



# **AEMS**

Associação de Ensino e Cultura de Mato Grosso do Sul

---

## **DIRETORA GERAL**

Prof<sup>ª</sup>. Maria Lúcia Atique Gabriel

## **DIRETOR ACADÊMICO**

Prof. Edmo Gabriel

## **CONSELHO EDITORIAL**

Prof<sup>º</sup> Paulo César Ferreira

Prof<sup>º</sup> Ms Luiz Renato Telles Otaviano

Prof<sup>º</sup> Carlos Eduardo Pereira Furlani

## **COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Prof. Edmo Gabriel

Prof. Me. Alexandre Costa

Prof. Paulo César Ferreira

## **REVISÃO**

Prof<sup>º</sup> Paulo César Ferreira

## **EDITOR DE PUBLICAÇÕES**

Prof. Me. Alexandre Costa

## **PLANEJAMENTO VISUAL E GRÁFICO**

Aline Menezes

Sílvio César da Silva

## **IMPRESSÃO**

Gráfica Santa Maria

Revista Direito e Sociedade - Três Lagoas - MS    Ano 06/nº1 p. 1- 89  
janeiro - dezembro/2006

ISSN 1518-9783

Periodicidade Anual- Tiragem: 1.500 exemplares

---

Endereço para correspondência:

Av. Ponta Porã, 2750 - Distrito Industrial - Três Lagoas - MS

Site: <http://www.aems.com.br>

Telefone: (67) 521-9218

A Faculdade de Direito de Três Lagoas, mantida pela AEMS, oferece ao público mais uma edição da Revista Direito e Sociedade, consciente de seu papel social, como integrante de Instituição de Ensino pioneira, voltada a formação de competentes bacharéis em Direito.

Em respeito à proposta inicial desta Revista, busca-se despertar nos acadêmicos o interesse pela pesquisa, pelo exemplo dos trabalhos publicados neste veículo, desenvolvidos pelos mestre desta Casa.

Esta linha segue os Projetos Pedagógicos do Curso de Direito e da Instituição de Ensino e representa parte da constante atividade de iniciação científica em nosso meio acadêmico. Nesta edição destacam-se artigos relacionados a sociedades anônimas, colmatação de lacunas da legislação, direitos humanos e questões relacionadas ao nome, em virtude de nova identidade sexual.

Aberta a toda a comunidade jurídica da região, esta Revista propõe-se a divulgar os trabalhos jurídicos desenvolvidos e realizados em benefício de nossas comunidades. Para tanto, os interessados deverão observar as normas para publicação constantes do final desta edição.

*Profº Paulo César Ferreira*



<b>O Capital Social, Órgãos Sociais e Administração das Sociedades Anônimas (S/A)</b>	07
<i>BARRETO, Denise Muniz</i>	
<b>Colmatação de Lacunas pelo Poder Judiciário: Função Jurisdicional ou Legislativa</b>	25
<i>ALMEIDA, Daniela Maria Alves; ARAÚJO, Daniela Galvão de; CHIARATO, Karina Alves Lemos</i>	
<b>Aspectos Internacionais do Direito Educacional</b>	39
<i>MARCO, Carla Fernanda de</i>	
<b>Direitos Humanos: Aceitar ou Não Aceitar, Eis a Questão</b>	49
<i>BACHIEGA, Hermes José Aun</i>	
<b>Um Novo Nome, Uma Nova Identidade Sexual: O Direito do Transexual Rumo a Uma Sociedade Sem Preconceitos</b>	57
<i>MENIN, Márcia Maria</i>	
<b>A Causa de Extinção da Punibilidade “Morte do Agente”</b>	75
<i>VIEIRA, Vanderson Roberto</i>	
<b>NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA</b>	89



# O CAPITAL SOCIAL, ÓRGÃOS SOCIAIS E ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (S/A)

Denise Muniz **BARRETO**

**Resumo:** O presente artigo apresenta uma abordagem sobre as Sociedades Anônimas no que diz respeito ao capital social, órgãos sociais, administração, acionista e acordo de acionista. Dessa forma, não haverá exposição concernente às características gerais, classificação, constituição, valores mobiliários e ações das S/A, uma vez que este artigo tem por objetivo focar a questão do capital social de tais sociedades. Aborda, portanto, a subscrição e integralização do capital social das S/A e respectivas exigências, descrevendo a possibilidade ou não de aumentá-lo ou reduzi-lo, apresentando também suas conseqüências. Discorre acerca dos órgãos que compõem as companhias, enumerando suas funções e declinando como ocorre seu funcionamento e regras pertinentes. Ainda, faz uma interessante análise sobre a administração da sociedade e das condicionantes que os administradores estão ligados para tal. Os acionistas também são objeto de estudo, inclusive enfocando seus acordos, anotando o que são, funções e objetivos.

**Palavras-chave:** S/A, Órgãos Societários, Acionistas, Capital Social.



# INTRODUÇÃO

Como sabemos, as Sociedades Anônimas constituem um tipo societário regulado pela lei 6.404/76, e caracterizam-se por apresentarem seu capital dividido em partes de, em regra, igual valor nominal, denominadas ações.

A impessoalidade dos sócios é própria desse tipo social, pois o mais importante é o capital, não as qualidades pessoais dos acionistas. Daí ser desnecessário alterar-se o estatuto social a cada ingresso ou exclusão de sócio. São, por isso, sociedades de capital, não sendo possível impor barreiras ao ingresso de novos sócios.

No mais, a sua constituição e normas são tão complexas, de tal modo que este artigo não esgota todos os temas possíveis de abordagem, mas abrange o que lhe é esperado, que é discorrer sobre o que está exposto no resumo (vide), e assim, alcançar os objetivos da pesquisa, satisfazendo tanto em ordem de entendimento quanto em conteúdo.

Para finalizar, não podemos deixar de enfatizar que as S/A são empresas mercantis obrigatórias.

## 1 SOCIEDADES ANÔNIMAS

### 1.1 Capital Social

Antes de discorrermos quanto ao tema proposto por este trabalho, importante definir que as Sociedades Anônimas, de acordo com o artigo 982, parágrafo único, do Código Civil e artigo 2º da Lei das S/A, será sempre empresária, o que significa dizer que embora venha ela a desenvolver comércio que não constitua elemento de empresa, mesmo assim será considerada empresária. Ocorre, dessa forma, uma presunção legal absoluta. Também interessante anotar que ela deverá usar denominação e poderão ser classificadas em abertas ou fechadas, conforme ocorra ou não a oferta pública das ações. No mais, quaisquer complementações vide trabalho anteriormente apresentado.

Adentrando no mérito deste trabalho, cumpre definir o que é capital social, então, seguindo-se o conceito oferecido por DORIA (1998, p. 234) “entende-se por capital

social a cifra a que corresponder em dinheiro nacional a totalidade das contribuições com que os sócios concorrem ou se obrigam a concorrer, em bens ou direitos, para que a sociedade atinja seus objetivos”. Em outras palavras, é o montante que perfaz a subscrição das ações a serem integralizadas pelos acionistas quando na constituição da companhia.

Não se confunde o capital social com o patrimônio, pois este é composto por todos os bens de propriedade da empresa, e raramente coincidirá com aquele. Isso devido ao fato que o capital social mantém-se imutável, salvo se deliberadamente alterado, enquanto o patrimônio está sujeito a permanentes alterações, ora sofrendo reduções ora aumentos, uma vez que está condicionado ao êxito ou malogro das operações realizadas pela companhia.

Não devemos deixar de comentar que a integralização do capital social pode ocorrer em dinheiro, bens ou créditos.

O capital social de uma sociedade anônima, como ocorre em relação às demais sociedades comerciais, pode ser integralizado pelo acionista em dinheiro (hipóteses mais comum), bens ou crédito. (COELHO, 2003, p. 193).

Quando se tratar de integralização consistente em bens, há a necessidade de realização de avaliação prévia dos mesmos, devendo-se seguir as observâncias e preceito do artigo 8º da LSA. Desse modo, o laudo a respeito da avaliação deverá ser elaborado por três peritos contratados para tal ou por empresa especializada, sendo fundamentado indicando-se os critérios e elementos de comparação considerados, além de ser instruído com os documentos pertinentes ao bem. Após, será submetido à votação por assembléia geral, e caso o valor informado pelo laudo pericial seja aprovado pelo órgão social e aceito pelo subscritor, ocorre a integralização.

Além das coisas móveis ou imóveis, todos os demais bens, sejam corpóreos ou incorpóreos, poderão ser objeto de contribuição para o capital, bastando apenas que sejam suscetíveis de avaliação (DORIA, 1998, p. 235).

Assim, o registro de marca e patente, por exemplo, que são bens incorpóreos, podem ser subscritos e integralizar o capital social. No mais, ainda sobre os bens, seguindo a lição de COELHO (2003), eles são transferidos a título de propriedade, ressalvando existir estipulação diversa, como no caso do usufruto, sendo a responsabilidade do subscritor equiparada à do vendedor.

No que tange à subscrição e integralização em créditos, há de se ressaltar que o subscritor terá responsabilidade sobre a sua existência e respectiva solvência do devedor, conforme prevê o parágrafo único, artigo 10 da LSA.

O capital social poderá ser aumentado, o que nem sempre ocorre em decorrência do ingresso de novos investimentos na sociedade. A seguir apresentaremos as possibilidades para tal:

a) quando na emissão de ações, existindo efetivo ingresso de recursos no patrimônio social, que será deliberado em assembléia geral extraordinária ou assembléia geral ou do conselho de administração, de acordo com os limites do capital social existente (artigo 170 da LSA).

b) conversão de valores mobiliários, isto é, de debêntures e partes beneficiárias conversíveis em ações. Também o exercício dos direitos advindos de bônus de subscrição ou opção de compra, implica em aumento de capital social, consistente na emissão de novas ações (artigo 166, III, da LSA).

c) capitalização de lucros e reservas, na qual a assembléia geral ordinária pode destinar uma parcela do lucro líquido ou reservas a fim de reforçar o capital social, emitindo-se, ou não, novas ações, conforme o artigo 169 da LSA, mas sempre sem o ingresso de novos recursos.

Interessante observar que o estatuto da companhia pode prevêê, restrito a certo limite, a autorização do aumento do capital social, devendo para tanto definir qual o órgão competente para decidir sobre a emissão das novas ações, se a assembléia geral ou o conselho de administração. É o que dispõe o artigo 168 da LSA.

No caso de redução do capital social, pode ocorrer quando se constatar a existência do seu excesso e superdimensionamento; ou irrealidade de dado capital, havendo prejuízo patrimonial. A deliberação da assembléia geral concernente à diminuição do capital social transcorrerá 60 dias após a publicação da respectiva ata, haja vista que no decurso de tal período os credores quirografários terão direito de se opor ao

evento. Dessa forma, de acordo com COELHO (2003, p. 195) “o arquivamento da ata da assembléia geral fica condicionado ao pagamento ou ao depósito judicial do crédito do oponente”.

Ainda, o art. 174 da LSA dispõe que tal redução dependerá, além de tudo o que já foi exposto, da aprovação de maioria de seus debenturistas, reunidos em assembléia especial.

## 1.2 Órgãos Sociais

A LSA elenca quatro dos principais órgãos da empresa, a saber: assembléia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal, porém, o estatuto tem a prerrogativa de prever outros órgãos técnicos de assessoramento ou de execução, dentro dos limites legais.

PIMENTEL (2003, p. 55) define assembléia geral como “reunião de acionistas competentes para resolver todos os negócios de interesse da companhia”. É o órgão máximo da sociedade anônima, que reúne todos acionistas, tenham ou não direito de voto. No mais, é o órgão deliberativo.

A assembléia geral pode ser:

a) Ordinária: acontece sempre nos quatro meses seguintes ao término do exercício social para tratar de assuntos rotineiros, relacionados no art. 132, quais sejam: tomar as contas dos administradores e votar as demonstrações financeiras; deliberar sobre destinação do lucro e distribuição de dividendos; eleger administradores e membros do conselho fiscal, além de aprovar a correção da expressão monetária do capital social. Conforme COELHO (2003), é com efeito anulável a deliberação em AGO de matéria estranha à lista do art. 132 da LSA.

b) Extraordinária: acontece a qualquer época, servindo para decidir temas de caráter não rotineiros, como: reforma do estatuto, transformação, fusão, incorporação, e cisão da companhia; autorização aos administradores para confessar falência ou pedir concordata, criação de partes beneficiárias, entre outros. Geralmente se diz que os assuntos referentes à AGE são determinados por exclusão, isto é, não sendo nenhum daqueles discriminados no artigo 132 LSA, compete à assembléia extraordinária.

Quando nas deliberações, para sua legalidade, deve-se observar dois quoruns, os

quais serão descritos a seguir:

Para a instalação da sessão deliberativa a regra geral é a presença de no mínimo 1/4 do capital social com direito a voto, na primeira convocação (art. 125 da LSA). Não se conseguindo atingir tal percentual, quando na segunda convocação valerá qualquer quorum. Interessante ressaltar que, tratando-se de reforma do estatuto, o percentual será elevado para 2/3 na primeira convocação (art. 135 da LSA) e qualquer número na segunda.

Verificado esse número pelas assinaturas lançadas no Livro de Presença dos acionistas, tem-se como apurado o quorum de instalação, pelo que a assembléia poderá reunir-se legalmente. Não sendo atingido esse quorum, na primeira convocação, torna-se necessária uma segunda convocação, oportunidade em que a assembléia se instalará com qualquer número (DORIA, 1998, p. 265).

Para a deliberação a regra geral é a maioria dos acionistas com poder de voto presentes na reunião, descontados os votos em branco (art. 129 da LSA). A base para o cômputo desse quorum geral de deliberação é sempre a quantidade de votos manifestados pelos acionistas presentes à assembléia, independentemente do quanto representam em relação ao capital social ou votante. Versando sobre matérias relativas ao art. 136 da LSA (fusão, cisão, participação em grupo de sociedades, mudança de objeto etc) é necessário voto da metade representativa do capital social, isto é, não é o capital presente, mas sim o capital geral, descontadas as ações que não oferecem direito de voto. Ocorre que nesse caso poderá haver empate, ao que será aplicado o art. 129, § 2º, da LSA, que permite que o quorum de aprovação, simples ou qualificado, pode ser aumentado pelo estatuto da companhia fechada. Sobre a transformação da companhia é necessária unanimidade, salvo se o contrário for estipulado no estatuto.

Prescreve em 2 anos a ação para anulação de deliberações tomadas em assembléia, em virtude de vício na convocação ou instalação, bem como infração da lei ou do estatuto, ou, ainda, erro, dolo, fraude ou simulação (COELHO, 2003, p. 198).

O conselho de administração, por sua vez, é um órgão de deliberação colegiada

obrigatório nas S/A de capital aberto, de capital autorizado, e nas de economia mista (art. 138, § 2º, e art. 239 da LSA). Compõe-se de, pelo menos, três membros, acionistas, pessoas naturais, eleitos e destituíveis pela assembléia geral. O art. 142 da LSA elenca as atribuições desse órgão, dentre elas: eleger e destituir diretores, fixando suas remunerações; promover orientação geral dos negócios e fiscalização da gestão dos diretores; além de deliberar, quando autorizado pelo estatuto, a emissão de ações e bônus de subscrição. O prazo de duração dos mandatos não deve ser superior a três anos, e somente acionista é elegível para o cargo de conselheiro (art. 146 da LSA). O presidente deve ser escolhido dentre seus membros.

Já a diretoria constitui um órgão de representação da companhia, além de ser responsável pela execução de seu objeto. Compõe-se de, pelo menos, dois membros acionistas ou não, mas com residência no país, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração ou, se não houver, pela assembléia. Na sua composição, admite-se até 1/3 dos membros do conselho de administração. A duração do mandato não poderá ser superior a três anos.

Por fim, o conselho fiscal é um órgão de fiscalização dos negócios da empresa, sendo de existência obrigatória, porém de funcionamento facultativo. Tem suas atribuições previstas no art. 163 da LSA, dentre elas opinar sobre relatório anual da administração, fiscalizar atos dos administradores; denunciar aos órgãos de administração, erros, fraudes ou crimes que descobrirem etc. Constitui-se de, no mínimo três e no máximo cinco membros, além de suplentes em igual número, eleitos pela assembléia, entre acionistas ou não (não podem participar integrantes de outros órgãos da administração). Pode funcionar de forma permanente ou apenas nos exercícios nos quais houve pedido de acionistas (nas sociedades de economia mista, seu funcionamento é permanente).

### **1.3 Administração da Sociedade**

A sociedade anônima acabou por se constituir num repositório de múltiplos e variado interesse, desde o interesse social até o interesse privativo dos acionistas. Deixou de constituir uma simples máquina de fazer lucros, agindo abstratamente no meio social sem considerações de ordem ética. Nos dias presentes, a companhia tem

severos e graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua. Dessa forma, os administradores devem conciliar, como recomenda o Livro Branco Britânico sobre a Reforma do Direito Societário, múltiplos e diferentes interesses, dos quais o lucro é o principal, porém, não o único.

Sob a rubrica de administradores, a lei definiu um conjunto de regras jurídicas aplicáveis tanto ao membro do conselho de administração quanto ao da diretoria (arts. 145 a 160 - LSA), referentes aos deveres impostos por lei aos membros do conselho de administração e da diretoria.

A lei recomenda no art. 154, que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e a função social da empresa.

São os seguintes os deveres impostos por lei aos membros do conselho de administração e da diretoria:

1 - Dever de diligência - pelo qual o administrador deve empregar, no desempenho de suas atribuições, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo, costumeiramente, emprega na administração de seus próprios negócios (art. 153). A competência e a probidade são o apanágio dos bons administradores. Desses princípios deflui a norma de que, sendo eleito o administrador por grupo ou classe de acionista, não deixa ele, por dever de lealdade estrita e gratidão ao grupo que o elegeu, de atender aos legítimos superiores interesses da companhia. Não há diferença entre o zelo que deve dedicar a sociedade, ele, ligado a um grupo acionário, e o demais administradores. Não pode, pois, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar aos deveres para com a companhia.

2 - Dever de lealdade – o administrador não pode usar, em proveito próprio ou de terceiro, informações pertinentes aos planos ou interesse da companhia e a qual teve acesso em razão do cargo que ocupa, agindo sempre com lealdade para com aquela (art. 155). Deve, pois, abster-se de intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da sociedade anônima, bem como na deliberação que a respeito tomar o órgão no qual tenha assento (art. 156). O descumprimento do dever de lealdade pode caracterizar, em alguns casos, crime de concorrências desleal (LPI, art. 195, XI e § 1º). Não deve nem pode o administrador, seja conselheiro ou diretor, valer-se de seu cargo, desfrutando segredos dos negócios, a quem tem acesso em

função de seu ofício, obter para si ou para outrem vantagens indevidas.

3 - Dever de informar – o administrador de companhia aberta tem o dever de informar, imediatamente, a Bolsa de Valores e divulgar pela imprensa qualquer deliberação dos órgãos sociais ou fato relevante que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários de emissão da companhia (art. 157, §4º). Outro aspecto do dever de informar diz respeito aos interesses que o administrador de companhia aberta possui nos negócios sociais, tendo o direito de conhecê-los, nos termos do caput e do § 1º do art. 157 da LSA.

No que se refere propriamente à informação sobre os negócios inerentes à realização do objeto social da companhia, pois esses integram e são protegidos pelos princípios do sigilo profissional da empresa, mas dizem respeito a tudo aquilo que possa influir na cotação dos valores mobiliários (ações, debêntures etc.) emitidos pela companhia, e que são objeto de operações do mercado.

Este processo desempenha também um papel significativo na realização do objetivo legal de proteção aos investidores. Se o investidor estiver plenamente informado a respeito a respeito de determinada transação poderá, freqüentemente, tomar medidas para se proteger contra fraudes ou operações demasiadamente arrojadas. Ademais, o acesso às informações relevantes é indispensável a realizações de operações honestas.

O fornecimento de plenas informações sobre a conduta de seus dirigentes, a divulgação de conflitos de interesses e de pratica comerciais duvidosa implicam aquilo que o Juiz Frankfurter denominou de prejuízo no status desses dirigentes. Essas informações dizem respeito apenas a companhia aberta, pois somente essa atua no mercado bolsista e de balcão. Nas companhias fechadas ou de família não há interesse nessa revelação, pois suas ações e demais papeis não são negociáveis normalmente no mercado.

O § 1º, ainda, dá mais amplitude ao dever de informar, enumerando os casos e fatos em que é obrigatório ao administrador de companhia aberta revelar a assembleia geral ordinária, a pedido de acionista que representem 5% ou mais do capital social, os eventos ali descritos.

Pode o acionista, em face dos esclarecimentos prestados oralmente pelo administrador, solicitar que sejam reduzidos a escrito, autenticado pela mesa da

assembléia, e fornecido por cópia aos solicitantes. A revelação dos atos ou fatos de que se trata só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem.

Com efeito, os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente a bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia geral ou do órgão de administração da companhia ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

4 – Dever de sigilo - O objetivo é por os proprietários de títulos em posição de igualdade, tanto quanto possível, com os dirigentes das sociedades emissoras e, no que diz respeito à informação disponível, colocar o comprador em pé de igualdade com o vendedor. A intenção final desse sistema, como disse uma decisão judicial, é proteger os que ignoram as condições do mercado contra os abusos dos que as conhecem.

A Lei nº 4.728, de 1965, art. 3º, X, que disciplinou o mercado de capitais, ao conferir ao Banco Central do Brasil a atribuição de fiscalizar a utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionista ou pessoas que por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso. Consta esse instituto dentro dos princípios enunciativos do dever de lealdade dos administradores para com a companhia e para com o corpo acionário. No entanto, o § 1º do art. 155 explicita o princípio na seguinte regra: Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre quaisquer informações que ainda não tenha sido divulgada para o conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si, ou para outrem, vantagem mediante compra e venda de valores mobiliários.

Em primeiro lugar é de se lamentar e estranhar que o preceito acima transcrito se aplique, apenas, a companhia aberta, quando deveria estender-se a sociedade fechada ou familiar. Posicionamento doutrinário.

Deve o administrador zelar, diz a lei, como se viu, para que a violação do segredo da sociedade não possa ocorrer através de subordinados ou terceiro de sua confiança. Estes últimos se incluem, naturalmente, além dos amigos íntimos e sócios em outros

negócios extra-sociais, os seus familiares.

5 – atos de liberalidades e de suborno \_ quando o diretor se acha o dono da companhia, ele onera as finanças da empresa, e que não dizem respeito aos seus interesses e atividade, e quando praticados, são de responsabilidade exclusiva do administrador, que por isso, pode ser destituído de sua função, é a dilapidação do caixa da companhia.

Mas, entenda-se, o ato gratuito razoável em benefício de empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista aquelas suas responsabilidades sociais, a quem acima nos referimos, esses são possíveis, desde que autorizados pelo conselho de administração ou pela diretoria. A decisão há de ser colegiada e não pessoal.

Incluem-se entre os atos defesos ao administrador, sem que tenha autorização da assembléia geral ou o uso, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiro, ou seus bens, serviços ou créditos. A concessão de tais benefícios há de ser precedida de autorização da assembléia geral ou do conselho de administração, evidente quando forem ponderáveis, o que a lei pretende vedar é o abuso de tais atos.

O suborno é o maior problema na administração, os interesses que as empresas controlam, sobretudo as de grande dimensão, são de tal vulto que é comum o amaciamento de diretores através de presentes ou mesmo de propinas secretas.

A eles a lei vedou-lhes receber de terceiros, sem autorização estatutária ou assembléia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício do seu cargo. Pode ocorrer que a vantagem seja direta e pública, sem reserva, e evidentemente, em casos especiais, a assembléia geral ou o estatuto podem autorizar o administrador a recebe-la para a sociedade ou para si. As importâncias recebidas sem autorização, uma vez reveladas, pertencerão à companhia.

6 – Conflito de Interesses \_ Ainda, como um desdobramento dos deveres éticos dos administradores, a lei estabelece normas que impedem os conflitos de interesses que possam surgir entre os interesses privados do administrador e os da companhia, que devem sobrelevar-se aqueles.

A lei não impede que o administrador contrate com a companhia a que serve . Pode ele, em sua atividade particular, estranha a companhia , ter oportunidade de

negociar com ela, não o fazendo como administrador, mas como terceiro estranho . A lei admite, todavia, que assim proceda, pois esse contrato pode ser de relevância para a sociedade, mas desde que em condições razoáveis ou equitativas, idênticas as que prevalecem no mercado ou as em que a companhia contrataria com terceiro .

Se assim não proceder, e se caracterizar o conflito ou o antagonismo de interesses, o negócio contratado não será nulo, mas o administrador incriminado perde, em proveito da companhia, as vantagens que dele tiver auferido.

## **1.4 Responsabilização do Administrador**

O administrador não é responsável pelas obrigações assumidas pela companhia por ato regular de gestão, mas responderá por ato ilícito seu, pelo prejuízo que causar, com culpa ou dolo, ainda que dentro de suas atribuições ou poderes, ou com violação da lei ou do estatuto. É o que proclama o art. 158 da LSA. A companhia pode promover a responsabilização judicial de seu administrador, por prejuízo que este lhe tenha causado, mediante prévia deliberação da assembléia geral. A deliberação poderá ser tomada em assembléia ordinária, ou, se constar da ordem do dia, ou tiver relação direta com matéria em apreciação, pela assembléia extraordinária. Em qualquer caso, o administrador será destituído do cargo de administração e substituído, nos termos estatutários.

Se os órgãos da administração retardarem a propositura da competente ação por mais de 3 meses, qualquer acionista poderá fazê-lo em nome da companhia. É hipótese de substituição processual derivada (art. 159, §3º). Se, porém, a assembléia geral decidiu não promover a responsabilização do administrador, os acionistas que possuam ações representativas de 5% ou mais do capital social poderão, em nome da companhia, promover a ação judicial. É hipótese de substituição processual originária (art. 159, § 4º).

A ação para responsabilização dos administradores prescreve em 3 anos, contados da data da publicação da ata da assembléia geral que votar o balanço referente ao exercício em que ocorreu o ilícito. O mesmo prazo conta-se, no entanto, da prescrição da ação penal ou da sentença penal definitiva, caso o fato ensejado da ação de responsabilidade civil deva ser objeto de apuração na esfera criminal (LSA, art.

287,II,b,2 e 288).

Além da responsabilidade civil e penal tem os administradores responsabilidades de caráter administrativo perante a CVM. Esta autarquia pode impor-lhes, por infração a dever prescrito na legislação do anonimato, sanções que variam de multa ou advertência e até mesmo a suspensão do exercício do cargo ou inabilitação (Lei nº. 6.835/76 art. 11).

Eles, no entanto, também podem ser responsabilizados por danos que causarem a terceiro, no exercício da função.

## **1. 5 Acionista**

Acionistas são aqueles que detêm ações em uma sociedade anônima e sociedade em comandita por ações, e são repartidos em dois grupos, os empreendedores e os investidores. Os primeiros são pessoas interessadas na exploração de uma certa atividade econômica, já os investidores, por sua vez, conforme anota COELHO, identificam na companhia uma boa oportunidade para empregarem o dinheiro que possuem e dividem-se de acordo com o motivo que os levaram a adquirir ações, ou seja, em rendeiros ou especuladores. Os rendeiros objetivam constituir uma carteira de ações que possa proporcionar-lhe retorno em longo prazo. Os especuladores buscam otimizar ganhos imediatos, procurando a cada momento as alternativas mais atraentes em termos de liquidez e segurança.

Entre os acionistas estabelece-se uma relação de poder, que é cada vez mais complexo quanto maiores as danificações dos interesses de cada um.

Para entender as relações de poder entre os acionistas, deve-se distinguir, inicialmente, duas posições – o acionista controlador e a minoria acionária. Tais expressões não dizem respeito a maior ou menor participação no capital social, mas sim a maior ou menor influência na condição dos negócios da sociedade.

Pois bem, antes de identificar o acionista controlador, cabe tecer alguns comentários. Pode-se apontar quatro modalidades de poder de controle da sociedade: o totalitário, que se caracteriza pela concentração de quase totalidade das ações com direito de voto na propriedade de uma única pessoa; o majoritário, que corresponde ao controle exercido por quem é titular de mais da metade das ações com direito de

voto; minoritário, que por sua vez, tem o acionista que, embora possuindo percentagem inferior a metade das ações com direito de voto, dirige os negócios sociais e elege a maioria dos administradores. Isso somente é possível nas grandes companhias, com alto grau de dispersão das ações. O poder de controle gerencial se dá em sociedades em que a dispersão das ações é tão grande que os próprios administradores devem ser considerados os controladores da sociedade anônima, na medida em que acabam por se perpetuar na direção da companhia.

Na economia brasileira predomina a modalidade totalitária de poder de controle. Assim, não se encontra número significativo de companhias sob controle minoritário, e nenhuma sob o gerencial.

Note-se, contudo, que o conceito de acionista controlador adotado pela LSA (art. 16) abrange as quatro modalidades de poder acima citadas, o que demonstra o emparelhamento do direito societário brasileiro.

A identificação do controlador, em um caso específico, é questão de fato, que deve levar em consideração os pressupostos do conceito legal, ente os quais o requisito da permanência (art. 116, a), que se vê permanente a manifestação de poder de controle se o acionista titularizar ações que lhe assegurem a maioria absoluta de votos ou, quando existente alguém nessa situação, se ele obteve a maioria, nas três últimas assembléias gerais.

O poder do controlador pode ser ampliado pela competente utilização de determinados instrumentos do direito societário, ou seja, quanto maior o seu percentual no capital social da empresa, maior será o seu poder.

O primeiro e fundamental instrumento de organização do poder de controle encontra-se na figura da ação sem direito a voto. A LSA estabelece que até 50% do total das ações emitidas pela S/A podem ser preferenciais sem voto (art. 15, §2). Desse modo, quando emitidas ações ordinárias (votantes) e preferenciais (não votantes) ao mesmo preço, o empreendedor responsável pela iniciativa de constituir a empresa pode controlar a S/A contribuindo com um pouco mais de 25% dos recursos aportados no capital social.

A organização do poder de controle mediante a supressão do direito de voto das ações preferenciais esbarra numa limitação: se o estatuto prevê como vantagem ao preferencialista um dividendo prioritário fixo ou mínimo, e a companhia não gera lucros

suficientes para o pagamento deste, vencido o período estatutariamente estabelecido (nunca superior a 3 exercícios), os acionistas excluídos do direito de voto o readquirem, suspendendo assim, a eficácia desse instrumento de organização do poder de controle. Dessa forma, não querendo correr nenhum risco o acionista controlador, não deve fundar uma companhia em cujo estatuto se confira aos preferencialistas dividendo fixo ou mínimo. Outra forma de não se corre risco é adotando-se uma sociedade holding: controlando a pessoa jurídica mediata ou imediatamente da companhia.

Para a organização do poder de controle, dispõe os empreendedores, ainda, de alguns outros instrumentos, como o acordo de voto, as debêntures perpétuas, a limitação do número de votos por acionista, etc.

No que tange à responsabilidade do acionista controlador cabe dizer que ele não tem, pelas obrigações da companhia, mais responsabilidade que os demais. Nas vezes em que o responsabiliza de alguma forma, a lei pressupõe ilícitos, irregularidades e fraudes, como por exemplo no caso do inadimplemento da contribuição devida pela empresa ao sistema de seguridade social, configurando-se crime doloso ou culposos, e neste caso o acionista responde solidariamente com a sociedade anônima.

Assim, acionista que controla a sociedade anônima usufrui de uma condição privilegiada relativamente aos demais, pois é ele quem escolhe os administradores, faz a remuneração destes, negocia com os fornecedores, bancos etc. esse privilégio, no entanto, nada tem de irregular.

A lei, contudo, reconhecendo a importância do acionista para o desenvolvimento da empresa, vem se preocupando com o equilíbrio das relações de poder na companhia, impondo ao controlador responsabilidades por danos causados com abuso de poder elencados no art. 117 da LSA. A parte legítima para o pólo passivo da relação processual nesses casos nunca é a sociedade, mas sim o controlador.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando o contexto mundializado no qual estamos inseridos, fundamental enfatizar a importância das S/A para o investidor e empreendedor brasileiro, uma vez que por ser sociedade de capital, em regra não implica restrições quanto a características pessoais de seus acionistas, ressalvadas as exceções descritas em lei.

Interessante demarcar que o fato do acionista poder integralizar sua parte na subscrição do capital social em bens, e estes sofrer criterioso método de avaliação, apenas enobrece a licitude e moralidade desse tipo de sociedade, reservando aos terceiros e aos próprios acionistas proteção quanto às fraudes e adversidades futuras.

Ainda, cabe novamente ressaltar que alguns órgãos sociais, como o conselho de administração, conselho fiscal e a diretoria das S/A, necessariamente não precisam ser compostos somente por acionistas, o que abrange seu campo de incidência quanto à sua estrutura administrativa e fiscalizadora.

Sobre o administrador, é válido notar que ele também responde diretamente junto a terceiros por atos que, no exercício de suas funções, vierem a causar danos aos mesmos. Novamente se percebe a intenção legislativa em prover proteção aos credores e contratantes em geral da sociedade.

Por fim, como não poderíamos deixar de anotar, visualizamos que o acordo de acionistas é um meio de indiscutível importância na legislação, no sentido em que visa resguardar as relações entre os sócios, não deixando a bel prazer tal prática societária.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DORIA, Dylson. **Curso de Direito Comercial**. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.



# COLMATAÇÃO DE LACUNAS PELO PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÃO JURISDICIONAL OU LEGISLATIVA

Karina Alves Lemos **CHIARATO**

*Aluna do 2º período diurno do Curso de Direito da UNILAGO  
União das Faculdades dos Grandes Lagos*

Daniela Maria Alves **ALMEIDA**

*Aluna do 2º período diurno do Curso de Direito da UNILAGO  
União das Faculdades dos Grandes Lagos*

Daniela Galvão de **ARAÚJO**

*Docente do Curso de Direito da UNILAGO  
Advogada, Especialista e Mestre em Teoria do Direito e do Estado*

**Resumo:** O poder judiciário possui como função típica a jurisdicional, a função de solucionar os conflitos de interesse levados a seu conhecimento, assegurando ao titular do direito de ação uma resposta de mérito ao caso em análise. Contudo, o sistema constitucional exige que a resposta proferida pelo juiz seja fundamentado/motivada e o problema se apresenta quando a legislação possui falhas, lacunas ou imperfeições, gerando ao julgador a obrigação de colmata-las. Sendo assim, no momento em que integra a legislação o juiz esta legislando ou exercendo a sua função jurisdicional, visto que esta completando uma norma e impondo sua decisão.

**Palavras-chave:** sistema constitucional; jurisdição; lacunas; colmatação; motivação.



# 1- SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

A ordem jurídica nacional é constituída por um sistema ou um conjunto de normas, regras e princípios, que dá coerência, unidade e completude ao nosso ordenamento jurídico. Segundo a teoria de KELSEN (2000), a ordem jurídica nacional apresenta forma piramidal, em cujo ápice está a Constituição Federal, representante da norma fundamental desta nação. A Constituição organiza o Estado, distribui atribuições e identifica as vigas mestras do mundo jurídico, dando uma organização mínima a esta nação, já que [...] “não há Estado sem Constituição” [...] (BONAVIDES, 2004, p. 80).

No cenário atual, não bastará a expressão direito constitucional para indicar todas as normas de organização e funcionamento dessa sociedade político-jurídica. Acredita-se na existência de um sistema constitucional, capaz de sistematizar de forma escalonada o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, o Estado.

O termo sistema constitucional é pouco difundido na doutrina, porque o constitucionalismo clássico reduzia o estudo ao direito constitucional e, conseqüentemente, a constituição como mero instrumento jurídico distribuidor de competências e garantias individuais.

Conforme De Plácido e Silva (2004, p. 1306), a palavra sistema tem origem grega, *systema*, significa reunião, método, juntura, representativas de um conjunto de regras e princípios sobre uma determinada matéria, apresentando relações entre si, formando um corpo de doutrinas, contribuindo para um fim. Portanto o sistema constitucional representa uma união de normas disciplinadoras de diversos núcleos constitucionais, tais como direitos e garantias individuais, separação de poderes, forma de estado e sistema de governo.

Tem-se, assim, um sistema constitucional que permite ao homem entender o direito como uma estrutura histórica, capaz de perceber a realidade social e compreender o fato, adequando-o à norma a ser aplicada ao caso concreto, surge então a moderna concepção de sistema jurídico (a teoria dialógica do direito) (BONAVIDES, 2004).

A Constituição, em razão de sua posição hierárquico-normativa superior às outras normas, possui características especiais: a) autoprímazia normativa, b) fonte primária de produção jurídica, c) força heterodeterminante e d) força normativa (CANOTILHO,

2002).

A autoprímazia normativa atribui a característica de norma superior em que o fundamento de validade existe em seu próprio contexto, gerando o princípio da conformidade e o da hierarquia. A segunda característica é a fonte primária de produção jurídica, que determina um procedimento para criação de normas jurídicas, nesse processo as normas superiores apresentam-se como determinantes positivas que validam formalmente às normas inferiores. A terceira é a força heterodeterminante, que se apresenta como negativa quando impõem limites e positiva quando determina o conteúdo das normas inferiores, gerando assim uma compatibilidade material. Por sua vez, a quarta é a força normativa que determina a sua aplicabilidade, visto que é lei e “como lei deve ser aplicada” (CANOTILHO, 2002, p. 1136).

O direito constitucional ao ser entendido como sistema não perde a unidade, a coerência, nem a completude:

A constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível (BONAVIDES, 2004, p. 130).

Com isso, cada constituição ganha uma identidade própria, um perfil que o hermeneuta jamais poderá menosprezar, visto que esse trabalho identifica os verdadeiros valores e é o intérprete que, ao extrair os valores fundamentais, identifica a existência de um sistema aberto, capaz de receber as modificações sociais.

O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia sistema constitucional não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa (BONAVIDES, 2004, p. 95).

Verifica-se, portanto, que o sistema constitucional é aberto, não restrito ao direito constitucional escrito, é expresso por meio de regras jurídicas, mas também por princípios que dão flexibilidade ao constitucionalismo, permitindo a compreensão

e adequação das regras aos novos fatos sociais, à evolução e ao desenvolvimento. Para a constituição adquirir eficácia não se deve restringir a um pensamento jurídico rigoroso, mas aproximar-se o quanto mais da realidade social (HESSE, 1991).

Essa abertura do sistema constitucional não retira a conjuntura de reserva de constituição. A reserva de constituição está representada por matérias que não poderão ser normativamente disciplinadas por espécies legislativas, visto que apresentam núcleos essenciais, constituindo a essência da constituição ou núcleo duro (CANOTILHO, 2002, p. 1.126-1.127), não sofrendo modificação até o momento em que for identificada a necessidade de alteração pela sociedade.

A atual Constituição Federal de 1988 é rígida e possui algumas limitações ao poder de reforma, entre elas estão as restrições materiais explícitas inseridas no Art. 60, § 4º que veda qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação de poderes (SILVA, 2000).

Acertadamente, J. J. Canotilho (2002) analisa a questão e relata que, apesar da existência de núcleos imutáveis, reservados, não há descaracterização do sistema aberto, mas sim sua flexibilização, pois inexistente a reserva absoluta de constituição, visto que na atualidade a constituição assume um papel renovador, aprimorando, por meio de regras e princípios, os valores fundamentais da sociedade no desenvolver dos fatos.

Gilmar Ferreira Mendes, analisando a questão das cláusulas pétreas (apud MORAES, 1998), aponta que:

[...] tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade [...] (p. 463).

Nesse sentido, os princípios assumem um papel de destaque dentro do ordenamento, permitindo a adequação da norma rígida às demais exigências sociais, preenchendo eventuais lacunas aparentes e mantendo os núcleos principais, de forma a assegurar a estrutura hierárquico-normativa constitucional, uma vez que o ordenamento jurídico é complexo: “[...] os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar” (BOBBIO, 1999, p. 36).

Identificar a vontade da constituição é tarefa do hermeneuta que deverá garantir

sua eficácia fazendo-a adquirir efetividade, pois:

O sistema constitucional deve ter certeza de seus limites, porque a força da constituição resulta ‘da realidade do Estado’ e que essa força não ‘está assegurada de plano, configurando missão’ e ‘a concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela ciência do direito constitucional’ (HESSE, 1991, p. 27).

Então, como sistema constitucional aberto, composto por regras jurídicas, que configuram as possibilidades e, os princípios que apontam os limites, a efetividade é adquirida quando a aplicação do direito ao caso concreto se aproxima dos axiomas, gerando, assim, uma decisão pautada nos ditames sociais, fazendo com que, verdadeiramente, a constituição cumpra sua missão e permita que o Estado consiga, realmente, ser um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A existência de um sistema constitucional aberto, composto por princípios, determina os limites para atuação do poder legislativo. Esses limites estão associados à prática do preenchimento das lacunas, função entregue ao poder judiciário, pelo artigo 4 da Lei de Introdução ao Código Civil que disciplina como função jurisdicional, nos casos em que a lei for omissa, o juiz aplicar critérios para integrar o sistema.

## **2- FUNÇÃO JURISDICIONAL.**

A Carta Magna de 1988 preconizou a separação de poderes e elevou o assunto a núcleo intangível.

Porem, segundo Montesquieu (1996), não há divisão de poderes, mas sim de atribuições, necessária para que um poder controle as atribuições do outro, segundo o sistema de freios e contrapesos, assim, a Carta Magna de 1988 dividiu as atribuições em três grupos: legislativo, executivo e judiciário, e cada um recebeu atribuições típicas e atípicas, sendo que um não poderá intervir na função típica do outro, para não ferir o núcleo constitucional da separação dos poderes.

O poder judiciário recebeu como atribuição típica a jurisdicional, e que segundo GRINOVER (2006, p. 145): “[...] é ao mesmo tempo: poder, função e atividade [...]”, representando a solução de conflitos por órgão competente, com a devida utilização de meios justos para a pacificação, impondo suas decisões por meio de um processo estruturado. Para Gilmar Aprígio Lisboa:

A jurisdição, em seu sentido vulgar, entende-se pela área territorial dentro da qual uma autoridade pública exerce suas funções, com o poder de comando relativo a seu cargo. Há, porém, o sentido técnico-jurídico para a jurisdição, que consiste na faculdade atribuída aos juízes de julgar e de executar as suas sentenças. Deriva do latim *jurisdictione*, que entendia-se como o poder de dizer o direito. Não podemos confundir jurisdição com competência, a primeira, como vimos, é a função do Estado, através de seus juizes, de julgar e executar as decisões; já a competência é a demarcação, a limitação (no sentido de restringir) da jurisdição. Assim, falamos em incompetência fundada em razão da matéria, incompetência fundada em razão do território por exemplo. (1999, p.16).

Assim, o juiz não tem o poder de legislar, mas apenas de interpretar as leis vigentes, segundo a ordem sistêmica do ordenamento jurídico, aplicando a lei abstrata a um caso concreto, realizando assim a subsunção do fato a norma.

Interpretar é explicar, esclarecer; desvendar o sentido do vocábulo; reproduzir, por outras palavras, um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. (MAXIMILIANO, 1997, p.13).

Contudo, o juiz não pode deixar de apresentar solução a conflitos de interesse que lhe são apresentados, segundo o princípio da inafastabilidade, assegurado pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV. Mas o direito de ação é um direito condicionado, ou seja, desde que presentes as condições da ação, o autor passa a ter legitimidade para exigir uma resposta de mérito, segundo a teoria da asserção. Porém as condições da ação deverão existir durante todo o processo, segundo a teoria do exame em concreto.

Conclui-se que, o juiz possui obrigação de apresentar uma resposta de mérito a lide que esta sendo apresentada, desde que o autor preencha as condições da ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes. Resposta motivada, ou seja, fundamentada segundo o princípio da constitucional da

motivação das decisões judiciais, art. 93 da Constituição Federal de 1988.

A motivação tem por escopo, expor os possíveis argumentos do juiz, demonstrando sua convicção quanto aos fatos e circunstâncias constante dos autos, e as razões do ordenamento jurídico que formaram o convencimento; entende-se que tais atos possibilitam o controle do exercício da atividade jurisdicional pela opinião pública.

Como função atípica, compete ao juiz exercer as atividades administrativas, necessárias à organização dos serviços internos dos tribunais, como as relativas ao autogoverno da magistratura, referentes ao art. 96, da Constituição Federal; como as relativas à jurisdição voluntária e as concernentes ao exercício de atividades anômalas dos juízes.

### **3- O PROBLEMA DAS LACUNAS**

Dentro da teorização sistemática e normativa, constitucional ou infraconstitucional, respeitando ainda todas as considerações relevantes sobre completude, há de se questionar a existência de lacunas. Pois nem mesmo a infinidade de normas existentes no texto legal é capaz de suprir todas as necessidades de se enquadrar um caso concreto à previsão expressa em lei, realizando a subsunção do fato a norma.

Torna-se indispensável à identificação considerarmos que existem espaços vazios a serem preenchidos pela lei, essas áreas são as chamadas de lacunas, assim como afirma BINDER, citado por DINIZ (1998, p.49): “o que ocorre quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente, pelas circunstâncias sociais não encontre satisfação na ordem jurídica”. ZILTEMAM, apud DINIZ (1998, p. 49), conclui que, a existência de lacunas, “dá-se quando, a partir da análise da lei, é impossível a obtenção de uma decisão a um caso concreto”.

Admitindo a existência de lacunas a doutrina apresenta uma classificação em três grupos: lacunas jurídicas, normativas e axiológicas. Sendo a primeira identificada com a existência de falhas constituintes no sistema normativo, dentre essas falhas, ocorrem às ausências de normas sobre um determinado caso, dando origem as lacunas normativas. A segunda, lacunas ontológicas, existirão quando as normas existentes não se adequarem as fatos sociais, devido o progresso e as variações nos relacionamentos. E, por fim a terceira, considerada quando as normas existem não forem consideradas

justas, gerando assim, resultados insatisfatórios ou injustos (DINIZ, 2002).

A doutrina que considera a existência de lacunas na lei, determina métodos para constatação e para o seu preenchimento.

Diante do exposto, mesmo quando o juiz não encontrar no ordenamento jurídico resposta para o fato apresentado, ou seja, quando a lei for omissa, detectando o julgador a existência de lacunas na lei, ele precisa colmatá-las.

#### **4- COLMATAÇÃO DE LACUNAS.**

A teoria do Direito, considera o Direito dinâmico, complexo e completo e esta em constante mutação, fenômeno necessário para o acompanhamento da sociedade. Porém a lei é lacunosa, possui suas falhas que precisam ser supridas pelo julgador:

Quando a lei é omissa sobre algum problema, ou sobre a solução de alguma relação jurídica, diz-se que há uma lacuna na lei. Esta é inevitável em qualquer ordenamento jurídico, porque o legislador, por mais sagaz que seja, não pode prever todos os casos capazes de aparecer nas relações entre os indivíduos. E, mesmo que anteviesse todas as relações jurídicas presentes, não teria o dom de prever casos que o progresso trará. (RODRIGUES, 2003, p.20).

O juiz não só pode, mas na realidade deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, esteja mais próxima da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação.

O juiz, ao aplicar a um caso não previsto a analogia, o costume ou os princípios gerais de direito, não fecha a lacuna através de uma construção judicial, na qual substitui o legislador. A esse respeito levantamos as seguintes questões: poderia o juiz elaborar normas que regulassem casos que o legislador considerou fora do âmbito jurídico? Se assim ocorresse não ficaria seriamente comprometido o princípio da divisão de poderes? Se o magistrado é criador de formas abstratas de juridicidade, que explicam realidades concretas, não seria legislador? (DINIZ, 2002, p.105).

No entanto, questiona-se o método de preenchimento das lacunas, visto que existem três escolas que explicam a existência e formas de preenchimento das lacunas, sendo que a primeira, denominada Escola da Exegese, relata a existência do direito perfeito e completo, nem precisando ser interpretado; a segunda: Escola Histórica do Direito, que analise que os costumes precisam ser aplicados como forma de completar o direito escrito e a terceira, Escola da Livre Pesquisa do Direito, que atribui ao julgador/interprete a liberdade de pesquisar dentro do ordenamento jurídico e encontrar uma resposta adequada ao caso apresentado, não necessitando assim, de uma ordem programática ou de um regulamento jurídico para solucionar os conflitos.

Apesar da liberdade atribuída ao legislador para preencher as eventuais lacunas existentes na lei em vigor, liberdade assegurada pelo princípio da persuasão racional do juiz, tem-se um liberdade relativa e não absoluta como o que pregava a Escola da Livre Pesquisa do Direito, visto que, o princípio da motivação exige que todas as decisões tenham fundamento jurídico, sendo assim, não há uma liberdade absoluta.

A ordem jurídica constitucional assegura a completude do ordenamento jurídico, identificando mecanismos eficazes para a solução das lacunas, ou incompletudes quando localizadas pelo interprete/juiz. Assim, quando a lei for omissa, devera o juiz recorrer a analogia, costumes, princípios gerais de direito, equidade, jurisprudência e a doutrina, dentre outras, como forma de integrar o ordenamento jurídico. Com isso o julgador quando colmata uma lacuna e apresenta solução a um caso concreto que lhe foi apresentado, esta legislando, porem com âmbito delimitado ao caso apresentado.

## **5- A APLICABILIDADE DA COLMATAÇÃO.**

A Lei de Introdução ao Código Civil, prevê em seu art. 4º, critérios para a solução das lacunas:

“Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidira o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Assim, nas indenizações por danos morais, a legislação não previu critérios para fixar o quantum, ficando apenas ao prudente arbítrio do juiz. E para fundamentar tais decisões, o juiz recorre, analogicamente, a outras legislações, como, a Lei de

Imprensa, nº 5250/67:

Art.53 - No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II – a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Ou ainda, ao Código Civil de 2002 que em seu art. 944 dispõem: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Portanto é notório que as mencionadas leis, continuam não fixando o quantum necessário, apenas servem de parâmetros para a decisão do julgador quando estiver diante da ausência de lei.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se que todo caso deve ser analisado e julgado, não podendo o juiz se escusar de apresentar sua decisão alegando lacuna ou obscuridade na lei. A ordem jurídica constitucional assegura a completude do ordenamento jurídico, identificando mecanismos eficazes para a solução das lacunas, ou incompletudes quando localizadas pelo interprete/juiz. Tais como os apresentados pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Assim, o judiciário tem o poder/função de aplicar os mecanismos apresentados pela lei para a colmatação das lacunas, desde que utilizados dentro dos parâmetros apresentados pela própria lei e observadas as peculiaridades de cada caso, seguindo as regras de interpretação sistemática da norma jurídica.

Mas, existem outros mecanismos apresentados para a solução de lacunas quando, mesmo aplicando o art. 4º não for possível apresentar solução ao caso em análise, recorrendo as fontes secundárias, tais como: jurisprudência, doutrina e equidade.

Assim, quando o judiciária integra o ordenamento recorrendo a outras fontes, esta preenchendo uma lacuna e atribuindo força de lei a esses mecanismo, porem com aplicabilidade restrita e cumprimento obrigatório apenas para as partes envolvidas no processo.

E, mesmo no caso de integração com aplicação de jurisprudência e doutrina, mesmo atribuindo força de lei a elas, não esta legislando, visto que a decisão tem aplicabilidade apenas ao caso em análise (caso concreto).

Assim, podemos afirmar que esta tarefa conferida ao julgador pela Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, não fere o principio da separação de poderes, visto que nesse momento o juiz esta exercendo uma função atípica, que é a legislativa, porem indispensável a sua função típica que é a jurisdicional. E, mesmo recorrendo as demais fonte secundárias do direito, não esta legislando, visto que a obrigatoriedade da decisão esta restrita ao sujeitos do processo e não a toda a coletividade.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

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

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Rev. Cláudio De Cicco. Apresentação Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed.

Portugal: Almedina, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Ensino Superior).

LISBOA, Gilmar Aprígio. **Organização judiciária**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Seconbant. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Jamine. Trad. Cristina Muraclero. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: comentário aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. parte geral**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvaho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

# ASPECTOS INTERNACIONAIS DO DIREITO EDUCACIONAL

Carla Fernanda de **MARCO**

*Mestre e doutora em Direito pela PUC de São Paulo,  
advogada, docente da UNILAGO.*

**Resumo:** Serão feitos apontamentos do direito à educação no direito internacional público, ressaltando-se dispositivos do direito comparado, desde séculos anteriores até o presente, com destaque para a Declaração das Nações Unidas, o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, e a Declaração dos Direitos da Criança. Frisa-se, no contexto de regras que proclamam o “direito à educação”, o entrelaçamento do direito constitucional com o direito internacional, na medida em que ambos visam à proteção dos direitos humanos fundamentais.

**Palavras-chave:** educação, internacional, direitos fundamentais.



# 1. APONTAMENTOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

## 1.1 Considerações iniciais

Como afirma Reis Monteiro:

A árvore normativa dos direitos do homem é alimentada por uma seiva cuja composição é natural e positiva, nacional e internacional. Os direitos do homem são naturais, na medida em que, como respondeu Antígona ao rei Creonte, há leis não escritas, que não datam ‘nem de hoje, nem de ontem’, e ninguém sabe o dia em que apareceram’. Os direitos do homem são positivos, porque têm a forma escrita que garante a sua proteção jurídica. São nacionais, porque, além da maior parte deles terem nascido no seio do Direito interno, o seu respeito e satisfação dependem do sistema jurídico em que vive. E são internacionais, porque foram assumidos como Ética comum pela Comunidade internacional, que os desenvolveu e pode denunciar e até penalizar os Estados pela sua violação.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é ressaltado pelo constituinte no texto constitucional no art. 1º, inciso III, restando inarredável a decisão de contemplar o respeito ao homem pelo só fato de ser “humano”, beneficiado pelo direito de levar uma vida digna de ser humano, não podendo conseqüentemente ser usado como instrumento para algo, sendo por isso mesmo pessoa dotada de dignidade.

Para Maria Garcia:

O homem – na sua condição humana - é um ser universal. Os direitos humanos decorrem da condição humana; são, portanto, de caráter universal, aplicando-se ao ser humano, onde se encontre, bem como a tudo que detiver a qualidade humana.

Sabe-se que o conceito “dignidade da pessoa humana” é muito vago. Foi Tomaz de Aquino quem expressamente utiliza a expressão dignitas humana, seguido depois por diversos outros.

O art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948) expressa que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.”

Adota-se aqui o conceito de dignidade da pessoa humana formulado por Maria Garcia onde afirma que “a dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”.

A dignidade da pessoa humana é a reafirmação expressa do valor da pessoa humana como fundamento de uma ordem jurídica.

A dignidade humana sintetiza em si todos os direitos humanos fundamentais.

A constitucionalização dos direitos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela.

*O processo de globalização, propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional, abertura que resulta na ampliação do bloco de constitucionalidade, que passa a incorporar os preceitos asseguradores de direitos fundamentais.*

*A partir da Constituição de 1988 intensificam-se a interação e a conjugação do direito internacional e do direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do direito constitucional somado ao processo de constitucionalização do direito internacional.*

*Maria Garcia ensina que:*

Essa é a tendência do direito público, (...) em razão da compreensão humanística do Direito e de uma ética que é universal, como universal é o homem, na sua qualidade humana. (...) Verifica-se a constitucionalização do Direito Internacional, quer pela sua positivação no Direito comunitário, quer pela inclusão dos direitos humanos dos tratados no corpus constitucional, num sistema integrativo que compreende, portanto, a internacionalização dos direitos humanos/ a constitucionalização do Direito internacional.

Ressalta-se que, os tratados de direitos humanos contemplam parâmetros protetivos mínimos, buscando resguardar um “mínimo ético irreduzível” concernente à dignidade da pessoa humana.

## **1.2 Fontes históricas do direito à educação**

Observa-se ao longo dos anos da Antigüidade que a educação sempre foi um dever natural dos pais, coextensivo ao dever de alimentação e outros cuidados, e dever e direito de iniciação na vida comunitária.

O Renascimento originou um movimento de renovação do pensamento pedagógico. A partir do século XVI, os Estados monárquicos europeus começaram a descobrir toda a importância da educação como instrumento político e emerge a idéia de educação nacional.

Embora muitos dos grandes educadores do movimento do Renascimento tenham sido mestres, nem todos o foram. A liderança na educação foi exercida por tratados gerais sobre o novo saber ou por obras incentivadoras do gosto pela literatura.

Na Itália podemos destacar Petrarca, Boccaccio, Barzizza, Vergério e outros humanistas. Muitos desses primeiros humanistas embora fossem ligados às cortes e às universidades, recebiam salários escassos, davam aulas para estudantes em suas casas. Por esse trabalho, mais do que por meio das aulas na universidade, é que eles davam à nova cultura a sua adequada organização didática e exerceram a maior influência sobre o seu tempo e sobre a educação.

Na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 não se encontra a palavra “educação”, ausente também das Declarações americanas de direitos.

A Constituição Francesa de 1791 (inspirada na Declaração de 1789) previa um “estabelecimento geral de socorros públicos para educar crianças abandonadas”, assim como “uma instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que respeita às partes do ensino indispensável para todos os homens”.

No século XX, a notável Constituição dos Estados Unidos Mexicanos (1917) prescrevia, no Artigo 3 que “a educação primária será obrigatória”.

A primeira Constituição da URSS de 10 de julho de 1918, “propõe-se dar instrução completa, universal e gratuita aos operários e camponeses mais pobres”, a fim de

assegurar-lhes “o acesso real à cultura”.

A famosa Constituição alemã de Weimar (1919), no seu art. 120, declarava: “a educação das jovens gerações, com vista a fazer-lhes adquirir as qualidades físicas, intelectuais e sociais, é o primeiro dever e o direito natural dos pais; a sociedade política vigia o modo como eles os cumprem”. A referida Constituição também afirma que: “Todo o ensino está sob o controle do Estado” (art. 144), e que “há uma obrigação escolar geral” (art. 145), cuja finalidade era “desenvolver no espírito da nacionalidade alemã e da reconciliação dos povos, a educação moral, os sentimentos cívicos, o valor pessoal e profissional”, mas “com a preocupação de não ferir os sentimentos daqueles que pensam diferentemente.” Prescrevia, ainda, que: “o ensino cívico e o ensino do trabalho são matérias de ensino nas escolas”, e “todos os alunos recebem, no termo da sua obrigação escolar, uma cópia da Constituição.” (art. 145).

Quando é que, verdadeiramente, foi reconhecido, pela primeira vez, o “direito à educação”? Na Constituição Francesa de 1848, se encontra “um programa de direitos sociais, entre os quais se inscreve o direito à educação”.

No entanto, apenas a Constituição Soviética de 1936 reconhece formalmente um “direito à instrução” – expressão utilizada no Direito constitucional pela primeira vez, talvez.

A expressão direito à educação apenas aparece - talvez pela primeira vez também, no Direito constitucional – no art. 38 da Constituição italiana de 1947, que aliás, a utiliza apenas para reconhecer aos “inaptos e àqueles que sofrem de uma inferioridade” o “direito à educação e à preparação profissional.”

No quadro universal, o direito à educação é protegido e promovido por mecanismos internacionais comuns a outros direitos do homem, nomeadamente no seio da Unesco, que é a principal Organização Internacional no campo da normatividade e ação específicas em matéria de direito à educação, criada em 1945, como instituição especializada do sistema das Nações Unidas.

O direito à educação entra, também no âmbito de competência da OIT, no que respeita ao conteúdo profissional do seu objeto, havendo mesmo um Comitê conjunto

OIT/Unesco para controlar a aplicação da Recomendação sobre a condição do pessoal docente. (1966).

### **1.3 O Direito à Educação e à Instrução nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos fundamentais**

Interessante frisar aqui, que, o processo de internacionalização dos direitos humanos inicia-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no âmbito das Nações Unidas.

Nas palavras de Flávia Piovesan:

A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados. (...) é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios no qual incide. (...) Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direito da sociedade humana, na condição de sujeito direito do Direito das Gentes.

Observa-se, em seu preâmbulo, que a Declaração assim dispõe dentre os ideais comuns a serem atingidos por todos os povos e todas as nações está o ensino e a educação, promovendo, assim, o respeito a esses direitos e liberdades.

Também, em seu art. XXVI, que toda pessoa tem direito à instrução. Interessante, no âmbito do Direito Educacional, a transcrição do referido artigo:

Art. XXVI – 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a educação superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em

prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

No artigo XXVII, a dita Declaração proclama que toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

No âmbito internacional universal, destaca-se também, o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, que, em seu artigo 13 reconhece, expressamente, o direito de toda pessoa à educação. Interessante observar o item 1 do artigo que assim estabelece:

Artigo 13 – 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Interessante ressaltar aqui também, na ótica internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 24/09/1990, que, em seu artigo 28 ressalta que “os Estados-partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito.”

No plano internacional regional, a Convenção européia dos direitos do homem reconhece um “direito à instrução” no art. 2 do seu primeiro Protocolo adicional, em vigor desde 1954.

Nos tratados fundadores da União Européia não se encontra a palavra educação, mas contém algumas disposições sobre a formação profissional, a investigação e o reconhecimento recíproco de diplomas, certificados e outros títulos.

A educação entrou formalmente no direito comunitário só em 1992, com o Tratado

da União Européia (Maastricht), no art. 126 do Tratado da CEE, revisto, abrindo uma nova era na cooperação comunitária do domínio da educação.

No quadro regional americano, o direito à educação encontra-se no art. 13 do Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ratificado pelo Brasil em 1988.

Assim, verifica-se que as normas do direito educacional estão em consonância com regras de amplitude internacional.

O direito à educação é um direito fundamental, e por isso mesmo, tem sua proteção resguardada nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, com destaque para a dignidade da pessoa humana.

## **1.4 Qual país tem a melhor educação do mundo?**

Em setembro do presente ano de 2005, interessante artigo, publicado na Revista Super interessante, revela uma pesquisa feita por três diferentes entidades, apontando qual país teria a melhor educação do mundo, e quais os critérios eleitos para a realização das pesquisas.

A Noruega é apontada como a pioneira de acordo com o índice de desenvolvimento da educação para todos, da Unesco, em 2001, onde 127 países foram avaliados, dentre outros, o Brasil, cujo ranking foi o 72º lugar.

Em outra pesquisa, realizada pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) aponta para a Finlândia. Foram avaliados 41 países, e o Brasil pegou a 38ª posição.

Outra pesquisa aponta para Cingapura como a pioneira em estudos de matemática e ciências; foi desenvolvida pela Associação Internacional de Avaliação de Rendimento Educacional.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BOURDIEU, P.; PASSERON, J.C. **A reprodução – elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Trad. Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves

Editora, 1992.

BOAVENTURA, Edivaldo. **A educação brasileira e o direito. Conforme lei nº 9394/96 Lei de diretrizes e bases da Educação Nacional.** Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPANHOLE, Adriano & CAPANHOLE Hilton. **Constituições do Brasil, 10 ed.** São Paulo: Atlas, 1992.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional. 6a ed.** Coimbra: Almedina, 1993.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JOKURA, Tiago. Revista **Super interessante. Qual país tem a melhor educação do mundo?** São Paulo: Editora Abril, edição 217, set. 2005, p. 45.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2005.

MONTEIRO, A. Reis. **O direito à Educação.** Lisboa: Ed. Livros Horizonte, 1999, p. 34-46.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

# **DIREITOS HUMANOS: ACEITAR OU NÃO ACEITAR, EIS A QUESTÃO.**

Hermes José Aun **BACHIEGA**

*Aluno do 8º período do Curso de Direito da UNILAGO*

**Resumo:** O advento da Declaração dos Direitos Humanos iniciou uma nova relação entre poder político e sociedade no âmbito interno e entre Estados em âmbito internacional. Ainda não houve uma total compreensão por parte das sociedades do papel que os Direitos Humanos têm nessas relações e Estados mais fortes impõem aos mais fracos o cumprimento dos acordos assinados. Internamente a sociedade reluta em aceitar as linhas adotadas pelos Direitos Humanos por sentir-se desprotegida pelo poder estatal.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, proteção, compreensão, aceitação.



As relações entre povos, entre pessoas, sempre receberam questionamentos.

Se através dos tempos os hebreus acreditavam no monoteísmo e que a vida era um atributo de Deus de quem partia as leis e estas eram para o bem estar das criaturas, os gregos por sua vez, que eram politeístas, tinham nos filósofos (Aristóteles e Péricles) ferrenhos defensores da cidadania. Por outro lado via-se nos Romanos a sua cultura militarista e pragmática, um exemplo negativo pelo seu desrespeito institucionalizado.

Os Direitos Humanos foram um pouco influenciados por este exemplo negativo de imperialismo e força dos romanos e já era, naquela época, questionado por Sêneca, Petrónio e Cícero. Essas questões foram gerando inconformismos, indignações e por causa delas, mortes.

O poder foi tornando os seus defensores cegos e sanguinários e quando ainda não existiam comunicações em tempo real para que os governantes descobrissem os bolsões de insatisfações ao redor do mundo totalitário, aconteceu o inevitável: a revolta dos discriminados e despossuídos, na França, com a queda da Bastilha.

Por conseqüência, aconteceu a poderosa semente da Declaração dos Direitos Humanos.

A pergunta que não quer calar é: será que, guardadas as devidas proporções, os filósofos da época não eram vistos como o são atualmente, os integrantes das comissões humanitárias? A indignação com o militarismo romano e sua tendência imperialista era diferente do que estamos sentindo contra os Estados Unidos pelo que aquele país tem praticado nos dias de hoje?

A força política do império na era romana fazia calar aqueles que eram vozes dissonantes ao que perpetrava o Estado, assim como acontece hoje quando o mundo se opõe ao imperialismo americano.

Somos em dias atuais, embora com Direitos Humanos positivados e com mecanismos que permitem instaurá-lo, a mesma sociedade amedrontada e subjugada de ontem pelo mesmo motivo: a força política do mais forte imposta pela força do poder econômico e pela força das armas de fogo.

Na realidade dos países novos, caso do Brasil, há muita dificuldade em a população “de bem” aceitar a aplicação dos Direitos Humanos, em razão de essa mesma população não se sentir devidamente protegida pelo aparelho estatal. Quando o povo

se sente desprotegido e à mercê da violência urbana é compreensível que não se venha aceitar que órgãos internacionais, alheios a assuntos internos, numa demonstração de ingerência política explícita, queiram impor regras de proteção a quem mata, rouba, estupra e seqüestra, quando as famílias que perderam bens, entes e até dignidade desejam não propriamente justiça, mas sim vingança. No conceito de nossa gente a justiça é vingança e vingança que deve ser patrocinada pelo Estado.

A justiça para aqueles que se sente atingidos e para a sociedade indignada diante de ocorrências brutais e com as feridas ainda abertas, é nada menos do que a vingança. Nosso conceito de justiça está mais para Moisés do que para Jesus. Está mais para a Lei de Talião do que para o amor ao próximo.

Para nossa cultura a voz dissonante era a rebeldia que devia ser eliminada. O comportamento diferente dos padrões instituídos pela maioria devia ser discriminado, isolado, abafado. E ainda é.

Em nossa concepção a oposição política era formada por fomentadores da discórdia e por comedores de criancinhas. O preso, independentemente do crime cometido, tinha que sofrer os horrores do cárcere, com tortura, fome, sede e de preferência levando três surras por dia.

Todas as mudanças políticas, sócio-econômicas e sociais se dão de maneira antagônica, de maneira radical, de forma contrária ao status quo. As declarações dos Direitos Humanos, para nós brasileiros, se contrapõem a tudo aquilo que estávamos acostumados a ver, a fazer, a pedir.

Os Direitos Humanos vieram para quebrar o status quo e isso provocou uma série de questionamentos: do Estatuto da Criança e do Adolescente aos Direitos da Mulher.

Em nosso noviciado nas relações humanas ficamos muito mais preocupados em diminuir a idade penal do que em recuperar o adolescente que praticou o crime, já que a nossa noção de crime passa pelo “quem rouba um tostão, rouba um milhão” e assim, jogamos todos, sem distinção, na vala comum.

Por isso, a evolução da Declaração Universal dos Direitos Humanos sofre muito mais dificuldades em ser implantada no micro social que enxerga curto, enxerga o imediato, do que no macro social e neste sim, a evolução foi mais visível, segura e ritmada.

Por irônico que possa parecer na Idade Média e Renascimento os Direitos

Individuais dependiam do status social. Irônico porque bastaria tê-lo dito no tempo presente do verbo, já que ainda hoje, como ontem e quiçá amanhã, somos diferenciados pelo status social que ostentamos.

Uns são mais iguais que os outros perante a lei. Direitos humanos são aplicados diferentemente entre os povos (o mais forte subjuga o mais fraco e o economicamente forte passa por cima dos interesses do economicamente fraco). O poderio econômico dita as normas: depende dele os Direitos Humanos do povo que está sob o seu jugo.

No campo doméstico nada mudou: há distinção entre nacional e estrangeiro, entre os que são batizados e os que não são batizados, entre membros de uma e outra crença religiosa, há distinção entre classes sociais e, dentro das corporações tudo permanece como dantes: o maior conhecimento e/ou o maior adestramento significa maior renda financeira que o distinguirá dos demais em Direitos e deveres.

Estamos na quarta geração dos Direitos sem havermos sequer conseguido cumprir os da primeira, segunda e terceira gerações.

Dentro do inconformismo geral que é gerado a cada ação das comissões humanitárias a impressão que se tem é, das duas uma: ou quem assinou os tratados, os acordos internacionais sobre os Direitos Humanos eram pessoas, dirigentes políticos cuja evolução moral e intelectual estava muito acima da média de seus representados, ou eram irresponsáveis e não mediram as conseqüências futuras no que tange ao não cumprimento do ali existente, apostando no jogo de cena, acreditando ser uma mera formalidade.

As questões sobre o falar e não cumprir para nós é cultural. Já em 1848, Butenval, um diplomata francês ao tentar explicar o Brasil a um seu colega disse: “as palavras são por aqui mais vivas que as ações e, de uma forma geral substituem-nas”.

Uma coisa é certa: alguns desses acordos nos parecem muito acima da compreensão da maioria do povo brasileiro e até de muitos de seus representantes, já que nossos próprios dirigentes não têm visto com naturalidade os relatórios da Anistia Internacional, por exemplo, considerando-os como ingerência nos assuntos internos.

Os acordos internacionais, é bom que se saiba, são aprovados pelos legislativos dos países signatários justamente para dar a eles a legitimidade, a legalidade necessária, ficando eles com mais força do que a própria Constituição. Após a assinatura

não basta o Estado não concordar, o judiciário se posicionar contrário e a parcela formadora de opinião que é contrária à ingerência dos organismos internacionais virem a público exporem suas indignações. Os acordos têm mais força e não recuam em suas manifestações.

Leis muito avançadas ou sociedade retrógrada? Leis muito avançadas ou sociedade despreparada? Direitos desnecessários ou saudade da ditadura?

Nossos dirigentes estão preparados para colocar em prática ou para fazer colocar em prática tudo aquilo que foi assinado, convencionado, mas acima de tudo, aprovado pelo Legislativo? Salvo alguns exageros nas minúcias das leis, será que não estamos mesmo, com vontade de afrontar tudo o que está aí e colocar uma venda nos olhos da comunidade internacional, para fazer valer a tese de Butenval?

Internamente, em nossas leis, podem-se fazer alguns ajustes, mas internacionalmente os ajustes que temos a fazer são os de comportamentos relacionados ao tratamento que temos dispensado ao nosso povo, aos nossos cidadãos. A globalização está mudando a relação entre nações, entre países, derrubando as fronteiras, provocando aberturas econômicas, fazendo os governos reverem as posições até então radicais de soberania e isto não tem mais volta. Teremos de ser inteligentes na adequação do país aos novos tempos, aos tempos de Direitos Humanos pleno, interna e externamente.

Os Direitos humanos é uma grande evolução, embora esses direitos, muitas vezes nos sejam impostos por aqueles que não tem a menor preocupação em cumpri-los dentro de suas fronteiras, exercendo o papel de palmatória do mundo. Ainda assim, é melhor avançarmos no tratamento inter-pessoal, entre Estado e cidadão, entre representantes e representados, com todos sabendo exatamente o que lhes compete em direitos e deveres.

Os organismos internacionais estão aí para nos dar a exata noção de a quantas andam nossa evolução dentro dos tratados, acordos e convenções. Eles devem nos servir de indicadores e ao invés de questioná-los devemos nos questionar.

Entendo que precisamos crescer enquanto sociedade, e neste caso fazendo valer leis que estão ainda distantes de nosso alcance de compreensão, para suscitar discussões, para levantar questões, para evoluirmos no contraditório.

Neste caso, em específico, coaduno com a frase de Goethe: “se nos limitarmos a pensar o ser humano tal qual ele é, nós o pioramos; mas se avançarmos a pensá-lo tal

como deve ser, podemos redimi-lo”.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

TRINDADE, A. A. Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.



# **UM NOVO NOME, UMA NOVA IDENTIDADE SEXUAL: O DIREITO DO TRANSEXUAL RUMO A UMA SOCIEDADE SEM PRECONCEITOS**

Márcia Maria **MENIN**

*Mestranda em Direito Civil*

*Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

**Resumo:** O presente trabalho não tem por escopo invadir o campo da Medicina, Psicologia ou de outros ramos científicos. Apenas tenta apresentar alguns conceitos para possibilitar um melhor entendimento em sua fundamentação. Tem como objetivo, por meio de críticas aos argumentos que posicionam o transexual um ser à parte do mundo ideal, inseri-lo dentro das problemáticas do Direito mesmo não havendo previsão legal que regule o caso ora em comento, por meio da demonstração de que a sociedade deve estar atenta ao ser humano multifacetado, aos sofrimentos da minoria transexual e aos avanços trazidos pela área científica. Desse modo, a decisão judicial de caráter libertário que a seguir será vista, servirá como fundamento e, ao mesmo tempo, exemplo de uma visão coerente que já existe em alguns de nossos tribunais, o que demonstra a prevalência dos valores humanos em detrimento do exacerbado positivismo paralisador da evolução social.

**Palavras-chave:** nome, identidade



## **1. A DECISÃO JUDICIAL**

Não obstante ainda existirem várias decisões de caráter retrógrado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul posiciona-se, no acórdão a ser examinado, favoravelmente à retificação do registro civil para os casos de transexuais que se submeteram a cirurgia de transgenitalização.

Manteve a decisão do juízo singular no que diz respeito à não publicidade da situação anterior do apelado quando do fornecimento de certidões. Posicionou-se no sentido da consideração de tal questão dentro de uma análise da realidade social do transexual, em desfavor de uma mera análise da realidade biológica, ponderando que, caso haja prejuízo à terceiros, estes devem procurar o remédio judicial cabível. Eis a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. Alteração do registro de nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando a extração de certidões referentes à situação anterior. Recurso do Ministério Público insurgindo-se contra a não publicidade do registro. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

## **2. O SEXO E A IDENTIDADE SEXUAL**

No decorrer de sua existência, através de influências sócio-religiosas, o ser humano acaba por formular e concretizar conceitos sobre diferentes temas da vida. Um deles é o sexo, no qual se insere o significado de macho e fêmea.

O indivíduo passa a crer que o homem só pode ser assim denominado por possuir um pênis e a mulher, uma vagina. Assim, a sociedade adota o critério do sexo morfológico para a divisão da espécie humana nos pólos homem e mulher.

Porém, a questão do sexo e da identidade sexual é muito mais complexa do que a simples verificação das características sexuais primárias do indivíduo, dado que é oriundo da conjugação de vários elementos.

Roberto Farina, brilhantemente citado por Elimar Szaniawski, ensina:

o sexo não pode e não deve ser tão-somente com um frio aparelho reprodutor ou, então, interminável fonte de prazer. Sexo tem um sentido muito mais abrangente, profundo e filosófico, significando relacionamento mais amplo no campo familiar, social, afetivo, etc.

A Medicina admite ser o sexo uma conjugação de elementos que deve possuir harmonia entre si, sendo eles o elemento biológico, o elemento psicológico e o elemento comportamental do indivíduo. Dessa afirmação, pode-se concluir que para a obtenção do diagnóstico completo e exato do sexo importante é que se atente a seu aspecto plurivetorial: o sexo biológico – formado pelo sexo morfológico, sexo genético e sexo endócrino –, o sexo psíquico e o sexo civil.

O perfeito equilíbrio entre todos esses elementos acarreta um indivíduo com impulso sexual relativo ao seu sexo oposto. Nos dizeres de Farina: “num indivíduo tido como protótipo de normalidade, existe um sincronismo perfeito das características tanto orgânicas como psicológicas de per si, como ainda no confronto delas entre si”.

## **2.1. Do sexo genético**

O sexo genético é dividido em sexo cromossômico e sexo cromatínico.

### **2.1.1 Do sexo cromossômico**

*O sexo cromossômico determina se o indivíduo será do sexo masculino ou feminino por meio dos dois cromossomos que são determinantes da sexualidade: o cromossomo X – este poderá ser proveniente do homem ou da mulher, já que o espermatozóide possui combinação cromossômica X e Y – e o cromossomo Y – este apenas pode ser proveniente do homem, pois os óvulos possuem a combinação cromossômica X e X.*

*O esquema descrito poderá, excepcionalmente, apresentar imperfeições, como no caso da Síndrome de Turner, que provoca anomalias nas gônadas, causando ausência de ovários na mulher.*

### **2.1.2. Do sexo cromatínico**

O sexo cromatínico refere-se a algumas características apresentadas nos cromossomos femininos, como a presença do Corpúsculo de Baar, inexistentes nos cromossomos masculinos.

## **2.2. Do sexo endócrino**

Formam o sexo endócrino, o sexo gonadal e o sexo extragonadal.

### **2.2.1. Do sexo gonadal**

O sexo gonadal é constituído pelas glândulas sexuais – os ovários nas mulheres e os testículos nos homens –, responsáveis pela produção de hormônios.

### **2.2.2. Do sexo extragonadal**

O sexo extragonadal é constituído pelas glândulas tireóide e epífise, responsáveis por outras características não tão importantes na determinação da masculinidade e da feminilidade.

## **2.3. Do sexo morfológico**

O sexo morfológico é caracterizado pelo aspecto genital, que inserirá o indivíduo no sexo masculino – pênis, escroto e testículos – ou feminino – vagina, trompas, ovário e útero.

## **2.4. Do sexo psíquico**

Na definição de Matilde Josefina Sutter,

o sexo psíquico consiste em uma série de características que poderiam ser descritas como a reação psicológica do indivíduo frente a

determinados estímulos. Reação esta diferente em razão do sexo ao qual pertence, sendo que, de um modo geral, indivíduos de um mesmo sexo apresentam reação semelhante.

Odon Maranhão demonstra qual é o funcionamento do sexo psicológico em alguns indivíduos:

é evidente que os fatores constitucionais e endócrinos predisporão alguém a um prevacente tipo de reação psicológica. Além disso os de ordem educacional, familiar, escolar, etc. atuarão até certo ponto de uma forma orientada a levar alguém a se comportar e a reagir como masculino ou feminino. Outras vezes os processos educativos, de aculturação e adaptação social serão ineficazes para alcançar esse ajuste bio-psíquico-social. Nesses casos haverá desvio psicológico-sexual, com grande diversidade de situações patológicas. Geralmente, porém, um ajuste ou integração chega a ser obtido e as pessoas apresentam uma estrutura psicológica própria do seu sexo biológico.

## **2.5. Do sexo civil**

O sexo civil é o que se origina do registro do assento de nascimento da criança, tendo com critério a verificação de seu sexo morfológico externo. Também chamado de sexo jurídico, é em razão dele que o indivíduo estabelecerá suas relações na sociedade, adquirirá direitos e contrairá obrigações.

## **3. O CONCEITO DE TRANSEXUAL**

H. Benjamim, o criador de tal nomenclatura no campo da Medicina, caracterizou o transexual como um “hermafrodita-psíquico”.

Para Aracy Klabin,

o transexual é um indivíduo anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Esta crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de

ajustar-se ao “verdadeiro” sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

Elimar Szaniawski cita como sendo de sua preferência a definição de J. Penneau: “transexualismo é o sentimento experimentado por um indivíduo de pertencer ao sexo oposto, com o desejo intenso e obcecante de mudar de estado sexual, inclusive anatomicamente, para viver sob uma aparência conforme a idéia que faz de si mesmo”.

Merece especial destaque o conceito de Veiga de Carvalho em trabalho desenvolvido por Matilde Josefina Sutter. Aquele autor conceitua de maneira objetiva, e ao mesmo tempo completa, o indivíduo transexual:

os transexuais são pessoas que partindo de uma constituição física nada equívoca, isto é, puramente masculina ou feminina, exigem reiterada e insistentemente “trocar de sexo” morfológico, endócrino e jurídico, por meio de uma cirurgia que lhes modifique os genitais, tomando hormônio e, também, requerendo a mudança de seu estado civil.

Portanto, a partir da observação de tais conceitos, é de sobremaneira simples que se alcance um ponto em comum, qual seja, a ruptura existente entre corpo e mente do transexual, o qual sente-se como se tivesse nascido em corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita. É devido a esse quadro causador de severas angústias que o transexual buscará auxílio da Medicina e do Direito para que possa, ao final de tudo, adequar-se à sua identidade sexual e posteriormente obter total integração no meio social onde vive.

#### **4. ALGUMAS PECULIARIDADES RELATIVAS AO INDIVÍDUO TRANSEXUAL**

A maioria dos especialistas em identidade sexual afirmam que os traços de transexualismo começam a surgir na infância, por volta dos dois anos de idade. É a partir deste momento que a criança começa a demonstrar socialmente a sua identidade sexual: as brincadeiras, bem como o tipo de vestimenta, são protótipos do sexo oposto à sua realidade física.

Porém, é somente na adolescência que o transexual terá consciência de sua condição de pessoa diferente do comportamento da maioria heterossexual, o que o leva a deprimir-se e a não aceitar que possui um corpo motivo de tão profundo sofrimento. Começa a fazer uso de hormônios para a inversão de suas características físicas para as do sexo oposto ao seu, o que causa visível diminuição das pilosidades, aumento dos seios e aparecimento de gorduras localizadas.

As características comportamentais do transexual são extremamente peculiares a ele, distinguindo-se totalmente das atitudes e do modo de identidade sexual dos homossexuais, bissexuais ou travestis.

O transexual por ser dotado de alma feminina, considera a relação que mantém com outra pessoa do mesmo sexo morfológico que o seu um envolvimento heterossexual; por tal motivo, não deseja como companheiro alguém efeminado, mas um homem verdadeiro que supra sua necessidade de sentir-se protegido e seguro no seu entrosamento afetivo.

Sofre sentimento de ojeriza, repúdio com relação ao seu órgão genital, que considera como algo desnecessário devido à sua inutilidade sexual, dado que não é fonte de seu prazer. É por essa razão que há no transexual desejo obcecado de adaptação ao seu sexo psíquico, existindo casos na literatura de suicídio ou automutilação por não terem conseguido submeterem-se a cirurgia de transgenitalização.

## **5. A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO**

As tentativas de psicoterapia aplicadas em transexuais são, de acordo com estudos especializados nesse sentido, totalmente ineficazes, visto que o transexual não deseja adaptar o seu sexo psíquico ao seu sexo biológico, mas o contrário é sua verdadeira obsessão. Também infrutíferas serão as terapias que tiverem por escopo a tentativa de trazer equilíbrio emocional voltadas à aceitação de sua condição sexual.

A cirurgia de transgenitalização, portanto, mostra-se como único método terapêutico capaz de inserir o transexual dentro do seu tão sonhado sexo real. O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1.482/97, autorizou a realização da cirurgia em hospitais públicos sob caráter experimental, devendo o paciente submeter-se a rigorosa seleção realizada por equipe multidisciplinar para que fique claro tratar-se de transexual

primário, impondo ainda a maioria do candidato e seu livre consentimento.

Ao contrário do que foi exposto por alguns autores que já trataram do tema, essa cirurgia não é meramente plástica, embelezadora, pois possibilita ao transexual redesignado cirurgicamente as práticas sexuais conjugadas com o prazer, resolvendo ainda a questão de sua bipolaridade sexual, o que permite a ele a felicidade de se ver dentro da idéia heterossexual que faz de si mesmo.

## **6. O DIREITO À RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL**

Ao ser realizada a cirurgia, o transexual tem como resolvido o problema de seu conflito interno proveniente do paradoxo de sua auto-identidade, porém se depara com uma outra grande questão: será aceito pela sociedade como pertencente ao sexo que agora fisicamente ostenta? Como se sentir integralmente pleno se seus documentos relembram a ele e comprovam à sociedade a sua antiga condição?

É movido por esse desejo que o transexual redesignado recorrerá ao Judiciário com intuito de mudança de nome e de sexo civil, momento em que depara com uma realidade nem sempre favorável à sua pretensão, dado que o Direito brasileiro ainda não tem previsão legal para esses casos, existindo apenas um projeto de lei que pretende discipliná-los, o qual será visto a seguir:

### **6.1. O Projeto de Lei n. 70-B/95**

Tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 70-B/95, de autoria de José Coimbra, o qual visa a alterar dois dispositivos legais, com acréscimo do § 9o ao art. 129 do Código Penal, bem como inserção de dois parágrafos ao art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), passando assim a vigorar:

Art. 129. [...]

Exclusão do crime

§ 9o. Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo do paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer

unânime de junta médica.

Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

§ 1o. Quando for evidente erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como sua mudança, mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55 se o oficial não houver impugnado.

§ 2o. Será admitida a mudança de prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§ 3o. No caso do parágrafo anterior deverá ser averbado no registro de nascimento e no respectivo de identidade ser a pessoa transexual.

Apesar de esse projeto ter mostrado a intenção de pacificar a vida do transexual operado, acabou por conceder um direito pela metade, pois, de que adiantaria a inscrição de um novo prenome, se carregará para sempre o carimbo de transexual? O ordenamento jurídico, nesse sentido, deixaria a pessoa com os mesmos problemas emocionais existentes antes da cirurgia.

Graças ao parecer do relator e, na época, deputado Régis de Oliveira, foi sugerida e aprovada nova redação dada ao § 3o do art. 58 da Lei de Registros Públicos, que passa a dispor a questão de maneira diversa: “Art. 58. [...] § 3o. No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem com o sexo, lavrando-se novo registro”.

Houve ainda um acréscimo do § 4o feito pela Comissão de Constituição e Justiça, o qual assim dispõe: “§ 4o. É vedada a expedição de certidão, salvo pedido do interessado ou mediante determinação judicial”.

Salvo exceções relativas a algumas omissões deixadas pelo projeto, se com essa estrutura for transformado em lei, certamente retirará do transexual a marca que o perseguiria por toda sua existência, o que lhe possibilitará uma nova vida, com preservação do direito à intimidade e à privacidade que possui como cidadão, à semelhança de todos os demais membros da sociedade.

## **6.2. Os argumentos desfavoráveis à retificação do registro civil: críticas**

Atualmente, mesmo havendo algumas decisões favoráveis à pretensão do transexual redesignado, há outras baseadas em fundamentos que, aparentemente, visam à segurança de terceiros e ao estrito cumprimento da norma, mas estão, na verdade, intimamente ligadas à concepção preconceituosa e à ignorância quanto ao tema sexualidade humana.

A maioria dessas decisões apresentam os mesmos argumentos: a imutabilidade do prenome prevista pelo art. 58 da Lei n. 6.015/73 – salvo ressalvas expressas –; a segurança de terceiros que poderiam ser induzidos em erro e a preservação do status sexual do transexual mesmo após ter sido submetido a cirurgia.

### **6.2.1. A imutabilidade do prenome**

Alguns autores defendem a imutabilidade do prenome para os casos de transexuais redesignados, sob o fundamento de que o registro civil é fonte de prova fidedigna do estado de pessoa, e sua modificação importará em inverdade, descaracterizando-o de seu objetivo. Faz parte desse rol Luiz Flávio Borges D’Urso, o qual argumenta:

a determinação do sexo, como vimos, deve ser feita no momento do nascimento, por meio do registro civil, que é, segundo a melhor definição de registro, um conjunto de atos autênticos, tendentes a ministrar prova segura e certa do estado das pessoas; ele fornece meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhe é imanente, segundo Washington de Barros Monteiro.

E prossegue: “nesse diapasão, pode-se admitir que uma pessoa poderá alterar a definição de seu sexo, isto é, retificar o registro que define o seu sexo jurídico, desde que, e somente se, houver vício no momento original do registro”.

No entanto, o art. 58 caput da Lei de Registros Públicos determina: “Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

O referido artigo poderá ser invocado para efetiva comprovação de que, pelo fato de o transexual carregar publicamente consigo o nome condizente com sua aparência física feminina, deverá ter seu registro civil alterado. Merecem atenção as palavras de Euclides de Oliveira:

quanto aos apelidos, a que se refere o caput do art. 58, entenda-se não só a alcunha ou cognome que passe a designar certa pessoa no meio em que viva, mas, também, outro nome próprio, que se entenda como “de uso”, adotado de forma contínua e pública em lugar do nome original.

A permanência do nome revelador de seu antigo status sexual traria perplexidade advinda do contexto social sempre que tivesse que expor seu documento de identidade, ou ainda, em uma amplitude muito maior, quando todas as pessoas que estiverem em sua volta percebessem que se trata de um homem modificado – sendo, nesse caso, possível imaginar o momento em que o transexual é chamado a adentrar a sala de um consultório médico pelo seu nome de nascimento. O transexual tem o direito a viver uma integral felicidade advinda do esquecimento relativo ao seu sexo biológico, devendo ser uma opção sua revelar ou não seu antigo nome, o qual não deve, de forma alguma, submetê-lo a situações vexatórias, expondo-o ao ridículo, a humilhações e ao desprezo público.

Essa também foi a opinião do legislador que dispôs no art. 17 do novo Código Civil: “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

Contudo, é oportuno, no presente momento, que se vá além dos simples fundamentos realizados no sentido de buscar no texto legal a solução para o problema da retificação do registro civil do transexual.

O nome, a identidade sexual e a identidade pessoal são atributos dos direitos da personalidade, os quais são inerentes à pessoa humana, pois, sem eles, seria impossível a qualquer indivíduo manter uma existência digna. Conforme ensinamentos de Sílvio Rodrigues:

dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente

distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa do titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem um direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e portanto a elas ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos da personalidade.

Por conseguinte, negar ao transexual redesignado o direito de ostentar um novo nome condizente com sua identidade sexual e pessoal é retirar-lhe direitos que são próprios de qualquer indivíduo independente e que preexistem a todo ordenamento jurídico, devendo o Estado somente os reconhecer e abster-se de violá-los, mantendo a integridade moral do transexual redesignado e permitindo a sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O princípio da eticidade deve sempre estar presente na defesa dos direitos da personalidade, sobrepondo-se a qualquer formalismo da lei que iniba a proteção à pessoa, como a razão maior do Direito.

É por esse motivo que o art. 58 da Lei de Registros Públicos não deve ser interpretado de maneira dogmática, sob pena de se manter um ordenamento jurídico fechado e arcaico. O julgamento através de critérios intuitivos, voltados para a preponderância dos valores humanos, é sobremaneira superior do que a mera aplicação da lei com única solução para os inúmeros conflitos advindos de uma sociedade em desenvolvimento.

### **6.2.2. O induzimento de terceiros em erro**

Suscitada por alguns doutrinadores e pela justiça pátria, essa questão é aparentemente imposta como forma de proteger terceiros de boa-fé que venham a manter algum relacionamento com o transexual redesignado; no entanto, revelam claramente a falta de informação relativa aos progressos advindos da Medicina e Psicologia.

Dentro desse contexto, foi prolatada decisão advinda do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que assim dispõe: um terceiro, de boa-fé, levado pela aparência física de um operado, ou mesmo pelo amor, poderá chegar ao casamento. Realizado o ato sob o aspecto legal, no momento da consumação, ou até mesmo quando buscar a constituição de prole, esse terceiro descobre a verdade. O casamento foi contraído com pessoa do mesmo sexo.

O Direito deve proporcionar a realização pessoal do indivíduo, sem, é claro, causar prejuízo à sociedade. No caso de um possível casamento com erro sobre a pessoa do outro cônjuge, o prejuízo seria da sociedade ou apenas do cônjuge prejudicado?

É evidente que o prejuízo limita-se ao âmbito das relações privadas, tanto é assim que, quando há erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, caso deseje, o cônjuge prejudicado poderá ter seu casamento anulado. Portanto, como se observa, trata-se de anulação e não de nulidade.

Ademais, como é sabido em Direito, a má-fé não se presume, não sendo permitida a recusa do pedido de retificação do registro por suposição de que os transexuais transgenitalizados omitirão o seu passado. Ao contrário, deve-se levar em consideração que todos agirão de acordo com a boa-fé, visto que difícil será ocultar sua vida pregressa se porventura vierem a envolver-se em uma relação estável e duradoura.

O transexual não é portador de nenhuma doença mental, o seu comportamento não é bizarro nem ao menos destoante dos indivíduos heterossexuais; sendo assim não poderia, em hipótese alguma, ser colocado à margem da sociedade como um ser que não tem condições de pertencer a ela de acordo com sua real identidade. Deve-se promover o bem-estar do transexual redesignado, colocando-o em pé de igualdade com os demais indivíduos, o que demonstra o valor supremo do Estado, qual seja, a felicidade dos membros que o compõem.

### **6.2.3. A preservação do status sexual do transexual redesignado**

Como visto no início do trabalho, em conformidade com as lições dadas pela Medicina e Psicologia, o sexo é algo complexo, não limitado apenas ao aspecto morfológico do indivíduo. Há que existir um todo harmônico, no qual os elementos

formadores se integrem e se complementem.

A Justiça e alguns doutrinadores sustentam que os indivíduos submetidos ao processo artificial de feminilização jamais se tornarão verdadeiras mulheres dado que nunca poderão gerar descendentes. Sob esse aspecto, surge uma questão, já suscitada no teor da decisão judicial fonte do presente trabalho: como seria o documento de identidade da mulher estéril ou daquela que passou por cirurgia de retirada de útero ou de ovário? Em que sexo ela se enquadraria, já que não tem o poder da procriação?

Partilhando desses questionamentos, Elimar Szaniawski cita decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

os transexuais, mesmo após intervenção cirúrgica, não se enquadram perfeitamente neste ou naquele sexo, acarretando-se problemas graves com tal intervenção. Não se constitui ademais, o apelado como sendo do sexo feminino, uma vez que há impossibilidade de procriação, porquanto não possui o mesmo os órgãos internos femininos....

Além disso, a já mencionada decisão proveniente do tribunal mineiro demonstra, sem subterfúgios, o seu conceito morfológico sobre sexo quando defende que: quem nasceu com formação genética do sexo masculino será sempre integrante do sexo masculino; e quem nasce com a formação genética do sexo feminino será sempre desse sexo um integrante. É uma verdade imutável.

É lamentável a consideração feita no sentido de que a diferença entre ser homem ou mulher reside na possibilidade de ter ou não seus próprios filhos. A masculinidade ou a feminilidade de cada um é algo muito maior e não tão objetivo quanto pretendem tais afirmações, oriundas de uma visão equivocada e simplista sobre o assunto.

Ora, formular o próprio conceito sobre o que é ser um homem ou uma mulher, é desconsiderar a realidade sexual sob o prisma do transexual e, ainda, contradizer os estudos realizados pela Ciência.

É por tal motivo que, no momento em que os exegetas da lei depararem com tal realidade, não podem criar uma cisão entre o Direito e a Ciência, devendo ser decorrência lógica da cirurgia a retificação do registro civil, o qual não deverá conter qualquer ressalva do motivo de sua retificação, só sendo possível a retirada de certidões com o teor do mandado mediante autorização judicial.

O Direito não pode negar o que a Ciência permite; é necessário que ambos caminhem de mãos dadas, sob pena de tornar sem valor a evolução gerada por esta, o que demonstraria um Direito à parte das realidades que o circundam, o qual cumpre a lei mas se nega a assegurar a justiça voltada ao bem comum.

## CONCLUSÕES

Ainda que haja argumentos contrários à concessão do pedido de retificação do registro civil pautados na idéia de uma efetiva segurança que o Estado deve proporcionar à coletividade e ainda na ausência de norma expressa disciplinadora do interesse do transexual redesignado, a dignidade da pessoa humana, inserida no inc. III, art. 1o, bem como no inc. IV, art. 3o, ambos da Constituição Federal brasileira, deverão servir como princípio geral na colmatação de lacunas a que se refere o art. 4o da Lei de Introdução ao Código Civil. Logo, por ser a dignidade da pessoa humana “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida”, não pode ser atribuída somente a algumas pessoas inseridas no padrão heterossexual, considerado por muitos como o modelo correto de conduta. a dignidade pressupõe a igualdade entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais.

Nenhum ser humano escolhe o caminho mais difícil a trilhar; ninguém opta por uma sexualidade que trará grandes angústias internas e conflitos externos, porém tem a opção de viver dentro dessa sua condição com direito a incessantes buscas do que considera primordial à sua integridade psíquica.

Por conseguinte, o Direito deve ter por primazia manter livre a pessoa para que possa desenvolver a sua identidade de acordo com sua livre escolha sem que atente aos direitos da coletividade.

É por tal motivo que, quando o operador da lei, ao deparar com o caso ora em comento, deve vivenciar a situação sob o referencial daquele que é considerado diferente dos demais, despindo-se de um juízo moral de valor, mas agregando tolerância como valor superior, integrando o transexual em uma sociedade que

prima pelos valores voltados para repersonalização do Direito: uma sociedade livre de preconceitos.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial.** Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 23, v.6, p. 317-335, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes).** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DUTRA, Mariana Silva Campos. **A tutela do transexual no ordenamento pátrio.** Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, v.21, p. 154-163, jan.-jun., 2003.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **O transexual, a cirurgia e o registro.** Revista Jurídica. São Paulo n. 229, p. 91-95, novembro, 1996.

FARINA, Roberto. **Transexualismo; do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias.** São Paulo: Novolunar, 1982.

KLABIN, Aracy. **Transexualismo. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.** São Paulo, n. 17, p. 27-49, jul.-set., 1981.

LUCARELLI, Luiz Roberto. **Aspectos jurídicos da mudança de sexo. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** São Paulo, n. 35, p.213-228, junho, 1991.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Manual de sexologia médico-legal**. São Paulo: Malheiros, 1995

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito ao nome**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 190-209, jan.-jun., 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil. Parte geral: direito de família**. São Paulo: Saraiva, v.1, 1996.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. **Transexualismo. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**. Belo Horizonte, n.7, p. 163-197,1999.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo – Aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSK, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Santos, 1996.

\_\_\_\_\_. **O direito à saúde e o transexual**. Revista Jurídica. São Paulo, n. 2, p. 119-131, 1999.

# **A CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE “MORTE DO AGENTE”**

Vanderson Roberto **VIEIRA**

**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

**Resumo:**

**Palavras-chave:**



# 1- PREVISÃO LEGAL, CONCEITO E MOMENTO DE OCORRÊNCIA

O art. 107, inciso I, do Código Penal elenca a “*morte do agente*” como causa de extinção da punibilidade.

Essa causa de extinção não possui momento específico de incidência, como é natural, podendo ocorrer em qualquer momento da pretensão punitiva ou da pretensão executória.

Sendo assim, já se vislumbra um defeito técnico de terminologia denominação *morte do ‘agente’*, pois não se pode afirmar antes de uma decisão condenatória irrecorrível que determinada pessoa seja efetivamente o agente do crime. Ainda mais, não se deve afirmar que a morte foi do *agente* do crime, mas sim do *suposto* autor do delito, em prol da consagração do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). Nem se poderia dizer que “*morte do agente*” quer somente significar agente do “fato material”, sem entrar em discussão se esse fato material teria todo o contorno de fato típico, já que, também, antes de uma decisão irrecorrível, condenatória ou absolutória, não se pode afirmar que o agente foi o autor do “*fato material*” (denominamos de fato material a situação concreta formada pela conduta-nexo causal-resultado).

O termo agente constante da presente causa de extinção deve ser entendido em sentido amplíssimo, abrangendo a figura do sujeito ativo em qualquer momento do *ius puniendi* em concreto, desde a ocorrência da investigação (inquérito policial, termo circunstanciado, CPI ou investigação pelo MP) até o fim da execução penal: indiciado, acusado (réu), sentenciado, preso ou beneficiário.

## 2- EFEITOS

A morte do agente, qualquer que seja o instante em que aconteça, extinguirá a punibilidade, colocando um ponto final na pretensão punitiva ou na pretensão executória. É a aplicação da máxima *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga).

Ensina Walter Coelho que “somente o homem, enquanto pessoa viva, poderá ser responsabilizado pela prática de crime, já que, com a morte, deixa ele de ser sujeito

de direitos e obrigações, ocorrendo a extinção da punibilidade. Conquanto isso pareça óbvio, convém lembrar que nem sempre foi assim. Nem as pessoas mortas escapavam à fúria repressiva da fase que antecedeu o período humanitário do Direito Penal, como muito bem salienta Edmond Picard, em sua obra ‘Le droit pur’: ‘Um morto é também, às vezes, considerado sujeito de direito. Na Idade Média, promoviam-se processos criminais contra cadáveres; a inquisição exumava-os, fazia-os citar, pronunciava contra eles penas póstumas e o confisco de bens que, antes do decesso, constituíam o patrimônio do defunto’”.

O Concílio de Praga (ano de 563) aplicava sanção penal ao cadáver do suicida, proibindo atos religiosos em sua memória. Durante toda Idade Média, arraizada nos princípios do direito canônico, o suicídio continuou sendo crime e pecado contra Deus. Aplicava-se pena ao cadáver, que devia ser suspenso pelos pés e arrastado pelas ruas, com o rosto voltado para o chão.

Comenta Magalhães Noronha que a máxima *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga) “nem sempre foi assim. A História conta-nos casos de pessoas julgadas mesmo depois da morte. Além disso, houve as penas infamantes, que não só atingiam a memória do morto, como também seus descendentes. Na Idade Média, ao lado da *damnatio memoriae*, conheceram-se a condenação em efígie e a execução de cadáver”.

A morte do agente como causa de extinção da punibilidade é corolário do art. 5º, XLV, da CF/88, que consagra o princípio da pessoalidade da sanção penal, dispondo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Sobre o princípio da pessoalidade da sanção penal, também conhecido como princípio da intranscendência ou personalidade da sanção penal, comentam Zaffaroni e Pierangeli que “nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda conseqüência da pena que afete a terceiros”.

Já dizia Beccaria o seguinte: “se a pena é aplicada à família inocente, ela é odiosa e

tirânica, porque já não há liberdade quando as penas não são puramente pessoais”.

Além da finalidade da pena de ressocialização somente guardar relação com quem cometeu o fato punível, a sanção penal não pode afetar terceiros alheios ao fato, porque na seara penal também tem aplicação os princípios da responsabilidade subjetiva e da culpabilidade, exigindo para a aplicação da sanção penal, respectivamente, a existência de um injusto doloso ou culposos e da culpabilidade do agente. Os sucessores não tem nenhum vínculo com o acontecimento, salvo, obviamente se forem co-autores ou partícipes.

Em nossa doutrina é pacífico o entendimento de que a pena de morte (em caso de guerra declarada), a pena de prisão, a pena de multa (pena pecuniária ou multa penal) e as penas restritivas de direitos (com exceção da perda de bens e valores) não se transferem aos herdeiros. O que subsiste, passando aos sucessores, são: 1) a obrigação de reparar o dano; e 2) a decretação do perdimento de bens.

Existe divergência sobre o significado de “perdimento de bens”. Alguns juristas entendem que esse “perdimento de bens” constante da norma constitucional é a sanção penal restritiva de direitos “perda de bens e valores”, prevista no art. 43, II e 45, § 3º do CP. Com isso, poderia essa sanção penal ser estendida aos sucessores. Outra corrente, que entendemos mais adequada, sustenta que esse “perdimento de bens” é o que consta no art. 91, II, b, do CP (confisco).

Entendendo desta última forma, em comentário ao art. 45, § 3º, do CP, Delmanto explica claramente que “a perda de bens e valores é modalidade de pena, prevista no art. 5º, XLVI, b, da CR/88. Como tal, jamais, poderá passar da pessoa do condenado, dispondo expressamente o art. 5º, XLV, da Magna Carta: ‘Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’. O perdimento de bens mencionado [...] refere-se, a nosso ver, ao efeito extrapenal genérico da condenação disciplinado pelo art. 91, II, b, do CP e não à pena de perda de bens e valores estatuída pelos arts. 43, II e 45 § 3º do CP. Sendo a perda de bens modalidade de sanção penal, é ela ‘pessoal, individuada, intransferível, adstrita à pessoa do delinqüente’; ‘a morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-condenador e o morto-réu’, e ‘a família, quanto aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência

da pena, exaurida para sempre com a morte do réu' (José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988, 3ª ed., Forense Universitária, v.1, p. 497). Já a perda de bens mencionada pelo art. 91, II, b, do CP, é efeito civil e não penal da condenação (STF, RTJ 101/516), podendo, portanto, ser estendida aos sucessores e contra eles executada, nos termos do art. 5º, XLV, da CR/88”.

Se afigura correto esse último entendimento, pois a perda de bens e valores é claramente pena criminal.

A morte do agente anterior à decisão irrecorrível extingue a pretensão punitiva, não ocorrendo os efeitos da condenação, pois esta inexistirá. Se posterior, extingue todos os efeitos penais da decisão condenatória, principais e secundários; com exceção do perdimento de bens para a corrente que entende ser ele significante da pena restritiva de direito perda de bens e valores.

Dependendo do momento em que ocorra a morte, terá uma repercussão diferente no campo da responsabilidade civil. Caso a morte do agente ocorra após o trânsito em julgado da decisão condenatória, esta poderá ser executada no juízo cível, pois perfeito e acabado está o título executivo judicial. É o que traz o art. 63 do Código de Processo Penal, enunciando que “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”. Em contrapartida, a sentença não poderá ser executada no cível se a morte anteceder o trânsito em julgado. Aqui é necessário que se promova a *actio civilis ex delicto* (art. 64 do CPP). Saliente-se que o art. 67, II, do CPP estabelece que não impedirá a propositura da ação civil a decisão que julgar extinta a punibilidade.

### **3- ALCANCE**

A morte do agente é uma causa de extinção da punibilidade geral, ou seja, aplicável a qualquer tipo penal incriminador que se impute a alguém. Também, é causa pessoal (personalíssima) de extinção da punibilidade e, por isso, não se comunica entre os co-autores e partícipes. Mesmo nos crimes próprios, como, v.g., o peculato, a morte do funcionário não beneficia o extraneus com a extinção da punibilidade, e nem gera a “desclassificação para o crime patrimonial comum”.

Por ser pessoal (incomunicável), quando há concurso de pessoas, a morte de um dos agentes não influencia no desenvolvimento da ação penal contra os demais, seja qual for o delito em destaque.

Aloysio de Carvalho Filho entende que a morte da mulher acusada de adultério extingue a ação em relação ao co-réu. Entendemos que essa solução não tem fundamento jurídico suficiente. Afirma o autor que “admite-se, entretanto, por exceção, que a morte da mulher acusada de adultério extingue a ação, também, em relação ao co-réu. A norma é salutar, atendendo-se à delicadeza da situação criada e entretida por ação dessa natureza. Acresce que, ocorrendo o falecimento da mulher antes de uma sentença que a condenasse, é justo milite a seu favor a presunção de inocência. A continuação do processo contra o cúmplice, terminando, quiçá, pela sua condenação, viria, sem nenhuma dúvida, lançar de novo sobre a mulher o labéu de culpada, rompendo, pela inevitável repercussão social dessa sentença, o silêncio em torno do crime, a que, por morte, tinha inconcusso direito”.

Acompanhamos a posição dos que afirmam que, não havendo disposição expressa em sentido contrário, a ação penal no crime de adultério também prossegue contra o co-autor. Recentemente, essa discussão perdeu o sentido, pois o crime de adultério foi revogado pela lei 11.106/05, ocorrendo a abolitio criminis.

#### **4- PROVA DA MORTE: A CERTIDÃO DE ÓBITO. MORTE SIMULADA E A CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA**

Prova-se a morte com a certidão de óbito. Para que o juiz possa decretar extinta a punibilidade é preciso a juntada aos autos da certidão de óbito, julgando-se com base nela a extinção da punibilidade. O art. 62 do CPP ordena que “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”. Desta forma, não basta a mera notícia do falecimento ou o simples atestado de óbito assinado pelo médico, sendo necessária a certidão de óbito expedida pelo Cartório de Registro Civil. A certidão de óbito é documento público e tem validade até que se demonstre a sua falsidade pelos meios previstos na legislação, em processo separado.

Mostra a prática que não é incomum que o agente falseando a sua morte consiga

obter a declaração de extinção da punibilidade através do emprego de certidão de óbito falsa.

Discute-se o que deve ocorrer no caso de se transitar em julgado a decisão que extinguiu a punibilidade com base em certidão de óbito falsa, cuja falsidade foi descoberta. Duas posições existem sobre o tema.

Um primeiro entendimento sustenta que a decisão que declarou a extinção da punibilidade faz coisa julgada material e não pode ser desfeita, pois não existe revisão criminal pró-sociedade e contra o “morto-vivo” não pode ser intentada nova ação penal com a mesma causa de pedir, restando-se a possibilidade de processá-lo, conjuntamente com demais autores e partícipes, pela falsidade e uso de documento falso.

Nessa linha, sustenta Fragoso que “se se demonstra que a extinção da punibilidade foi declarada com falsa certidão de óbito, tendo transitado em julgado a decisão, nenhuma possibilidade existe de reabrir o processo. O CPP italiano tem disposição expressa em contrário (art. 89), inaplicável ao nosso direito. Não existe revisão criminal contra o réu”.

Sustentam que se a decisão que decretou extinta da punibilidade com base na certidão falsa ainda não transitou em julgado, deve a parte autora interpor recurso em sentido estrito, fazendo com que o processo tenha seguimento, sem prejuízo de se apurar a responsabilidade penal de quem realizou a falsidade.

A segunda corrente, que parece ser a melhor, pois supera o mero formalismo processual em prol da justiça, afirma que a decisão não faz coisa julgada (ou, se faz, seria esta inconstitucional), pois fundada em fato inexistente: a não ocorrência do falecimento. A extinção da punibilidade se dá pela morte real (salvo o caso de morte presumida vista mais a frente), devendo o processo prosseguir mediante simples despacho do juiz, salvo se ocorreu uma outra causa de extinção da punibilidade, como, por exemplo, a prescrição. Essa posição é bastante sólida nos Tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Na doutrina, esta opinião é professada por Florêncio de Abreu.

Defendendo esta opinião, Soares Muñoz, Ministro do STF, com grande sabedoria afirmou: “não obstante o direito positivo pátrio seja omissivo sobre as consequências da extinção da punibilidade pelo falecimento de réu que, mais tarde, se verifica estar vivo, a única solução possível, porque inspirada na boa razão, é a que considera ineficaz a

decisão em tela, diante da falsidade que lhe deu causa. Não é viável a conciliação da duplicidade que outra solução ensinaria: a de uma pessoa ser considerada morta e viva ao mesmo tempo. Morto em relação ao crime de estelionato e vivo para responder pela falsificação da certidão de óbito com base na qual lhe fora extinta a punibilidade daquele delito. Isso seria dar razão a Bentham quando, ironicamente, dizia que o processo é a arte de ignorar metodicamente aquilo que todo o mundo sabe”.

Solução diferente desta última levaria ao total descrédito da ordem jurídica e do Poder Judiciário, criando um sentimento negativo na população. Imaginem a situação surreal do advogado/ministério público explicando para a mãe da vítima que morreu que os acusados foram declarados mortos pelo Direito, mas esta senhora os encontra constantemente pelas calçadas.

A adoção da primeira posição premiaria a má-fé e contribuiria negativamente para a prevenção geral positiva/negativa e não colaboraria para a ressocialização, em caso de condenação, do suposto criminoso. Afrontaria o princípio da igualdade quando se trata de concurso de pessoas, pois se todos os supostos criminosos estão vivos, não há motivo para tratá-los desigualmente. Seria uma porta aberta para a corrupção nos Cartórios extrajudiciais e no Poder Judiciário.

## **5- MORTE DO CONDENADO E REVISÃO CRIMINAL**

A morte daquele que foi condenado não impede a revisão criminal, impedindo, porém, a reabilitação criminal.

Prevê o art. 623 do CPP que “a revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Essa norma que permite a revisão criminal post mortem objetiva resgatar a memória do de cujus quando a condenação se fundou em erro judiciário. Essa orientação vem consagrar o princípio da dignidade humana. Do mesmo modo, a morte não prejudica também o andamento do processo de revisão já iniciado.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ressaltam que “no caso de falecimento do réu após a condenação, mas antes do trânsito em julgado da sentença, não têm as pessoas do art. 623 do CPP,

cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, legitimidade para recorrer, ou mesmo para continuar no recurso já apresentado pelo imputado. Esse dispositivo só lhes permite pedir a revisão criminal quando há condenação, tendo em vista o interesse em apagar os efeitos negativos que dela decorrem. No caso, como a sentença não chegou a transitar em julgado, não trará qualquer reflexo para aquelas pessoas. Deverá o juiz, com base no art. 61 do CPP, declarar simplesmente extinta a punibilidade”.

## **6- MORTE PRESUMIDA. MORTE DA VÍTIMA**

Foi visto em tópico anterior que somente a morte real extinguiria a punibilidade. A falsa morte não extingue. Devemos analisar agora a questão da morte presumida, que é uma modalidade de morte prevista no Direito Civil

No Novo Código Civil (lei 10.406/2002) o assunto da morte presumida é regulado nos artigos 6º e 7º. O art. 6º trata da morte presumida do ausente, dizendo que a morte é presumida “quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

O art. 7º trata da morte presumida sem envolver ausente, estabelecendo que “pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”.

Questão importante é saber se o reconhecimento da morte presumida no juízo cível extingue a punibilidade do fato penal. Posições diferentes aparecem sobre o assunto.

Por um lado, entende Fragoso que “a presunção legal da morte, em virtude da ausência (art. 10, Cód. Civil) [correspondente ao art. 6º do CC/2002] é bastante para extinguir a punibilidade”. Adotam também essa posição Nélson Hungria e Magalhães Noronha.

Por outro lado, afirma Damásio de Jesus que “a morte do agente deve ser provada por meio de certidão de óbito (CPP, art. 62), não tendo validade a presunção legal do

art. 10 do CC”. Também Mirabete ao dizer que “exigindo-se, entretanto, a certidão de óbito e valendo a presunção legal apenas para efeitos civis, deve-se concluir que não há extinção da punibilidade nessa hipótese. Poderá ocorrer apenas outra causa de extinção como a prescrição, por exemplo”. Esta é a posição de Guilherme de Souza Nucci, que, no entanto, menciona que exceção “se faz à morte trágica, ocorrida em acidente, cujo procedimento de reconhecimento de sua existência, na Vara dos Registros Públicos, tem o condão de fazer expedir a certidão de óbito (art. 88 da Lei 6.015/73). É certo que a lei 10.406/2002 (novo Código Civil) acrescentou outras hipóteses de declaração de morte presumida, como ocorre no art. 7º (“Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”). Nesses casos, diversamente da ausência, em que se presume a morte somente pelo fato de alguém desaparecer por certo tempo de seu domicílio, sem deixar notícia ou paradeiro, busca o juiz cível - como se faz, aliás, na vara de registros públicos em caso de morte trágica - o paradeiro de pessoas que estavam em perigo de vida, cuja morte é extremamente provável ou quando desapareceram em campanha ou foram feitas prisioneiras, sem que fossem encontradas até 2 anos após a guerra, fixando a sentença a provável data do falecimento. Parece-nos, pois, que, registrada a decisão, pode-se dar o mesmo efeito da certidão de óbito, declarando-se extinta a punibilidade”.

No tocante à morte da suposta vítima, como regra, esse fato não ocasiona a extinção da punibilidade em relação suposto autor do delito. No entanto, existem exceções: 1) morte da vítima titular de ação penal privada personalíssima. Pela previsão contida no CP (art. 236, parágrafo único e art. 240, § 2º) a morte da vítima nos crimes de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento e adultério extingue a punibilidade, pois trata-se no caso de ação penal privada personalíssima, que só pode ser intentada pelo ofendido. Quando for caso de ação já iniciada, como ninguém pode prosseguir na ação, dá-se a perempção. Neste caso é hipótese de perempção; e 2) a perempção do art. 60, II, do CPP, onde a extinção da punibilidade

poderá ocorrer se não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, que são o cônjuge ou companheiro/a, ascendente, descendente ou irmão.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

ABREU, Florêncio de. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945. V. 5.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1944. V. 4.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. V. 1.

CÔRTEZ DE LACERDA, Romão. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V. 8.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 1. Tomo 3.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal - curso completo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELMANTO, Celso; et al. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. 1.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954. V. 1. T. 2.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. V. 5.

HUNGRIA, Nélson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 1.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2000. V. 1.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1997.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao código de processo penal**. São Paulo: Edipro, 2002. V. 1.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1972. V. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. V. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

## **NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA**

A Revista Direito e Sociedade da AEMS é uma publicação semestral de artigos próprios da Ciência Jurídica, elaborados por professores e alunos dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, das Faculdades Integradas de Três Lagoas, MS. Tem por objetivo a disseminação do conhecimento e o estímulo à pesquisa e produção científica, de modo a contribuir para o desenvolvimento regional.

Os interessados em publicar os seus artigos neste periódico deverão elaborar um texto entre 08 e 25 páginas, respeitada a seguinte formatação:

- a) formato A 5 ;
- b) margens: superior 2,5cm; inferior 1,5cm; esquerda 2cm, e direita 1cm ;
- c) fonte Arial;
- d) corpo 10 ;
- e) espaçamento normal, ou seja, 1,5.

O texto do artigo deverá seguir a seguinte estrutura: título centralizado e nome(s) do(s) autor(es) alinhados à direita. O resumo poderá ter um máximo de 15 linhas e as palavras-chave, de três a seis vocábulos. A seguir, deve constar a introdução, o desenvolvimento do conteúdo, ao final, as conclusões, eventuais notas e as referências, conforme as normas atuais da ABNT. As notas devem constar após as conclusões e antes das referências, ou seja, as citações não deverão ser registradas em rodapé. Em regra, agradecimentos não serão publicados.

Satisfeitas estas exigências, os artigos poderão ser encaminhados a Coordenação do Curso de Direito, em texto impresso e em mensagem eletrônica, para a avaliação do Conselho Editorial. Na mensagem o autor do artigo deverá autorizar a publicação de seu texto, o qual será submetido à apreciação do Conselho Editorial da Revista do Curso de Direito, das Faculdades Integradas de Três Lagoas. Serão preferidos os trabalhos sobre temas atuais, inéditos e relacionados aos problemas regionais, conforme a ordem cronológica de apresentação.