em tempo oportuno, pode rejeitá-lo no exercício de sua liberdade e autonomia. Assim sendo, permanecerá o registro do nascimento constando apenas o nome da mãe.

Em face desses novos paradigmas no Direito Constitucional e Familiar, não há como deixar de reconhecer a inexistência de primazia ou exclusividade da origem genética para determinar a paternidade, e sim um complexo de direitos, deveres e comportamentos que se atribui a uma pessoa em razão do estado de filiação.

Segundo Cristiano Chaves de Farias (2007, p.207), apesar do exame de DNA permitir “com precisão, a determinação da paternidade, a partir das influências genéticas” [...] “não constitui prova única a ser utilizada na investigação de paternidade”. Ressalta que o citado exame é apenas uma prova pericial e no nosso ordenamento jurídico inexistente hierarquia entre os meios de provas.

Assim, encerrou-se a fase minimalista de que as ações atinentes ao estado de filiação eram meramente patrimoniais, cujos filhos se tornavam alvos e justificativas para disputa de bens, sem sequer se

preocupar com a questão afetiva. Hoje se valoriza a convivência adquirida ao longo do tempo e o elo por ela consolidado.

A paternidade deixou de ser vista unicamente pelo prisma econômico, passando a valorizar a importância paterna na vida do filho e cobrar dos pais que sejam resguardados os direitos dos filhos, inerentes à pessoa humana, de ter uma boa formação, amor, carinho e atenção.

5. A questão patrimonial e a necessária preservação da socioafetividade

Diz o autor Eroulths Cortiano Júnior (1998, p.50) que:

Assim é que a tutela da personalidade humana ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer outro interesse colocado em jogo. Se a proteção das situações patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana que extrapola de qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito.

Estas transformações ocorridas no direito brasileiro, em relação à paternidade, fez centrar-se a atenção na realização existencial das pessoas envolvidas e na afirmação de suas dignidades, o que o direito hodierno vem denominando de repersonalização.

Hoje, nas causas de filiação, os interesses patrimoniais, até então fatores primordiais nas demandas, perderam seu destaque, assumindo posições secundárias ante a importância aos interesses pessoais e socioafetivos.

Ação investigatória intentada única e exclusivamente com cunho patrimonial, visando herança de suposto genitor biológico, perdeu sensível credibilidade, pois tal pretensão deve demonstrar ter por objeto reconhecer o pai a quem não o tem e nunca para substituir a

paternidade socioafetiva pela biológica, com mesquinhez financeira, até porque esta só se impõe se corresponder àquela.

Mas se nos depararmos com o caso em que o pai registra filho que geneticamente não é seu. O registrou “a brasileira” em razão de haver convivido com a genitora da criança, a qual já possuía o filho cujo pai natural não reconheceu. O pai não biológico passou a cumprir com todas as obrigações do poder familiar. Instalou-se aí uma relação socioafetiva.

A questão seria se este pai socioafetivo, posteriormente, por problemas conjugais, separa da companheira e requer em juízo a negatória da paternidade daquele citado filho. Ou no caso do homem casado que, num deslize conjugal de sua esposa, esta concebe filho de outro, mas o marido o assume visando afagar escândalos e acaba formando um vínculo socioafetivo com a criança. Posteriormente, passados anos, devido a uma separação, alega que fora enganado, provando através de exame de DNA que o filho não é seu descendente biológico. Como solucionar tais conflitos de personificação e paternidade socioafetiva?

A resposta é comum a ambas indagações. Na questão da filiação, afeta exclusivamente ao direito de família, a negativa do paterna em casos tais seria totalmente inviável em razão da patente socioafetividade originada com a convivência, que formou uma verdadeira posse de estado de filho.

Outro questionamento seria quanto à razoabilidade da pretensão patrimonial daquele que teve seu direito de filiação negado pelo pai socioafetivo ou não exercido pelo pai natural.

O certo é que, comprovada a socioafetividade, se estabelece a posse de estado de filho, os deveres inerentes e, conseqüentemente, o direito sucessório.

Quanto à questão patrimonial do filho para com o pai natural que não exerceu a filiação, a solução poderá ser resolvida no âmbito do direito das obrigações. Para Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p.05):

É razoável” atribuir-se-lhe um crédito decorrente do dano causado pelo inadimplemento dos deveres gerais de paternidade (educação, assistência moral, sustento, convivência familiar, além dos demais direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição) por parte do genitor biológico falecido, cuja reparação pode ser fixada pelo juiz em valor equivalente ao de uma quota hereditária se herdeiro fosse.

Para isso será necessário ajuizar ação de reparação de dano moral e material, habilitando-se no inventário como credor do espólio, com requerimento de reserva de bens equivalentes para garantia da ação.

Oportuno mencionar, a título de proteção ao vínculo socioafetivo, decisão proferida pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70007104326, julg. 17.06.2004), na qual foi reconhecido o direito à indenização por danos morais, no importe de oitenta salários mínimos, a um rapaz em face do padrasto, o qual lhe moveu uma ação negatória de paternidade para desconstituição do registro de nascimento, o que teria gerado constrangimentos.

É o caso já referido do pai que registra “à brasileira” filho da companheira e anos depois se arrepende. O “enteado”, argumentando ter sofrido violento abalo psicológico, por ter sido exposto à situação vexatória, além de ter se submetido à realização de exame de DNA, em face da ação negatória de paternidade, ingressou com ação pedindo indenização por danos morais, julgada improcedente em primeiro grau.

A sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça que condenou o padrasto ao pagamento de uma indenização equivalente a oitenta salários mínimos.

No voto, a ilustre Desembargadora Relatora Ana Lúcia Carvalho Pinto reconheceu que a matéria guardava contornos de dramaticidade, porquanto “...não é difícil imaginar a tortura psicológica por que passou o apelante, premido pelas sucessivas negativas de paternidade daquele a quem conheceu como pai”.

Apesar de ressaltar que o padrasto tinha o direito de perquirir

sobre a paternidade, a magistrada considerou sua atitude contrária aos princípios mais comezinhos da ética, na exata medida em que o mesmo deveria ter melhor avaliado a questão, pois, de outro lado, o enteado tinha constitucionalmente assegurado o direito à dignidade e à privacidade, que restaram violados pela propositura da indigitada ação negatória de paternidade. “Sem hesitar, digo desnecessária a situação pela qual passou o apelante. No mínimo, o apelado deveria ter sopesado as consequências de seus atos”, afirmou a nobre magistrada. Ressaltou, ainda, que: “...a atitude afoita, quiçá prenhe de contornos pessoais, redundou em prejuízos desmedidos ao rapaz, que perdeu o nome, a filiação, o referencial e, quem sabe, a segurança para interagir no seu convívio social”.

Portanto, não restam dúvidas que a socioafetividade deve ser resguardada e ações atentatórias à dignidade humana, como os exemplos acima, de pais que, por motivos mesquinhos, destroem uma formação afetiva, com reflexos negativos infundáveis, devem ser rechaçadas e penalizadas pela justiça brasileira, como bem julgou a magistrada gaúcha.

O tema em foco deixa de ser uma mera questão vinculada exclusivamente ao direito de família para ser tratado à luz dos pressupostos da responsabilidade civil, encontrando-se na Constituição Federal e no Código Civil os postulados que autorizam a sua aplicação.

Dessa forma, harmonizam-se o princípio da imodificabilidade do estado de filiação e o dever genérico de responsabilidade por dano, tanto pelo direito de família como pelo direito das obrigações. Esse tipo de reparação, conforme explanado alhures, qualifica-se como punitivo, cuja excepcionalidade compreende-se no requisito que se consolida no Brasil para recepção da doutrina do punitive damage.

6. Conclusão

Os novos paradigmas do direito de filiação devem ser considerados como uma vitória da sociedade brasileira, pois resguarda princípios básicos da dignidade humana.

Constatou-se, pelo presente estudo, que no âmbito do direito familiar, a paternidade biológica, antes una e exclusiva, perdeu espaço para o reconhecimento da paternidade socioafetiva. A questão biológica se manteve relevante para fins genealógicos, visando à investigação quanto aos impedimentos matrimoniais e, principalmente, no resguardo para tratamento de doenças genéticas e outros fatores históricos e psicológicos.

O que está em voga no novo ordenamento jurídico é a dignidade do ser humano, a valorização dos sentimentos de amor, carinho, de proteção, conceitos estes que sobrepuseram o vício excessivo do interesse patrimonial, na busca do verdadeiro pai. Superou-se a equação simplista entre origem genética, de um lado, e deveres alimentares e participação hereditária, de outro.

Não bastasse isso, deve-se considerar a formação moral e educacional, conforme assinala Sílvio Rodrigues (2004, p. 368) “Dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir.

É preciso atentar para o fato que, conforme preleciona Sérgio Cavalieri Filho (2007, p.85) “temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade”, com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que os valores que compõem a dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à privacidade, à honra, ao bom nome e outros que, em sendo violados, hão de ser reparados pela via da indenização por danos morais.

Assim sendo, se o fim supremo do Direito, lembrando Ihering (2000, p. 1), é a paz social, torna-se imprescindível que os profissionais da seara jurídica atuem com os novos paradigmas do direito de família com a cautela necessária, para que se extirpem das demandas os sentimentos de vingança e ódio, onde os filhos são usados como instrumentos de constrangimentos e ameaças e não como seres que necessitam de paz, amor, carinho e proteção para se tornarem futuros cidadãos de grande auto-estima e elevada dignidade.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 127.541-RS. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, nº 7, v. 2, p. 67 et seq., out./dez. 2000.
- BRASIL. TJRS - AP. CÍV. Nº. 70007104326-B. Gonçalves - Rel. Juíza Conv. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira - J. 17.06.2004.
- CAMBI, Eduardo. O Paradoxo da Verdade Biológica e Sócio-Afetiva na Ação Negatória de Paternidade, Surgido com o Exame do DNA, na Hipótese de “Adoção à Brasileira”. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 59, p. 19, jan. 2002.
- CAVALIERE FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil**, 2007, p. 85.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In* **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**, p. 50.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.207.
- GAMA, GUILHERME CALMON NOGUEIRA. A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código, **Revista Jurisíntese**, Janeiro-2008.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. *In*: **Grandes temas da atualidade: dano moral**, p. 141.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301 do STJ, **Revista Síntese**, Jan-2008, p. 5-10.
- REALE, Miguel. **Tendências modernas do direito de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 628, 1988, p.19-39.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Direito de Família**, v. 6, 2004, p. 368-371.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro:

Renovar, 1999.

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade & superstições. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Belo Horizonte, jul-set. 1999.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Trad. de João Vasconcelos, 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

Algumas considerações sobre o aborto eugênico

Diego Nardo¹

RESUMO

Embora não prevista no Código Penal, a figura do aborto eugênico ganhou repercussão na medida em que se desenvolveram métodos de antever o produto da concepção. A partir do momento em que exames complexos demonstraram que o feto era inviável, começou-se a questionar se a gravidez poderia ser interrompida desde logo. Desta forma, evitariam-se constrangimentos para a gestante, cuja esperança de maternidade não mais existia. Entretanto, dúvida que surge é sobre a punibilidade da gestante e do médico, uma vez que a lei não permite expressamente a interrupção da gravidez nestes casos. É autorizada leitura teleológica da lei, usando-se aí a analogia em benefício dos atores? Ou devemos nos agarrar a um mandamento escrito em 1940, e que sequer idealizava que a medicina alcançaria patamar de tamanho desenvolvimento? São estas questões que o presente artigo visa responder, usando-se de raciocínios de interpretação e regras de experiência. O Supremo Tribunal Federal julgou a questão no passado recentíssimo, decidindo como não-punível a situação de aborto para fetos anencefálicos.

¹ Promotor de Justiça atuante na área criminal em Gurupi/TO.

1. Do status quo

A atual dinâmica verificada no Código Penal para crimes dolosos contra a vida é a da proteção extrema do bem jurídico vida. Não é à toa que para o crime de homicídio, especialmente o qualificado, foi destinada uma pena corporal no limite da lei, ou seja, de trinta anos de reclusão.

Da mesma forma, preceitos como o da legítima defesa também tutelam de forma especial a vida. Com efeito, a discriminante citada chega a permitir que o aplicador não veja como crime uma situação ocorrida como repulsa a ataque à mesma vida.

Dentre os delitos dolosos contra a vida, o único que prevê situação de ponderação entre duas vidas é o de aborto, previsto a partir do artigo 124 do Código Penal. Quanto a este delito, o legislador fez ressalvas quanto à punibilidade já na parte especial. Tal ressalvas têm importância ímpar, já que dispensam norma de extensão da parte geral. São discriminantes especialmente idealizadas para as especificidades do crime de aborto.

As circunstâncias previstas pelo Código Penal que permitem o abortamento provocado são: a) para salvar a vida da gestante (conhecido por aborto terapêutico); b) se a gravidez resulta de estupro, com o consentimento da gestante (aborto sentimental).

2. Do aborto em razão da falta de viabilidade do produto da concepção e sua posição na lei penal

A parte especial do Código Penal foi idealizada na década de 1930, e não havia, na época, os mecanismos tecnológicos que a medicina dispõe hoje em dia. Se houvesse, a lei seria diferente? Não se sabe. Sabendo-se que a lei penal gravita em torno do bem jurídico vida, é possível que, se escrita hoje, possivelmente agasalharia a hipótese do aborto em razão de falta de viabilidade do feto².

No aborto eugênico há duas vidas a serem tuteladas: a da mãe e a do feto, embora sem chance futura de viver.

A mãe é vida humana totalmente desenvolvida, no gozo dos direitos civis e parte importante da sociedade. O feto é vida hoje, dependente do calor e nutrientes maternos. A distância entre sua vida e sua morte é de vinte centímetros, tamanho do cordão umbilical.

Parece-nos mais sensato que se tutele, no conflito, a vida desenvolvida. Não se podem imaginar os traumas psicológicos a que a gestante irá se submeter no prolongamento da gravidez fadada ao insucesso.

Ademais, sendo o crime de aborto tutelador da vida, no caso concreto falta o objeto da tutela, pois, a vida carregada pela requerente vai se esvaindo pouco a pouco, e tem termo final: o dia do parto.

O que dizer então do aborto sentimental (artigo 128, II, do Código Penal)? Este permite a interrupção da gravidez decorrente de estupro, ainda que perfeitamente viável o feto. A norma permissiva preocupou-se com a genitora a tal ponto que colocou em primeiro plano sua saúde psicológica em detrimento da vida do feto. O que dizer de um feto inviável? *A fortiori*, a genitora tem o direito de proteger sua incolumidade psíquica. Se não se admite que a gestante tenha sempre a lembrança da violência sexual sofrida, não se pode admitir que a gestante tenha a lembrança ininterrupta de que o morador de seu útero está fadado a ser natimorto.

A única explicação da lacuna legal é o fato de que, quando da edição do Código Penal, não se podia adivinhar sobre a viabilidade do bebê. Não havia ultrassonografia à época.

Por fim, a justificativa mais importante: há risco de o feto morrer no ventre da mãe, colocando-a em risco de morte.

² A propósito, o projeto de Código Penal contempla a hipótese (artigo 128, III). Esta última hipótese, o aborto eugênico, mais se aproxima do

necessário (terapêutico), previsto no artigo 128, I, do Código Penal. A autorização torna-se um imperativo categórico.

3. Natureza jurídica da decisão judicial que autoriza o aborto de feto anencéfalo

As situações permitidas pela lei para que se faça um aborto constituem excludentes de ilicitude. Isto significa que não é crime praticar aborto nas hipóteses do artigo 128 do Código Penal.

No caso do aborto eugênico, a permissão não deriva expressamente da lei, mas de interpretação conforme a Constituição Federal. Esta interpretação, embora possa ser dada por qualquer cidadão, apenas é vinculante quando emanada de órgão competente. Caso o juiz provocado tenha competência funcional a respeito de crimes dolosos contra a vida, garantir-se-á que o procedimento de interrupção da gravidez não alcance as dependências policiais.

Diante disto, é possível concluir que a decisão judicial autorizadora tem natureza jurídica de *habeas corpus* preventivo.

4. Da jurisprudência

Embora não se negue a forte influência de organismos como a Igreja Católica, temos que a jurisprudência no Brasil tendeu a acolher o aborto eugênico como uma das possibilidades discriminantes.

O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADPF 54, uma ação em trâmite especialmente para tratar da questão do aborto eugênico³. A comunidade jurídica aguardou o deslinde do caso, que culminou com o entendimento de que o aborto de feto anencéfalos não é crime.

Como guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal considerou como afronta ao princípio da dignidade da pessoa

³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

humana obrigar a gestante ao sofrimento inútil de carregar consigo feto inviável. Sendo este sofrimento mitigável, não se pode proibir sua mitigação.

Sobre o tema, é conveniente que se transcreva trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, relator do HC 84.025-6/RJ:

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime?

Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

No mesmo sentido, sobre feto anencefálico, o Ministro Carlos Britto trouxe lições relevantes⁴:

Percebemos, assustados, que a natureza cria e destrói os nossos paraísos. Ela não é ética, mas nós temos que ser! A natureza não escolhe entre criação e destruição. Nós podemos escolher. (...) Um sábio percebe que a árvore se enche de brotos, mas tem consciência que depois pode surgir uma nuvem de gafanhotos ou uma tempestade de neve... e pronto, acabou.

A natureza é tão dadivosa quanto terrível, ela é regida por forças que desconhecemos.

⁴ Voto-vista na ADPF 54

... a anencefalia é coisa da natureza. Embora como um desvio ou mais precisamente um desvario, não há como recusar à natureza esse episódico destrambelhar. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos que tenham a compostura de proto-princípios, como é o caso da dignidade da pessoa humana. De cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde psico-físico-moral da gestante. Sobre tudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas consequências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto, nem berço, nem enxoval, nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus.

5. Conclusão

Como conclusão, temos que:

- a) numa visão técnica e legalista, é aplicável a analogia com a finalidade de assegurar à gestante de feto anencéfalo a autorização para o procedimento de interrupção da gravidez;
- b) numa visão filosófica e constitucional e, a interrupção da gravidez é garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, já que não se pode cobrar da gestante que conviva por tanto tempo com uma situação potencialmente causadora de graves traumas à sua psiquê.

Referências

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. “Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos”. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 413, 24 ago.2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5622>>. Acesso em: 9 dez. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Fungibilidade das tutelas de urgência

Flávia Souza Rodrigues¹

RESUMO

O presente estudo, voltado para a obtenção de resultados tempestivos através do processo, de uma forma geral, objetiva demonstrar que a escolha supostamente incorreta das espécies de tutelas de urgência (tutelas antecipada e cautelar) não pode impedir que a tutela jurisdicional seja prestada, fundamentando-se no princípio da fungibilidade desses meios processuais e na importância dos direitos fundamentais junto ao processo. Dentro desse novo paradigma, almeja-se demonstrar que a fungibilidade opera em duplo sentido entre as tutelas de urgência.

Palavras-chave: processo civil; antecipação de tutela; tutela cautelar; fungibilidade.

¹ Promotora de Justiça do Estado do Tocantins e Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, em São Paulo-SP.

1. Introdução

O Estado, ao vedar a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição, do exercício da função jurisdicional de promover a solução pacífica dos conflitos sociais. Em contrapartida a essa proibição, a Constituição Federal atribuiu direitos àqueles que litigam em juízo, entre os quais, o direito fundamental à efetiva prestação jurisdicional ou acesso à ordem jurídica justa, cujo enunciado está disposto no Artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, e reza que “a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário”. Essa garantia implica que o processo civil deve gerar resultados práticos, concretos e tempestivos àqueles que procuram o Estado-juiz para resolução dos seus conflitos.

Sob esse prisma é que se associa o princípio da efetividade da jurisdição às tutelas de urgências, aí consideradas a tutela cautelar e a tutela antecipada, uma vez que ambas convergem no intuito de evitar lesão ou ameaça a direito causado pelos males do tempo.

Inicialmente, o instrumento processual utilizado no combate ao mal do tempo foi o processo cautelar, de caráter assecuratório do processo principal, no qual foram instituídas medidas acautelatórias específicas (art. 813 a 889 do CPC) e não específicas – poder geral de cautela – (art. 798 do CPC).

Todavia, em certas situações, o que se requeria com base no poder geral de cautela era a própria satisfação do direito material, o que se convencionou a denominar de “cautelares satisfativas”, sendo alvo de inúmeras críticas por fugir aos fins do processo cautelar.

No intuito de corrigir esses equívocos e suprir omissões, foi editada a Lei nº 8.952 de 1994, que introduziu o instituto da tutela antecipada, disciplinando-o no art. 273 do Código de Processo Civil, possibilitando a concessão de medidas satisfativas, outorgando à parte, antecipadamente, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

Em face dessa inovação legal, a doutrina e a jurisprudência trataram de distinguir as duas espécies de tutela (cautelar e antecipada), passando a inadmitir a eleição de procedimento cautelar em vez de procedimento referente à tutela antecipada, e vice-versa, especialmente nas situações ditas “zonas de penumbra”, justificando assim a extinção do processo, trazendo prejuízos aos litigantes, assim como insegurança jurídica, por não haver um consenso sobre qual a medida ser utilizada diante da medida de urgência que se pleiteia.

Nesse contexto, almejando afastar essas situações, o excesso de formalismo e em observância aos princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade, o legislador introduziu o § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 10.444 de maio de 2002, passando a admitir a fungibilidade entre essas medidas, nos seguintes termos: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar, em caráter incidental, do processo ajuizado”.

O dispositivo em referência acabou por criar uma latente discussão, qual seja, o alcance de sua aplicação, mais especificamente, dentre outras variáveis, a existência do que se denominou “fungibilidade de mão dupla ou duplo sentido vetorial”. Este é o tema do presente trabalho: a fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Desse modo, inicia-se o trabalho com o estudo dos novos paradigmas da tutela jurisdicional, sendo destacados o da efetividade processual, instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas e o princípio da fungibilidade. Por derradeiro, far-se-á um descortino das razões que deram azo às duas posições quanto à interpretação do § 7º do artigo 273 do CPC, a fungibilidade em “via de mão única” e em “via de mão dupla”.

2. Novos paradigmas da tutela jurisdicional

2.1. Efetividade processual

Ao monopolizar a atividade jurisdicional, o Estado avocou para si o dever de prestar um serviço que possibilite, ao titular do direito violado ou ao ameaçado de violação, a entrega do direito material de maneira efetiva e eficaz, à luz do devido processo legal. Isso constitui uma manifestação do princípio da tutela efetiva: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5. XXXV). Tal norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, sendo o mais importante dos direitos, vez que é o direito a fazer valer os próprios direitos. Significa não só o direito de provocar a atuação do Estado, mas também o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa, capaz de atuar eficazmente no plano dos fatos (ZAVASKI, 2007, p. 66).

Nesse contexto, a efetividade processual, na moderna processualística brasileira, representa o alcance imediato do resultado do processo, que é a satisfação do direito material, de forma tempestiva e adequada. A tutela jurisdicional efetiva exige não apenas sentença justa, mas a possibilidade de realização rápida e adequada do direito debatido em juízo, com observância das normas constitucionais inerentes ao devido processo legal. Essa garantia, contudo, será inócua se o processo não for eficaz, pois a demora na prestação jurisdicional, em muitos casos, implica denegação de justiça.

Neste cenário, o legislador infraconstitucional passou a munir o sistema jurídico pátrio com a edição de leis que contemplem esse escopo (efetividade), implantando técnicas que permitam ao juiz interferir na realidade fática antes do julgamento da causa. Para operacionalizar esse ideal de processo efetivo, o direito processual

civil adota, dentre outras², a técnica da tutela cautelar e antecipada, as chamadas tutelas de urgência (TARDIN, 2006, p. 44).

2.2. A instrumentalidade do processo

Viu-se no item anterior que a efetividade processual, na moderna processualística brasileira, representa o alcance imediato do resultado do processo, que é a satisfação do direito material, de forma tempestiva e adequada. Assim, o processo deve ser visto como *instrumento* do direito material, daí a denominação “instrumentalidade do processo”, de quem foi mentor o professor Cândido Rangel Dinamarco.

Nessa perspectiva de efetividade processual, o processo funciona como instrumento de aplicação do direito material e, para o alcance dos seus fins, deve adaptar-se aos novos paradigmas do ordenamento jurídico (como a aplicação mais ampla do princípio da fungibilidade) de maneira a alcançar os melhores resultados no caso concreto.

No entanto, essa visão do processo como instrumento do direito material reflete o pensamento contemporâneo do direito processual civil, mas até chegar a essa aproximação entre o direito material e processual, trilhou-se um longo caminho até os dias de hoje, iniciando-se pela fase procedimentalista, passando pela autonomia do processo até chegar ao atual estágio, qual seja, o direito processual civil instrumental.

O terceiro momento metodológico do direito processual civil, a fase instrumentalista, representou uma mudança de paradigma na perspectiva ideológica do processo civil ao enfatizar o caráter

² Cumpre destacar, entre outras técnicas visando à efetividade, os procedimentos previstos na Lei do Juizado Especial Cível, Mandado de Segurança, Ações Coletivas, assim como as audiências preliminares (Art. 330 do CPC) e o próprio procedimento sumário. Citem-se, ainda, a técnica do título executivo extrajudicial, a técnica monitória e o julgamento antecipado da lide.

instrumental que tem o processo. Ela apregoa que o alcance de resultados úteis através do processo é tão ou mais importante que a técnica. Assim, assimilou-se uma visão mais pragmática do modo de concretizar a prestação jurisdicional mais sintonizada com as demandas dos novos tempos.

Esse novo modelo teve o papel de reaproximar o direito processual e o direito material, numa relação de interdependência: a proteção do direito material se faz pela viabilização de instrumentos processuais eficientes para que tal modelo possa ser efetivado na ordem prática, e o direito processual, por não ter um fim em si mesmo, só se justifica para servir como instrumento de efetivação do direito material.

Assim, na medida em que a instrumentalidade do processo foi sendo privilegiada pelos processualistas contemporâneos, em oposição à insuficiência do procedimento ordinário para atender aos reclamos pela efetividade da prestação jurisdicional, gerou o crescimento do estudo das tutelas jurisdicionais diferenciadas, em especial, a tutela de urgência, assim como a aplicação do princípio da fungibilidade, fora do sistema recursal, autorizando o recebimento de um mecanismo processual em lugar de outro.

Desse modo, nota-se uma mudança de paradigma do direito na postura do intérprete e do aplicador diante do fenômeno jurídico ante a necessidade de se incorporar os valores derivados da Constituição Federal, cujos ecos refletem no direito processual civil, na maneira de se encarar o processo visto, hoje, como instrumento de realização do direito material.

2.3. A instrumentalidade das formas e o princípio da fungibilidade

A previsão típica dos atos processuais, que estabelecem a forma, o modo, lugar e tempo para que possam ser praticados, assegura a regularidade do procedimento, garantindo o devido processo legal e o

contraditório. Contudo, em que pese a necessidade do estabelecimento das formas, há que se permitir às partes e ao juiz uma flexibilização dos rigores das normas, cujo papel é desempenhado, em boa medida, pelo princípio da instrumentalidade das formas, o qual, aliado aos princípios da efetividade e instrumentalidade e fungibilidade do processo, representa os novos paradigmas do estudo e aplicação do moderno direito processual civil.

Segundo esse princípio (instrumentalidade das formas), o desvio da forma do ato praticado em relação ao modelo normativo não deve ser sancionado se o ato, na prática, atingiu o seu escopo, cumprindo a finalidade prevista na lei (TEIXEIRA, 2008, p. 24), ou seja, o objetivo de um ato processual é mais importante do que o ato em si mesmo.

Conforme expõe Dinamarco (2001, p. 596), o sistema funda-se na razão e na consciência de que o ato deve ser praticado visando à consecução de seu escopo, não devendo ser considerado inválido se, a despeito de não ter observado a forma legal, atingir a finalidade desejada.

O princípio da instrumentalidade das formas orienta todo o sistema processual civil brasileiro, devendo nortear a interpretação das normas processuais em geral. Um importante desdobramento dele é o princípio da fungibilidade, pautado no referencial teórico que sustenta a aplicação da instrumentalidade das formas (Idem, p. 65), ou seja, em seu nome as formalidades processuais cedem para privilegiarem-se a finalidade e a função do processo (VASCONCELOS, 2007, p. 62).

O princípio da instrumentalidade da forma, como já mencionado, com respaldo na legislação processual (arts. 155 e 244 do CPC) e sob a orientação do princípio da instrumentalidade do processo, com vistas à efetiva satisfação do direito material, pugna pela validação dos atos processuais que embora tenham desviado da forma típica, atingiram seus escopos, cumprindo a finalidade prevista na lei. O princípio da fungibilidade, seguindo o mesmo

referencial teórico do princípio da instrumentalidade das formas, objetiva evitar o formalismo e preservar o ato processual, que em seu conteúdo atingiu sua finalidade, acatando-se uma medida processual ou recurso por outro³.

3. Fungibilidade das tutelas de urgência: cautelar e antecipada

Diante destes novos paradigmas da tutela jurisdicional do processo civil de resultados é que estudará o alcance e repercussão do § 7º do art. 273 do CPC, inserido pela Lei 10.444/2002, que positivou o princípio da fungibilidade no âmbito das tutelas de urgência, vejamos:

Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Analiticamente, o dispositivo supra é aplicado apenas à tutela antecipada disposta no caput e inciso I do art. 273 do CPC, já que as demais hipóteses (inciso II e par. 6º do art. 273 do CPC), não exigem o requisito da urgência, característica das medidas cautelares.

O texto legal consagra textualmente a chamada fungibilidade mão única, no sentido: antecipada-cautelar. Em outros termos, o juiz concede uma medida cautelar partindo de um requerimento de tutela antecipada no processo de conhecimento, e estando presentes os pressupostos, cumpre ao juiz concedê-la.

³ Teresa Arruda Alvim Wambier admite o princípio da fungibilidade como manifestação da instrumentalidade das formas: “Poder-se-ia dizer haver mais uma razão para que se possa asseverar ter, ainda, aplicação do princípio, que na lei revogada estava consagrado expressamente, o que levaria à aplicação extensiva do art. 250, o qual contém uma formulação marcadamente ampla e abrangente do princípio da instrumentalidade das formas, de que, em última análise, o princípio da fungibilidade é versão, que diz respeito especificamente aos recursos (...)” (WAMBIER, 2000. p. 117).

O ponto central é saber se essa fungibilidade é uma via de mão única ou de mão dupla.

3.1. Pedido de antecipação da tutela e concessão de medida cautelar (via de mão única)

Essa hipótese é justamente a prevista no disposto no §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que em sua interpretação literal, permite que haja a fungibilidade em uma única via: se a parte, intitulando tutela antecipada, pedir uma providência de natureza cautelar, o juiz pode conceder uma medida cautelar, silenciando-se o legislador quanto à hipótese inversa, ou seja, a concessão de antecipação dos efeitos da tutela quando tenha sido pedida uma providência a título cautelar.

O entendimento da corrente minoritária sustenta-se na interpretação literal desse dispositivo, de modo a não se admitir a concessão da tutela antecipatória quando tenha sido pedida uma providência cautelar, tendo em vista a ausência da previsão normativa expressa.

Jean Carlos Dias (2003, p. 182-184) defende que a aplicação da regra legal deve ser o mais restrita possível, tendo em vista que o legislador se fundou em uma premissa equivocada de obscuridade do sistema. Em outros termos, a fungibilidade, em geral, decorreria de uma deficiência comunicativa das regras processuais, o que não ocorre com as tutelas de urgência, até porque a própria exposição de motivos do texto reformista justifica a modificação legislativa por economia processual, e não pela existência de qualquer obscuridade ou deficiência sistêmica.

Ademais, em favor desse posicionamento, argumenta-se que os requisitos da tutela antecipada são mais robustos que os exigidos para a tutela cautelar, pois a verossimilhança é mais densa que o

fumus boni iuris⁴. Por isso, tendo sido pedido o “menos” (a tutela cautelar), não pode o juiz conceder o “mais” (a tutela antecipada), para não decidir além do que foi pedido pela parte.

Nesse sentido, o jurista Arruda Alvim Netto vê como inviável a chamada hipótese inversa, defendendo a fungibilidade de mão única:

A nossa impressão é a de que em relação à tutela antecipada para acautelar, ter-se-á pedido o “mais” restando concedido o “menos”. Sendo assim, a hipótese inversa, importaria em que, tendo-se pedido o “menos”, mas cabendo o “mais”, o juiz concederia o “mais”; em rigor, concederia, portanto, nesta hipótese, além do pedido, ou, mais do que tenha sido pedido. Por essa razão – que nos parece estar subjacente à regra, de que tratamos – pensamos ser inviável. Trata-se, assim, de uma fungibilidade numa só direção, sem que se possa pretender estabelecer reciprocidade. Talvez em casos absolutamente extremos, em que poderia haver irremissivelmente perda do direito, se possa vir a fazer exceção, ainda que arranhando a letra da lei e o próprio princípio que, no caso, a informa, que é o referencial do princípio dispositivo (In: ALVIM, A, ; ALVIM, E. A, 2003, p. 3-14).

Compactuando com esse entendimento, Joel Dias Figueira Júnior não admite a hipótese inversa, sustenta que a suposta omissão legislativa foi proposital. Para ele, a inovação legal não servirá para confundir os institutos, tendo sentido apenas pragmático, voltado para a resolução de problemas forenses.

⁴ Nesse sentido, Zavascki assevera que na antecipação de tutela o fumus boni iuris deverá estar qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (em que há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação de tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. (ZAVASCKI, 2007, p. 79).

“É defeso ao juiz, em nome do “poder geral de cautela”, deferir medida antecipatória satisfativa, porquanto diversos os requisitos para a concessão das tutelas jurisdicionais referidas. É que a tutela cautelar reclama aparência (fumus boni iuris), e a tutela satisfativa, evidência (prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação”. (REsp 766.236/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 04.08.2008).

O jurista entende que a fungibilidade será aplicada apenas diante da inexistência de erro grosseiro e considera a propositura de ação cautelar que pretenda a antecipação dos efeitos da tutela exemplo de tal equívoco (erro grosseiro). Também afirma que, nesses casos, deverá o juiz indeferir a inicial, cabendo à parte formular novo pedido, dessa vez endereçado ao processo principal (FIGUEIRA JUNIOR, 2001, p. 20).

Teori Albino Zavascki também entende que a fungibilidade estabelecida no o §7º do artigo 273 do CPC tem mão única e não autoriza o contrário, ou seja, que a medida antecipatória possa ser requerida, como cautelar, por ação autônoma, sob pena de se atentar contra a lógica do sistema atual, que é a de concentrar em uma única relação processual, tanto quanto possível, toda a atividade jurisdicional (ZAVASCKI, 2007, p. 47).

VASCONCELOS (2007, p. 313) também é contrária à fungibilidade mão dupla, defendendo que a lei não autoriza tal modalidade, apenas autoriza que, pedindo a tutela antecipada (o mais), o juiz possa conceder a medida cautelar (o menos).

Sustenta-se também que, tratando-se de cautelares antecedentes (preparatórias), as dificuldades são maiores, posto que a petição inicial da demanda principal ainda não foi apresentada e, mesmo sendo obrigatória a referência a ela e aos seus fundamentos, na prática isso é feito de forma extremamente genérica, não sendo possível, desse modo, a concessão de tutela antecipada em uma demanda formulada sob o rótulo de cautelar.

Contrário a esse raciocínio, Guilherme Freire argumenta que

de fato, se o autor ainda não dispõe de todos os elementos para a propositura da demanda principal, deve ser admitida a antecipação dos efeitos da sentença final mediante pedido formulado em procedimento autônomo, antecedente ao pedido de tutela satisfativa, de modo a evitar lesão irreparável ao direito e a inutilidade da tutela definitiva, não importando a forma ou o procedimento a ser adotado.

Nessa situação, continua o jurista, devido à urgência, admite-se a formulação do pedido de tutela antecedente à propositura da demanda que conterà o pedido definitivo, incumbindo ao juiz, se for o caso, determinar a emenda da petição inicial da denominada “ação cautelar antecedente”, para que o autor possa demonstrar não apenas o fundamento da demanda a ser ajuizada (art. 801, inc. III, do CPC), mas, principalmente, o pedido a ser formulado na futura demanda, já que a tutela antecipada não permite a antecipação de efeitos não contidos na pretensão deduzida pelo autor a título de tutela definitiva. (TEIXEIRA, 2008, p. 193)⁵.

Em harmonia com a doutrina, a jurisprudência do STJ patenteou o entendimento segundo o qual o art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares (antecedentes ou incidentais) e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido. (REsp 653381/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 268).

Processual civil e tributário – Suspensão da exigibilidade do crédito tributário – certidão positiva com efeito de negativa – concessão por medida cautelar (arts. 273, § 7º do CPC e 115, v do CTN) – ausência dos requisitos para antecipação da tutela – fungibilidade das medidas de urgência. 1. Direciona-se esta Corte no sentido de reconhecer a possibilidade de concessão de medida cautelar em lugar de tutela antecipada, quando não estão presentes os requisitos

⁵ Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 290-291.

para concessão desta medida. Aplicação do art. 273, § 7º do CPC. 2. Firmado, também, entendimento quanto à possibilidade de o devedor ajuizar ação cautelar para obter certidão positiva com efeito de negativa, mediante antecipação da garantia do juízo. 3. Recurso especial improvido. (REsp 628.388/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 03/10/2005, p. 181).

Também outro precedente o REsp 1011061/BA.

No tópico seguinte, analisa-se a segunda corrente doutrinária que defende a aplicação da fungibilidade nos dois sentidos.

3.2. Pedido de medida cautelar e concessão de antecipação da tutela (via de mão dupla)

Noutra quadra de pensamento, encontra a segunda corrente doutrinária que defende a aplicação da fungibilidade nos dois sentidos, admitindo que o juiz conceda uma medida antecipatória dos efeitos da tutela quando feito um pedido a título de medida cautelar, desde que estejam presentes os pressupostos para a antecipação, sob vários argumentos: 1) não existe fungibilidade em uma só direção; 2) não é necessária a expressa previsão legal para a fungibilidade em duplo sentido vetorial, pois o juiz não está vinculado à qualificação jurídica proposta pelo autor, mas apenas aos fatos narrados e ao pedido formulado; 3) a fungibilidade em duplo sentido deriva da regra inserida no art. 5º, inciso XXXV, da CF, não podendo excluir da apreciação pelo Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito; e 4) o princípio da instrumentalidade das formas reforça a admissão da fungibilidade em duplo sentido, ao assegurar que a forma do ato processual não pode frustrar a obtenção da sua finalidade substancial (TEIXEIRA, 2008, p. 181-182).

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 69) aduz que a redação do §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil dá uma impressão de que somente autorizaria a fungibilidade de mão única, mas tal impressão é falsa, porque é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de

intercâmbio recíproco, em todos os sentido imagináveis. Segundo o autor, já é geralmente aceito, diante disso, que o novo dispositivo autoriza o juiz, amplamente, a receber qualquer pedido de tutela urgente, enquadrando-o na categoria que entender adequada, ainda que o demandante haja errado ao qualificar o que é cautelar como antecipação, ou o que é antecipação, como cautelar.

Em outra obra diz o citado autor:

O novo texto não deve ser lido somente como portador de uma autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um (DINAMARCO, 2002, p. 92).

José Roberto dos Santos Bedaque valendo-se do termo “duplo sentido vetorial” realça a posição de Dinamarco, lembrando que “a adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da prestação jurisdicional” (BEDAQUE, 1998, P. 388-389).

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2002) respondem genericamente à questão da hipótese inversa. Para esses autores, “razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final”.

Nesse sentido, colaciona-se o posicionamento de Friede Roy Reis:

Dada a possibilidade de requerimento de tutela cautelar incidentalmente no bojo do processo cognitivo, e sendo a fungibilidade um princípio que permite aproveitar um ato em lugar do outro, não haveria porque não pensar ao contrário; ou seja, se é possível ao magistrado deferir a tutela cautelar quando requerida a

tutela antecipada, é perfeitamente possível ao mesmo deferir a tutela antecipada quando requerida a tutela cautelar.

A hipótese acima exposta é chamada de fungibilidade de mão dupla, pois se A pode ser substituído por B por alcançar o mesmo objetivo, é certo que B pode ser substituído por A por, também, alcançar o mesmo objetivo (REIS et al, 2009, p. 169)

O citado jurista alerta, entretanto, que tal posição representa em certo aspecto, obstáculo no disposto no art. 2º do CPC (princípio da demanda), porquanto a tutela antecipada, em sendo tutela cognitiva alusiva à jurisdição própria de conhecimento – de forma diversa da tutela cautelar alusiva à denominada jurisdição imprópria ou extensiva, não pode ser deferida *ex officio* e, portanto, não pode ser objeto de concessão por vias oblíquas, mas que, a seu devido tempo, a jurisprudência deverá resolver em definitivo a dúvida a que se alude (REIS et al, 2009, p. 170) .

Em rebote a este argumento, TEIXEIRA (2008, p. 185) defende que no caso da fungibilidade entre as tutelas de urgência, existe um pedido formulado pela parte, embora de maneira equivocada. Por essa razão, a medida foi pleiteada pelo interessado, não agindo o juiz de ofício e não incidindo a proibição referida pela doutrina majoritária quanto à antecipação dos efeitos da tutela.

Ainda quanto à fungibilidade em duplo sentido vetorial, Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 131) assim se manifesta:

Partindo-se da premissa de que é possível o pedido de tutela cautelar no próprio processo de conhecimento, e entendendo-se que foi requerida tutela de natureza antecipatória a título de providência cautelar, é possível que seja deferida tutela antecipatória ainda que tenha sido postulada “cautelar”.

João Batista Lopes (2007, p. 180) aduz ser possível, por interpretação teleológica, admitir-se a ampla aplicação da fungibilidade, tal qual ocorreu ao sistema recursal, em que não há regra expressa sobre o ponto. Para tanto, em sendo requerida providência antecipatória a título de cautelar preparatória, é de rigor a

aplicação do art. 284 do CPC, com a concessão de prazo para o autor emendar a inicial, propondo a competente ação de conhecimento.

Luiz Gustavo Tardin (2006, p. 172) engrossa a corrente da doutrina que admite a fungibilidade de mão dupla, mas, ao contrário do autor supra, entende que uma vez concedida a tutela antecipada no corpo de uma ação cautelar, cumpre ao magistrado imprimir à ação sumária satisfativa o rito do procedimento cautelar comum, previsto nos arts. 796 e 811 do Código, sob a justificativa que a exigência de emenda à inicial para o rito comum, poderia significar embaraços no curso do processo.

Numa posição conformadora, Friede Reis (REIS et al, 2009, p. 171) aduz que é no caso concreto que o juiz deve analisar a resposta mais adequada, seja pela conversão do procedimento ou pela manutenção do procedimento cautelar, com a possibilidade de que, no prazo de 30 dias, ajuíze-se demanda na qual se deduza o pedido principal de tutela.

Numa posição mais restritiva, André Luiz Vinhas da Cruz (2006, p. 161) admite a fungibilidade inversa apenas aos casos excepcionalíssimos, a fim de se evitar dano grave e irreparável. Cita o exemplo da medida atinente à necessidade de autorização judicial para transfusão de sangue em menor contra a vontade dos pais.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶, parece não haver motivos

⁶ Pet 2903 QO. Relator: Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 01/04/2003. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 02/05/2003. EMENTA: Questão de ordem. Medida cautelar incidental inominada com pedido de liminar para que se impeça a outorga da delegação do serviço do 1º Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão Preto (SP) até o julgamento final do Recurso Extraordinário 321.958 que já se encontra nesta Corte. - O que se pretende com a presente medida cautelar incidental inominada é a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário. - No caso, tendo em vista a nova redação dada ao artigo 40 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 20/98, é verossimilhante a alegação de que esse dispositivo não se aplica aos registradores por não serem eles titulares de cargo efetivo. - Ocorrência também de dano de difícil reparação, por se encontrar em fase final concurso público para a outorga de delegação de serventias entre as quais se encontra esta. Questão de ordem que se resolve com o deferimento de tutela antecipada para que o Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo não

para maiores discussões. O ministro Moreira Alves, em julgamento de cautelar inominada que objetivava o impedimento da outorga da delegação de concurso registral, entendeu que o verdadeiro desiderato dessa ação cautelar era, na realidade, a obtenção de tutela antecipada em recurso extraordinário, dando provimento à medida, em vista dos requisitos da tutela antecipada.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida⁷.

Em julgamento recente, a corte superior admitiu a fungibilidade recíproca entre a tutela antecipada e tutela cautelar sob o fundamento dos princípios da razoabilidade, economia processual e da efetividade⁸.

outorgue delegação quanto à serventia do 1º Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão Preto (SP) até o julgamento final do recurso extraordinário nº 321.958.

⁸ AgRg no REsp 1003667/RS- 2007/0260394-7. Ministro HUMBERTO MARTINS. Segunda Turma. Data do Julgamento:19/05/2009. “Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida. Precedentes (STJ- RESP 653381-RJ e RESP 628388-MG)”.

REsp 889886 / RJ.RECURSO ESPECIAL 2006/0211298-8. Ministro HUMBERTO MARTINS. Segunda Turma. Data do Julgamento:07/08/2007. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido da admissão da fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida que vier a ser concedida.

⁸ REsp 776.221-ES (2005/0139668-0). Ministro PAULO FURTADO. Data da Publicação: 11/11/2009. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE – TUTELA ANTECIPADA E MEDIDA CAUTELAR – ART. 273 § 7º CPC – PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL, EFETIVIDADE E RAZOABILIDADE. I - A doutrina e a jurisprudência admitem a fungibilidade recíproca entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, com fulcro no § 7,º do art. 273, do CPC, incluído pela Lei 10.444, de 7/5/2002. II - Os princípios da razoabilidade, da economia processual e da efetividade são os fundamentos da permissão para a fungibilidade entre as medidas urgentes. III - Agravo de Instrumento improvido, à unanimidade. Aponta o recorrente violação dos arts. 50 da Lei 10.931/2004 e 273, § 7º, do CPC.

No mesmo sentido, são os posicionamentos dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais⁹.

Por ser consentâneo, cabe transcrever pensamento reproduzido com frequência pela doutrina em razão de sua perfeita harmonia com a presente fase instrumental do processo, de autoria de José Roberto dos Santos Bedaque (1998, p. 388-389) que assim escreveu:

Embora o legislador refira-se somente à possibilidade de substituição da tutela antecipada por cautelar, não se pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar. Também é preciso deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obsta, portanto, que, diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz defira tutela meramente conservativa e vice-versa. Esse duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes sequer necessitaria estar previsto em lei, pois decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais.

O aspecto formal em nada influi na natureza da tutela. Ainda que requerida no bojo do processo cognitivo, caracteriza-se como cautelar incidental. Além do mais, não se pode excluir definitivamente seja a antecipação requerida em procedimento autônomo. Desde que necessária a utilização dessa técnica em determinada situação concreta, a fim de assegurar a efetividade da tutela, deve ser admitida. Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos.

⁹ TRF1 - APELAÇÃO CIVEL: AC 4191 MT 2005.36.00.004191-0; TRF2 - APELAÇÃO CIVEL: AC 394170 RJ 2006.51.01.023613-2; TRF2 - APELAÇÃO CIVEL AC 405731 RJ 2005.51.01.024303-0; TRF3 - APELAÇÃO CÍVEL - 564081: AC 2972 MS 2000.03.99.002972-2; TRF4 - APELAÇÃO CIVEL: AC 9874 SC 2005.72.00.009874-0; TRF5 MCTR 2322 PE 2007.05.00.012616-8.

TJPR - Agravo de Instrumento: AI 2682484 PR (Relator: Cláudio de Andrade. Julgamento: 09/09/2004. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível (extinto TA). Publicação: 01/10/2004 DJ: 6717); TJSP - Agravo de Instrumento: AG 8143565200 SP (Relator: Ricardo Graccho. Julgamento: 27/01/2009. Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público. Publicação: 19/02/2009); TJSC - Apelação Cível: AC 25774 SC 2003.002577-4 (Relator: Trindade dos Santos. Julgamento: 04/09/2003. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Comercial. Publicação: Apelação Cível n. 2003.002577-4, de Blumenau.); TJDF - APELAÇÃO CIVEL: APC 20080110144560 DF (Relator: CRUZ MACEDO. Julgamento: 03/09/2008. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível).

De todo o expendido, acredita-se que a aplicação da fungibilidade à tutela de urgência não deve ser restringida, deve, sim, ser interpretada de forma extensiva, de forma a possibilitar o alcance dos princípios constitucionalmente consagrados, como a garantia do acesso à ordem jurídica justa e à prestação efetiva, adequada e tempestiva da jurisdição constitucional. Nesse sentido, pelos posicionamentos já demonstrados, sustenta-se a fungibilidade de mão dupla, com fundamento no direito fundamental à tutela efetiva, no qual o processo é visto como instrumento à tutela do direito material, cujo princípio da instrumentalidade das formas é corolário, cujo escopo do ato processual é mais importante do que a observância da forma, pois quando esta não se justifica, não há porque sacrificar o direito material.

Ademais, o reconhecimento desta corrente (“fungibilidade de mão dupla”) coaduna-se aos novos rumos do Código de Processo Civil, em vista do Projeto de Lei 166/10, que prevê regime jurídico único para as duas modalidades de tutela de urgência (cautelar e antecipada), em atendimento aos novos paradigmas do processo civil de resultado: instrumentalidade do processo e efetividade.

4. Conclusão

Agarantia da tutela efetiva, direito constitucional fundamental, não teve condão de concretizar as promessas contidas no direito hegemônico, mas é um ideal a seguir. Nessa caminhada, o princípio da efetividade jurisdicional deve permear todo o ordenamento jurídico, numa perspectiva mais teleológica do processo, como instrumento de realização do direito material;

Essa visão instrumentalista do processo alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, insculpido nos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil, que sustenta que as formalidades processuais cedem lugar para privilegiarem-se a finalidade e a função do processo.

O princípio da fungibilidade, como corolário do princípio da instrumentalidade das formas, objetiva evitar o formalismo e preservar o ato processual, que em seu conteúdo atingiu sua finalidade, acatando-se uma medida processual ou recurso por outro. Esse instrumento é elemento indissociável da efetividade da justiça, como instrumento de otimização da prestação jurisdicional.

A Lei 10.444/2002, que inseriu o § 7º ao artigo 273 do CPC, representou um avanço, à medida que possibilitou a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. O ponto nodal deste dispositivo é saber a sua extensão: fungibilidade mão dupla.

A fungibilidade deve ser admitida em “via de mão dupla”, sob vários argumentos: 1) não existe fungibilidade em uma só direção; 2) não é necessária a expressa previsão legal para a fungibilidade em duplo sentido vetorial, pois o juiz não está vinculado à qualificação jurídica proposta pelo autor, mas apenas aos fatos narrados e ao pedido formulado; 3) a fungibilidade em duplo sentido deriva da regra inserida no art. 5º, inciso XXXV, da CF, não podendo excluir da apreciação pelo Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito; e, 4) O princípio da instrumentalidade das formas reforça a admissão da fungibilidade em duplo sentido, ao assegurar que a forma do ato processual não pode frustrar a obtenção da sua finalidade substancial.

O reconhecimento desta corrente (Fungibilidade de mão dupla) coaduna-se com os novos rumos do Código de Processo Civil, em vista do Projeto de Lei 166/10, que prevê regime jurídico único para as duas modalidades de tutela de urgência (cautelar e antecipada), em atendimento aos novos paradigmas do processo civil de resultado: instrumentalidade do processo e efetividade.

Referências

- ALVIM, Arruda. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei nº 10.444, de maio de 2002. In: ALVIM, A.; ALVIM, Eduardo A. (Coord.). **Inovações sobre o Direito Processual Civil: tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CRUZ, André Luiz Vinhas da. **As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil**. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006.
- DIAS, Jean Carlos. **Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade**. Curitiba: Juruá, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 3. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ovídio A. Baptista da Silva (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES, João Batista. **Tutela Antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- REIS, Friede Roy; KLIPPEL, Rodrigo; ALBANI Thiago. **A tutela de urgência no processo civil brasileiro**. Niterói-RJ: Impetus, 2009.
- TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do princípio da fungibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil** – Lei 10.352, de 26.12.2001 Lei 10.358, de 27.12.2001 Lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

Responsabilidade civil objetiva dos notários e registradores: análise dos panoramas legislativo e jurisprudencial

Leonardo Aquino Moreira Guimarães¹

RESUMO

Considerações sobre a problemática da responsabilidade civil do notário e do registrador. Nesse contexto, discorre-se sobre os seguintes pontos: notário e registrador; responsabilidade civil do notário e do registrador; teoria objetiva; responsabilidade civil do Estado decorrente da atividade das serventias extrajudiciais; subsidiariedade; legislação e jurisprudência correlatas.

¹ Analista Ministerial do Ministério Público do Estado do Tocantins. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp

1. Introdução

Este ensaio é impulsionado pela credibilidade que os serviços notariais e de registro têm adquirido na sociedade, ante o desempenho do relevante papel de conferir segurança jurídica aos atos da vida civil.

O presente trabalho também preocupa-se em descortinar o Direito Notarial e de Registro, ramo autônomo e peculiar do direito, porém pouco difundido na comunidade jurídica.

Nessa perspectiva, a temática proposta tem por finalidade examinar o regime da responsabilidade civil dos notários e registradores, bem como seus reflexos perante o Estado – fiscalizador da atividade exercida por esses profissionais -, diante da causação - cada vez mais frequente - de danos de ordem material ou moral na prestação desse importante serviço público.

Para melhor compreensão da abordagem, faz-se necessário, inicialmente, definir o conceito de atividade notarial e de registro e delinear suas várias atribuições, bem como estabelecer a classificação do notário/registrator como agente público delegatário de serviço estatal destinado a garantir publicidade, segurança e eficácia à autonomia privada dos interessados.

Em seguida, enfrentaremos a disciplina da responsabilidade civil pessoal desses profissionais do direito, sob a modalidade da teoria objetiva, tendo como fonte de pesquisa a legislação de regência - Constituição da República, Lei do Notário e do Registrator, Lei de Registros Públicos e Lei de Protesto - e a jurisprudência dos tribunais superiores.

Por fim, analisaremos a responsabilização subsidiária do Estado, na posição de garante, em razão dos danos decorrentes dos serviços notariais e de registro.

2. Notário e registrador: conceito, atribuições e classificação perante o direito administrativo

Ao instaurar uma nova ordem jurídica brasileira, a Constituição da República (CR) de 1988 promoveu, nesse passo, a “desestatização” dos serviços notariais e de registro, transferindo a execução desse serviço público à pessoa particular.

Assim, embora as atividades de notas e de registros públicos sejam de titularidade do Estado – com fiscalização pelo Poder Judiciário -, o exercício direto destas foi delegado ao particular.

Nesse contexto, vale reproduzir o art. 236 da CR, *verbis*:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Para regulamentar o dispositivo acima, editou-se a Lei 8.935/94 - Lei dos Notários e Registradores (LNR) -, definindo, em seu artigo 3º, que notário - ou tabelião - e registrador - ou oficial de registro - “*são profissionais do direito [aprovados em concurso público de provas e títulos], dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro*”.

Assim, por atividade notarial e de registro compreende-se, nos termos do art. 1º da LNR, os serviços “*de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade,*

segurança e eficácia dos atos jurídicos”, praticados pelos cartorários², de modo a exercer as atribuições de (a) tabelião de notas; (b) tabelião e oficial de registro de contratos marítimos, (c) tabelião de protesto de títulos; (d) oficial de registro de imóveis; (e) oficial de registro de títulos e documentos e civil das pessoas jurídicas; (f) oficial de registro civil das pessoas naturais; e (g) oficial de registro de distribuição - art. 5º da LNR.

São atribuições dos tabeliães de notas, a teor dos arts. 6º e 7º da LNR, formalizar juridicamente a vontade das partes, intervindo nos atos e negócios jurídicos a que estas devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, além de autenticar fatos. Para tanto, lhes é conferida a função precípua de (a) lavrar escrituras e procurações públicas, testamentos públicos (e aprovar os cerrados) e atas notariais; (b) reconhecer firmas; e (c) autenticar cópias.

Aos tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos compete a lavratura e o registro de atos e instrumentos relativos às transações de embarcações, bem como o reconhecimento de firmas e a expedição de traslados e certidões de documentos afetos ao direito marítimo - art. 10 LNR.

Cumpram aos tabeliães de protesto de títulos, na forma do art. 11 da LNR - regulamentado pela Lei 9.294/97 -, a prática de todos os atos relacionados à formalização do protesto cambial.

Aos oficiais de registro de imóveis, por seu turno, é delegado o exercício da atividade de matrícula, registro e averbação dos direitos relativos a imóveis situados em determinada circunscrição geográfica - art. 167 da Lei 6.015/73.

Compete aos oficiais de registro civil das pessoas naturais praticar os atos relativos à personalidade civil das pessoas físicas, a exemplo do nascimento, do casamento e do óbito - art. 29 da Lei 6015/73.

² Sentido lato: titulares da delegação dos serviços de notas (tabelião) e registro público (oficial de registro ou registrador).

Paralelamente aos registradores das pessoas naturais, há os oficiais de registro civil das pessoas jurídicas, responsáveis pela prática dos atos relacionados à personalidade jurídica das entidades de direito privado - art. 114 da Lei 6.015/73.

Por último, com atribuição para proceder à distribuição equitativa dos serviços entre serventias idênticas situadas em uma mesma base territorial, tem-se os oficiais de registro de distribuição - art. 13 da LNR.

Registra-se, por oportuno, a título de comprovação da natureza pública das atividades de notas e de registro - sem, contudo, incursionar no aceso e não-consolidado debate quanto à aplicação da lei consumerista à atividade notarial -, o noticiado no Informativo nº 324, de 18 a 22 de junho de 2007, da jurisprudência do Superior Tribunal Justiça (STJ), litteris

COMPETÊNCIA. FORO. DANO. SERVIÇOS NOTARIAIS.

Trata-se de saber qual o foro de competência a ser aplicado em ação de reparação de danos contra tabelião de Campinas que reconheceu como da autora firma de assinatura que não era do seu próprio punho. Proposta a ação em São Paulo, o juiz declinou de sua competência ao argumento de que a ação fundou-se no art. 94 do CPC - que determina a propositura de ação de direito pessoal no domicílio do réu. Inconformada com essa decisão, a autora invocou o CDC, arts. 2º, 3º, 101, I, e o art. 100, parágrafo único, do CPC e interpôs agravo de instrumento que restou negado no Tribunal a quo. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento deu provimento ao recurso, reconhecendo como competente vara cível de São Paulo. Ressaltou-se que, no caso, **não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois não se trata de relação de consumo, mas de uma relação de serviço público. O notário ou tabelião de notas é um profissional do Direito, dotado de fé pública, a quem é delegado pelo poder público o exercício da atividade notarial. Explica o Min. Carlos Alberto Menezes Direito que esse ato de delegação é diferente daqueles em que as empresas trabalham por concessão de direito público, uma vez que é um serviço vinculado e fiscalizado diretamente pelo Estado.** Assim, o usuário de serviço público tem um contrato sob a égide de Direito Público e não se aplica o art. 100, parágrafo único, do CPC, porque

não se trata de delito extracontratual, mas de delito contratual, por isso se aplica a regra geral de competência. REsp 625.144-SP, Rel. Min. Nancy Andrihgi, julgado em 14/3/2006. (Grifo Nosso).

Diante dessa estrutura organizacional de prestação de serviço público, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 249), Maria Sylvia Zanella de Pietro (2007, p. 491) dentre outros, na seara do Direito Administrativo, reconhece esses profissionais como agentes públicos, classificando-os como particulares em colaboração com o Estado.

Seguindo essas pegadas, arremata Luiz Guilherme Loureiro (2011, p. 1), litteratim:

Atividades notariais e de registro constituem funções públicas que, por força do disposto no art. 236 da Constituição, não são executadas diretamente pelo Estado, mas por meio de delegação a particulares. Os notários e registradores, portanto, são profissionais do direito que exercem uma função pública delegada pelo Estado. Tais atividades são desempenhadas em caráter privado, sem que os profissionais que a exerçam integrem o corpo orgânico do Estado. No quadro dos sistemas constitucional e infraconstitucional brasileiros, estes profissionais jurídicos desempenham importante papel para a validade, eficácia, segurança e controle dos atos negociais. Tais profissionais do direito são encarregados de conferir maior transparência, estabilidade e confiança a diversos aspectos e situações da vida jurídica dos cidadãos.

Os notários e registradores são agentes públicos, mas não são considerados funcionários públicos em sentido estrito. São particulares em colaboração com a Administração, pessoas alheias ao aparelho estatal, mas que compõem uma terceira categoria de agentes públicos, ao lado dos agentes políticos e dos funcionários públicos. Para fins de direito penal, por outro lado, os tabeliães e registradores são considerados funcionários públicos em sentido amplo. (Grifo Nosso).

Nesse contexto, o cartorário se conceitua como um particular em colaboração com o Estado, a quem são delegadas, mediante aprovação em concurso público e remuneração pelo regime de emolumentos, as atribuições relacionadas ao serviço público notarial e de registro - notas; protesto de títulos; registro de imóveis; títulos e documentos; civil das pessoas jurídicas; civil das pessoas naturais;

e distribuição -, sendo classificado, no âmbito administrativista, verdadeiramente, como um agente público.

3. Responsabilidade civil objetiva dos notários e registradores

De início, no plano legislativo, a temática da responsabilidade civil dos notários e registradores é disciplinada pelo art. 22 da LNR, que dispõe:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Da interpretação sistemática desse dispositivo em conjunto com os arts. 20 e 21 da LNR³ - prepostos dos titulares de serventias

³ Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

§ 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.

§ 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.

§ 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.

§ 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

§ 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.

Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

extrajudiciais -, bem como com o art. 932, III, do Código Civil⁴ - responsabilidade civil objetiva indireta -, depreende-se a aplicação da teoria da responsabilização civil objetiva aos notários e registradores pelos danos causados na prática de atos próprios da serventia extrajudicial.

Passando a um segundo argumento legal, a Lei 6.015/73 - Lei de Registros Públicos -, em seu art. 28, reforça essa posição, veja-se:

Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

Parágrafo único. A responsabilidade civil independe da criminal pelos delitos que cometerem.

Assim, os cartorários respondem objetivamente - despicienda, pois, a aferição de culpa - pelos danos causados no exercício da atividade notarial e de registro, sendo-lhes assegurado o acionamento do direito de regresso contra o preposto causador do evento danoso. Esse entendimento, inclusive, tem fundamento constitucional no art. 37, § 6º, da Lei Maior:

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

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (Grifo Nosso).

Por outro lado, um quarto viés legislativo deflui da Lei 9.492/97— Lei de Protesto —, ao traçar um regime distinto de responsabilidade

4 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

civil para os Tabeliães de Protesto de Títulos. É que a teor do art. 38 desse diploma legal tais profissionais submetem-se à teoria da responsabilidade civil subjetiva, condicionada, portanto, à presença de dolo ou culpa, *ad litteram*:

Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

A responsabilidade civil objetiva do notário e do registrador, no entanto, prevalece na doutrina. Cabe, nesse ponto, trazer as lições de Luiz Guilherme Loureiro (2011, p. 9), *litteratim*:

A nosso ver, a responsabilidade do registrador é objetiva, diante do exposto no art. 22 da Lei 8.935/94. A norma é clara ao dispor que este profissional do direito responderá pelos danos que ele e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, sem estabelecer a necessidade de conduta culposa ou dolosa. A regra somente exige o elemento subjetivo do preposto, para que o titular da serventia possa exercer o direito de regresso contra este, caso venha a ser condenado a indenizar o usuário do serviço público. Logo, para caracterizar a responsabilidade civil do registrador bastam o resultado lesivo e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

Na mesma linha, a conclusão de Yussef Said Cahali (2007, p. 261), *litteris*:

Em resumo: na linha do princípio inovador inserto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição e da legislação ordinária ajustada aos seus enunciados, a responsabilidade civil dos notários e oficiais de registro define-se como sendo igualmente objetiva, prescindir de qualquer perquirição a respeito do elemento subjetivo do dolo ou culpa sua ou de seus prepostos, bastando para o seu reconhecimento a demonstração do nexo de causalidade entre o ato (ou omissão) cartorário e o dano sofrido pelo particular.

Portanto – a símile da parte final do artigo 37, parágrafo 6º da Carta Magna – o dolo ou culpa dos prepostos passam a interessar apenas para o efeito de assegurar aos notários e oficiais de registro direito de regresso contra o causador direto do dano ilícito.

Igualmente, Odemilson Roberto Castro Fassa (2004, p. 81):

Assim, já por ocasião da edição do texto constitucional (art. 236), as disposições do art. 28 da lei n. 6.015/1976 tornaram-se inaplicáveis, pois incompatíveis com o registro jurídico adotado em relação à responsabilidade do Poder Público delegante, uma vez que, repita-se, a responsabilidade do delegado deve reger-se pelo mesmo modelo adotado para a responsabilidade do delegante, que no caso é objetiva.

Sendo assim, em sede legislativa, é possível concluir ser a responsabilidade civil dos notários e registradores, inclusive em matéria de protesto de títulos, norteadas pela teoria objetiva.

Sobre o tratamento do tema na jurisprudência, para o Supremo Tribunal Federal (STF), de fato, a responsabilidade civil dos titulares de serventias extrajudiciais é objetiva, *verbis*:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ESTADO - RECONHECIMENTO DE FIRMA - CARTÓRIO OFICIALIZADO. Responde o Estado pelos danos causados em razão de reconhecimento de firma considerada assinatura falsa. **Em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva é do notário, no que assume posição semelhante à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos - § 6º do artigo 37 também da Carta da República.** (STF, RE 201.595/SP, SEGUNDA TURMA, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 20/04/2001) (Grifo Nosso).

Aliás, esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao consolidar a matéria no sentido de que os notários e registradores devem responder direta e objetivamente pelos danos causados aos usuários dos serviços de notas e de registros públicos, *litteris*:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR PÚBLICO. LAVRATURA DE ASSENTO DE NASCIMENTO COM INFORMAÇÕES INVERÍDICAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FILHA PRIVADA DO CONVÍVIO MATERNO. DANOS MORAIS. VALOR DA

COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÃO.

1. A doutrina e a jurisprudência dominantes configuram-se no sentido de que os notários e registradores devem responder direta e objetivamente pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros. Precedentes.

2. Da falta de cuidado do registrador na prática de ato próprio da serventia resultou, inequivocamente, a coexistência de dois assentos de nascimento relativos à mesma pessoa, ambos contendo informações falsas. Essa falha na prestação do serviço, ao não se valer o registrador das cautelas e práticas inerentes à sua atividade, destoa dos fins a que se destinam os registros públicos, que são os de “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, assim como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.935, de 1994.

3. O dano moral configurou-se ao ser privada a vítima, ao longo de sua infância, adolescência e início da vida adulta, do direito personalíssimo e indisponível ao reconhecimento do seu estado de filiação, conforme disposto no art. 27 do ECA, desrespeitando-se a necessidade psicológica que toda a pessoa tem de conhecer a sua verdade biológica. Consequentemente, foi despojada do pleno acesso à convivência familiar, o que lhe tolheu, em termos, o direito assegurado no art. 19 do ECA, vindo a lhe causar profunda lacuna psíquica a respeito de sua identidade materno-filial.

4. É da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde alguma relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro. Precedente.

5. Para a fixação do valor da compensação por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades do processo, a necessidade de que a compensação sirva como espécie de recompensa à vítima de sequelas psicológicas que carregará ao longo de toda a sua vida, bem assim o efeito pedagógico ao causador do dano, guardadas as proporções econômicas das partes e considerando-se, ainda, outros casos assemelhados existentes na jurisprudência. Precedentes.

6. Recurso especial provido. (STJ, REsp. 1.134.677, TERCEIRA TURMA, rel Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 31/05/2011) (Grifo Nosso).

Por fim, resta consignar que a responsabilidade civil do titular da serventia é pessoal - e não do cartório como unidade despersonalizada⁵ prestadora de serviço público - e intransferível.

⁵ STJ, REsp 774.911/MG, SEGUNDA TURMA, rel Min. JOÃO OTÁVIO DE

Noutras palavras: além de a responsabilidade ser imputada à pessoa do notário/registrador, o sucessor - novo delegatário - não responde pelo ato ilícito praticado pelo antigo titular. Nesse sentido, o acervo jurisprudencial do STJ, *ad litteram*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO PELOS DANOS CAUSADOS PELO TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL NÃO-OFICIALIZADA. PRECEDENTES.

A responsabilidade civil por dano causado a particular por ato de oficial do Registro de Imóveis é pessoal, não podendo o seu sucessor, atual titular da serventia, responder pelo ato ilícito praticado pelo sucedido, antigo titular. Precedentes.

Recurso especial provido. (STJ, REsp 696989/PE, TERCEIRA TURMA, rel. Min. CASTRO FILHO, DJ, 27/11/2006). (Grifo Nosso).

A propósito, aqui também é seguida a linha tradicional da independência entre as instâncias administrativa (infração disciplinar – art. 31 da LNR), civil (danos causados a terceiros – art. 22 da LNR) e criminal (infração penal – art. 23 da LNR).

Em síntese, a jurisprudência dos tribunais superiores – andando *pari passu* com a legislação de regência -, sedimentou a tese da responsabilidade civil objetiva dos titulares de serventias extrajudiciais, em decorrência de danos causados aos usuários dos serviços notariais e de registros públicos.

4. Responsabilidade civil subsidiária do estado pelos danos resultantes da atividade notarial e de registro

Sob o ângulo da responsabilidade civil do Estado, a doutrina, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 984-993), Hely Lopes Meireles (2006, p. 647-656) e Maria Sylvia Zanella de

NORONHA, DJ 20/02/2006.

Pietro (2007, p. 612-615), em linhas gerais, delinea quatro momentos evolutivos: (a) teoria da irresponsabilidade do Estado; (b) teoria do Estado sujeito responsável; (c) teoria subjetiva; e (d) teoria objetiva.

Pela teoria da irresponsabilidade do Estado – negativista -, com base na máxima “o rei não erra”, tem-se que os agentes públicos não poderiam ser responsabilizados por seus atos. Portanto, de acordo com esse teoria, não há falar em responsabilidade do Estado.

Inaugurando uma perspectiva afirmativista - afirma a possibilidade de responsabilização do Estado -, a teoria do Estado sujeito responsável passou a admitir a responsabilização deste em situações pontuais - determinadas e específicas.

Prosseguindo na análise, sobreveio a teoria subjetiva - baseada na culpa do agente e aplicável aos casos de ilicitude da conduta -, a qual admite a responsabilidade do Estado nas hipóteses de conduta omissiva, dolosa ou culposa - elemento subjetivo -, e em situações de culpa do serviço - “faute du service” -, sob as vertentes da não prestação, da prestação ineficiente ou da prestação atrasada.

Finalmente, se alcançou a teoria da responsabilidade objetiva – fundada na teoria do risco administrativo sob a prática de atos comissivos -, tornando-se dispensável, para a efetiva responsabilização do Estado, a análise dos elementos subjetivos - dolo e culpa.

Diante desse cenário, a Constituição da República, na forma do art. 37, § 6º, anunciado linhas acima, adotou a teoria da responsabilidade extracontratual e objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

A respaldar esse entendimento, leciona Hely Lopes Meireles (2006, p. 652), *in verbis*:

O § 6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada pelas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo, não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional e tem sido

admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina, como veremos a seguir.

Sem embargo, cabe rememorar ser a teoria objetiva limitada às hipóteses de conduta comissiva do Estado, abrindo-se, dessa maneira, a possibilidade de também se atribuir ao Estado a responsabilidade subjetiva pelos danos gerados por sua conduta omissiva.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º.

I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses.

IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service.

V. - R.E. não conhecido (STF, RE 179.147/SP, SEGUNDA TURMA, rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ 27/02/1998)

Sendo assim, em matéria de responsabilidade civil do Estado coexistem dois regimes diversos: (a) responsabilidade civil objetiva - tradicional -, baseada no risco administrativo e aplicável às hipóteses de conduta comissiva; e (b) responsabilidade subjetiva, pressupondo análise de dolo e culpa, cabível em situações de danos provocados por omissão - culpa do serviço.

No tocante aos danos resultantes da atividade notarial e de registro, o STJ sedimentou a responsabilidade civil subsidiária do Estado nessa matéria, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem julgou procedente o pedido deduzido em Ação Ordinária movida contra o Estado do Amazonas, condenando-o a pagar indenização por danos imputados ao titular de serventia.
2. No caso de delegação da atividade estatal (art. 236, § 1º, da Constituição), seu desenvolvimento deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público.
3. **O art. 22 da Lei 8.935/1994 é claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que deve responder solidariamente o ente estatal.**
4. **Tanto por se tratar de serviço delegado, como pela norma legal em comento, não há como imputar eventual responsabilidade pelos serviços notariais e registrais diretamente ao Estado. Ainda que objetiva a responsabilidade da Administração, esta somente responde de forma subsidiária ao delegatário, sendo evidente a carência de ação por ilegitimidade passiva ad causam.**
5. Em caso de atividade notarial e de registro exercida por delegação, tal como na hipótese, a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório ainda oficializado. Precedente do STF.
6. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.087.862/AM, SEGUNDA TURMA, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19/05/2010) (Grifo Nosso).

Avançando na questão, o STJ pacificou, ainda, a desnecessidade da denúncia à lide do Estado nas ações indenizatórias relativas ao serviço notarial e de registro, conforme aresto assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CARTÓRIO NÃO OFICIALIZADO. ATIVIDADE DELEGADA. ART. 22 DA LEI 8.935/1994. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO E SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. DESNECESSIDADE DE DENÚNCIAÇÃO À LIDE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ.

1. Hipótese em que a instância ordinária condenou o ora recorrente ao pagamento de indenização em razão de transferência de imóvel mediante procuração falsa lavrada no cartório de sua titularidade. Foram fixados os valores dos danos morais e materiais, respectivamente, em R\$ 10.000,00 e R\$ 12.000,00 – estes últimos correspondentes aos gastos com advogado para reverter judicialmente a situação.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Inexiste a omissão apontada, porquanto o Tribunal de origem asseverou de forma expressa e clara a existência de nexos causal entre o dano e a atividade notarial, bem como a ausência de excludente por culpa de terceiro.

3. O exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1º, da Constituição) deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público.

4. Conforme decidido pela Segunda Turma no julgamento do Recurso Especial 1.087.862/AM, em caso de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes do STJ.

5. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se à atividade notarial.

6. Em se tratando de atividade notarial e de registro exercida por delegação, tal como in casu, a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório ainda oficializado. Precedente do STF.

7. Não está configurada violação do art. 70 do CPC, na linha do raciocínio que solidificou a jurisprudência na Primeira Seção do STJ, no sentido de que é desnecessária a denúncia à lide em relação à responsabilidade objetiva do Estado, sem prejuízo do direito de regresso em ação própria.

8. A análise da tese de que não houve dano moral demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice

da Súmula 7/STJ.

9. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (STJ, REsp 1.163.652/PE, SEGUNDA TURMA, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 01/07/2010) (Grifo Nosso).

Pela clareza, vale transcrever a reprodução desses entendimentos noticiados no Informativo nº 437, de 31 de maio a 4 de junho de 2010, da jurisprudência do STJ, *litteris*:

RESPONSABILIDADE. CARTÓRIO NÃO OFICIALIZADO.

É objetiva a responsabilidade do tabelião (art. 22 da Lei n. 8.935/1994) pelos danos resultantes de sua atividade notarial e de registro exercida por delegação (art. 236, § 1º, da CF/1988). O Estado apenas responde de forma subsidiária, sendo desnecessária sua denúncia à lide, sem prejuízo do direito de regresso em ação própria. No caso, houve transferência de imóvel mediante procuração falsa lavrada no cartório não oficializado de titularidade do recorrente, o que gerou sua condenação à indenização de danos morais e materiais. Precedentes citados: REsp 1.087.862-AM, DJe 19/5/2010, e REsp 1.044.841-RJ, DJe 27/5/2009. REsp 1.163.652-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1º/6/2010. (Grifo Nosso).

Essa responsabilização subsidiária do Estado, portanto, deve-se ao caráter público dos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais. Mais: a fiscalização direta das atividades notariais e de registro pelo Poder Público, por meio dos órgãos do Poder Judiciário, também é um fator determinante desse posicionamento.

Tem-se, desse modo, que diante da problemática da responsabilidade civil por danos causados pelos cartórios extrajudiciais, a jurisprudência, em especial do STF e do STJ, é no sentido da transferência subsidiária desse ônus ao Estado, dispensando-se, contudo, o instituto da denúncia da lide.

5. Conclusão

Esse o quadro, considerado o importante *munus* de garantidor da segurança jurídica das relações sociais desempenhado pelos notários e registradores, o presente estudo, apoiado no arcabouço legislativo e jurisprudencial ora examinado, leva-nos às seguintes conclusões:

- a) notário e registrador são agentes públicos atuando em colaboração com o Estado, para o exercício delegado da atividade notarial e de registro, de modo a garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos;
- b) a responsabilidade civil pessoal dos notários e registradores é do tipo objetiva, pelos danos, de ordem material ou moral, que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia;
- c) o novo delegatário não sucede ao anterior no dever de indenizar, porquanto a responsabilidade civil é pessoal do titular causador do dano;
- d) é possível, no campo da responsabilidade civil dos titulares de serventias extrajudiciais, a atribuição de responsabilidade subsidiária ao Estado, por se tratar de um serviço público fiscalizado pelo Poder Judiciário, sendo desnecessária sua denúncia à lide;
- e) de ordinário, a responsabilidade civil não interdita as esferas disciplinar e criminal.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1973.

_____. **Lei 8.935/94, de 18 de novembro de 1994**. Diário Oficial da União de 21 de novembro de 1994.

_____. **Lei 9.492/97, de 10 de setembro de 1997**. Diário Oficial da União de 11 de setembro de 1997.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Matéria constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Procedência. **Recurso Extraordinário n. 179.147**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Matéria constitucional. Responsabilidade civil do notário. Procedência. **Recurso Extraordinário n. 201.595**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 20 de abril de 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria administrativa. Responsabilidade civil pessoal do notário. Procedência. **Recurso Especial n. 774.911**. Relator: Ministro. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria administrativa. Responsabilidade civil objetiva do notário. Procedência. **Recurso Especial n. 625.144**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 29 de maio de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria administrativa. Responsabilidade civil pessoal do notário. Procedência. **Recurso Especial n. 696.989**. Relator: Ministro. Castro Filho. Brasília, DF, 27 de novembro de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria administrativa. Responsabilidade civil objetiva do notário e subsidiária do Estado. Procedência. **Recurso Especial n. 1.087.862**.

Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 19 de maio de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria administrativa. Responsabilidade civil objetiva do notário e subsidiária do Estado. Procedência parcial. **Recurso Especial n. 1.163.652**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 1 de julho de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Matéria administrativa. Responsabilidade civil objetiva do notário. Procedência. **Recurso Especial n. 1.134.144**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 31 de maio de 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FASSA, Odemilson Roberto Castro. **Registro de imóveis e responsabilidade patrimonial**. 1.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**. 2.ed. São Paulo: Método, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PRIETO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.4.

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e o princípio da vedação da proteção insuficiente

POLIANA DIAS ALVES JULIÃO¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo perscrutar a constitucionalidade da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária pelo pagamento do tributo à luz do princípio da proporcionalidade, que veda a proteção insuficiente do bem jurídico, e demonstrar, mediante análise da Constituição Federal e da doutrina, que a ordem tributária é um bem jurídico de relevância fundamental para que o Estado Brasileiro se mantenha de modo geral e cumpra sua missão de concretização de direitos fundamentais. Conclui-se que a proteção que lhe é destinada no âmbito criminal é inferior àquela conferida aos crimes contra o patrimônio particular, insuficiente à tutela adequada da ordem tributária, e, portanto, inconstitucional, por ofensa ao princípio implícito da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito penal, direito tributário, pagamento, punibilidade, extinção, inconstitucionalidade.

¹ Promotora de Justiça do estado do Tocantins. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

1. Introdução

A ordem constitucional contemporânea exige do Poder Público, quanto à proteção dos direitos fundamentais, não apenas o resguardo da autonomia do indivíduo em face da atuação estatal, mas uma conduta positiva na implementação de direitos sociais, econômicos e culturais. Essa postura proativa, que fornece à população saúde, educação, assistência social, moradia, entre outros, reclama, por outro lado, um grande aporte de recursos públicos.

Essas prestações estatais positivas são condicionadas à existência de recursos financeiros que são angariados, justamente, pela arrecadação tributária. Nota-se, assim, a imprescindibilidade do adequado funcionamento do Sistema Tributário Nacional, não só para assegurar a manutenção do aparato organizacional do Estado, a realização de obras de infraestrutura e atividades de fomento, por exemplo, mas para efetivação de direitos fundamentais. Por meio da ordem tributária se promove a justiça distributiva.

O tratamento legal que tem sido dado pelo legislador aos autores de crimes de sonegação fiscal, que garante a irresponsabilidade penal pelo pagamento do tributo devido, promove a delinquência tributária e reforça a concepção culturalmente enraizada na alma do povo brasileiro de que vale tudo para não pagar tributos, que apenas os tolos os pagam quando existe a possibilidade fática de sonegar.

Destaca-se que, em passado recente, a extinção da punibilidade se dava pelo pagamento do tributo a qualquer momento, inclusive depois de trânsito em julgado da sentença penal condenatória pela prática do crime correspondente.

Essa previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, a despeito da fraude engendrada na prática do delito, amesquinha a persecução penal nos crimes tributários, transformando-a num jogo em que o sonegador é sempre o vencedor. Até recentemente, se fosse absolvido, não pagava o tributo e remanescia penalmente incólume; se fosse condenado, pagava o

tributo devido e assegurava a extinção de sua punibilidade, situação em que, penalmente, também sairia ileso. Esse absurdo, contudo, foi mitigado com a edição da Lei nº 12.382/2011, que agravou um pouco a situação do autor do crime.

Ocorre que a disciplina jurídica da extinção da punibilidade nos crimes em questão, de caráter nitidamente utilitarista, transformou o conjunto de normas penais que tutelam o sistema tributário em um braço armado da Fazenda, um instrumento de coerção mais rigoroso a convencer o sonegador recalcitrante ao pagamento do valor devido, olvidando-se que o Direito Penal se estrutura sobre outros fundamentos.

Convém alertar, no entanto, que o simples não pagamento do tributo não repercute criminalmente. Pune-se apenas a supressão ou redução de tributos por meios fraudulentos, decorrente de práticas como falsificação de documentos, declarações ideologicamente falsas, entre outras condutas ardis.

O Direito Penal tem por função proteger os bens jurídicos socialmente relevantes dos ataques mais graves, por meio da ameaça de imposição de penas para os autores de condutas significativamente lesivas. Na medida em que o autor do crime, entretanto, tem a garantia de que a imposição dessa pena, no final das contas, está em suas mãos (pois pode pagar o tributo mesmo depois do oferecimento da denúncia, desde que antes de seu recebimento, assegurando a extinção da punibilidade), o Direito Penal deixa de ser instrumento de efetiva proteção do bem jurídico, para se tornar um procedimento anômalo de cobrança. Perde seu caráter de intimidação preventiva à prática do crime, vez que a punição não é decorrência inexorável do seu cometimento.

As normas infraconstitucionais devem ser compatíveis com as regras e princípios consagrados na Lei Maior, sob pena de invalidade. Dentre os princípios constitucionais que devem ser observados na edição das leis destaca-se o princípio da proporcionalidade, cuja

função não se limita a coibir excessos, mas também visa impedir a proteção insuficiente de bens jurídicos.

Sendo assim, questiona-se a constitucionalidade da previsão legal do art. 6º da Lei nº 12.382/2011, que assegura a extinção da punibilidade do autor de crime contra a ordem tributária quando formulado pedido de parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia pelo juiz e os valores sejam integralmente pagos, ainda que no curso da ação penal. Entende-se que essa previsão tem caráter utilitarista e não confere proteção adequada ao bem jurídico tutelado, o que malfez o princípio da proporcionalidade.

A ordem tributária como fator essencial à construção de um estado garantista de direitos fundamentais merece tutela penal adequada, incompatível com a condescendência legal aos sonegadores. A proteção prioritária da ordem tributária é consequência inflexível das novas exigências constitucionais na área social, como forma de permitir e promover a atuação estatal nesta seara, em atenção ao mandamento constitucional de fomento aos direitos prestacionais.

2. O direito penal e os princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e intervenção mínima

O Direito Penal, como instrumento estatal predisposto a tolher de forma drástica a liberdade individual em prol da coexistência harmônica de todos, extrai sua legitimidade da Constituição Federal, na medida em que deve cingir-se a proteger os bens de maior importância para a sociedade, sempre com observância dos princípios e regras que balizam a atuação do Poder Público enquanto agente limitador da liberdade individual.

Conforme adverte Luiz Flávio Gomes (2009), invocando Roxin, o Estado não pode criar figuras delitivas de forma arbitrária e indiscriminada, pois o injusto penal tem por finalidade a proteção dos bens jurídicos que assegurem a convivência com respeito aos direitos humanos e à democracia, posto que instrumento de *ultima*

ratio. Afirma, ainda, que “o direito penal tem como finalidade a exclusiva proteção de bens jurídicos, de modo que não serve, por exemplo, à tutela da religião ou de ideologias”. (GOMES, 2010).

Em um Estado laico, observa Luciano Feldens (2007), não cabe ao Poder Público “aperfeiçoar moralmente os cidadãos”, de modo que a prática de um fato exterior e ofensivo (ainda que de forma potencial) revela um critério de legitimação negativa da intervenção punitiva estatal, porquanto não cabe a este regular atitudes internas ou moldar a personalidade das pessoas, em especial por via da intervenção punitiva.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, a Lei Maior constitui parâmetro de criminalização de condutas, pois é ela quem delinea os bens, direitos e interesses mais caros à cidadania, estampando, dessa forma, o arcabouço de valores que deve nortear o legislador na elaboração dos tipos penais em geral. A Constituição, nesse sentido, representa limite material à criminalização de condutas.

De fato, Zaffaroni e Pierangeli (2007) asseveram que

não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade.

Esses bens jurídicos de valor inestimável aos cidadãos são aqueles apontados como direitos fundamentais, individuais e coletivos, pela Constituição Federal, e merecem, na mesma medida, proteção por parte do Estado, inclusive pelo sistema penal, quando se tratar de ofensa grave que exija repressão estatal no âmbito criminal.

O Direito Penal encontra limite não só em sua finalidade, de exclusiva proteção de bens jurídicos, mas na fragmentariedade e subsidiariedade de sua intervenção.

O caráter fragmentário revela que o Direito Penal não é um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas descontínuo,

tutelando apenas os bens mais caros à sociedade, e apenas das ofensas mais intoleráveis, e não de qualquer ataque.

Já a subsidiariedade impõe a precedência de outras formas de controle social, ou mesmo de outros ramos do Direito, à atuação do Direito Penal. Assim, apenas quando a proteção por outros instrumentos de tutela ao bem jurídico for insuficiente, o Direito Penal passa a regular determinada conduta.

A fragmentariedade e a subsidiariedade são corolários do princípio da intervenção mínima, segundo o qual o direito penal é a *ultima ratio*, a última fronteira na tutela dos bens jurídicos.

3. O neoconstitucionalismo, a força normativa dos princípios e o princípio da proporcionalidade

Tem se verificado, a partir de marcos históricos, filosóficos e teóricos, um movimento constitucional sedimentado em uma nova concepção de Estado e do Direito Constitucional, denominado neoconstitucionalismo, em que se reconhece a supremacia axiológica e material do texto da Constituição, a centralidade dos direitos fundamentais, a incorporação de valores e opções políticas destinadas à promoção da dignidade humana e a força normativa dos princípios. (BARROSO, 2007).

Afirma Dirley da Cunha Júnior que

com a implantação do Estado Constitucional do Direito, opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas depende não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. (CUNHA JR., 2008).

A Constituição Federal traz em seu bojo os direitos individuais e coletivos fundamentais da pessoa humana, e toda criminalização deve buscar tutelá-los das lesões mais graves e significativas, sempre

de forma subsidiária, quando outras formas de repressão não se mostrem suficientes à sua proteção.

Note-se que tanto os direitos individuais quanto os sociais gozam da mesma fundamentalidade e, por conseguinte, da mesma proteção estatal, porquanto a Constituição Federal não confere maior relevância nem assegura maior proteção a uns ou outros.

A propósito, Juan Bustos Ramírez (2010) nos ensina que a par dos bens jurídicos individuais, os bens jurídicos supraindividuais, como a segurança e saúde públicas, também são valores que o Direito reconhece e protege. Critica o autor posicionamentos neoliberais extremos, que sustentam que apenas os primeiros devem gozar de proteção estatal, olvidando-se dos últimos. Adverte que não é possível proteger bens individuais, como a vida e a integridade física, se não se tutela, por outro lado, a qualidade dos alimentos, a incolumidade pública, as condições adequadas do meio ambiente, entre outros bens difusos.

Essa abordagem dogmática, que busca a proteção penal de bens transindividuais, contrapõe-se à visão tradicional do sistema penal brasileiro, de índole liberal-individualista, focado na punição de condutas que violem direitos marcadamente individuais, como patrimônio, vida e liberdade. A nova pauta axiológica enaltece valores sociais e comunitários que ganharam proeminência com o pensamento neoconstitucionalista, com o novo paradigma constitucional de promoção da dignidade humana através da garantia de direitos coletivos, que carecem de proteção estatal também na seara do direito sancionador.

Essa exigência constitucional de proteção penal aos bens transindividuais retira as classes dominantes do conforto proporcionado pela tradicional dogmática penal que tem seu foco na punição de crimes que atingem bens jurídicos marcadamente individuais, cuja persecução recai, em regra, sobre as camadas economicamente mais vulneráveis na sociedade. Com as novas exigências de tutela de direitos usufruídos coletivamente pela

cidadania, resultando na criminalização de ofensas a bens coletivos como o meio ambiente, a ordem econômica e tributária, a saúde pública e o sistema financeiro, passa-se a um novo modelo de persecução penal, em que “os valores do passado se chocam com as necessidades do presente”.

Esse novo paradigma punitivo de ofensas graves a direitos supraindividuais enfrenta forte resistência para a adequada punição, tanto que o rigor das sanções a bens individuais, em regra, é infinitamente maior do que aquele destinado aos crimes contra a coletividade, embora, no último caso, o dano tenha a potencialidade de atingir um número consideravelmente maior de vítimas.

Ganha relevo, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de respeito aos direitos fundamentais por limitar a atuação dos poderes públicos, pelo qual toda intervenção estatal restritiva de direitos individuais deve ser, simultaneamente, necessária, adequada aos fins a que se propõe e proporcional em sentido estrito. Na verdade, esses parâmetros de interferência sobre a liberdade das pessoas foram expressos por Cesare Beccaria, no sentido de que “*a pena, para não ser um ato de violência contra o cidadão, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei*”. (BECCARIA, 1980).

Vale notar, entretanto, que o princípio da proporcionalidade visa a coibir não apenas o excesso praticado pelo Poder Público, que ao editar normas deve respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas a insuficiência na intervenção jurídico-penal. Possui, assim, duas vertentes – a “proibição de excesso” e a “vedação da proteção insuficiente”, pois tão perniciosa quanto a imposição de sanções draconianas é a insuficiência de proteção penal aos bens jurídicos, mediante a imposição de sanções muito aquém da necessidade para a prevenção e reparação do crime. (QUEIROZ, 2005).

Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2001):

a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

A propósito, Lênio Streck e André Copetti (2011) lecionam que

A aproximação matricial entre o modelo penal e a base normativo-axiológica constitucionalizada deve ser analisada sob dois aspectos fundamentais: o conteúdo criminalizado e as penas cominadas. Se pelo primeiro aspecto observamos uma tendência do direito penal em criminalizar condutas violadoras de bens constitucionalizados, enfatizando-se com isso uma tendência comunitarista, pelo segundo constatamos que uma hegemonia da matriz-liberal individualista, uma vez que ainda permanece a maior gravidade da punibilidade dos delitos que violam bens individuais. A confirmação da assertiva relativa ao primeiro aspecto dá-se pela simples análise do conteúdo de leis penais e não penais com disposições penais incriminadoras surgidas após a promulgação da Carta Magna. Rapidamente podemos elencar uma enorme quantidade de leis que ampliaram o leque de condutas abstratamente incriminadas, com a finalidade de regulamentarem dispositivos constitucionais, e cujos bens jurídicos tutelados, em sua grande maioria, são não individuais..

Pode-se observar, nessa linha, que muitos delitos previstos no nosso ordenamento jurídico não protegem suficientemente o bem jurídico que deveriam resguardar, como ocorre nos crimes de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/1965), cuja pena privativa de liberdade é graciosa; nos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), em que a esmagadora maioria de tipos incriminadores, quando não são crimes de menor potencial ofensivo, permitem a suspensão condicional do processo, e nos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/1990),

em razão da possibilidade de extinção da punibilidade do autor ainda que após a deflagração da ação penal, em função do pagamento a qualquer tempo do tributo sonegado, se o parcelamento tiver sido requerido administrativamente antes do recebimento da denúncia pelo juiz (art. 6º da Lei nº 12.382/2011).

A partir do reconhecimento da força normativa da Constituição, os dispositivos Constitucionais, sejam regras ou princípios, são dotados de normatividade. Portanto, tratando-se de normas jurídicas, os preceitos constitucionais impõem-se de forma cogente, de modo que toda proteção estatal preconizada na Lei Maior deve ser efetiva, concretizando-se na sociedade. Assim, a omissão estatal em implementar os direitos fundamentais sociais, por exemplo, pode ser tida como inconstitucional por afrontar o princípio da proporcionalidade, na vertente que proíbe a proteção insuficiente dos bens jurídicos. Da mesma forma, a edição de uma lei que não confere ou retira a proteção penal de um bem jurídico de valor inestimável à manutenção da sociedade também padece do mesmo vício.

Destarte, ainda que previsto implicitamente na Carta Magna, o princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação da proteção insuficiente, constitui-se em parâmetro de validade das normas infraconstitucionais, e todo o ordenamento jurídico, nesse sentido, deve harmonizar-se com o seu conteúdo.

4. Os bens jurídicos sociais como objeto de proteção em matéria penal

Na nova ordem constitucional, o Estado passa a adotar uma postura positiva, no sentido de proporcionar à cidadania prestações de natureza material, a fim de concretizar o postulado da justiça social. Assegura-se, assim, entre outros direitos, a educação, a saúde, a moradia e a assistência social.

Nessa perspectiva, os direitos sociais deixam de ser mero embuste legislativo para tornarem-se direitos subjetivos, e como tal,

exigíveis do Estado. Dessa forma, por exemplo, a qualificação dos direitos à saúde e educação como fundamentais não implica em mero reconhecimento retórico de sua essencialidade, mas garante aos cidadãos de forma efetiva o acesso às ações e serviços que os assegurem.

Para Ana Paula de Barcellos, os direitos fundamentais têm um “*status diferenciado no âmbito do sistema constitucional*” e “*tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover direitos fundamentais*” (BARCELLOS, 2007). Logo, os direitos fundamentais, notadamente os sociais, perdem a conotação de meras exortações à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, convertendo-se em direitos subjetivos judicialmente exigíveis.

Se antes a Constituição apenas limitava a ação do Poder Público perante o cidadão, balizando a intervenção na liberdade e propriedade, por exemplo, hodiernamente lhe impõe prestações de cunho material em favor da coletividade, postura que exige recursos financeiros infinitamente maiores. Neste ponto, parece paradoxal que o Poder Público, de um lado, alegue limitações financeiras à realização de comandos constitucionais e, de outro, trate com tanta parcimônia os autores de crimes tributários, que com sua conduta recalcitrante trazem profundos prejuízos à realização dos compromissos estatais, conferindo aos sonegadores tratamento penal não encontrável em outras figuras delitivas de menor expressão social, como o furto, ainda que de pequeno valor.

Com efeito, se uma pessoa subtrai para si uma bicicleta de outrem pratica o crime de furto. Consumado o crime, ainda que o autor devolva o bem à vítima, sua conduta não coloca fim à persecução penal, apenas atenua a pena a ser futuramente aplicada, em função do arrependimento posterior, na forma do art. 16 do Código Penal, *in verbis*:

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”

Por outro lado, aquele que suprime o pagamento de tributo praticando ato fraudulento, ainda que a quantia sonegada seja suficiente para construir hospitais, escolas, equipar a polícia com automóveis e instrumentos úteis à segurança pública, tem a benesse legal de reparar o dano, mediante o pagamento do valor devido. Ainda que já tenha sido ofertada a denúncia, sua punibilidade será invariavelmente extinta se formular pedido de parcelamento do débito antes do recebimento da inicial, e quitá-lo de forma integral, ainda que posteriormente. Esse tratamento desigual ofende a Constituição Federal, confere maior proteção penal aos bens jurídicos individuais do que aos bens supraindividuais, conquanto, no último caso, o crime surta efeitos deletérios sobre uma quantidade indeterminável de pessoas.

Vale notar que a reparação do dano, ainda que extremamente importante, não se sobrepõe à finalidade própria do Direito Penal, consistente na proteção do bem jurídico. Destina-se a proteção penal, dentre outras finalidades, a evitar a prática delitativa, e não a compelir o autor a reparar o dano provocado pelo crime em troca da sua irresponsabilização criminal.

5. Da relevância social do bem jurídico protegido nos crimes contra a ordem tributária

As ações e serviços sociais a cargo do Poder Público são assim um corretivo das distorções provocadas pelo modelo econômico, mas os recursos financeiros exigidos à sua satisfação são limitados, dependem da arrecadação tributária.

Embora a disponibilidade orçamentária não possa sempre servir de escudo para a omissão estatal em matéria de efetivação de direitos assegurados constitucionalmente, é certo que a concretização de direitos sociais requer um grande aporte de recursos financeiros, obtidos através da arrecadação tributária. Os recursos, assim, não são

ilimitados, e quanto maior a leniência da legislação com os autores de crimes tributários, maior a sonegação e menor a disponibilidade financeira para a concretização dos direitos fundamentais assegurados pela Lei Maior. Aqui reside um dos paradoxos do Estado brasileiro.

A prevenção à prática do crime contra a ordem tributária é crucial para assegurar o adequado funcionamento do Sistema Tributário Nacional e, por consequência, a realização da justiça distributiva por meio da concretização dos direitos sociais. A garantia de extinção da punibilidade pelo pagamento, mesmo depois de consumado o crime e a despeito da existência de provas hábeis a fomentar futura condenação criminal, não estimula o indivíduo a abster-se de praticar o crime. Ao contrário, o agente pratica o crime na expectativa de que sua prática não seja detectada e permaneça impune, mas caso o fato venha a ser descoberto, o criminoso conta a garantia de que, pagando o valor apurado, não se submeterá à persecução penal, a despeito da fraude engendrada.

De modo geral, a Lei nº 8.137/90, em seus artigos 1º e 2º, cuida dos crimes contra a ordem tributária, embora alguns tipos incriminadores do Código Penal (art. 168-A e 337-A, por exemplo) também protejam o mesmo bem jurídico de forma mais específica, em relação às contribuições previdenciárias, que são espécies de tributos.

No art. 1º da citada lei tem-se crime material, pois o tipo exige, para a consumação do delito, a efetiva supressão ou redução de tributos por meio de condutas fraudulentas.

Nesse caso, o STF consagrou, por meio da súmula vinculante nº 24, o entendimento de que a promoção da ação penal exige o prévio lançamento tributário. Entende-se que o lançamento tributário, ato privativo da autoridade tributária, é que constitui o tributo, de modo que antes de sua conclusão não se pode afirmar sua supressão ou redução, condutas núcleos do tipo penal em questão.

No art. 2º também há o emprego da fraude, mas o contribuinte não chega a reduzir ou suprimir o pagamento do tributo, embora seja essa sua finalidade. O crime se consuma com a realização da conduta fraudadora, ainda que não ocorra o resultado pretendido, com a supressão ou redução do pagamento do tributo visado.

Segundo Baltazar Jr. (2009), o bem jurídico protegido

“é a integridade do erário (TRF4, AC 1999.71.00.013749-2/RS, Fábio Rosa, 7ª T., u., 12.2.03) ou a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Cuida-se de bem macrossocial, coletivo.”

Lembra o penalista que a arrecadação não é um fim em si mesmo, mas um meio de cumprir suas finalidades, vez que a superveniência de direitos sociais aumentou os deveres do Estado.

A existência de recursos financeiros é, assim, essencial à satisfação das necessidades sociais, o que evidencia a fundamentalidade do bem jurídico protegido através dos crimes contra a ordem tributária.

É através da arrecadação de tributos que o Estado obtém recursos para se desincumbir dos mais variados compromissos constitucionais de garantia do mínimo vital, da promoção da dignidade pelo amparo estatal aos cidadãos em suas necessidades básicas como saúde, segurança e educação. Entretanto, apenas com uma postura enérgica contra os crimes de sonegação fiscal o Poder Público pode obter esse desiderato, pois é sabido que as multas fiscais não são eficazes para coibir a prática fraudadora².

Em um país onde a fraude é disseminada pela crença de que os impostos não revertem em prol da população, onde culturalmente

² Segundo dados apresentados pelo Governo Federal na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 303/2006, a dívida de contribuintes à época da edição dessa Medida era de R\$ 343 bilhões, junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, R\$ 260 bilhões junto à Receita Federal, e R\$ 160 bilhões perante a Previdência Social.

tudo é permitido para evitar o pagamento de tributos e o cidadão que os paga integralmente muitas vezes é ironizado por sua atitude, a brandura com que os sonegadores são tratados penalmente em nada contribui para reverter essa concepção enraizada na sociedade, que vê nos impostos uma expropriação indevida em seu patrimônio, e não uma necessidade de manutenção social.

Logo, se para a Lei Maior é dever prioritário do Estado garantir à coletividade o acesso aos direitos sociais, fundamental deve ser a tutela penal da ordem tributária, que permite ao Poder Público cumprir o seu compromisso nesta seara.

6. Da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária

A par das causas extintivas da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal, cujo rol é meramente exemplificativo, a Lei nº 12.382/2011 prevê o pagamento integral do débito tributário submetido a regime de parcelamento como causa extintiva da punibilidade.

Essa lei conferiu nova redação ao art. 83 da Lei nº 9.430/1996, que trata em seu *caput* da representação fiscal para fins de promoção da ação penal, e nos parágrafos, da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, e acabou por revogar as disposições da Lei 11.941/2009, que sucedeu a Lei 10.684/2003, que tratavam da matéria.

Embora seja entendimento consolidado no STF³ de que a representação fiscal seja dispensável ao ajuizamento da ação penal quando o Ministério Público dispuser de outros elementos para comprovação da constituição definitiva do crédito tributário,

³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Matéria Penal. Crimes contra a ordem tributária. Ausência de tipicidade penal enquanto o crédito ainda não for constituído definitivamente. Dispensabilidade da representação fiscal. Habeas Corpus nº 85329/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 21/11/2006.

interessa, nesse trabalho, o regramento da matéria relativa à extinção da punibilidade, tratada, agora, pelo art. 83 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 12.382/2011.

A revogada Lei nº 10.684/2003 instituía o denominado PAES, ou REFIS II, e determinava a extinção da punibilidade do autor de crimes tributários a qualquer tempo, mediante o pagamento do tributo sonegado. Vale ressaltar que se permitia, inclusive, o parcelamento do débito, período em que a punibilidade ficaria suspensa, até o total pagamento do valor devido.

A redação do dispositivo era a seguinte:

“Art. 9º. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. §1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. §2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

Antes da Lei nº 10.684/2003, o art. 34 da Lei nº 9.249/1995 previa o pagamento ou o mero parcelamento do tributo sonegado, por construção jurisprudencial, como causa de extinção da punibilidade, porém com uma limitação temporal: deviam ser realizados antes do recebimento da denúncia. Interessante notar que, no caso do parcelamento, com a consequente extinção da punibilidade, não havia como retomar a ação penal em caso de inadimplemento do parcelamento, em razão da vedação de revisão criminal *pro societate*.

Em seguida, sobreveio a Lei nº 9.964/2000, que em seu art. 15 instituiu o programa REFIS, e corrigiu o erro da legislação anterior quanto ao regime de parcelamento, assegurando apenas a suspensão da punibilidade pelo parcelamento do débito, com a extinção da punibilidade somente após o pagamento integral da quantia sonegada.

Mais adiante, foi editada a Lei nº 10.684/2003, que, na lição de José Paulo Baltazar Júnior, assegurava ao sonegador extinção de sua punibilidade com o pagamento a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, enquanto o autor, ou a pessoa jurídica através da qual o agente praticou o crime estivesse inserida em regime de parcelamento do débito, sua punibilidade ficava suspensa, até o adimplemento total do tributo e seus acréscimos. (BALTAZAR JR., 2009, p. 459).

Atualmente, entretanto, vigora a Lei nº 12.382/2011, que revogou os preceitos que, na Lei nº 10.684/2003, sucedida pela Lei nº 11.941/2009, estabeleciam a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito nos crimes contra a ordem tributária, passando a regular inteiramente a matéria.

Em relação ao art. 9º da Lei nº 10.684/2003, inclusive, foi proposta no STF pelo Procurador-Geral da República, a ADI 3002, questionando a constitucionalidade desse dispositivo. Referida ação, contudo, foi julgada prejudicada em função da superveniência da Lei nº 11.941/2009, que revogou o dispositivo questionado, disciplinando a questão nos arts. 67/69. Atualmente, esses dispositivos também estão revogados, por força do art. 6º da Lei nº 12.382/2011.

Eis os novos parágrafos do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 12.382/2011:

§1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive

accessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.
§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.
§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.” (NR).

A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária em razão do pagamento desvirtua a legislação penal tributária, conferindo-lhe caráter meramente arrecadatório, com a finalidade utilitarista de compelir os devedores do fisco ao pagamento dos tributos devidos. Assim, o pagamento satisfaz completamente os objetivos da lei, de forma que a extinção da punibilidade seria uma consequência natural do pagamento.

Olvida-se, conforme visto, que a distinção entre o mero inadimplemento e o crime contra a ordem tributária reside no meio fraudulento empregado para o não pagamento, e que a fraude não se descaracteriza pelo pagamento do valor devido.

Ademais, o Direito Penal tem por finalidade precípua a proteção do bem jurídico, e não apenas a reparação do dano, embora de fundamental importância, mormente naquelas condutas cuja lesão se opera em prejuízo da sociedade. Ocorre que nenhum outro tipo penal doloso que proteja o patrimônio confere à reparação do dano tamanha benesse ao autor. Se no crime que tem o patrimônio individual como bem jurídico tutelado não se admite a extinção da punibilidade pela reparação do dano, no crime que lesa o patrimônio coletivo, em princípio mais reprovável socialmente, não se pode conceder tratamento penal mais favorável ao criminoso.

Os crimes contra a ordem tributária, nesse sentido, têm por objetivo a proteção do Sistema Tributário Nacional, como bem jurídico essencial à manutenção do Estado e da sociedade, porquanto apenas a intervenção criminal, com as consequências gravíssimas de sua incidência, pode ser eficaz à redução da sonegação fiscal, uma

vez que as punições administrativas não têm se mostrado suficientes para tanto.

A ilegitimidade, por conseguinte, não é da legislação penal tributária incriminadora, que passa incólume pela filtragem constitucional, pelos princípios que norteiam e limitam a produção legislativa em matéria de criminalização de condutas, mas da Lei nº 12.382/2011, que premia os autores de crimes tributários com um benefício que destoa de toda a sistemática construída no ordenamento jurídico-penal brasileiro, conferindo a um comportamento posterior e estranho à realização do tipo, no caso, o pagamento, um efeito que neutraliza o crime, em dissonância com os efeitos mitigados da reparação do dano nas demais espécies delitivas.

7. Conclusão

O atual regramento da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, promovido pelo art. 6º da Lei nº 12.382/2011, ainda que mais rigoroso do que aquele previsto na Lei nº 10.684/2003, que permitia a extinção da punibilidade, a qualquer tempo, mediante o pagamento do tributo devido, não protege de forma suficiente o bem jurídico.

Agora, a extinção da punibilidade ocorre apenas em relação aos autores de crimes que tenham solicitado sua inclusão em regime de parcelamento anteriormente ao recebimento da denúncia pelo juiz.

Todavia, o regime legal aplicável, embora um pouco mais rigoroso, não confere adequada proteção ao bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem tributária, estimulando a delinquência em prejuízo das necessidades públicas, pois o autor, ainda que pratique o crime, pode, com a reparação do dano, inviabilizar sua responsabilização criminal pelo fato praticado, quando a proteção que o Direito Penal confere ao bem jurídico deveria visar impedir a sua prática.

Outrossim, o dispositivo malfadado concede tratamento mais benéfico do que aquele destinado aos demais crimes contra o patrimônio, público ou particular, conferindo-lhe nítido caráter utilitarista, arrecadatário.

Assim, o art. 6º da Lei nº 12.382/2011 ofende o princípio da proporcionalidade, na vertente que veda a edição de leis que protejam de forma insuficiente o bem jurídico.

Referências

BALTAZAR JR, Paulo José. **Crimes Federais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço *Democrático*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.) **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Salvador, Bahia, nº 9, mar/abr/mai. 2007. Acesso em 19 de junho de 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1980.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.

FELDENS, Luciano. A Conformação Constitucional do Direito Penal: Realidades e Perspectivas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho penal mínimo y bienes jurídicos**

fundamentales. Disponível em http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf. Acesso em 07/06/2011.

GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal antes de depois de Roxin.** Material da 1ª aula da Disciplina Princípios Constitucionais Penais e Teoria Constitucionalista do Delito, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- Uniderp / REDE LFG. Disponível em: <http://www.blogdolf.com.br>. Acesso em: 12 abril 2009.

_____. Princípios constitucionais reitores do Direito penal e da Política criminal. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- Uniderp / REDE LFG. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 10 jun 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y Proteccion de Bienes Jurídicos.** Disponível em: http://www.juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf. Acesso em 19 de maio de 2011.

MACEDO, Celina Maria. **Bem jurídico e proporcionalidade: A proibição da proteção deficiente no direito penal.** Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/celinamacedo.pdf. Acesso em 18 de maio de 2011.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Jacqueline Orofino da Silva Zago. **A banalização do Direito Penal nos Crimes Tributários.** Revista Jurídica Tributária, Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, Ano 3, nº 10, p. 49/64, jul/set. 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Principios fundamentales de un derecho penal democrático**. Disponível em http://www.juareztaavares.com/textos/bustos_penal_democratico.pdf. Acesso em: 09 jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 de maio de 2011.

STRECK, Lênio Luiz, COPETTI, André. **O Direito Penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: Um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição?**. Disponível em: www.leniostreck.com.br. Acesso em 20 de junho de 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A criminalização do enriquecimento injustificado de servidores públicos

Vinícius de Oliveira e Silva¹

RESUMO

O presente artigo trata da necessidade de repressão penal do enriquecimento injustificado de servidores públicos, visando o incremento do combate à corrupção, conforme acordado pelo Brasil na Convenção Interamericana contra a Corrupção e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida).

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Tocantins. Especialista em Direito Constitucional.

1. Corrupção, essa sombria chaga

O palco natural onde se desenvolve a corrupção é a sombra, a escuridão. As negociatas, as fraudes em licitações, os desvios de dinheiro público, as entregas de propina dão-se à sorrelfa.

Seus inescrupulosos e gananciosos autores – muita vezes, conhecidos personagens da sociedade – auferem milhões de reais por inúmeras e escamoteadas condutas, sendo certo que a prova da existência de cada um dos atos de corrupção perpetrados por um agente público desonesto somente exsurge em alguns casos.

De outro lado, porém, o fim imediato de grande parte dos crimes contra a administração pública é o enriquecimento ilícito dos seus agentes, dentre eles o servidor corrupto, um traidor de seu *munus publicum*, um pérfido bufão que usa o cargo para acumular dinheiro e, assim, se destacar – segundo acredita - em uma sociedade extremamente egoísta, hedonista e materialista. Apropria-se e malversa o dinheiro público, que deveria ser utilizado estritamente para atender às demandas básicas do pobre povo brasileiro. Subtrai valores que deveriam custear remédios e salvar vidas para adquirir objetos de luxo. Desvia milhares de reais que deveriam ser aplicados em escolas para satisfazer seu desejo de comprar uma indispensável – em sua ótica – lancha. Solapa e descredibiliza as instituições republicanas em troca de propina e às custas do miserável povo brasileiro que deveria servir.

2. O repúdio internacional à corrupção

Execrada pelo direito interno brasileiro desde as Ordenações Filipinas² no século XIX, até a atual Constituição Cidadã de 1988 e

² As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil Colonial até 1830. Anota Sílvio Marques, na obra *Improbidade Administrativa - Ação civil e cooperação jurídica internacional*, São Paulo: Saraiva, 2010, p.28, que: “As Ordenações Filipinas proibiam quaisquer autoridades públicas de receberem dádivas ou presentes, sob pena de perderem o ofício e de pagarem multa equivalente a

os diplomas penais e extrapenais em vigor, a corrupção foi alvo de atenção também do direito internacional.

Realmente, considerando que esse vício social atinge a própria legitimidade das instituições públicas, atenta contra a sociedade, fere a ordem moral e jurídica, prejudica o desenvolvimento dos povos, lesa a democracia representativa e assim a própria paz, os países membros da organização dos Estados Americanos, dentre eles o Brasil, se reuniram e firmaram, no ano 1996, na cidade de Caracas, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção³.

vinte por um sobre o total auferido, sendo a metade para quem acusasse e o restante para o tesououro português.”

³ No seu Preâmbulo, a Convenção Interamericana prescreve que “OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício; PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social; RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins; CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção; RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente; CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos; PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico ilícito de entorpecentes, que ameaçam e corrompem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis; TENDO PRESENTE que, para combater a corrupção, é responsabilidade dos Estados erradicar a

O referido tratado internacional, que somente foi promulgado em nosso país em 07 de outubro de 2002, por via do Decreto presidencial nº 4410, prevê importantes diretrizes que buscam, segundo seu próprio texto, “prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício”.

Dentre as referidas diretrizes poder-se-ia, a título exemplificativo, citar que os países signatários obrigam-se a: a) estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem às autoridades competentes os atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento para preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública; b) criar sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações; c) desenvolver sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno; d) estabelecer mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção; e) prestar mutuamente a mais ampla assistência possível para identificar, localizar, bloquear, apreender e confiscar bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados de acordo com a Convenção, ou os bens usados para essa prática, ou o respectivo produto.

Mas não foram somente os países das Américas que convencionaram combater a falta de probidade em suas administrações públicas. Em 2003, a comunidade internacional - impunidade e que a cooperação entre eles é necessária para que sua ação neste campo seja efetiva; e DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício”

por inúmeros países de vários continentes - trouxe a lume um novo tratado contra a corrupção.

Realmente, naquele ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas⁴ voltou suas preocupações para o enfrentamento da desonestidade nos governos, elaborando a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida). O tratado foi ratificado pelo Brasil e promulgado, anos mais tarde, pelo Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

Tal documento estabelece vários comandos que objetivam criar e aprimorar instrumentos de enfrentamento da corrupção, dos quais, de forma perfunctória e meramente enumerativa, destacam-se em nossa visão: a) o aumento da transparência na administração pública, inclusive relativamente à sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões; b) o fomento da participação ativa da sociedade, notadamente pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade; c) a promoção da cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; d) intercâmbio de informações e coordenação de medidas administrativas para a pronta detecção dos delitos compreendidos na convenção; e) garantia de que os órgãos e pessoas especializadas na luta contra a corrupção tenham a

4 Sobre a ONU, leciona Marcelo D. Varella in *Direito Internacional Público*. 3ª ed. São Paulo:Saraiva. 2011, p.312: “A Organização das Nações Unidas – ONU é uma organização internacional cujos principais objetivos são assegurar a paz e a segurança mundial, a promoção dos direitos humanos e a cooperação para o desenvolvimento econômico e social (art. 1º da CONU). Trata-se de uma iniciativa dos Estados vitoriosos na Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e China), que se reuniram em 1944, na Conferência de Dumbarton Oaks, em Washington, com a intenção de criar um sistema multinacional de defesa coletiva. A ONU finalmente foi criada em 1945, na Conferência de São Francisco. Com o seu amadurecimento, deu origem a diversas Organizações Internacionais com temas específicos, para a promoção do desenvolvimento global, o combate à fome, a preservação da diversidade cultural e o combate a grandes males que atingem o homem.”

independência necessária para que possam desempenhar suas funções com eficácia e sem pressões indevidas; f) criação de departamento de inteligência financeira em cada país que se encarregará de receber, analisar e dar a conhecer às autoridades competentes toda informação relacionada com as transações financeiras suspeitas.

3. A necessária criminalização do enriquecimento injustificado de agentes públicos

Cada um dos pontos referidos acima - e outros que constam dos tratados internacionais referidos - poderia ser objeto, por si só, de estudo específico. Entretanto, além das previsões acima referidas e de vários outros princípios e normas que não são tema do presente texto, é certo que tanto a Convenção Interamericana Contra a Corrupção quanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelecem um comando que, em nossa ótica, pode ter imensa aplicação prática: a criminalização do enriquecimento injustificado (ilícito) de servidores públicos.

Deveras, a Convenção Interamericana contra a Corrupção dispõe, em seu artigo IX, o seguinte:

“Artigo IX

Enriquecimento ilícito

Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente. Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de enriquecimento ilícito, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção.

O Estado Parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis.”

De modo semelhante, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece, no artigo 20:

“Artigo 20

Enriquecimento ilícito

Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.”

Nota-se que, em ambos os instrumentos internacionais, os estados partes acordaram como diretriz a criação, no direito interno, do crime de enriquecimento ilícito, que restaria configurado simplesmente com o aumento significativo e injustificado do patrimônio de um servidor público.

É dizer: segundo a comunidade internacional, como uma das medidas para o sério combate à corrupção, devem os países considerar ilícito penal o fato de um servidor público ter patrimônio incompatível como sua renda legítima.

O pragmatismo da medida é grande, pois é desnecessário comprovar os crimes antecedentes de corrupção, concussão, peculato, etc, eis que o funcionário público que ostenta patrimônio incompatível com sua renda evidentemente teve um incremento patrimonial ilícito decorrente de uso criminoso de função.

No Brasil, como é sabido, o enriquecimento injustificado de agente público já é considerado um ilícito civil, caracterizando

ato de improbidade administrativa, conforme artigo 9º, VII⁵, da Lei 8.429, de 1992.

Entretanto, tal fato gravíssimo e revelador óbvio da corrupção de um funcionário público não é sancionado pela lei penal brasileira.

Em outros países tal situação é prevista como crime, podendo-se lembrar, v.g., que, desde 1.999, o Código Penal de la Nacion Argentina, no artigo 268 (2), dispõe:

ARTICULO 268 (2) – Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

Atualmente encontra-se em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro o Projeto de Lei nº 5586/05 interessante que cria, logo após o crime previsto no artigo 317 do Código Penal (Corrupção Passiva), o artigo 317-A, estabelecendo o delito de enriquecimento ilícito.

O texto da proposta de norma, em nossa ótica, é deveras oportuno, pois torna crime a circunstância de um funcionário público,

⁵ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

injustificadamente, ter ou usar bens incompatíveis com sua renda e evolução patrimonial. Confira-se o teor do projeto:

“Enriquecimento ilícito

Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade.”.

Pensamos que tal tipo legal atenderia satisfatoriamente⁶ o compromisso brasileiro assumido no artigo IX da Convenção Interamericana contra a Corrupção e no artigo 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, estabelecendo, no plano legislativo, mais um importante mecanismo para o combate à corrupção.⁷

⁶ Para aperfeiçoamento do texto, seria recomendável que a lei explicitasse que a norma se aplica também a ex-funcionários que enriqueçam injustificadamente anos após deixarem o serviço público.

⁷ No dia 23 de maio de 2012, a Comissão de Juristas designada para elaborar um anteprojeto de um novo Código Penal também aprovou a necessidade de criminalização do enriquecimento ilícito de funcionários públicos. Segundo notícia publicada no site do STJ, no dia 27 de maio, o tipo penal sugerido pelos juristas teria uma pena de apenas 1 a 5 anos, acrescida do confisco dos bens. Em caso da propriedade ou posse dos bens ter sido atribuída a terceiros (“laranjas”), a pena seria aumentada de metade a dois terços. Tendo em vista que até a data da finalização desse artigo não houve a publicação da ata da reunião da comissão, não foi possível avaliar a redação do tipo, porém a previsão expressa do confisco de bens é interessante, mas a pequena sanção, com pena mínima de somente um ano, atrai a possibilidade de suspensão condicional do processo, o que é absurdo para um delito de tal gravidade. Melhor seria a sanção de 3 a 8 anos prevista no projeto 5586/05, que é a pena prevista para o delito de peculato e corrupção, conforme o mesmo anteprojeto do novo Código Penal.

Tal norma penal, segundo pensamos, exigiria de todos os servidores públicos uma efetiva observância do dever de probidade, jogando luz em bens, gastos e modos de vida de agente públicos completamente incompatíveis com suas rendas e que não podem deixar de ser objeto de investigação e repressão criminal.

4. Conclusão

A corrupção subtrai – cínica e criminosamente - o dinheiro público tão necessário para o desenvolvimento do país e para o atendimento das demandas mais fundamentais da sociedade. Essa praga das sombras decreta a ignorância dos jovens em estabelecimentos de ensino precários e com professores miseravelmente remunerados, assassina pais de família em rodovias anacrônicas e mal conservadas, condena à morte crianças e idosos que necessitam dos combalidos serviços de saúde pública e assistência social.

Tributado impiedosamente, o povo – com toda razão – já não mais suporta tanta desonestidade e, assim, todas as medidas que possam incrementar o combate à corrupção devem ser adotadas.

A criminalização do enriquecimento ilícito (injustificado) de agentes públicos aumentaria a proteção da administração pública contra investidas de inescrupulosos aproveitadores (que buscam exercer uma função pública para auferir valores indevidos) e obrigaria todos os servidores do povo a terem uma vida privada transparente e coerente com suas rendas legítimas.

Assim, lançando luzes sobre os resultados patrimoniais dos atos de corrupção, estar-se-ia facilitando um efetivo combate a essa obscura chaga, de acordo como os tratados internacionais firmados pelo Brasil e a bem da sociedade brasileira.

Referências

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de direito constitucional**. São Paulo: Paloma, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 99.

MARQUES, Silvio. **Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. **Importância e prioridade da prevenção no combate à corrupção. O sistema português ante a Convenção de Mérida**. Revista do Ministério Público. Lisboa, Número 117, jan-mar 2009.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Caminhos da transparência**. Campinas: Editora Unicamp, 2002. p. 379/380.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

