

Revista Judiciária do Paraná



JM

LIVRARIA JURÍDICA

2006

Revista Judiciária do Paraná**Conselho Editorial**

Desembargador José Maurício Pinto de Almeida

Desembargador Noeval de Quadros

Juiz Rogério Ribas

Juiz Joatan Marcos de Carvalho

Associação dos Magistrados do Paraná

Presidente - Juiz de Direito Gilberto Ferreira

Escola da Magistratura do Paraná

Diretor - Desembargador Noeval de Quadros

Número 1 - Janeiro/2006

Gestão 2004/2006

Curitiba - Paraná

Apoio Institucional da**CAIXA ECONÔMICA FEDERAL****JM****LIVRARIA JURÍDICA**

End. Comercial: Rua Senador Alencar Guimarães, 166 - 1º, 2º e 3º andares

CEP 80.010-070 - Curitiba - PR

Tel: (41) 224-7343 - Fax: (41) 225-5153

E-mail: jmlivraria@netpar.com.br

Sumário

1-Apresentação 7

Doutrina

2-Direito do consumo e práticas negociais - O ordenamento português e o da união europeia - *Mário Frota* 11

3-A interdisciplinaridade, sua importância na formação jurídica e sua aplicação ao Direito de Família. - *Diocélia da Graça Mesquita Fávoro* 29

4-Considerações sobre o livre desenvolvimento da personalidade e as implicações relacionadas à liberdade de comunicação. - *Joatan Marcos de Cravalho* 53

5-Da inexistência de responsabilidade civil do particular por empréstimo de veículo a pessoa habilitada. - *Gamaliel Seme Scaff* 91

6-Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional. - *Denise Hammerschmidt* 99

7-Usucapião: hipóteses de imunidade e de isenção tributária. - *J. Virgílio Castelo Branco Filho* 143

8-Concurso aparente de tipos. - *Alberto Marques dos Santos* 161

9-Testamento vital. - *Miguel Kfoury Neto* 201

Anexos

10-Teses Aprovadas - IV Congresso Estadual de Magistrados (20/21.11.03). ... 219

11-Enunciados ao Código Civil aprovados - III Jornada de Direito Civil 225



Apresentação

A criação de uma única publicação divulgadora do pensamento da magistratura paranaense, que contou com a pronta adesão do Presidente do então Tribunal de Alçada do Estado do Paraná e do Diretor da Escola da Magistratura, tem o intuito de fortalecer e tornar mais conhecidas nossas idéias.

Tenta-se, assim, evitar a existência de diversas publicações na mesma linha editorial e no mesmo meio judiciário, para que não se corra o risco de nenhuma delas se tornar nacionalmente conhecida como a produção cultural de nossa magistratura.

Os tempos mudaram, assim como nossos anseios de realização cultural na área da divulgação da AMAPAR. Pudemos perceber que as antigas revistas, de diminuta doutrina e farta jurisprudência, perderam sua utilidade com o advento da pesquisa eletrônica, mas os livros continuam sendo procurados pelos estudiosos do Direito, principalmente aqueles de moderno formato, que trazem vários artigos sobre a mesma matéria, geralmente coordenados por jurista de renome.

A "Revista Judiciária do Paraná" pretende reunir, como neste primeiro número, vários trabalhos científicos e artigos da lavra de magistrados, de cursistas da EMAP e de convidados especiais, num registro sólido de temas polêmicos e atuais.

A idéia está lançada e concretizada, e esperamos que, no futuro, nossa revista seja citada no cenário jurídico nacional como fonte de relevantes trabalhos.

Vale registrar que a tradicional revista da AMAPAR deixará apenas de ser fonte doutrinária, mas continuará a ser editada contendo sentenças e decisões monocráticas, o que significará outra inovação, pois se trata de material que não é facilmente encontrado.

Honra-me apresentar este primeiro número da Revista, com o registro de cumprimentos e agradecimentos ao Conselho Editorial – Noeval de Quadros, José Maurício Pinto de Almeida, Joatan Marcos de Carvalho e Rogério Ribas – por mais uma realização da atual gestão.

Curitiba, dezembro de 2005.

Gilberto Ferreira
Presidente da AMAPAR

DOCTRINA

DIREITO DO CONSUMO E PRÁTICAS NEGOCIAIS

O ordenamento português e o da União Europeia

Mário Frota*

I A SITUAÇÃO EM PORTUGAL

O Código Civil português, reflectindo as concepções à época dominantes, consagrara, no n.º 2 do seu artigo 253, a figura do *dolus bonus* (o dolo bom).

Por *dolo* se entende, em termos negociais, qualquer *sugestão* ou *artifício* que alguém empregue com a intenção ou a consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação pelo declaratório ou terceiro do erro do declarante.

Como efeitos regista o Código Civil que o [contraente] cuja vontade haja sido determinada por dolo pode anular a declaração negocial.

E que a anulabilidade se não excluirá pelo facto de o *dolo* provir de ambos os contraentes.

* O autor é Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris XII, Director do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Presidente da APDC - Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Presidente do Conselho de Administração do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Porto, Fundador e Primeiro Presidente da AIDC - Associação Internacional de Direito do Consumo / Association Internationale de Droit de la Consommation, Fundador e Presidente da Comissão de Instalação do Centro de Estudos Ibero-Americano de Direito do Consumidor

O *dolo bom*, porém, no conceito do Código Civil, tem-se por irrelevante.

Aí se consigna que *“não constituem dolo ilícito as sugestões ou artificios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções”*.

O preceito, ao menos na óptica dos direitos do consumidor, deve ter-se por revogado ante o conteúdo do artigo 8.º da LC - **Lei do Consumidor**¹, que, no seu nº I prescreve que o:

“fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de

I Lei nº 24/96, de 31 de Julho, que revogou a Lei nº 29/81, de 22 de Agosto, que estabelece na íntegra o que segue:

1- O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.

2- A obrigação de informar impende também sobre o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista, por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação.

3- Os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor.

4- Quando se verifique falta de informação, informação insuficiente, ilegível ou ambígua que comprometa a utilização adequada do bem ou do serviço, o consumidor goza do direito de retractação do contrato relativo à sua aquisição ou prestação, no prazo de sete dias úteis a contar da data de recepção do bem ou da data de celebração do contrato de prestação de serviços.

5- O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.

6- O dever de informar não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não tutelado na lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável para o consumidor.”

vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.”

No entanto, registre-se que o n.º 5 do artigo 7.º da LC reforça o entendimento que flui do que no antecedente se assevera, já que

“As informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário.”

E não se olvide que um dos princípios dominantes da publicidade é o da *veracidade*.

O Código da Publicidade, em vigor, insere a tal propósito, no seu artigo 10.º, um comando segundo o qual a publicidade deve respeitar a **verdade**, não deformando nem deturpando os factos: e as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.

E, como aplicação de um tal princípio, avulta a da proibição da **publicidade enganosa**, em termos claramente recortados:

“É proibida toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo económico, ou que possa prejudicar um concorrente.”

O Código acrescenta ainda que *“para se determinar se uma mensagem é enganosa se deve ter em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações [que se lhe referem]”*. Completando, porém, que se considera de análogo modo *enganosa* a publicidade assente em mensagem que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induza ou seja susceptível de induzir em erro o seu destinatário ao favorecer a ideia de que determinado prémio, oferta ou promoção lhe será concedido, independentemente de qualquer contrapartida económica, sorteio ou necessidade de efectuar qualquer encomenda.

O princípio da protecção dos interesses económicos do consumidor plasmado no n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, cujo conteúdo se descortina no artigo 9.º da Lei do Consumidor, apresenta-se sob inúmeras refracções.

Aí se contempla, no artigo 9.º, a prevenção de eventuais desequilíbrios contratuais, mormente através de condições gerais arbitrárias, prepotentes e iníquas.

O lastro de um tal princípio se encerra no n.º 1 da enunciada disposição:

“O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.”

Mas os números subsequentes previnem os *contratos forçados*, os *ligados* (“*casados*” se diz no Brasil), os *dominados por irreflexão ou imponderação* em que se repropõem as vias para um consentimento perfeito, livre, esclarecido e ponderado, os *contratos celebrados com os titulares e serviços ou empresas de interesse económico geral* (serviços públicos essenciais) outrora dominados por significativos desequilíbrios...

É facto que a Lei que previne em matéria de métodos desleais - ou agressivos - tanto de vendas como de prestações de serviços - o DL 143/2001, de 26 de Abril -, proíbe quer

- as vendas promovidas por entidades cuja actividade seja distinta da mercantil, quer
- as “*vendas em cadeia*”, “*em pirâmide*” ou de “*bola de neve*”, quer ainda
- as vendas e as prestações de serviços forçadas; quer de análogo modo
- o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços não encomendados ou solicitados, quer, por último,
- as vendas ou as prestações de serviços ligadas.

No quadro das vendas e das prestações de serviços forçadas, a lei cura em particular do aproveitamento de uma situação de especial debilidade do adquirente.

Na realidade, a lei veda eventual método susceptível de se traduzir no aproveitamento de uma situação de especial debilidade do consumidor, inerente à sua pessoa ou voluntariamente provocada pelo fornecedor em vista à assunção, sob qualquer forma, de vínculos contratuais.

Situação de especial debilidade conceitua-a a lei a que ocorra sempre que circunstâncias de facto revelem que, no momento da celebração do contrato, o consumidor se não achava em condições de apreciar convenientemente o significado e alcance das obrigações assumidas ou de descortinar ou reagir aos meios adoptados para o convencer a assumi-las.

O que conduz como efeitos legais à insubsistência dos pretensos vínculos contratuais.

A lei comina com coimas tais práticas, já que as considera como *ilícitos de mera ordenação social*.

II

A UNIÃO EUROPEIA E AS PRÁTICAS COMERCIAIS

Generalidades

A Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de Ministros, de 11 de Maio de 2005, em matéria de “*práticas comerciais*” contradistingue de entre as práticas *desleais* as *enganosas* das *agressivas*.

Práticas desleais são as

- contrárias às exigências reclamadas pela diligência profissional;

- susceptíveis de distorcer ou que de todo distorçam de modo substancial o comportamento económico de um consumidor médio a que o produto se destina ou afecta, ou da pessoa média do grupo sempre que se destine a uma dada massa de consumidores.

As **práticas desleais** subdividem-se, como se assinalou, em *enganosas e agressivas*.

Práticas comerciais enganosas

As *práticas enganosas* poderão sê-lo por *acção* ou *omissão*.

O artigo 6.º da Directiva (na formulação que decorre da proposta de 18 de Junho de 2003) considera como “*enganosa*” a prática comercial que de qualquer forma, “*incluindo a sua apresentação geral, instigue ou seja susceptível de instigar o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo*” porque induz ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio no que se refere a:

- características principais do produto, tais como a sua disponibilidade, as vantagens, os riscos, a execução, a composição, os acessórios, a prestação de assistência pós venda e o tratamento efectivo das queixas, o modo e a data de fabrico ou de prestação, a entrega, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre o produto;

- qualquer símbolo ou afirmação relativo ao patrocínio ou apoio directo ou indirecto do profissional ou do produto;

- o preço ou a forma de cálculo do preço, ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;

- a necessidade de um serviço, de uma peça, de substituição ou de reparação;

- a natureza, as competências e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o seu estatuto, a sua aprovação, a sua inscrição ou as suas relações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual ou os prémios e distinções que tenha recebido;

- declarações relativas ao produto que o profissional não possa comprovar;
- os direitos do consumidor e os riscos a que pode sujeitar se.

Uma prática comercial também deve ser considerada enganosa se, no caso em apreço, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias concretas, induz ou é susceptível de induzir o consumidor médio a tomar uma decisão negocial que de outro modo não teria tomado.

- qualquer actividade de *marketing* relativa a um produto, incluindo a publicidade comparativa, que dê origem a uma confusão com qualquer produto, marca, denominação comercial e outros sinais distintivos de um concorrente;
- incumprimento por parte do profissional das obrigações previstas por um código de conduta a que se comprometeu vincular, desde que:
 - o compromisso seja firme e verificável,
 - e que as informações que referem a que profissionais o código se aplica e o conteúdo do código sejam disponibilizadas ao público ou
 - o incumprimento do compromisso assumido perante uma autoridade pública de pôr termo a uma prática comercial desleal abrangida pela directiva em análise.

Mas a formulação que precede é-o em perspectiva positiva de acção, do *agere*, que não da *omittio*, da *omissão*.

A *omissão enganosa* obriga-se no artigo subsequente.

Aí se considera enganosa a *prática comercial* que, de acordo com a situação de facto e, ante as características e circunstâncias específicas que a enformam, *omita* uma informação substancial que, visualizada a concreta hipótese em apreciação, se revele necessária para que o consumidor (*médio*) possa tomar conscientemente a decisão de contratar com conhecimento de causa e, portanto, induz ou é susceptível de induzir o consumidor a tomar a decisão que, de outro modo, não tomaria.

A *directiva* considera ainda como *omissão enganosa* a prática comercial “em que o profissional oculte tal informação substancial ou a apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da prática em questão...”

Para que ocorra omissão mister será que haja uma proposta do fornecedor, um convite a contratar².

E em tal hipótese considerar-se-ão como essenciais, se do contexto não resultar, as informações seguintes:

- as características principais do produto;
- o domicílio profissional e o nome do fornecedor e, se for caso disso, o do profissional em nome e por conta de quem actua;
- o preço, incluindo impostos e taxas, bem como, se for caso disso, todos os custos suplementares de transporte, de expedição e postais ou, quando estas despesas não puderem ser razoavelmente calculadas de forma antecipada, a indicação de um eventual débito de despesas adicionais;
- as modalidades de pagamento, expedição ou execução e o mecanismo de tratamento das reclamações, se se afastarem das obrigações de diligência profissional;
- para os produtos e relações negociais que impliquem um direito de retractação ou de anulação, a existência de tal direito.

Essenciais serão de análogo modo as mensagens emergentes da publicidade, das comunicações comerciais ou do *marketing* a que o direito europeu confira cobertura, e que a título meramente exemplificativo, figuram em anexo à directiva.

Práticas comerciais agressivas

O artigo 8.º da Directiva conceitua como *agressiva* a prática comercial que, no concreto e perspectivadas características e circunstâncias específicas, limite ou se revele susceptível de limitar de **modo significativo**, devido a *assédio*, *coacção* ou *abuso de influência*, a liberdade de escolha ou o comportamento do **consumidor médio** face a um produto e que, em consequência, o induza ou seja susceptível de induzir a tomar uma decisão negocial que, de outro modo, não assumiria.

2 *Convite a contratar, segundo a Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, é "uma comunicação comercial que indica as características e o preço do produto de uma forma adequada aos meios utilizados pela comunicação comercial, permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição".*

Conceitos “novos” se perfilam neste particular

- o assédio

e

- o abuso de influência ou a influência indevida³.

A **coacção** (*vis relativa ou moral*) surge desde sempre nos textos:

“1. Diz-se feita sob coacção moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração.

2. A ameaça tanto pode respeitar à pessoa como à honra ou fazenda do declarante ou de terceiros.

3. Não constitui coacção a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.”

Ao edificar-se o conceito de *abuso de influência* ou, de harmonia com as modificações introduzidas, de *influência indevida*, que como tal se não descortina no ordenamento jurídico, mas que é susceptível de se retirar da **LEI DAS PRÁTICAS AGRESSIVAS** de vendas, realce para o que emerge do Código Civil que, no n.º 1 do seu artigo 282, sob a epígrafe “*negócios usurários*”, comina com a anulabilidade em consequência de usura o negócio jurídico celebrado em exploração de uma situação de *necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental* ou *fraqueza de carácter* de outrem e de que obtém – para si ou para outra pessoa – a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados.

Certo é que o Código Penal (em matéria que tem sido em absoluto votada, entre nós, ao descaso) considera, como **tipo de ilícito**, o de **usura**, nos termos do artigo 226, a saber:

“1 - Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial, para si ou para outra pessoa, explorando situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter do devedor, ou relação de dependência deste, fizer com que ele se

³ *Por influência indevida se concebe “a utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”.*

obrigue a conceder ou prometa, sob qualquer forma, a seu favor ou a favor de outra pessoa, vantagem pecuniária que for, segundo as circunstâncias do caso, manifestamente desproporcionada com a contraprestação é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 - A tentativa é punível.

3 - O procedimento criminal depende de queixa.

4 - O agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias se:

a) Fizer da usura modo de vida;

b) Dissimular a vantagem pecuniária ilegítima exigindo letra ou simulando contrato; ou

c) Provocar conscientemente, por meio da usura, a ruína patrimonial da vítima.

5 - As penas referidas nos números anteriores são especialmente atenuadas ou o facto deixa de ser punível se o agente, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância:

a) Renunciar à entrega da vantagem pecuniária pretendida;

b) Entregar o excesso pecuniário recebido, acrescido da taxa legal desde o dia do recebimento; ou

c) *Modificar o negócio, de acordo com a outra parte, em harmonia com as regras da boa fé."*

Para se aferir dos conceitos de *assédio*, *coacção* e *abuso de influência* ou *influência indevida*, a directiva oferece como elementos recorrentes:

- o momento da aplicação de tais processos, natureza e persistência;
- o recurso à ameaça ou o abuso da linguagem ou de comportamento;
- o aproveitamento de qualquer situação de infortúnio ou circunstância específica de gravidade tal que incida negativamente no julgamento do consumidor de que o fornecedor tenha notícia ou conhecimento, com o objectivo de influenciar a sua decisão em relação ao módulo;

- eventual entrave, escolho ou obstáculo - de natureza não contratual - oneroso ou desproporcionado imposto pelo fornecedor quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais e, nomeadamente, de resolver um contrato e de se retractar ou o de mudar de produto ou de fornecedor;

- o recurso à litigância de má fé, a saber, eventual ameaça de instauração de acção judicial quando tal se revele inadequado ou não seja legalmente possível.

No que toca à litigância de má fé, importa seguramente invocar o Código de Processo Civil que, entre nós, no seu artigo 456, qualifica como:

Litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave,

- Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;

- Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;

- Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;

- Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

- Quem litigar de má fé será condenado em multa e numa indemnização que dependerá obviamente da iniciativa processual da contraparte.

De realçar que a directiva elege, como critério *aferidor*, um retorno decerto transfigurador dos domínios de eleição do direito do consumidor e, por conseguinte, menos saudável e descaracterizador da tutela que mister é dispensar a consumidores tocados por vulnerabilidades várias – da jurídica à económica, à técnica, à tecnológica, e à informacional – ao do **consumidor médio**.

E conceitua no leque de definições a que se atém no seu artigo 2.º “*consumidor médio*” – o normalmente informado e razoavelmente atento e advertido.

O que colide, afinal, quanto se nos afigura, com a inversa de paradigma no que toca à **informação** e que, entre nós, se compendia no artigo 8.º da LC que, no seu n.º 1, prescreve :

“O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico.”

Ora, a **adequação** importa à consideração particular do **consumidor** em presença: a informação para um iletrado não será a mesma que a dirigida

a um letrado, como a de um cego não será a mesma de quem disponha do sentido da visão...

A propósito da recriação do “consumidor médio” a “exposição de motivos” regista:

Estabelece como consumidor de referência o consumidor “médio” na acepção do TJCE, e não o consumidor vulnerável ou atípico. Este critério, que reflecte o princípio de proporcionalidade, é aplicável sempre que uma prática comercial se destine ou afecte a maioria dos consumidores, devendo ser adaptado sempre que a prática comercial se destine de maneira especial a um determinado grupo (por exemplo, as crianças), devendo neste caso, a pessoa média deste grupo passar a ser o ponto de referência. Esta noção permitirá clarificar a aplicação da regra pelos tribunais nacionais, reduzindo de modo significativo a possibilidade de decisões divergentes relativamente a práticas semelhantes na UE e constituindo simultaneamente um instrumento que tem em consideração as características sociais, culturais ou linguísticas relevantes dos grupos visados, tal como é previsto pelo Tribunal.

E o ponto 13 da directiva diz concomitantemente ou convergentemente:

Esta directiva codifica o critério do **consumidor médio** estabelecido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Nos termos da jurisprudência comunitária, as instâncias judiciais nacionais ao aplicarem o referido critério também deverão ter em consideração os factores sociais, culturais ou linguísticos. Quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, tal como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja ser considerado do ponto de vista da pessoa média deste grupo.

LISTAS NEGRAS DE PRÁTICAS DESLEAIS

A directiva insere, a título meramente exemplificativo, listas que englobam quer a expressão de práticas *enganosas* como de práticas *agressivas*.

Lista Negra de PRÁTICAS ENGANOSAS

- Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando o profissional não o seja.
- Exibir uma marca de confiança (*trust mark*), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária.
- Afirmar que um código de conduta foi aprovado por um organismo público ou outra entidade, quando tal seja infundado.
- Afirmar que um profissional (incluindo as suas práticas comerciais) ou um produto foi aprovado, reconhecido ou autorizado por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade ou fazer tal afirmação sem respeitar os termos da aprovação, reconhecimento ou autorização.
- Propor a aquisição de produtos a um determinado preço sem revelar a existência de quaisquer motivos razoáveis que o profissional possa ter para acreditar que não poderá, ele próprio, fornecer ou indicar outro profissional que forneça os produtos em questão ou produtos equivalentes, àquele preço durante um período e em quantidades que sejam razoáveis, tendo em conta o produto, o volume da publicidade feita ao mesmo e os preços indicados (publicidade-isco).
- Propor a aquisição de produtos a um determinado preço, e posteriormente:
 - . Recusar apresentar aos consumidores o artigo publicitado; ou
 - . Recusar as encomendas relativas a este artigo ou a sua entrega num prazo razoável;ou
- . Apresentar uma amostra defeituosa do produto com a intenção de promover um produto diferente (*isco e troca*).
- Declarar falsamente que o produto estará disponível apenas durante um período muito limitado ou que só estará disponível em condições especiais por um período muito limitado, a fim de obter uma decisão imediata e privar os consumidores da oportunidade ou do tempo suficientes para tomarem uma decisão esclarecida.
- Comprometer-se a fornecer um serviço de assistência pós-venda aos consumidores com os quais o profissional tenha comunicado, antes da transacção, numa língua que não seja uma das línguas oficiais do Estado-Membro em que o profissional se encontra estabelecido, e posteriormente assegurar este serviço apenas noutra língua, sem ter anunciado de forma clara esta alteração ao consumidor antes de este se ter comprometido em relação à transacção.

- Declarar que a venda de um produto é lícita ou transmitir essa impressão, quando tal não corresponda à verdade.

- Apresentar direitos do consumidor previstos na lei como uma característica distintiva da oferta do profissional.

- Utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um produto, tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção, sem que tal seja indicado claramente no conteúdo ou através de imagens ou sons que o consumidor possa identificar claramente (*public-reportagem*). Esta disposição não prejudica a Directiva 89/552/CEE.

- Fazer afirmações substancialmente inexactas relativas à natureza e amplitude do risco para a segurança pessoal do consumidor ou da sua família se o consumidor não adquirir o produto.

- Promover um produto análogo ao produzido por um fabricante específico, de forma a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o produto provém desse mesmo fabricante.

- Criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema, e não em vez da venda ou do consumo de produtos.

- Alegar que o profissional está prestes a cessar a sua actividade ou a mudar de instalações quando tal não corresponde à verdade.

- Alegar que os produtos podem aumentar as possibilidades de ganhar nos jogos de azar.

- Alegar falsamente que um produto é capaz de curar doenças, disfunções e malformações.

- Transmitir informações inexactas sobre as condições de mercado ou sobre a possibilidade de encontrar o produto com a intenção de induzir o consumidor a adquirir o produto em condições menos favoráveis que as condições normais de mercado.

- Declarar numa prática comercial que se organiza um concurso ou uma promoção com prémio sem entregar os prémios descritos ou um equivalente razoável.

- Descrever um produto como “*grátis*”, “*gratuito*”, “*sem encargos*” ou equivalente se o consumidor tem que pagar mais do que o custo inevitável de responder à prática comercial e de ir buscar o produto ou pagar pela sua entrega.

- Incluir no material de marketing uma factura ou um documento equiparado solicitando pagamento, que dá ao consumidor a impressão de já ter encomendado o produto comercializado quando tal não aconteceu.

- Alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, ou apresentar-se falsamente como consumidor.

- Dar a impressão falsa de que o serviço pós-venda relativo ao produto está disponível noutro Estado-Membro distinto daquele em que o produto é vendido.

Lista Negra de PRÁTICAS AGRESSIVAS

- Criar a impressão de que o consumidor não poderá deixar o estabelecimento sem que antes tenha sido celebrado um contrato.

- Contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional.

- Fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância excepto em circunstâncias e na medida em que haja que fazer cumprir uma obrigação contratual, nos termos do direito nacional. Esta disposição não prejudica o artigo 10.º da Directiva 97/7/CE nem as Directivas 95/46/CE e 2002/58/CE.

- Obrigar um consumidor que pretenda solicitar uma indemnização ao abrigo de uma apólice de seguro a apresentar documentos que, de acordo com um critério de razoabilidade, não possam ser considerados relevantes para estabelecer a validade do pedido, ou deixar sistematicamente sem resposta a correspondência pertinente, com o objectivo de dissuadir o consumidor do exercício dos seus direitos contratuais.

- Incluir num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados. Esta disposição não prejudica o artigo 16.º da Directiva 89/552/CEE relativa ao exercício de actividades de radio-difusão televisiva.

- Exigir o pagamento imediato ou diferido ou a devolução ou a guarda de produtos fornecidos pelo profissional que o consumidor não tinha solicitado, excepto no caso de produtos de substituição fornecidos em conformidade com o n.º 3 do artigo 7.º da Directiva 97/7/CE (fornecimento não solicitado).

- Informar explicitamente o consumidor de que a sua recusa em comprar o produto ou serviço põe em perigo o emprego ou a subsistência do profissional.

- Transmitir a impressão falsa de que o consumidor já ganhou, vai ganhar ou, mediante um determinado acto, irá ganhar um prémio ou outra vantagem quando:

- . não existe qualquer prémio nem vantagem, ou
- . a prática de actos para reclamar o prémio ou a vantagem implica, para o consumidor, pagar um montante em dinheiro ou incorrer num custo.

EXORTAÇÕES INFANTO-JUVENIS

A Proposta de Regulamento atinente às promoções de vendas no mercado interno, na exposição de motivos que lhe subjaz, e na rubrica “*protecção de crianças e menores*” – Comunicação 2001/02227 (COD) – COM (2001)546 final, de 2 de Outubro de 2001 – revelam-se aspectos interessantes que importa registar.

A avaliação a que se precedeu revelou um específico risco no domínio de dados pessoais reclamados às crianças para a participação em concursos ou jogos promocionais.

As crianças nem sequer se dão conta, em geral, da relevância dos dados e do seu aproveitamento em vista de distintas estratégias mercadológicas.

Dáí que importe, como se assinala, despertar as crianças para o fenómeno, provocando o consentimento dos progenitores, tutores ou curadores.

E que se não olvide que uma tal participação não é *graciosa*, antes condicionada pela comunicação dos dados (e, naturalmente dos que aos familiares próximos respeitem).

Para tanto, mister será que se adoptem adequadas medidas “*para se evitar que se abuse da sua reduzida capacidade de discernimento*”.

O que imporá, no espaço europeu, se harmonizem as disposições específicas em matéria de transparência na promoção de vendas dirigida a crianças.

Restrições relativas a promoções de vendas dirigidas a crianças não acompanhadas.

Os estudos a que se procedeu revelaram que a incidência em grupos do estilo - entrega directa a crianças não acompanhadas de amostras grátis susceptíveis de prejudicar a sua saúde - eram proporcionais à desprotecção havida.

O que implicará, ao que se assevera, harmonização a nível europeu.

No que em particular se refere aos menores, realce para o que se encerra no Código da Publicidade vigente em Portugal que, no seu artigo 14⁴ previne, restringindo o conteúdo das mensagens, a publicidade dirigida a estratos infanto-juvenis:

"1- A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de:

a) Incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;

b) Incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;

c) Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;

d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.

2- Os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado."

E, na realidade, o Parlamento Europeu entendeu proceder a ajustes e no capítulo *"exploração de consumidores que pelas suas características*

⁴ Cfr. o artigo 16^o da Directiva Televisão Sem Fronteiras - Directiva 89/552/CEE, do Conselho, de 27 de Outubro de 1989, que reza o seguinte:

"A publicidade televisiva não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a protecção desses mesmos menores:

- Não deve incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, à compra de um determinado produto ou serviço;

- Não deve incitar directamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão;

- Não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas;

- Não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo."

são particularmente vulneráveis a práticas comerciais desleais”, ter-se-á especificado que “é, pois, conveniente incluir na lista das práticas que são desleais em quaisquer circunstâncias uma disposição que, sem impor uma abolição total da publicidade dirigida a crianças, as proteja de exortações directas à aquisição”.

Ora, um tal ditame já figura, aliás, sem sucesso, no texto que entre nós vigora.

Ponto é saber se entre a inépcia revelada pelas autoridades públicas susceptível de conduzir à impunidade e à publicidade dirigida aos menores sem restrições nem reservas e a inexistência institucional de educação e de formação para o consumo, não seria viável e adequado seguir o exemplo sueco e proibir sem *apelo nem agravo* a publicidade a menores de 12 anos.

Nem sequer se nos afigura uma medida radical: publicidade é hoje por hoje sujeição, sedução sem limites, obesidade...

A interdisciplinaridade, sua importância na formação jurídica e sua aplicação ao Direito de Família

*Diocélia da Graça Mesquita Fávoro**

INTRODUÇÃO

A família evoluiu historicamente, de um patriarcado acirrado, a relações plurais e dinâmicas, marcadas pela igualdade de seus componentes, para fazer frente às transformações sociais, notadamente de ordem econômica e profissional. Inobstante as transformações históricas, manteve-se constante a função familiar, ou seja, de apoiar e proteger cada um de seus membros.

Para o cumprimento deste mister, a família abandonou os paradigmas de sacralização matrimonial e de patrimonialização, passando a incorporar e aceitar outras ordens familiares, marcadas por novos interesses, que não de cunho econômico. Surge o afeto como novo paradigma aferidor das relações familiares e a introdução deste novo elemento, de ordem metajurídica, suscita a compreensão interdisciplinar do tema.

Sua importância reside no fato de que, privado da informação afetiva que integra a ordem familiar, o jurista terá uma visão monofacetada do tema, comprometendo a compreensão integral do mesmo e, igualmente, o acerto do manejo jurídico das questões pertinentes à ordem familiar.

Justifica-se este enfoque integral na necessidade de integralizar o conhecimento humano, para que, a partir do estudo interdisciplinar, possa o jurista melhor entender a família objeto da atuação jurídica.

O objetivo desta perspectiva é atentar para a necessidade da formação integral do bacharel em Direito, visando à plenitude de sua atuação na área de família, entendida esta última como o ramo do estudo jurídico que tem por objeto as relações familiares, incluindo as relações entre o casal e a prole em toda a sua amplitude e conseqüências.

* A autora é: Formada em Psicologia pela Universidade Tuiuti em 1980 e em Direito pela Faculdade de Direito Curitiba em 1990; concluiu seu Mestrado em Educação pela UFPR em 1986 e seu Mestrado em Direito pela UEL em 1997; é Pós-Graduada em Processo Civil - Especialista (Convênio OAB) em 2002, em Direito Civil (Cesumar - Maringá) em 2004; é especialista em Língua Estrangeira Moderna - UFPR 1986 e possui vários cursos em Meio Ambiente (Flórida, Portland e Washington- USA e Limonge - França).

Uma vez que a família é um núcleo social formado com base na afetividade entre seus membros, quando a mesma adentra a seara do Direito, a esta vem carregada de todas as suas matizes emocionais, as quais não podem ser despercebidas. Chamar a atenção ao fato que a família é um ente eminentemente afetivo, que merece tratamento e proteção jurídica, passa pela consideração de que os operadores do sistema precisam estar informados acerca dos elementos afetivos com os quais trabalham, na área de família, além da necessária e imprescindível informação jurídica, sob pena de legitimar juridicamente o sofrimento afetivo dos membros da família que vêm aos Tribunais.

A INTERDISCIPLINARIDADE, SUA IMPORTÂNCIA NA FORMAÇÃO JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA:

INTERDISCIPLINARIDADE: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES GERAIS

Dispõe o artigo 43 da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que a educação superior tem por finalidade estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo, formando diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, incentivando o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando ao desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da cultura, do entendimento do homem e do meio em que vive. A promoção e divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade visam ao permanente aperfeiçoamento cultural e profissional do cidadão, estimulando o conhecimento dos problemas do mundo presente.

Nos termos da disposição legal deve o ensino superior primar não só pela formação técnico-profissional do educando, como também prepará-lo para o exercício da reflexão, compelindo-o a uma ação concreta e modificadora do mundo onde vive. Trata-se de pretensão que extrapola o conhecimento técnico, incluindo uma formação abrangente, o suficiente para compor uma adequada e dinâmica visão do mundo.

É no contexto da educação básica que a Lei nº 9.394/96 determina a construção dos currículos com uma base nacional comum, a ser complementada em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma diversidade, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela.

A base nacional comum contém em si a dimensão de preparação para o prosseguimento de estudos e, como tal, deve caminhar no sentido de

que a construção de competências e habilidades básicas, e não o acúmulo de esquemas resolutivos pré-estabelecidos, seja o objetivo do processo de aprendizagem. A base comum também traz em si a dimensão de preparação para o trabalho, seja como um instrumento para a solução de problemas concretos, seja como etapa de planejamento, gestão ou produção de bens. Esta educação geral permite buscar e gerar informação e usá-la para solucionar problemas concretos na produção de bens ou na gestão e prestação de serviços, além da preparação para o exercício profissional, incluindo as competências básicas, cognitivas, sócio-afetivas e psicomotoras, permitindo a construção de habilidades fundamentais, pessoais e técnicas. Destina-se à formação geral e deve assegurar que as finalidades propostas em lei sejam alcançadas. Como rico instrumento à obtenção desta pretensão legal à organização curricular lança mão dos recursos da interdisciplinaridade, articulando a linguagem, a filosofia, as tecnologias na organização curricular por áreas, contribuindo para que, gradativamente, se vá superando o tratamento estanque, compartimentalizado, que caracteriza o conhecimento institucional.

A interdisciplinaridade tem uma função instrumental, pela qual se trata de recorrer a um saber diretamente útil e utilizável, para responder às questões e aos problemas sociais contemporâneos, a partir de uma abordagem relacional, para que sejam estabelecidas interconexões e passagens entre os conhecimentos, através de relações de complementaridade, convergência ou divergência.

Seu conceito fica mais claro quando se considera o fato de que todo conhecimento mantém um diálogo permanente com outros conhecimentos, que pode ser de questionamento, de confirmação, de complementação, de ampliação, de iluminação de aspectos não distinguidos. É fácil constatar que algumas disciplinas jurídicas e não jurídicas se identificam e aproximam, outras se diferenciam e distanciam, em vários aspectos. A interdisciplinaridade também está envolvida quando os sujeitos que conhecem, ensinam e aprendem sentem necessidade de procedimentos que, numa única visão disciplinar, podem parecer heterodoxos, mas fazem sentido quando chamados a dar conta de temas complexos, como é o caso do Direito de Família.

É considerada como a interação existente entre duas ou mais disciplinas, que pode ir da simples comunicação de idéias à integração mútua de conceitos diretores da epistemologia, da terminologia, da metodologia, dos procedimentos, dos dados e da organização referente ao ensino e a pesquisa.¹ Caracteriza-se pela intensidade das trocas entre especialistas e pelo

1 PIRES, Célia Maria Carolino. *Currículos de Matemática: da Organização Linear à Idéia de Rede*. São Paulo: FTD, 2000. p.75.

grau de integração real dos saberes. Também é interpretada pelos especialistas como uma questão de atitude, que supõe uma postura perante os fatos a serem analisados. Implica numa abertura recíproca, uma comunicação entre domínios do saber, uma troca mútua e não um formalismo que se fecha às outras possibilidades.

Dentre as vantagens do enfoque interdisciplinar, podem ser sintetizados que somente através dele será possível uma certa identificação entre o real e o estudado, resultado da inter-relação de variadas experiências, possibilitando um situar-se no mundo de hoje, de forma crítica. O aporte de várias disciplinas faz-se necessário ao desempenho profissional do jurista, além de possibilitar adaptações e criar possibilidades em novos domínios, notadamente ante a amplitude e diversidade do conhecimento jurídico. A interdisciplinaridade propicia ao sujeito cognoscente a passagem de uma subjetividade para uma intersubjetividade, recuperando a idéia inicial da cultura que é a formação do homem total, inserido na sua realidade, cujo papel é tornar-se agente de mudança.

Considerado o fenômeno jurídico, complexo por natureza, e as peculiaridades psico-socio-afetivas que caracterizam o Direito de Família e as questões a ele pertinentes, torna-se fácil perceber a necessidade de instrumentos hábeis para conhecê-lo plenamente. Dentre tais instrumentos inclui-se a interdisciplinaridade, como forma de teoria do conhecimento concentrada no enfoque do objeto a ser conhecido, o qual será abordado por uma visão múltipla de saberes.

A INTRODUÇÃO DE UM CRITÉRIO METAJURÍDICO NO DIREITO DE FAMÍLIA: A AFETIVIDADE.

A história com os seus avanços industriais a partir do século XIX acarretou mudanças ao contexto familiar. Os avanços sociais, a captação de mão de obra, o trabalho feminino, o mercado, as dificuldades pela sobrevivência impuseram novos papéis aos genitores, e conseqüentemente à sua prole. A nova família passou a contar com uma mulher com participação mais ativa no sustento do lar e conseqüentemente do homem, contributivo com os afazeres da casa e com a educação dos filhos, causando mudanças na estrutura e na dinâmica familiar.

O conceito de família fundamentado na consangüinidade e no casamento civil foi sendo tornado elástico pela consideração das relações com base afetivas, tais como as existentes na adoção e na paternidade sócio-afetiva. Ao lado dos vínculos objetivos e sangüíneos, gradativamente, a

sociedade e a família foram apontando vínculos afetivos, de estruturação psíquica, com o reconhecimento de que ao desempenhar os papéis e funções parentais, além dos laços consangüíneos, estabelecem-se laços afetivos, consolidados na educação familiar, no apoio, no desenvolvimento psíquico e comportamental dos integrantes.

O conceito de família foi subjetivado, através da união de pessoas pelo vínculo afetivo. Este, antes de critério normativo para constituição e interpretação da família, é um instituto da psicologia, proveniente do campo da emoção humana e da subjetivação do ser humano. Afeto e afetividade possuem conceitos amplos, que extrapolam a natureza jurídica, pois incluem outras noções e valores. A afetividade como função psicológica difere em virtude da vivência pessoal, das reações e da intensidade individual. Tais variáveis têm relevante influência e consequência na família, quer em relação ao amor parental e conjugal, fraternal, filial.

O princípio da afetividade está inerente na Constituição Federal, através da interpretação sistemática do princípio da isonomia dos filhos, da previsão de outras formas de constituição de famílias, além da forma legal pelo casamento, e pela instituição do divórcio direito. A afetividade está nas entrelinhas do direito e do sistema jurídico.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, outro ramo do direito ligado às questões afetivas, dispõe o artigo 28 § 2º, que na apreciação do pedido de colocação em família substituta levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar o minorar as consequências decorrentes da medida. Vale dizer, a afetividade é apontada como elemento para mitigar as consequências da atuação jurisdicional, que insere criança ou adolescente em família substituta.

Portanto, a afetividade e as emoções são a mola que fazem o mundo girar, mas sabe-se pouco e escreve-se menos a respeito, principalmente sobre sua influência na ciência e no conhecimento. Tradicionalmente as emoções foram relegadas a segundo plano e não podiam ser objeto de estudo científico, que se limitava ao estudo da inteligência e do comportamento anormal. Esta atitude encontrava suas origens no dualismo platônico. Desde cedo todos foram educados para disfarçar e não externar emoções. Esta posição levou o homem a um estado de desequilíbrio, pois certamente o comportamento humano deve ser guiado pela razão e pela emoção, harmonizados e interdependentes. A ênfase demasiada ou exclusiva em qualquer um dos dois aspectos gera deformações, tanto na formação da personalidade humana, quanto na formação geral e profissional do indivíduo, comprometendo sua atuação profissional.

O homem contemporâneo foi levado a perder muito de sua sensibilidade, tornando-se frio e incapaz de envolver-se compassivamente. A qualidade de vida humana perdeu muito com isso. Apesar da objetividade, muitos já se deram conta do valor das emoções nas famílias, na escola, no trabalho. O homem é mais feliz e realizado na medida em que souber dosar convenientemente a razão e as emoções.

Grande parte dos desentendimentos humanos, inclusive na área de família, entre os cônjuges e entre estes e os filhos provém de dificuldades específicas de comunicação correta. A consideração adulta e equilibrada das relações e formas de comunicação familiares, inobstante seja algo desejável, não é o que freqüentemente se observa nas Varas de Família. Situações de dissolução da sociedade ou do vínculo familiar, dissolução de sociedade de fato, situações nas quais se imputam a culpa pelo rompimento, onde há, amiúde, disputa patrimonial e pela guarda dos filhos, estão submersas em densos continentes afetivos, que muitas vezes passam despercebidos pelas partes ou, na pior das hipóteses, consciente ou inconscientemente, são usados como motivação contra a parte adversa, que um dia foi o próprio cônjuge ou é o próprio filho.

Para que isso possa ser adequadamente desenvolvido, ao longo da relação jurídica processual, e adequadamente solucionado, é preciso entender o que acontece com o universo humano, tanto em termos de normalidade afetiva, quanto em termos de alteração emocional. Este é um processo natural, que não pode ser ignorado, e tampouco desconhecido pelo Direito. Expressar conteúdos verbais ou escritos, ao longo do processo judicial da área de Família, normalmente vem acompanhado de sentimentos que foram experimentados na relação familiar, sem que se dê conta disto. Saber perceber e administrar tais conteúdos, que extrapolam as noções de Direito Material e Processual, é o desafio àquele que opera o sistema jurídico na área do Direito de Família, sob pena de intenso desgaste, caracterizado por um processo de agressão e retaliação infundáveis.

É a afetividade que vai permitir ao homem captar o mundo de maneira especial, recebendo e registrando informações do próprio corpo, do mundo externo e das pessoas que nos rodeiam, numa cadeia informativa infundável. O resultado disso é uma imagem de nós mesmos, e também um parâmetro para as imagens das outras pessoas. Logo, as relações iniciais em família são condicionantes da forma como cada qual de seus membros visualizará o mundo e as relações interpessoais.

A maneira como nos relacionamos, portanto, com as coisas do mundo e com as outras pessoas, vai se estabelecendo de forma singular, à medida que nos relacionamos e aprendemos, no caso concreto, no dia-a-dia.

Compreender o que está acontecendo consigo mesmo é uma conquista para qualquer ser humano. A educação afetiva também significa autoconhecimento, o que é negado por um grande número de pessoas. Mas tal conhecimento também é relevante ao Direito, na medida em que a afetividade tornou-se elemento aferidor para a constituição, o desenvolvimento e o rompimento das relações familiares, precisando, portanto, ser adequadamente conhecido e entendido, em função de suas generalidades e de suas peculiaridades, na específica relação familiar que esteja sob exame, sob pena de incorreções judiciais.

As instituições sociais, e nisto se inclui a Judiciária, utilizam-se dos constructos que o homem cria para si mesmo, e a afetividade não é exceção a isto. Ela é usada para tudo, para justificar ações, para estabelecer normas de conduta, para relações interpessoais e até para as relações profissionais. A compreensão de tal fenômeno é condição indispensável à adequada compreensão da família brasileira, em todos os seus aspectos, notadamente em situação crítica, na qual o desgaste leve ao rompimento familiar. Elementos judiciais, como análise da culpa pelo rompimento, quando isto for possível, haja vista que, em matéria de afetividade, inexistente culpado no sentido estrito, mas também outros elementos como a guarda dos filhos, a qual impescinde a análise da maior identificação afetiva da prole com o genitor específico, a manutenção ou a perda do nome, e a consequência disto no processo de identidade pessoal e até profissional, são consequências jurídicas, que têm em seu nascedouro causas estritamente afetivas, que precisam ser adequadamente compreendidas, para que possam ser razoavelmente conduzidas, numa harmoniosa interação do raciocínio psico-jurídico.

As regras de convivência no meio em que vivemos, especialmente na família, são entendidas como uma decorrência da afetividade de uma pessoa a outra, conforme o próprio entendimento doutrinário, em matéria de família. A convivência é um acontecimento natural e social, repousa em vários conhecimentos que devem ser adquiridos, à medida que nos desenvolvemos como seres humanos. Todas as espécies tendem a viver em grupo e os seres humanos também se organizaram e a célula mais original desta organização é a família, através da qual pessoas se uniram, baseadas no sentimento entre elas, estabelecendo uma relação de interesses recíprocos, com a finalidade de se ajudarem uns aos outros. Assim, inicia-se uma convivência que se pretende seja por toda a vida. A dor e o sofrimento decorrentes da frustração de que este sonho existencial não perdure, não pode passar despercebido ao sistema jurídico.

Este processo para a convivência familiar tem em conta situações bastante complexas, cujo desgaste, muitas vezes, leva à dissolução da família.

As insatisfações que surgem ao longo do tempo podem parecer possíveis de resolver, mas nem sempre o são. Todo casal e toda família tentam, empiricamente, solucionar os problemas que surgem, alguns por si próprios, outros com ajuda especializada. Muitos obtêm êxito, mas alguns fracassam, indo às barras dos tribunais. Para estes, a expectativa e o projeto de vida não se realizou, inobstante tenham feito livres escolhas. Ao indagar estas pessoas porque elegeram aquele par, ou o que foi que não deu certo, a resposta será um misto de razões objetivas e subjetivas, evidenciando um emaranhado de problemas, que normalmente foge à objetividade legal, permeando a sensação de que há algo intencionalmente errado.

Às vezes os motivos alegados para uma separação parecem banais, levando os interlocutores à perplexidade, às vezes simplesmente não conseguem mais conviver harmoniosamente, ou simplesmente o amor acabou. Avaliar estas circunstâncias, sem o simplismo de buscar uma causa objetiva e legal, é um grande desafio, que precisa ser superado.

Trabalhar com a família, juridicamente, passa pela compreensão das emoções e limitações afetivas. O conhecimento legal, material e processual, em si, não supre tais informações, e precisa ser complementado, à luz da psicologia, que é quem melhor informa, dentre os ramos do conhecimento humano, a respeito da afetividade humana. Vários fatores ou elementos, como indicadores da afetividade, além das noções do senso comum que percebem manifestações de amor ou desamor, precisam ser considerados, sobre os quais passa-se a discorrer.

Um dos elementos constantes das trocas afetivas é a **frustração**. Algumas pessoas têm um limiar baixo para suportar a frustração e vivem em um estado constante de sofrimento, no qual o menor erro, por insignificante que seja, transforma-se em dor, que exige vingança ou reparação. A frustração é a consequência daquilo que se espera, e pode ser deturpada em favor de uma imagem própria irreal. Na separação judicial e no divórcio é comum um desgaste causado pela frustração, em cujo contexto um cônjuge atribui ao outro a responsabilidade pelo rompimento, apontando para um comportamento objetivo de distância, ausência, indiferença ou de outra conduta específica indesejada. Ao analisar tal situação detidamente, com frequência serão encontradas várias fontes de frustração, que se somaram ao longo da experiência conjugal, saturando o cônjuge, que passa a buscar na dissolução a cessação de sua dor, que amiúde tem origem na privação de suas expectativas, e não no casamento em si, ferindo os deveres de respeito e consideração mútuos, insertos no inciso V do art. 1566 do Código Civil.

Outra fonte comum de desentendimentos familiares é a convivência e **os limites**, que devem ser posicionados, normalmente, aos filhos desde a

tenra idade, sob a forma de regras e normas de conduta. A noção de limite entre os cônjuges e entre os filhos é imprescindível para a análise das queixas entre o casal e conseqüentemente, para apontar o comportamento incompatível que possa ser indicado como causa para dissolução da entidade familiar, por insuperável incompatibilidade. Também é necessária para apontar qual dentre os cônjuges é o mais habilitado para auxiliar o crescimento dos filhos, ou seja, para determinação da guarda e educação dos mesmos, no que concerne a adequada capacidade de sugerir e impor limites, com vistas à correta formação da personalidade infantil ou juvenil, conforme inciso IV do art. 1566 do Código Civil. Trata-se de uma necessidade individual e social de limites, para a harmoniosa evolução afetiva e social.

Outro fator importante para análise da família é a convivência e a **capacidade de cuidados recíprocos**, estes entendidos como o potencial para prover as necessidades um do outro, sejam estas objetivas ou subjetivas. Isto inclui, sob o aspecto legal, a base para o estabelecimento da comunhão plena de vida, nos termos do art. 1.511 do Código Civil, bem como questões relativas à mútua assistência e o sustento, conforme incisos III e IV, respectivamente, do art. 1566 do Código Civil. A afetividade condiciona o investimento para cuidar do outro, sendo uma visível causa do descumprimento do dever conjugal. Mas freqüentemente a falta de cuidados não é apontada como conseqüência do desamor, da perda da afeição recíproca, mas é mascarada sob um comportamento objetivo do tipo "ele me faz assim... então não faço para ele", numa retaliação punitiva. Mas por trás de tal binômio há questões afetivas, que na interpretação dos cônjuges, tornaram o outro indigno dos cuidados conjugais.

Cuidar do outro tem uma conotação diferenciada do senso comum. É conseqüência de uma sensação subjetiva agradável que se tem para alguém de quem se gosta, a ponto de decidir pela convivência com ela, o que exige uma gama variada de comportamentos. Este conviver e cuidar vai exigir tempo para dar ao outro, a disposição de nossas habilidades, da nossa compreensão do mundo e das coisas do outro, na medida de nossa possibilidade e afetividade. Isto implica em cuidar do outro. É dedicar atenção, aproximação e inclui aprender a discernir o que podemos ou devemos fazer *para* o outro, daquilo que seja uma mera realização fantasiosa e compulsiva de fazer as coisas *pelo* outro.

O cuidado tem um sentido e uma direção definida, e um propósito que está vinculado ao desejo do outro, como companheiro ou marido, de quem estamos dispostos a zelar, com o prazer que isto nos causa. Esta é a dinâmica normal de cuidados na família. Muitas vezes o outro precisa de cuidados concretos, por possuir algum problema. Isto exige, desde o início da relação,

uma peculiar honestidade, no que concerne a resposta de possibilidade para cuidar e fazer frente ao problema específico do outro, seja de ordem física, mental, profissional, ou outra. Uma vez que a questão não seja adequadamente acordada no início da relação, ao longo do desenvolvimento desta poderá trazer problemas que desemboquem na Vara de Família, onde freqüentemente se discute e avalia eventual imputação da falta de mútua assistência, em caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal.

Outro dos mais destrutivos acontecimentos internos do ser humano é o **ressentimento**, cuja força costuma alojar-se no subjetivismo das pessoas, independentemente do controle destas. Trata-se de um processo ao qual o acesso é difícil, pela dor que acarreta, o que desestimula as pessoas na tarefa de transformar o ressentimento num acontecimento menos danoso, para si e para os outros. Há uma agressão recebida que magoa o sujeito, aciona sua memória numa cadeia de acontecimentos que, por mais esforço que se faça para esquecer, será prontamente evocada. E se a pessoa é magoada com freqüência, estabelece o padrão de guardar para si, até que chegue o momento em que não suportará mais, evoluindo para uma resposta ruim. A partir de então qualquer estímulo deflagra um roteiro de queixas e dores, tornando a reação do indivíduo desproporcional ao acontecimento.

O que acontece é que uma emoção de outro momento foi trazida para uma situação presente, com a qual guarda mera semelhança, que muitas vezes, não é nem percebida pela outra pessoa. Diz-se que a pessoa está ressentindo, isto é, sentindo novamente uma emoção que, de certa maneira, relaciona-se com o que está sendo vivido no momento. No dia-a-dia, nas relações familiares, é bastante comum ficarmos ofendidos ou magoados por algo que o outro fez ou disse, ou não fez ou não disse. Sem o hábito de colocar as emoções nos devidos lugares, provavelmente elas serão colocadas em situações menos adequadas e o indivíduo ficará se ressentindo a vida toda de algo que devesse ser resolvido no devido momento.

Não existe nenhum mistério nesta dinâmica e todos somos familiarizados com isto. O problema é que fomos educados para esconder sentimentos e a perdoar falsamente, acumulando conteúdos que ao longo do tempo, tornam-se impossíveis de ser liberados e transformam a vida num constante sofrimento, inviabilizando as relações pessoais e intrafamiliar.

A solução surge quando há uma verdadeira intenção de rever tais acontecimentos e resolvê-los, alterando a visão do fato atual, discriminando-o e diferenciando-o do fato pretérito e do valor que este tinha, abandonando a fusão emocional entre ambos. Trata-se simplesmente de aprender a resolver as situações nos seus respectivos ou propícios momentos, para não arrastá-los ao futuro. É claro que existirão situações que pela complexidade

serão difíceis de solucionar, e que ficarão gravados na memória. Mas a identificação destas questões precisa ser percebida, ao menos para ser controladas, para oportunamente ser resolvidas, ainda que com ajuda profissional, da área psicológica ou jurídica. A mudança interna é possível, sob o fundamento da psicologia, e sob o fundamento do Direito precisa ser compreendida, para que não se penalize o outro cônjuge, do ressentimento de seu companheiro, o qual não deu causa.

O mais rumoroso dos indicadores da afetividade, na área de família, é a **fidelidade**. Nada é mais difícil do que o sentimento de traição e a aprendizagem que se tem para tal questão é retrógrada, transformando o homem em alguém irascível e violento.

Quando duas pessoas se unem o propósito é de algo bom, propiciando o prazer e comunhão existencial. Tal escolha não implica que um dos cônjuges não mudará de idéia posteriormente, embora isso seja óbvio, mas realizam-se rituais e promessas de eternidade. Por terrível que pareça, assumir um compromisso de viver com uma pessoa comporta uma decisão baseada nos sentimentos e no contexto de agora, nada mais que isso, porque não posso prever acontecimentos, nem dispor da vida como se fosse uma história predestinada.

A promessa deve limitar-se a um empenho sincero de levar adiante um projeto a dois, mas extrapola o comprometimento de que irá amar e acompanhar pelo resto da vida. Pode sim prometer respeito e comportamento adequado, com todas as implicações que os termos comportam.

Ao escolher uma pessoa, distinta das outras, é natural que em função desses afetos ela seja escolhida para convivência. Mas não é correto concluir que será nossa companheira para o resto da vida, porque realizamos com ela a união por um ritual legal ou fático, seja este qual for, ou porque percebemos que o outro nos quer bem e tentamos correspondê-lo. Mas existem mudanças pelas quais teremos que passar e estaremos programando eventos futuros e incertos. Nem o casamento perante centenas de pessoas, com vários filhos e um grande patrimônio, garante a continuidade da afetividade recíproca, que necessita de outros elementos e valores.

Embora a cultura pareça afirmar e prometer uma relação amorosa eterna ou duradoura, a segurança afetiva e relacional passa por muitas vicissitudes. Na prática a fantasia humana mostra-se equivocada e com a união afetiva o ser humano começa a descobrir e conhecer o que é relacionar-se. Quando a relação a dois é plena e satisfatória para o auto e hetero conhecimento, ela traduz-se em fidelidade. Caso contrário, se não houver freios inibitórios ou a honestidade para propor o rompimento, antes de partir para uma nova procura, haverá infidelidade.

Para a lei, nos termos do art. 1566 do Código Civil, no primeiro inciso, a fidelidade é relevante dever de ambos os cônjuges e amiúde não possui justificativa legal. Tampouco possui justificativa psicológica, mas sob este outro aspecto pode ser melhor compreendida, evitando a imputação de culpa unívoca, para um processo que pode ser dual. Salvo distorções de caráter e personalidade, a infidelidade pode ser fruto de uma busca afetiva, que não passa pela agressão ao outro, mas muito mais pela dificuldade de romper, antes de recomeçar.

Quando alguém se comporta de forma infiel, porque está tendo um relacionamento com outra pessoa, fora do casamento ou da união estável, não significa, necessariamente, que está deixando de amar. Pode parecer contraditório, mas isto é verdade. São vários os motivos que levam à infidelidade, desde o clamor físico, o momento, a superação de uma dor, e até a busca da complementação afetiva. A hipocrisia consiste em não admitir e perquirir, verdadeiramente, as causas da infidelidade. E isto é extremamente relevante para aquilatar a real responsabilidade dos cônjuges, pelo rompimento da sociedade ou do vínculo conjugal, pela infidelidade. Não se trata de mentir, nem enganar deliberadamente, mas da possibilidade de discutir com alguém especial como é o cônjuge e o parceiro, as questões primordiais da existência a dois, para que possam construir juntos soluções prazerosas, em função da manutenção da família. A qualidade de vida advinda de uma maneira clara e sincera de viver é a solução psico-jurídica mais adequada, sem ressentimento ou agressividade.

Não existem justificativas, psicológicas ou jurídicas, para a discriminação do comportamento infiel, sem que se compreenda o porque de seu acontecimento. Contrário senso é de meridiana clareza a percepção de que uma boa relação afetiva mantém sem riscos uma convivência prolongada com alguém que se ama, estima e com quem se construiu uma parte da história individual.

Mesmo o processo de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal não precisa se concentrar na infelicidade, mas objetivamente na potencialidade e na capacidade dos cônjuges ou companheiros em prover, para si e para o outro, afetos e experiências favorecedoras ao bem estar, pessoal e familiar. Na presença destas competências, não haverá rompimento; mas na sua falta, a manutenção da célula familiar é demagógica. O jurista precisa atentar que o afeto é a célula construtora da família e que sem ele, pode até existir grupo humano, mas inexistirá família.

Restará sempre a questão de saber como estabelecer o controle social sobre o comportamento dos casais, que tanto interessa ao Estado e a Igreja. Como saber quem permanecerá casado, ou como discernir a promiscuidade de

um senso de liberdade construtivo são questões que perturbam os intelectuais, notadamente aqueles que devem cumprir a função de normatizar as relações interpessoais e proteger os interesses das partes, quando há um litígio. Todavia, é difícil harmonizar relações afetivas com exacerbado dogmatismo e regulamentações normativas apenas.

As questões afetivas têm um direcionamento próprio, decorrente da constituição humana e o desejo humano é um complexo sistema interativo da afetividade, da vontade e, em grau bem menor, da inteligência. É relativamente independente da consciência, tornando-se de difícil subsunção ao *dever* ser normativo.

Em relação à questão da afetividade é imperioso concluir que a aplicação do Direito deve subordinar-se a considerações relativas a psicodinâmica da família e, basicamente, a questões afetivas, sob pena de estar punindo a própria realização humana.

A CULPA E A RESPONSABILIDADE CIVIL:

Uma das grandes dificuldades no relacionamento interpessoal e amoroso, que produz grandes dificuldades, é a flagrante falta de educação afetiva, que acaba por comprometer a pretendida solidariedade entre o casal, tão pretendida pelo sistema jurídico, como pela psicologia. Ao longo da convivência cresce a sensação de que os problemas e as dificuldades do outro também são nossas, levando ao comportamento de assumir como nosso o que compete ao outro. Isto se não for bem percebido e administrado resulta em enganos e confusões. A interferência incontida na vida do cônjuge, do companheiro, ou dos filhos, pode acarretar uma interferência indesejável, trazendo desarmonia familiar. É necessário discernir os limites interpessoais para que a família seja realmente o continente harmonioso de trocas interpessoais, no qual cada um de seus integrantes possa desenvolver, plenamente e com apoio recíproco, suas potencialidades, visando à realização de seu projeto de vida pessoal. Cumprir esta função, conviver, normatizar contatos interpessoais e proteger os interesses das partes quando há um litígio é um desafio aos operadores do direito.

A maturidade afetiva é algo pouco compreendido e trata-se de relevante critério a ser considerado nas disputas judiciais familiares, pois condiciona o comportamento de cada um de seus integrantes, e conseqüentemente a compreensão da dinâmica familiar e a correta atribuição de responsabilidades. É preciso ter em conta que a pessoa afetivamente imatura criará para si e para os outros embaraços ao assumir a responsabilidade de um

relacionamento, seja pelo casamento, seja pela união estável. A aplicação da norma jurídica, em matéria de família, que visa proteger os indivíduos, em função das relações familiares, deve ser entendida segundo uma hermenêutica que leve em consideração as circunstâncias e o amadurecimento afetivo das pessoas envolvidas. A aplicação fria do ordenamento legal, em nome do dogmatismo, ou do social, pode levar a equívocos e a danos de difícil reparação aos entes familiares, afastando-se da verdadeira pretensão legal, que é estabelecer normas para a harmonia e o bem estar das pessoas. Portanto, a aplicação da lei deve comportar a ponderação de que o comportamento humano é dinâmico, está em constante alteração e que a lei não o acompanha na mesma velocidade e proporção. Mesmo o critério jurídico de maturidade, sob o verbete capacidade civil, adquirida aos dezoito anos, nos termos do artigo 5º do Código Civil, pode não ter ressonância na realidade fática. Não se coloca a questão de que se isso é verdadeiro ou não, mas discute-se que, inobstante tratar-se de pessoa capaz civilmente ou penalmente, pode não estar suficientemente amadurecida do ponto de vista psicológico. Compatibilizar a antinomia psico-jurídica é árdua a tarefa do hermenêuta e do aplicador do direito, cujo escopo é a adequação, o bem estar e a dignidade humana.

Destarte, a maturidade humana deve ser entendida como a maneira característica de que a pessoa se conduz no mundo, concernente ao equilíbrio das relações com outras pessoas, ao desenvolvimento da percepção individual e social e a capacidade de determinar-se em função desta percepção. O nível de controle pessoal para as próprias emoções, com o objetivo de não invadir o espaço do outro, deve ser pressuposto para o controle jurídico e considerado atentamente, antes da aplicação da lei ao caso concreto. Isto implica em, antes de aplicar a lei, considerar quais as formas de controle pessoal as partes envolvidas lançaram mão para dirimir o litígio. Só assim poderá ser aplicada a lei adequadamente, a partir da consideração das formas de controle pessoal utilizadas, suas motivações e seus limites, para adequadamente partir a fase do controle heterônomo, através da lei. Pois só assim poderão ser discriminados comportamentos efetivamente anti-sociais, de comportamentos que, inobstante não sejam os mais adequados, tenham causas afetivas, e não como fundamento à maldade humana ou o desvio de caráter, representados pelo dolo e pela culpa. Nenhuma relação familiar é algo pronto e acabado, mas um dinâmico processo que se desenvolve ao longo da vida compartilhada, que tem que ser trabalhada para atingir estágios cada vez mais compatibilizados com as expectativas jurídicas, psicológicas e sociais, tendo em vista o bem viver e a qualidade de vida. Ao Direito não podem passar despercebidas tais questões.

É neste sentido o esforço do Instituto Brasileiro de Direito de Família², na intenção de mitigar e até afastar o exame da culpa, para fins da obtenção do desenlace matrimonial. Justifica-se esta postura na afirmação de que a averiguação e a indentificação de um culpado tem significado quando o agir de uma pessoa coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outrem, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Assim, há segregação de quem comete um ato que pode ameaçar a segurança da sociedade é a maneira eleita pelo Estado para assegurar a organização social.

Porém, migrar o instituto da culpa para a obtenção do desenlace matrimonial não tem a mesma justificativa. Trata-se apenas da reprodução da regra geral, de controle social, ao micro sistema familiar, o que comporta reflexões. Mostra-se nítido o caráter punitivo para apontar o culpado no processo de separação, assegurando legitimidade somente ao cônjuge dito inocente, para buscar a desconstituição do casamento (art. 1572 do Código Civil). Vale dizer, quem não tem motivo objetivo, quem nada tem a imputar contra o outro, simplesmente precisa buscar um motivo para poder separar-se. E se o autor não lograr provar responsabilidade do outro pelo fim do casamento, o pedido de separação, em tese, pode ser desacolhido, determinando a continuidade da sociedade familiar, mesmo depois de todo o desgaste conjugal e do processo judicial.

Atualmente não mais se justifica a identificação de um culpado pela separação, haja vista a adoção da afetividade como critério verificador das relações familiares. Além deste critério, há que se priorizar a pessoa humana, consagrando seus direitos fundamentais à privacidade, intimidade e a própria dignidade humana. A busca que invada a privacidade do casal, desnudando a intimidade do outro, para identificar um culpado, vasculhando-se a vida íntima da família, ofende os princípios constitucionais da intimidade e da dignidade humana, perturbando de forma indelével o casal, bem como os filhos destes.

Sabe-se que, salvo raras exceções, não existe uma única causa que possa ser apontada como a responsável por tornar insuportável a vida em comum. Mesmo as diversas hipóteses suscitadas no novo Código Civil permitem sua cumulação, suscitando inclusive a responsabilidade conjunta dos cônjuges pela sua ocorrência. O que elenca a lei são apenas consequências de causas afetivas, físicas, sociais, econômicas, jurídicas e até espirituais. A perquirição da culpa também tem seqüelas perversas, num interesse

2 DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual, o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

injustificado da manutenção, como regra, do matrimônio, punindo quem dele quiser de afastar, corolário dos fundamentos do antigo Código Civil de 1916. O culpado perde a própria identidade, pois o uso do nome é prerrogativa ao inocente, perde direito aos alimentos e só lhe é garantido o direito sucessório, nos termos dos artigos 1578, 1704 e parágrafo único e 1930 do Código Civil.

Ainda que seja dolorido ver o sonho de um projeto de vida a dois desfeito, é inócua a intervenção jurídica no que concerne à afetividade, devendo o direito regular as conseqüências objetivas do desfazimento da sociedade ou do vínculo conjugal, tornando-se prescindível a perquirição da culpa. Deveria bastar e ser respeitada a livre vontade de cada um dos cônjuges, sendo desnecessária a proclamação da culpa.

As interfases entre o Direito e a Psicologia contribuem para a compreensão do sujeito e suas relações, principalmente na importância do desenvolvimento do sentido de responsabilidade e o tão conhecido sentimento e imputação de culpa. O papel específico da atividade interdisciplinar é o de construir pontes para religar fronteiras entre saberes, como uma ferramenta para a reorganização do meio científico, uma releitura do conhecimento e o fortalecimento de cada disciplina. Dialeticamente o conhecimento se constrói pela troca dinâmica entre as semelhanças e as diferenças, reproduzindo o mesmo processo de desenvolvimento do psiquismo humano.

Isto é especificamente relevante ao Direito de Família, na medida em que é através da relação intersubjetiva que se forma a objetividade e a subjetividade do ser humano, estabelecendo suas relações sociais e inclusive a relação do homem com o conhecimento. O sentimento de culpa é algo altamente subjetivo, e representa um ponto no qual as emoções não podem penetrar na racionalidade, e desta forma o objetivo e o subjetivo tendem a se confundir. Só a ampliação da consciência, a percepção desta dinâmica é que permitirá a compreensão que faça migrar, os sujeitos em torno das relações familiares, do sentimento de culpa para o campo da responsabilidade. Vale dizer, se a culpa é a indiscriminação entre o objetivo e o subjetivo, quando ela é perquirida juridicamente, não trará elementos objetivos, mas inundará o processo com questões objetivas e subjetivas, estas últimas com intensas conotações afetivas, para as quais o sistema não está preparado. Inexiste vantagem jurídica ou psicológica que justifique o incentivo a esse estado de coisas, caracterizado pela indiscriminação objetivo-subjetiva.

Como seres humanos, individualmente e na família, somos altamente influenciados pela subjetividade, em qualquer campo de relações, e esta precisa ser devidamente considerada. Para viver em sociedade necessitamos de regras, e a lei nos dá uma direção, e as instituições nos ajudam a ampliar nossa capacidade racional, provendo meios de integração desta com

a subjetividade. Somente quando a subjetividade for levada em consideração é que se poderá desenvolver adequadas capacidades de reflexão, consciência e responsabilidade, estas ditas como altas qualidades humanas ou como funções intelectuais superiores. Inexiste mérito em incentivar o exame da culpa, sendo que esta é o estado característico da confusão entre o objetivo e o subjetivo.

Uma primeira esfera que pode ser apontada em todos os sistemas é a psíquica, dos afetos, dos desejos, dos sentimentos e dos pensamentos. Trata-se de uma esfera metajurídica, que é a mais subjetiva de todos os níveis. É nesta esfera que se mobiliza a dinâmica da família. Uma segunda esfera pertence ao exercício dos papéis dos elementos integrantes de cada sistema. Estes serão pai, mãe, filhos e irmãos na família; diretor, professor, alunos e funcionários na escola; patrões, empregados e colegas de trabalhos na empresa. Vale dizer, cada um desempenha um papel específico, dependendo do tipo de sistema ao qual pertence. Depois da definição dos papéis, surge a terceira esfera, sujeita ao direito, que é a repartição dos direitos e deveres dos indivíduos que integram o sistema.

Na dinâmica sócio-familiar, tais esferas se sobrepõem numa dinâmica objetiva e subjetiva, que às vezes passa despercebida aos seus integrantes. Assim, por exemplo, na família a ênfase maior está nos sentimentos; na empresa, no nível econômico; e na vida social, na repartição de direitos e deveres. Apesar de ser claro esse entendimento, quando a família adentra ao cenário jurídico, a ênfase migra para critérios objetivos. Compatibilizar esta aparente dissonância é habilidade exigida aos operadores do direito, o que justificou a adoção da afetividade como critério à justiça de família.

Este entendimento é útil para uma ampliação da compreensão dos sistemas, social e familiar, dos relacionamentos humanos e da dinâmica dos conflitos. Os conflitos tendem a se deslocar de um nível para o outro e, muitas vezes, questões afetivas e subjetivas mal elaboradas na família passam para o nível jurídico, e vice-versa.

O que se quer ressaltar é a inter relação entre aspectos destes dois níveis: primeiramente o nível psíquico, mais subjetivo e privado, no qual prevalecem os desejos, as personalidades, e onde pode surgir o sentimento de culpa; e o nível sócio jurídico, mais público, no qual prevalecem os direitos e deveres, o domínio da lei, do sujeito de direito, do exercício social da responsabilidade. Compatibilizá-los é compreensão indispensável que fortalece a estrutura familiar e a ação jurídica do Estado.

É fundamental tomar consciência e legitimar a existência do nível psíquico das emoções, ao invés de estar à mercê dele, sob a pretensa justificativa da racionalidade. Esta é mais própria, porém não exclusiva, da esfera

mais pública, relativa a repartição dos direitos e deveres. O sentimento de culpa, inconsciente, deve ser compreendido a partir do seu ponto de vista subjetivo, de modo que possa ser elaborado em função das relações familiares, para que possa evoluir no sentido da responsabilidade, durante o exercício da sociedade conjugal, ou após o rompimento desta.

O importante é perceber que embora existam distinções entre os níveis psíquico e sócio jurídico, é preciso tentar respeitar e entender suas diferenças, e não aplicar a lógica de um ao outro. A ênfase na culpa está relacionada com a lógica do inconsciente, do subjetivo, enquanto que o nível racional é mais consciente e objetivo. Quando a lógica do sistema objetivo domina sobre o nível subjetivo, o preço pago é o aumento indevido do sentimento de culpa, a ponto de obstruir a consciência, o desenvolvimento da responsabilidade familiar e negligenciar a afetividade necessária como mola propulsora para a manutenção da família.

Uma visão abrangente das relações familiares implica na compreensão da existência e do respeito a estes dois níveis e sua inter relação. Só desta forma a dignidade humana pode ser atendida. Contrariamente, verificam-se exemplos com a destruição da importância do nível psicológico, com a idéia de que as relações objetivas e racionais devam sobrepor-se às relações subjetivas, ou ainda a sua excessiva monetarização ou patrimonialização. Este era o espírito do antigo Código Civil; indubitavelmente não é mais a intenção legislativa do novo Estatuto Civil. O ponto fundamental diz respeito ao sentimento de culpa, que não deve ser fomentado pela ordem legislativa, que obedece a estruturas políticas de poder, enquanto a própria culpa, como sentimento humano, motivador da conduta do homem, tem bases subjetivas.

A questão da culpa persiste em inúmeros ordenamentos jurídicos, apesar das inovações introduzidas no Direito de Família em todo o mundo. Faz-se necessário considerar as conseqüências sociais, psíquicas e para o próprio acerto da decisão jurídica, que podem resultar na manutenção de tal instituto. A questão é que a introdução da afetividade como elemento relevante às relações e ao Direito de Família suscita formas mais atualizadas de interpretar a realidade familiar, seu substrato afetivo e a capacidade desenvolvida pelos indivíduos para compreendê-la, interpretá-la e vivenciá-la, em direção ao pleno desenvolvimento de cada um dos seus membros.

Uma visão antropológica do assunto, que enfoque o conflito entre o indivíduo e a cultura, e o conseqüente sentimento de culpa individual, ensina que quanto mais evolúda é a sociedade, menos seus laços sociais se fundam no sentimento inconsciente de culpa, e mais na responsabilidade. Tal visão traz uma posição mais abrangente da realidade, tanto externa quanto

interna, integrando a subjetividade e a objetividade, levando em conta as diferenças baseadas nas vicissitudes do amor, no sentido da individuação e da empatia, na evolução da culpa para o sentido de responsabilidade pelos sentimentos e atos. O sistema jurídico precisa ser iniciado nesta visão antropológica do assunto, para poder, por meio de suas decisões, melhor integrar a subjetividade e a objetividade que permeiam as relações familiares postas sob exame, nas jurisdições do Direito de Família.

Do ponto de vista psicológico, a culpa é uma emoção humana, da ordem da subjetividade, que resulta de um conflito decorrente da ambivalência de um impulso interno, contraditório ao contexto externo, suscitando ambivalentes sentimentos de amor e ódio. Juridicamente, a culpa implica em responsabilizar determinada pessoa, pela prática de um ato, que tem gênese psicológica. A visão jurídica da culpa, como imputação de reprovabilidade, baseada na consciência da ilicitude do fato e na exigibilidade de conduta diversa, precisa ser integrada dos elementos psicológicos que contém. Amíúde tais sentimentos ficam em segundo plano, implementando-se uma maior objetividade.

Considerando que a função do Estado é a tutela aos direitos do ser humano e a proteção da família, é fundamental discutir a interação objetiva e subjetiva para entender os limites da intervenção no Estado na matéria de família, para dar condições para o seu melhor desenvolvimento. Uma ênfase interdisciplinar a respeito da atuação do Estado, no âmbito familiar, implica no redimensionamento das fronteiras entre os níveis objetivo e subjetivo do comportamento humano.

CONCLUSÃO

A estrutura e o conceito de família variou no tempo. A mesma absorveu traços da família romana, carregou conotações da Revolução Industrial, galgou estágio de modernidade a pos-modernidade. Durante muito tempo submeteu-se a pretensão religiosa, até que se separou da Igreja na República, passando a ser construída pela união do casamento civil. Posteriormente passou a comportar formas de dissolução.

Vive-se uma nova configuração familiar, sob o manto da Constituição da República, fruto de todo um desenvolvimento moral, social e jurídico. A pluralidade familiar dessacralizou a família matrimonial, ampliando seus significados. Porém, permanece inalterada a compreensão de que a família é o contexto onde homem, mulher e prole vivem e se alimentam reciprocamente, objetiva e subjetivamente, visando propiciar a realização plena do projeto de vida de cada um de seus componentes.

A partir da Revolução Industrial, filhos e mulher partiram para o trabalho e a família assumiu novo modelo social e político, lutando pela sobrevivência, enfatizando sua atividade econômica. Essa mutação da família patriarcal para a família proletária atingiu importância na época e colocou em questionamento os conceitos de paternidade e modernidade. Verificou-se a troca de conceitos, dando lugar a uma família que prioriza a pessoa humana, seu bem estar e o pleno desenvolvimento das capacidades e virtudes de cada um de seus componentes.

Caminha-se para um Direito Civil Constitucional, desafiando uma reconstrução do Direito Civil, que não tenha por base estritamente interesses econômicos, mas sim, na realização dos direitos fundamentais da dignidade humana, de modo a favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa. O Direito Civil em geral sofre uma transformação para deixar de se preocupar com a atividade econômica do cidadão e passar para regulamentação da vida social, e no campo do Direito de Família concentra seu enfoque no propósito de verticalizar o desenvolvimento da personalidade humana.

Atentando para a nova realidade, vivencia-se uma família fundamentada na afetividade, que busca seu espaço social, político e jurídico como legítimos instrumentos para sua plena realização e satisfação social. Trata-se de uma tendência a repersonalização das relações sociais da família, tendo como meta ou suporte fático a valorização da pessoa, e não de seu patrimônio.

O realce ao respeito à dignidade da pessoa humana definiu outro valor na disciplina familiar, com base na igualdade do homem e da mulher, na pluralidade das entidades familiares e na igualdade dos filhos. Chegou-se à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependências econômicas e, sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e graduação da pessoa. Vive a família de hoje um processo de emancipação de seus componentes, todos disputando espaços próprios de crescimento e de realização de suas personalidades, convertendo-se para o futuro em pessoas socialmente úteis, subjetiva e objetivamente realizadas, harmonizadas com o contexto micro e macro social.

Neste contexto a questão dos afetos passou a merecer atenção especial, não idealizando apenas a família como um reduto de amor, mas enfocando toda a gama de relações afetivas, amorosas e hostis, que permeiam as relações familiares. Os afetos equivalem à energia psíquica, aos impulsos que afetam o organismo e se liga a representações, pessoas, objetos, significados. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações, e também influenciam a forma individual de interpretar o mundo.

É fundamental a compreensão do afeto humano, pois este pode estar em maior ou menor sintonia com o pensamento e com a realidade externa,

ou dele dissociá-lo. E é na família que se cumprem as leis da aliança e da filiação, visando à proteção física e psíquica, ante a qualidade de desamparo inerente ao ser humano. Dada a dependência e o desamparo emocional, típicos da natureza humana, a finalidade da família, embora as variações históricas que sofreu, mantém-se essencialmente como instituição estruturante do indivíduo, em função das diferenças entre os elementos que a compõem e os lugares que ocupa, de acordo com o ciclo vital.

No desempenho de sua função a família é responsável pelo desenvolvimento emocional de seus membros. As emoções ajudam os componentes da família a ser mais felizes, mas também podem prejudicar sua saúde física e mental. Os afetos também melhoram ou pioram o desempenho de determinada tarefa. A família é responsável por isso, e deve desempenhar seu papel na formação e no desenvolvimento emocional de seus membros.

A Sociologia, a Antropologia e a História têm-se ocupado do estudo da família. Mas quando nesta surgem problemas, o Direito é chamado a intervir. Quando o relacionamento se torna conflituoso ou insatisfatório, faz surgir o processo judicial. É claro perceber que se trata de um ente eminentemente sócio-afetivo, que adentra ao campo jurídico. Disto decorre a imperiosa necessidade de que o Direito esteja equipado e pronto para perceber e manejar variáveis afetivas, colocadas sob roupagem jurídica.

Quando um dos cônjuges ou companheiros pensa ou decide deixar o lar familiar, amiúde surgem conflitos e discussões. Enfocá-los sob o estrito viés jurídico, limita por demais a matéria e a compreensão de todos os fenômenos que integram o processo de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal.

Surge a imperiosa necessidade de que os operadores do sistema jurídico tenham conhecimentos e informações, que possam servir como aporte teórico, para a compreensão da família e seus conflitos, ao lado do conhecimento jurídico. Uma precisa informação sobre a composição, estrutura, função e dinâmica familiar, seus conflitos, seus afetos, e os papéis desempenhados por cada um de seus membros é necessária para que se possa aquilatar a responsabilidade de cada componente e equalizar a situação mais adequada ao rompimento.

A própria afetividade, como paradigma das relações familiares, exige uma abordagem interdisciplinar precisa e eficiente. Não se trata das noções do senso comum a respeito do amor ou do desamor, mas da ampla gama de sentimentos humanos que afloram em momentos de conflito familiar. E estes condicionam comportamentos, atitudes e a própria responsabilidade pós-separação, entre o casal e para com os filhos.

A solução para a questão reside no estudo interdisciplinar do Direito de Família, principalmente nas interfaces entre o Direito e a Psicologia, no que concerne ao estudo da dinâmica familiar e da afetividade peculiar a esta.

Em época de tendência de universalizar o conhecimento humano e departamentalizá-lo nas academias, é imperiosa a necessidade de intensificar o intercâmbio cultural, cognitivo e pragmático entre as Faculdades de Direito e de Psicologia nas universidades. A Psicologia pode prover ao Bacharel em Direito suporte informativo indispensável à compreensão da família, o que enriquecerá e implementará o acerto da medida jurídica aplicável à mesma.

E isto não é muito difícil de conseguir dentro das Universidades, nem sobejamente oneroso do ponto de vista econômico. Trata-se de uma implementação curricular conjunta, através da qual o currículo do curso de graduação em Direito contenha disciplinas de psicologia geral, psicologia do desenvolvimento, psicologia infantil, visando informar ao bacharel acerca da formação da personalidade humana, seus afetos e sua dinâmica micro-social.

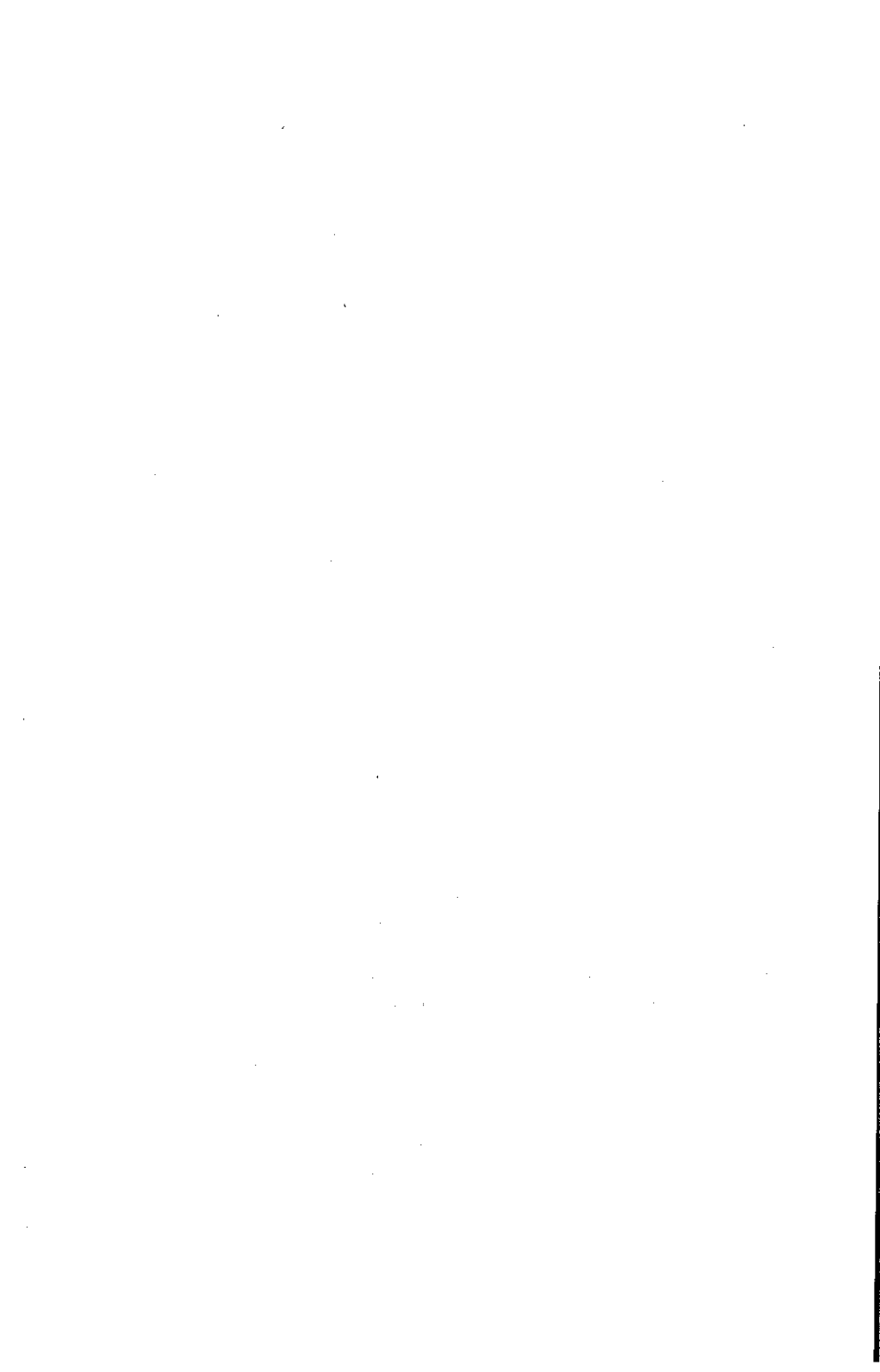
E tal pretensão mostra-se útil não apenas à graduação, mas também a pós-graduação na área de família, bem como aconselhável nas Escolas de Magistratura, do Ministério Público e Cursos da Ordem dos Advogados do Brasil. A tônica é o intercâmbio cultural entre as ciências, apontando para um tronco gnoseológico comum, que aproxima o Direito da Psicologia, notadamente em matéria de família.

Só a partir deste enfoque, poder-se-á obter a formação que leve à compreensão integral da família e da pessoa humana, com vistas a realização plena da dignidade humana e do homem.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Célia Silva Guimarães. *Pontos de Psicologia Escolar*. São Paulo: Ática, 2004. p.224.
- BRAGHIROLLI, Elaine Maria *et alii*. *Psicologia Geral*. Porto Alegre: Vozes, 1990. p.219.
- BRASIL, Ministério da Educação, Secretaria de Educação Média e Tecnológica. *Parâmetros Curriculares Nacionais*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1999. p. 360.

- BRASIL, Secretaria de Educação. *Parâmetros Curriculares Nacionais: Terceiro e Quarto ciclos*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1998. p.436.
- CERVO, A. L. & BERVIAN, P.A. *Metodologia Científica*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1999. p. 144.
- DIAS, Maria Berenice *et alii*. *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: DelRey, 2002. p. 295.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 174.
- GROENINGA, Giselle Câmara & PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e Psicanálise – Rumo a uma Nova Epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 399.
- LEMONS, Paulo. *A educação afetiva*. São Paulo: Lemos, 1993. p.136.
- MADALENO, Rolf. *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.184.
- MARINHO, Inezil Penna. *Introdução ao Estudo da Metodologia Científica*. Brasília: Gráfica Latina, s.d. p.111.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003. p.141.
- OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PIRES, Célia Maria Carolino. *Currículos de Matemática: da Organização Linear à Idéia de Rede*. São Paulo: FTD, 2000. p.223.
- TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.458.



Considerações Sobre o Livre Desenvolvimento da Personalidade e as Implicações Relacionadas à Liberdade de Comunicação.

Joatan Marcos de Carvalho*

Sumário: 1. Introdução. 2.0. - Algumas observações sobre os direitos de personalidade. - 2.1. - Considerações sobre a personalidade dos incapazes e dos relativamente capazes. - 2.2. - A personalidade dos idosos, deficientes físicos e mentais e de outros grupos minoritários. - 3. - O Direito de personalidade e os direitos fundamentais. 4. - Considerações preliminares sobre o direito da comunicação. 5.0. - Considerações sobre um conjunto de opiniões autorizadas. 5.1. - Excertos sobre direito de personalidade em Konrad Hesse. 5.1.1. - Excertos sobre direito da comunicação em Konrad Hesse. 5.2. - Excertos sobre direito de personalidade em J.J. Gomes Canotilho. 5.2.1. - Excertos sobre direito da comunicação em J.J. Gomes Canotilho. 5.3. - Excertos sobre direito de personalidade em Jorge Miranda. 5.3.1. - Excertos sobre direito da comunicação em Jorge Miranda. 5.4. - Excertos sobre direito de personalidade em Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza. 5.4.1. - Excertos sobre direito da Comunicação em Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza. 5.5. - Excertos sobre direito de personalidade em José Carlos Vieira de Andrade. 5.5.1. - Excertos sobre direito da comunicação em José Carlos Vieira de Andrade. 5.6. - Excertos sobre direito de personalidade em José Afonso da Silva. 5.6.1. - Excertos sobre direito da comunicação em José Afonso da Silva. 6. - Outras visões sobre os direitos de personalidade. 7.0. - Dos questionamentos postos em causa. 7.1. - Fragmentos de "formação da atitude dos homens" em Jacques Ellul. 7.2. - Fragmentos de "visão, som e fúria" de Marshall McLuhan. 7.3. - Fragmentos de "inelutável decadência eufórica" de Castanheira Neves". 7.4. - Fragmentos de "A manipulação do público" e "Propaganda e consciência popular" de Noam Chomski. 8.0. - O futuro da fundamental proteção da comunicação social e dos direitos da personalidade. 8.1. - Direito da comunicação e influência no livre desenvolvimento da personalidade. 8.2. - Resposta institucional "cerceadora" do direito da comunicação. 9. - À guisa de síntese. 10. Conclusão.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é traçar linhas de consideração que toquem o Direito de Personalidade e o Direito da Comunicação, melhor dizendo, a análise pretendida é no sentido da verificação de alguns pontos comuns que possam envolver as duas manifestações de direitos fundamentais.

* O autor é Juiz de Direito Substituto em 2º grau e especialista em Direito da Comunicação da Universidade de Coimbra.

O tema, entretanto, precisa ser recortado para que se limite, especificamente, à questão da formação (desenvolvimento) da personalidade, sua proteção e exercício no universo da sociedade informática, da comunicação de massa e de sua crescente interatividade.

Mesmo neste estreito enfoque, não há a pretensão de esgotar a abordagem; ao contrário, o que se pretende é, simplesmente, com base em alguns estudos de pensadores da área das ciências sociais, repassar os pontos que possam ter relevância para os limites desse estudo, tendo por base a bibliografia recomendada, para o Curso de Direito da Comunicação – Universidade de Coimbra e outras, principalmente de Direito Constitucional.

Desse modo, primeiramente, far-se-á uma breve consideração a respeito das categorias em análise, a saber, os direitos de personalidade e os direitos da comunicação social.

Em seguida, far-se-á uma coleta de comentários jurídicos, sobre a proteção ao direito de personalidade e dos direitos da comunicação social e os direitos afins, isto é, direito à informação, direito de informar e à livre manifestação do pensamento.

Continuando, passar-se-á à abordagem de casos que de algum modo estejam ligados à comunicação social e que, por suas peculiaridades ponham em “questão” o direito de personalidade.

Na seqüência, buscar-se-á lançar considerações em torno dessas questões, como forma de questionar se estas vertentes de direitos fundamentais, direito de personalidade e direito da comunicação, encontram-se suficientemente protegidas, de forma a exercitarem-se livre e independentemente.

Sempre que possível, serão tratados tão somente os aspectos que relacionem “personalidade” e “comunicação”; mas, não serão afastadas as considerações que envolvam outras disciplinas, especialmente quando possa haver contribuição para maior clareza e entendimento do tema.

2.0. Algumas observações sobre os direitos de personalidade

Se for feita uma análise linear, haver-se-á de considerar que não há qualquer diferenciação em relação aos direitos da personalidade, no que

concerne à fundamentação legal que trata da matéria¹. Ressalvadas as especificidades², pode-se observar que do ponto de vista abstrato, efetivamente, não há qualquer adequação da norma às peculiaridades que possam advir do estudo de caso³, a saber, não importa qual seja a questão posta, sempre vamos nos reportar às mesmas disposições legais, seja de ordem civil, seja de ordem constitucional.

De fato, o que ocorre é que há uma intencional uniformidade no conteúdo dos preceitos legais que disciplinam os direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos da personalidade; essa uniformidade decorre da fidedignidade que as cartas democráticas intentam manter, como forma de respeitar o princípio reitor de que todos são iguais em deveres e obrigações, ressalvadas, evidentemente, as naturais e necessárias exceções⁴.

É bem verdade que o texto constitucional português refere-se ao "...desenvolvimento da personalidade...". No texto brasileiro, não há menção expressa, embora esteja assentado que é possível extrair-se do contexto o entendimento de que o desenvolvimento da personalidade estaria protegido.⁵

- 1 *O Código Civil Português, no Título II, Das Relações Jurídicas, Subtítulo I, Das Pessoas, Capítulo I, Pessoas singulares, Secção II, Direitos de personalidade, estabelece as disposições concernentes à matéria. A matéria é tratada pelo artigo 26, n. 1 da Constituição da República Portuguesa. O recente Código Civil Brasileiro trata da matéria no art. 2.º e 14.º a 21.º, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002; e, como se sabe, não há referência expressa na Constituição da República Federativa do Brasil.*
- 2 *Correia, Brito Luís, Direito da Comunicação Social, vol. 1, Editora Almedina, Coimbra 2000, pág. 209. Faz referência, em relação à liberdade de comunicação do menor.*
- 3 *Silva, José Afonso da, Poder constituinte e poder popular, 1.ª edição, 2.ª tiragem, Editora Malheiros, São Paulo 2002, pág. 823: Trata das garantias assistenciais dos "menores", não chega a levar a análise para as peculiaridades do "livre desenvolvimento da personalidade ou da comunicação social".*
- 4 *Canotilho, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7a. Edição, Editora Almedina, Coimbra 2003, pág. 396: Vale lembrar a breve ressalva feita por Canotilho, ao "desenvolvimento da personalidade, em notas (6 e 7), que remete a Orlando de Carvalho.*
- 5 *Silva, José Afonso, pág. 206: "Além dessa inscrição expressa, está aberta ao enriquecimento de novos direitos humanos que a evolução histórica venha criar com a declaração do § 2.º do seu art. 5.º de que os direitos e garantias nela expressos não incluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Nesse particular, como se nota, a Constituição de 1988 se abre para o futuro como um receptáculo dos direitos da pessoa humana".*

Por outro lado, esta questão que se tem mantido intocada, está a merecer a preocupação da sociedade, vez que um conjunto de fatos sócio-político-econômico, especialmente no que se refere à sociedade informatizada, vem sedimentando terreno propício a essa investigação.

2.1. Considerações sobre a personalidade dos incapazes e dos relativamente capazes

Certamente um infante que nem ao menos esteja em condições de se alimentar ou que não tenha nenhum controle sobre sua pessoa, um recém nascido, não estará em condições de exercer plenamente a sua personalidade, mas, certamente, tem assegurado o Direito Constitucional ao seu desenvolvimento.

Por outro lado, uma criança de cinco ou seis anos de idade poderá ter uma idéia geral dos seus direitos, mas, pouco provavelmente terá uma convicção segura de como exercê-los.

Já um adolescente que possua esta noção - até mesmo porque os meios de comunicação são suficientemente efetivos para que um jovem de formação "mediana" possa dominar esta informação - terá a liberdade de decidir e impor perante a sociedade uma determinada religião ou de, simplesmente, não ter uma?

Embora esta questão possa assumir uma liberdade de escolha variável - como ser torcedor de um ou outro clube de futebol, o exemplo realçado acima (da escolha de uma religião) é significativo porque determinadas "escolhas" assumem um caráter definitivo, quando acompanhadas de práticas como a da circuncisão, que são permanentes⁶.

Pode ser observado que a área interpenetrada pelos direitos de informação influem direta e decisivamente na formação da "opinião pública". Será que nesse ambiente crianças e adolescentes estão em condições de exercitarem seus direitos plenamente, isto é, de formarem suas personalidades, com base em escolhas pessoais e consoante suas inclinações?

6 Ver HC 82424QO -RS, Rio Grande do Sul, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 17.09.03.

Assim, embora não se vislumbre na legislação nenhuma diferenciação em termos dos direitos de personalidade⁷, é sensível que há, em relação a esse grupo de pessoas, uma flagrante “capitis diminutio” em relação ao exercício desses direitos.

2.2. A personalidade dos idosos, deficientes físicos e mentais e de outros grupos

Ao fazer-se a abordagem do ser humano, com respeito às várias etapas de seu desenvolvimento cronológico, pomos em questão de imediato, a problemática da velhice e de forma mais mediata, mas não menos significativa a questão das deficiências físicas e mentais.

Esses enfoques, de fato, passam automaticamente a compor o universo pelo qual se inclina a linha de investigação que se quer palmilhar; entretanto, para os fins que aqui se busca, não serão tratados, a não ser referencialmente, como forma de manter estreitos os limites do trabalho.

3. O Direito de personalidade e os direitos fundamentais.

Entre os vários conjuntos de direitos que inter-relacionados compõem os direitos fundamentais, inclui-se o direito de personalidade, que encontra amparo na Constituição da República Portuguesa⁸. O artigo 26 tem o “sub-título” (*Outros direitos pessoais*), que engloba o direito à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

O texto constitucional estabelece no n. 1 do artigo 26 que: “A todos são reconhecidos os direitos ao “...desenvolvimento da personalidade”, fato que

7 Por certo que há disposições, tanto na Constituição da República Portuguesa, como na Constituição da República Federativa do Brasil, concernentes à proteção dos “menores” (infância e adolescência); o que não há é norma que assegure expressamente o livre desenvolvimento da personalidade. Pode-se conjecturar que se trata de matéria de Direito Civil, mas, de qualquer modo, vislumbra-se dificuldades no confronto desses direitos com os direitos amplos da comunicação social, que encontram amparo constitucional.

8 Artigo 26, n. 1. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Legislação Coimbra Editora*, 6ª Edição, Coimbra 2003.

estabelece uma dimensão extremamente elástica a esse direito fundamental, em razão das perspectivas sugeridas por essa dinâmica conceitual.

Deixando por ora de considerar aos preceitos que tratam do direito de personalidade no Código Civil Português (Decreto-Lei, n. 47344, de 25 de Novembro de 1966, é oportuno mencionar que a “*A referência à dignidade humana aparece ainda na Constituição da República nos artigos 26.º, n.º 2 (a lei deve estabelecer ‘garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias’), 67.º, n.º 3, alínea e (incumbe ao Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguarda à dignidade da pessoa humana’). Os artigos 26.º, n.º 3, e 206.º referem-se respectivamente, à dignidade pessoal e à ‘dignidade das pessoas’.*”⁹

E, prosseguindo mais nessa vertente, que aportou ao direito de personalidade caráter de maior significância, na construção fundamental que se vem erigindo em relação à pessoa humana, razão de ser de toda organização constitucional, vale trazer à baila, a conveniente e supletiva observação feita por Paulo Mota Pinto, de que teria sido oportuna a inclusão do adjetivo “livre” no preceito constitucional.¹⁰

Sem dúvida alguma, este fato já havia sido acentuado pelo Professor Orlando de Carvalho, sem a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade, não há como formar cidadãos livres; ou seja, para que haja cidadania plena é preciso que haja o desenvolvimento livre da personalidade.

4. Considerações preliminares sobre o direito da comunicação

A liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão, a liberdade de opinião e a liberdade de informação geral incluem-se na abrangência

9 Pinto, Paulo Mota, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, *Portugal-Brasil Ano 2000*, pág. 151.

10 Pinto, Paulo Mota, *op. cit.* pág. 160: “Na verdade, à concepção do direito ao desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, em termos semelhantes – na autonomização das suas dimensões relevantes como direito fundamental –, aos reconhecidos para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no artigo 2, § 1, da Lei Fundamental alemã, não constitui obstáculo, em nosso entender, nem o facto de nosso legislador constituinte ter omitido o adjetivo “livre” na formulação desse direito, nem a integração de tal direito no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, entre “outros direitos pessoais”

do direito da comunicação; esses e outros direitos são tratados, como em Afonso da Silva¹¹, no conceito amplo de “liberdade de pensamento”.

Ampliando esta conceituação singular ou pessoal, há entendimentos, inclusive do próprio Afonso da Silva, que inclui o direito da comunicação nos direitos de liberdade coletivos; mas também Bonavides,¹² depois de transitar pelos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, acaba por tratar dos direitos individuais ou coletivos, entre estes últimos incluindo a “comunicação”.

É neste sentido que se coloca Jorge Miranda, quando afirma que¹³: “A liberdade de expressão e os direitos de informar e ser informado são individuais, ainda quando exercidos colectivamente ou institucionalmente. Já o direito de informar tanto pode ser individual quanto institucional. Mas a liberdade de comunicação social, apresenta-se, necessariamente, institucional, visto que pressupõe organização (e organização de empresa), ainda que dependa sempre de actividade de pessoas individualmente consideradas (os jornalistas, os colaboradores e até os leitores, os ouvintes, os telespectadores)”.

5.0. Considerações sobre um conjunto de opiniões autorizadas

Para que se possa ter uma idéia do significado do comando constitucional “livre¹⁴ desenvolvimento de personalidade” e “liberdade da comuni-

11 Silva, José Afonso da, *op.cit.* pág. 235.

12 Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 3.ª Edição, São Paulo 2003, pág.569: “...Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasák, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos” “.... Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao património comum da humanidade”.

13 Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2000, pág. 456.

14 Pinto, Paulo Mota, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Portugal-Brasil 2000, pág. 150: Muito embora não conste a expressão “livre” na Constituição Portuguesa, como já referenciado supra, a expressão deve ser entendida como estando presente. E, pág. 155, Nota 14: Raciocínio semelhante deve ser feito em relação a outras cartas constitucionais, como a brasileira por exemplo, que embora não tenham a disposição expressa, deve-se entender, pelo seu conjunto de disposições, que tal proteção constitucional se encontra contextualizada.

cação social”, far-se-á em continuidade, uma leitura de alguns autores, entre os quais vários constitucionalistas, com vista a sublinhar os entendimentos comuns e, de igual modo, as divergências que possa haver entre eles.

E, para além das divergências e similitudes, buscar-se-á levantar os valores e as extensões reais que se atribuem ao direito de “livre desenvolvimento da personalidade” em confronto com o “direito da comunicação social”.

5.1. Excertos sobre direito de personalidade em Konrad Hesse

Aventurar-se pela doutrina germânica é sempre tarefa árdua, mesmo que se faça através de traduções de qualidade; entretanto, é perfeitamente perceptível que, em seu texto, Konrad Hesse¹⁵ trata o “Desenvolvimento livre da personalidade” ao lado das liberdades individuais, concretamente determináveis e limitadas.

Diz que, o artigo 2.º, alínea 1, da Lei Fundamental alemã, garante o desenvolvimento livre da personalidade, limitados os direitos dos outros, a ordem constitucional e a lei moral; ou seja, liberdade jurídica, isto é, limitada. Afirma Konrad Hesse que: “A determinação de seu conteúdo concreto, que passa por cima desse significado geral, causa, entretanto, dificuldades. Isso vale, nomeadamente, para o desenvolvimento livre da personalidade em sua limitação pela ordem constitucional¹⁶”.

E, partindo do enfoque analítico de decisões do Tribunal Constitucional, Konrad Hesse anuncia que: “A interpretação do artigo 2.º, alínea 1, da Lei Fundamental, pelo Tribunal Constitucional Federal, conduz à aceitação de um sistema de direitos fundamentais fechado, num sistema de valores e pretensões sem lacunas...¹⁷”

Acrescenta Konrad Hesse que: “Como liberdade de ação geral” os direitos de livre desenvolvimento da personalidade são ilimitados e que não há ação humana que não esteja compreendida jurídico-fundamentalmente, no disposto pelo artigo 2.º, alínea 1, da Lei Fundamental.

15 Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1998,

16 Hesse, Konrad, *op.cit.* pág. 325.

17 Hesse, Konrad, *op.cit.* pág. 326.

Por outro lado, essa concepção ampla parece restar contida, pelo entendimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, que vem fazendo uma interpretação restritiva, firme no entendimento de que, o “desenvolvimento da personalidade” comporta contornos demasiado amplos.

Nessa linha de compreensão, prossegue Konrad Hesse: “Essas inseqüências e dificuldades deixam de existir em uma interpretação restritiva, que vê o conteúdo do desenvolvimento livre da personalidade dentro de barreiras da ordem constitucional na *garantia da esfera da vida pessoal mais estreita, naturalmente não restringida ao desenvolvimento puramente espiritual e moral* somente pela Constituição mesma limitada, que passa por cima dos afiançamentos dos direitos de liberdade nomeados, e, a ser concretizada, cada vez¹⁸.”

E, prossequindo neste direcionamento: “Uma tal interpretação corresponde à peculiaridade dos direitos fundamentais que, como direitos subjetivos, em toda a parte, nomeadamente, porém, nos direitos do homem, são caracterizados por uma relação pessoal que passa por cima da ‘liberdade de ação geral’. Ela corresponde à peculiaridade dos direitos fundamentais como garantias pontuais da liberdade de âmbitos de vida, especialmente importantes ou postos em perigo, que afiançam mais do que o direito de fazer aquilo que não está proibido¹⁹.”

Ainda tratando de uma interpretação restritiva, prossegue Konrad Hesse: “Ela não torna as barreiras do artigo 2.º, alínea 1, da lei Fundamental, superficiais, porque desenvolvimento da personalidade livre, assim entendida, pode infringir realmente a ordem constitucional, o direito dos outros ou a lei moral. Finalmente, fica nessa interpretação mantida a função do recurso constitucional como um intuito especial para a proteção dos direitos fundamentais.”²⁰

O que é possível constatar das lições de Konrad Hesse a respeito da interpretação do artigo 2.º, alínea 1, da Lei Fundamental alemã e das decisões do Tribunal Constitucional Federal é que os textos constitucionais alemães, assim como o de grande número dos Estados atuais, assegura o “livre desenvolvimento da personalidade”; entretanto, são rigorosos os limites que devem ser considerados.

18 Hesse, Konrad, *op. cit.* pág. 328.

19 Hesse, Konrad, *op.cit.* pág. 328.

20 Hesse, Konrad, *op. cit.* pág. 328.

5.1.1. Excertos sobre direito da comunicação em Konrad Hesse

Konrad Hesse em sua obra “Elemento de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”, não trata especificamente da questão da comunicação social, de informática, de internet, de comunicação de massa. Vamos encontrar paralelo pelo enfoque das liberdades; mas aí, a questão é abordada de maneira esclarecedora e conveniente.

É entre as considerações que faz a respeito das liberdades que encontramos seu comentário a respeito da “liberdade de opinião”, que está protegida pelo artigo 5.º, alínea 1, da Lei Fundamental²¹: “a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação (frase 1), a liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem por radiodifusão e filme (frase 2); essas liberdades são, pela proibição de censura da alínea 1, (frase 3), reforçadas e asseguradas”.

E, prossegue, explicitando o alcance dessas garantias e o alcance de seu caráter duplo²²: “elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro lado, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem liberdade dos ‘meios de comunicação de massa’ modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental ‘simplesmente constitutiva”.

Acrescenta, ainda, Konrad Hesse²³: “Porque a liberdade de informação é pressuposto de publicidade democrática; somente o cidadão informado está em condições de formar(-se) um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático. Uma proibição geral de informações à imprensa e radiodifusão seria por isso, univocamente

21 Hesse, Konrad, *op. cit.* pág. 302.

22 Hesse, Konrad, *op. cit.* pág. 302/3.

23 Hesse, Konrad, *op. cit.* pág. 305.

inconstitucional. Por outro lado o artigo 5º, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental, não normaliza mandamento para as autoridades estatais de informar, sem exceção, sobre tudo”.

Ajunta a essas afirmações, ainda, que²⁴: “Além disso, exatamente na imprensa mesmo são formadas e difundidas opiniões, de modo que ela é fator essencial da formação de uma opinião pública; em conexão com isso, a imprensa é um dos meios mais importantes de crítica e controle público permanente”.

Oportuno, ainda, trazer uma importante consideração, que faz Konrad Hesse²⁵: “Trata-se de proteger esses meios especialmente significativos da dominação e do exercício de influência estatal, de impedir o nascimento de poder de opinião predominante, assim como, de assegurar que na oferta do programa a multiplicidade das direções de opinião existentes encontre expressão em amplitude e integridade máxima possível e que, deste modo, seja oferecida informação ampla. Desses mandamentos fundamentais resultam critérios jurídico-constitucionais mais importantes para a ordem da radiodifusão, cujo desenvolvimento está caracterizado por, após as leis de radiodifusão estaduais novas, colocar junto aos entes de radiodifusão jurídico-públicos tradicionais, organizadores privados e, desse modo, nascer na República Federal um sistema de radiodifusão ‘dual’”.

5.2. Excertos sobre direito de personalidade em J.J. Gomes Canotilho

O Professor José Joaquim Gomes Canotilho faz distinção entre direitos fundamentais e direitos de personalidade; afirma que nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Embora entendendo que estes últimos abarquem os Direitos de Estado, afirma que os direitos políticos e os direitos de prestação, por não serem atinentes ao ser como pessoa estariam, tradicionalmente, afastados dos direitos de personalidade.

Alude à tendência de, cada vez mais, os direitos fundamentais tenderem a compor um direito geral de personalidade, como o direito “da pessoa ser e a pessoa devir²⁶”. E, alude à LC 1/97, que autonomizou o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º/1).

24 Hesse, Konrad, *op. cit.* pág. 305/306

25 Hesse, Konrad, *op. cit.* pág. 307/8.

26 Canotilho, José Joaquim Gomes, *op. cit.* pág.396: “O Prof. Canotilho faz referência ao Prof. Orlando de Carvalho, <Teoria Geral da Relação Jurídica, Coimbra 1970, p.36>.”

Por outro lado, afirma que a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade é visível, quando se observa não só a ordem de direitos subjetivos, mas, também de direitos objetivos, que justifica, entre outras coisas o direito fundamental a pessoas coletivas e organizações de trabalhadores, na Constituição Portuguesa.

Como se extrai, o Professor Canotilho faz a distinção clássica da doutrina alemã, sobre as chamadas garantias institucionais e os direitos fundamentais; as garantias jurídico-públicas e as garantias jurídico-privadas. Aduz que as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos.

São vastos e minuciosos os ensinamentos do Professor Canotilho, o que torna temerário fazer-se afirmações com base em referências isoladas; entretanto, o que se pretende, para os limites desse trabalho, é tão somente apontar o seu assentimento, de doutrinador, com a tendência de aproximação cada vez maior entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais; o que teria se exteriorizado pela preocupação do legislador (LC 1/97, art. 26.º/1).

5.2.1. Excertos sobre direito da comunicação em J.J. Gomes Canotilho

O que se encontra em Gomes Canotilho, que tange a comunicação social é a sua “Função de defesa ou de liberdade²⁷”: “A primeira função dos direitos fundamentais - sobretudo dos direitos, liberdades e garantias - é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)”.

Estar-se-ia aí, diante de direitos fundamentais que cumprem a função de “direitos de defesa” dos cidadãos, sob uma dupla perspectiva²⁸: “(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual: (2) implicam num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). Assim, por ex. o art. 37 da CRP

27 Canotilho, J.J. Gomes, *op. cit.* pág. 407.

28 Canotilho, J.J. Gomes, *op. cit.* pág. 408.

garante subjetivamente: (a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação se feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objetivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura (cfr. art. 37.º/2)".

Encontra-se, ainda, em Gomes Canotilho, quando trata no Título 3, Capítulo I, "B. História e Memória", "9. Geratividade geracional: os direitos da terceira geração", referência ao direito à comunicação²⁹: "A discussão internacional em torno do problema da autodeterminação, da nova ordem econômica internacional, da participação de direitos de terceira geração (ou quarta geração): direito à autodeterminação, direito ao património comum da humanidade, direito a um ambiente saudável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento." (grifei).

No entanto, Gomes Canotilho tem postura crítica em relação à natureza desses direitos, de terceira geração, especialmente em relação à pré-compreensão que está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações.

5.3. Excertos sobre direito de personalidade em Jorge Miranda

Para Jorge Miranda³⁰ "direito de personalidade" é conceito afim do de "direitos fundamentais". E, refere uma gama alargada de opiniões em que o conceito estaria presente: "pelo simples fato de nascer e morrer (Cabral de Moncada); aspectos imediatos da exigência de integração do homem (Gomes da Silva); são condições essenciais ao seu ser e dever (Orlando de Carvalho); revelam o conteúdo necessário da personalidade (Adriano De Cupis); são emanções da personalidade humana em si (Oliveira Ascensão); são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade (Adriano Vaz Serra); têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa (Adriano De Cupis); ou bens da personalidade física, moral e jurídica (Carvalho Fernandes); ou manifestações parcelares da personalidade humana (Rabindranath Capelo de Souza); <<direitos originários>> do Colégio de Seabra (Dias

29 Canotilho, J.J. Gomes, *op. cit.* pág. 386.

30 Miranda, Jorge, *op.cit.* p. 58 e seguintes.

Ferreira); uma das expressões da visão antropocêntrica ou <<indivíduoocêntrica>> que o enfermava (Cabral de Moncada)".

Vai buscar no Código Civil de 1966 a consagração formal e nominal desses direitos, que não traduzem mais meras conquistas doutrinárias à margem da lei, tal qual os <<direitos originários>> - direito de existência, o direito de liberdade, o direito de associação e o direito de defesa (arts. 359 e segs. do Código de 1867).

Trata das atuais disposições do Código Civil; proteção contra a ofensa a pessoas já falecidas; o direito ao nome e ao pseudônimo; a reserva do conteúdo de cartas-missivas e outros escritos confidenciais; o direito a imagem e a reserva sobre a vida privada. Admite que podem, ainda, ser aditados outros direitos e comenta a tendência de alargamentos da "figura", da existência ou não de um direito geral de personalidade.

Faz observações a respeito do alargamento dos direitos de personalidade e de sua qualificação como direitos subjetivos, tendo em conta que o objeto destes direitos se confundem com a própria personalidade ou com suas manifestações específicas. E aduz que, desse modo, os direitos de personalidade adquirem relevância constitucional, seja a título geral, seja a título especial.

Nessa linha de entendimento, relaciona direitos como o direito à vida; direito à integridade pessoal; ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada; o direito à liberdade e à segurança; certas garantias relativas à informática; o direito de resposta, a liberdade de consciência, de religião e de culto, a liberdade de criação cultural, a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de escolha de profissão, o direito ao trabalho, o direito ao ambiente, o direito à educação e à cultura física e ao desporto.

Por outro lado, afirma que a despeito de largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade; e, para arrimar este entendimento, traz outros direitos que extravasariam do âmbito dos direitos de personalidade, tais como, o direito de acesso aos tribunais; o direito à cidadania; as garantias da liberdade e da segurança; a liberdade de imprensa; o direito de antena; os direitos políticos; a grande maioria dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e dos direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos fundamentais dos administrados.

Entende que os direitos fundamentais e os direitos de personalidade são distintos, quanto ao sentido, à projeção e à perspectiva; sendo que os primeiros pressupõem relações de poder e os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos Fundamentais teriam uma incidência publicística imediata, mesmo quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares, os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais.

Jorge Miranda, com algumas ressalvas, e de maneira um tanto quanto desassumida, afirma que os direitos de personalidade pertencem ao domínio do Direito Civil, ao passo que os Direitos Fundamentais pertencem ao Direito Constitucional.

5.3.1. Excertos sobre direito da comunicação em Jorge Miranda

No capítulo terceiro, de sua obra, supra referida, preleciona Jorge Miranda, ao tratar dos “Direitos fundamentais de comunicação social”, que a liberdade de expressão abrange qualquer exteriorização da vida própria das pessoas, e, inclui nesse compartimento a “liberdade de expressão, de informação e de comunicação social”.

Qualquer exteriorização da vida própria das pessoas, tais como crenças, convicções, idéias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, atos de vontade, revestidos de quaisquer formas, oral, escrita, imagem ou gesto, estaria abrangida pela liberdade de expressão.

E, afirma: E, sem liberdade de expressão atinge-se o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, de novo).³¹

Prossegue dizendo que a liberdade de informação consiste na interiorização, na prevalência do elemento cognoscitivo, que envolve o direito de informar e de ser informado; correspondendo o exercício, primeiro do direito a uma atitude ativa e relacional, o segundo a uma atitude ativa e pessoal e o terceiro a uma atitude passiva e receptícia.

Por ultimo, ao tratar da liberdade da comunicação social, afirma que: “A liberdade de expressão e os direitos de informar e de ser informado são

31 Miranda, Jorge, *op. Cit.* p. 454.

individuais, ainda quando exercidos coletiva ou institucionalmente. Já o direito de informar tanto pode ser individual quanto institucional. Mas a liberdade de comunicação social, essa se apresenta, necessariamente, institucional...”

Para Jorge Miranda a liberdade de comunicação social é ambivalente envolve um feixe de direitos e traduz-se, ao mesmo tempo, num fenômeno de poder. Entende que para os cidadãos em geral o direito de se informar surge como um direito negativo, de não terem impedimentos ou sanções; para os jornalistas o direito de se informar teria dupla vertente, a negativa e a positiva, esta última envolvendo o direito de acesso às fontes de informação.

Por oposição aos regimes autoritários ou totalitários (o que é questionável³²), afirma que: “Nos regimes democráticos pluralistas atuais (produto da passagem do governo representativo clássico ou burguês à democracia representativa e com maior ou menor influência de Estado Social), a liberdade de informação adquire um relevo crescente ligado à formação da vontade popular; realçam-se as estruturas institucionais e organizatórias; a comunicação social como um todo torna-se objeto de Constituição Material e desenvolvem-se mecanismos de auto e hetero-regulação”.

Arremata, Jorge Miranda que: “Ao lado das transformações políticas, avultam as mudanças tecnológicas e, nos últimos anos, o extraordinário incremento da informática e da eletrônica. Ter-se-á chegado àquilo a que se vem chamando, com mais ou menos rigor, a <<sociedade da informação>>, associada à globalização.

Neste enfoque, adota-se as considerações feitas por Jorge Miranda, que assevera: “Excederia o escopo deste Manual examinar as conseqüências (positivas ou negativas) de todas essas transformações para os direitos fundamentais”.

32 Ellul, Jacques, *Propaganda – The formation of men's attitudes*, VintagesBooks, New York 1973. Pág. 237: “On one fact there can be no debate: the need of democracy, in its present situation, to ‘make propaganda’. We must understand, beside that private propaganda, even more than governmental propaganda is importantly linked to democracy”.

5.4. Excertos sobre direito de personalidade em Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza

Evidentemente, não há aqui a pretensão de se fazer uma síntese da obra de Capelo de Souza, como de resto vem-se ressaltando em relação a todos os autores aqui analisados; o propósito é de, tão somente, alinhar alguns elementos do direito de personalidade, os mais básicos, e buscar a correspondência que o próprio autor lhes dá, face à comunicação social, aí inserida a liberdade de expressão e de informação.

No capítulo introdutório, de sua conhecida obra "O Direito Geral de Personalidade", Capelo de Souza inicia por indagar qual o objeto do estudo do "direito de personalidade" e, de início, estabelece que o conceito não é unívoco, ainda que para efeitos exclusivamente jurídicos³³.

E, ao início de sua vasta reflexão, ao fixar a metodologia de seu trabalho, afirma: "O que eleva a altos níveis de dificuldades não só o problema da <<pré-compreensão>> (Vorverständnis) do referente <<personalidade humana>> entendido e subentendido nos textos legais em causa, mas também o problema da compatibilidade e interações da pré-compreensão desse *quid* ontológico extralingüístico com a pré-compreensão da juridicidade em geral, na sua unidade de ordem e de sentido e na sua ligação à vida" social efetiva, ou seja, com fundamento ou exigência jurídico-material do conjunto de respostas jurídicas possibilitadoras do modo social de viver de todos os homens da nossa comunidade jurídica, que subentende necessários compromissos a nível individual. Para além do que, muitas das complexas ou difusas situações da vida real ligadas diretamente à personalidade humana dificilmente são traduzíveis ou comandáveis a nível de discurso (e mais dificilmente a nível de discurso jurídico), necessariamente redutor da realidade, e situações há v.g. do foro íntimo³⁴ ou transcendental das pessoas ou do trato social que escapam ao domínio da juridicidade, não sem que nos interroguemos acerca do critério desta³⁴".

Em continuidade, estabelece que: "É, pois, linear que a personalidade humana, enquanto também objeto da tutela do Direito, tem uma estrutura e

33 Capelo de Souza, Rabindranath Valentino Aleixo, *Direito Geral da Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra 1995, pág. 13.

34 Capelo de Souza, *op. cit.* pág. 16/17.

35 Capelo de Souza, *op. cit.* pág. 18.

uma dinâmica bem mais complexa do que a dos demais objetos jurídicos, v.g., das coisas das prestações. Assim, a pré-compreensão da realidade humana subjacente à idéia da tutela ou do direito geral de personalidade terá de tomar em conta as aquisições e as metodologias das ciências da natureza relativas à *Physis* do homem e das ciências sociais ligadas ao *Ethos* do homem, que nos dêem não só a fenomenologia das relações humanas de personalidade (ou, se se quiser, das situações humanas com interações diretas ao nível das personalidades dos respectivos sujeitos), carecidas de tutela jurídica ora em causa, mas também a etiologia, as circunstâncias e as conseqüências dessas relações ou situações³⁵.”

Avançando, um pouquinho mais nessa breve investida que se faz ao trabalho de Capelo de Souza, como forma de ajuntar elementos a respeito do tema, vale trazer aqui o seu entendimento: “De todo o modo, a reconstrução ou a explicitação do sistema jurídico relativo à tutela da personalidade humana far-se-á em conexão com a dilucidação dos *problemas práctico-normativos*, que justificam cada uma das normas desse sistema, de modo a apurar a respectiva *ratio legis* e a tornar operável o sistema da sua aplicação aos fatos. Isto, quer na concretização de critérios jurídicos constituídos ou preexistentes, quer na elaboração dos próprios critérios jurídicos no caso de existência de lacunas *infra legem* solucionáveis por integração analógica (art. 10.º, n.º 1, CC). Nos casos de constitutivo desenvolvimento normativo devido à existência de lacunas *praeter legem* a <<criação>> da norma pelo intérprete processar-se-á dentro do espírito do sistema (art. 10.º, n.º 3, CC), mas também aqui cumpre indagar das questões que os interesses e exigências de ordem prática da área em causa colocam, geral e abstratamente, à respectiva normatividade.

5.4.1. Excertos sobre direito da Comunicação em Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza

Prosseguindo com o objetivo de apontar alguns elementos de forma perfunctória das considerações de Capelo de Souza, com vistas a elaborar uma avaliação da inter-relação dos direitos de personalidade e direitos da comunicação social, buscar-se-á garimpar na sua obra as referências que se pretende focar.

36 Capelo de Souza, op. cit. pág. 272/273.

E, como o interesse está direcionado para uma abordagem ampla, o trabalho fica facilitado, porque não há muito a ser levantado; no índice ideográfico da obra, a 'entrada' "comunicação social" não está contemplada e, a 'entrada' "meios de comunicação social" direciona para as mesmas considerações das 'entradas' "liberdade de expressão" e "liberdade de informação".

Assim, a esse respeito diz que³⁶: "Com a liberdade de expressão e de informação garante-se a liberdade de pensamento na sua vertente de inserção social, ou seja, a autodeterminação de cada um a exprimir e a divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela escrita, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como as autonomias complementares em matéria de cada um poder informar, informar-se e ser informado; e, ainda, de poder responder e retificar".

Referência interessante encontra-se no item 3.4.2. "d"³⁷, quando Capelo de Souza trata da "personalidade humana nascida com vida" e da "interioridade e exterioridade da personalidade humana". Esclarece que: "... a proteção da personalidade humana no nosso sistema jurídico se inter-relaciona com imperativos também jurídicos de sobrevivência da própria espécie humana e de defesa e promoção de todos e cada um dos homens e também com o teor das relações e influências econômicas, ideológicas e culturais entre os povos, quer as de avaliação global positivas quer as negativas, relativamente às quais a nossa comunidade jurídica detém, jurisgeneticamente, um poder-dever, face particularmente a cada um de seus membros, de tutelar e promover as relações consideradas em geral benéficas ao respeito e desenvolvimento da personalidade humana na ótica portuguesa e de interditar e sancionar as que, internamente, sejam também em geral

37 Capelo de Souza, *op. cit.* pág. 187.

38 Andrade, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Editora Almedina, 2.ª Edição, Coimbra 2001, pág. 34. "Os argumentos críticos que surgem no debate sobre o 'universalismo' dos direitos humanos são diversos: desde a consideração de que se trata de questão de direito interno, até à incompatibilidade com as necessidades de concentração do poder para promoção (prioritária) do desenvolvimento econômico, passando pela recusa da 'arrogância' imperialista do Ocidente, em face das suas tradições milenares e do seu direito à autodeterminação, bem como pelo repúdio do conceito de direitos em voga, tido como excessivamente liberal e individualista, preferindo-lhe concepções próprias de 'bem estar espiritual e material da Humanidade' e de 'interesses humanos vitais', em contextos de comunidades familiares e políticas sólidas".

consideradas prejudiciais à personalidade humana (na perspectiva portuguesa), e injustificadas face ao direito internacional”.

E, nas notas, refere-se à dependência econômico-política face a quaisquer Estados ou grupos multinacionais e às modernas formas de colonização lingüística e cultural; cita legislação de proteção dos valores culturais que exprimem a identidade nacional.

5.5. Excertos sobre direito de personalidade em José Carlos Vieira de Andrade

Em Vieira de Andrade, tem-se mais clara a noção das diferenças em que se encontram as pessoas e as “nações”, no que concerne aos direitos fundamentais e máxime os direitos de personalidade; está claro no seu texto, que os direitos fundamentais estão inscritos numa “consciência jurídica universal”³⁸.

Esclarece que há um conjunto de direitos fundamentais do qual decorrem todos os outros, trata-se do conjunto de direitos que estão mais intimamente ligados com a dignidade da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens. E, afirma: “... esses direitos (pelo menos esses) devem ser considerados <<patrimônio espiritual comum da humanidade>> e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem pretextos econômicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial”³⁹.

39 Andrade, José Carlos Vieira de, op. cit. pág. 34. “Formam um código moral mínimo da comunidade internacional (Michel Walzer). Nesse sentido, já Rui Machete, ob. cit. p. 43 e ss., que conclui que as confrontações a respeito dos direitos do homem eram, nesse campo, a confrontação entre os sistemas democráticos e os poderes totalitários. No dizer do Secretário-Geral da ONU, Kofi Anan, não são os povos, mas seus líderes, que contestam politicamente nalgumas áreas do globo o movimento internacional pelos direitos humanos – afirmação que deve ser entendida como expressão da idéia de que o relativismo cultural não pode ser utilizado para justificar a arbitrariedade despótica”.

40 Andrade, José Carlos Vieira de, op. cit. pág. 329. “Pense-se por exemplo, na consagração expressa como direito fundamental da liberdade de iniciativa privada (artigo 61.º), que foi fruto da revisão constitucional de 1982 (embora, para nós, essa caracterização já resultasse da conjugação do artigo 17.º com o n.º 1 do primitivo artigo 85.º), o mesmo se podendo dizer da liberdade de ensino particular laico (agora no n.º 4 do artigo 43.º), dos direitos ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, à imagem e à palavra (artigo 26.º, n.º 1), bem como da eliminação de algumas restrições ao direito de propriedade (cf. o antigo n.º 2 do artigo 82.º) e da proibição da radiotelevisão privada (antigo artigo 38.º, n.º 7). (grifei).

E, na sua rica obra, Vieira de Andrade trata com renovada atualidade, dos direitos fundamentais, a nível internacional, comunitário e na ordem constitucional portuguesa; entretanto, dado o limitado interesse e a abrangência que se busca, importa pontilhar a referência que é feita quando no Capítulo X, trata “A tutela dos direitos, liberdades e garantias”, no subitem “A proteção jurídico-institucional”⁴⁰: “Ora, no que toca ao domínio dos direitos, liberdades e garantias, deve entender-se que os preceitos constitucionais podem, desde logo, ser modificados em *pormenores* ou aspectos secundários ou sofrer meras correções formais, que constituam <<simples revisões>> e não verdadeiras <<alterações>> constitucionais. Por outro lado, também não se pode deixar de admitir que o poder de revisão venha *alargar* o domínio garantido pelos direitos, liberdades e garantias, incluindo outros direitos no catálogo ou levantando restrições anteriormente existentes, porque é esse o sentido da garantia constitucional”.

5.5.1. Excertos sobre direito da comunicação em José Carlos Vieira de Andrade

De igual modo é preciso garimpar, mas, não é difícil localizar as referências que Vieira de Andrade faz em relação à comunicação. Em seu capítulo II, “Os direitos fundamentais no contexto de sua evolução histórica”, nos subitens 2. “O processo de democratização” e 3. “Os fenômenos de socialização”.

No item 2.3. refere-se ao que chama de “aquele que é talvez o aspecto mais significativo da influência do fator democrático, porque modifica o próprio sentido dos direitos fundamentais – ao lado de uma *dimensão* subjetiva, tende agora a reconhecer-se-lhes uma *dimensão objetiva*”⁴¹.

Afirma Vieira de Andrade que nessa seqüência histórica, os “direitos fundamentais” que eram posições do indivíduo perante e contra o Estado, destinados a salvaguardar esferas privadas de autonomia, que correspondiam, afinal no seu conjunto, à autonomia liberal da própria sociedade em face do Estado. Porém, ao valorizar-se um certo sistema de organização da vida política e de legitimação do poder, os direitos fundamentais, e, em particular a igualdade de todos no uso e fruição desses direitos, passaram a estar intimamente ligados à forma de governo”.⁴²

41 Andrade, José Carlos Vieira de, *op. cit.* pág. 54.

42 Andrade, José Carlos Vieira de, *op. cit.* pág. 54.

43 Andrade, José Carlos Vieira de, *op. cit.* pág. 54.

E nesse prosseguir afirma Vieira de Andrade que: “A democracia torna-se, neste contexto, uma *condição* e numa *garantia* dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem. Ela é, ou passa ser, por isso, um elemento de conformação do seu próprio conteúdo e um critério de seu bom exercício – os direitos fundamentais vão até onde, e podem ser exercidos na medida em que contribuam para a manutenção ou o fortalecimento do sistema democrático⁴³”.

E, por fim, chegando ao ponto que buscamos (direito da comunicação) e visando contrastar de forma analítica com o conceito de “livre desenvolvimento da personalidade”, assim se expressa Vieira de Andrade: “A superação do liberalismo não foi, contudo, apenas uma obra política. Foi a própria sociedade liberal que ruiu, substituída por uma nova ordem a que se convencionou chamar <<sociedade técnica de massas>>. A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens de suas terras, amontoaram-nos nas cidades, impuseram-lhes um ritmo acelerado de vida e desenharam-lhes os horizontes de um bem estar material. Privados do seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermédias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido, dirigidos e controlados pela publicidade (propaganda) e pelos meios de comunicação de massa que lhes ditam as idéias e os produtos prontos a consumir – os homens dissolvem-se na sociedade e nela encontram o seu destino. O indivíduo torna-se um ser dependente, uma espécie-tipo do gênero humano”⁴⁴.

5.6. Excertos sobre direito de personalidade em José Afonso da Silva

Ainda que não trate do direito da personalidade como categoria autônoma, Afonso da Silva, acaba por referir-se à personalidade, quando trata no Título II, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, Capítulo I, “Fundamentos constitucionais”, “Classificação dos direitos individuais⁴⁵”: “Os direitos que têm por objeto imediato a segurança, por exemplo, parece incluir-se todos no campo das garantias individuais, e como tal serão estudados em outro lugar. Mas é necessário ter em mente que o direito à segurança aí enunciado contém implícito um direito fundamental do indivíduo, que, assim, não aparece nas classes indicadas no *caput* do artigo. Teremos, pois,

44 Andrade, José Carlos Vieira de, *op. cit.* pág. 55.

45 Silva, José Afonso da, *op. cit.* pág. 192/3.

46 Silva, José Afonso da, *op. cit.* pág. 193.

que tentar aflorá-los aqui, já que são de extrema importância para o respeito à personalidade. Faremos isso, contudo, mantendo a base da classificação constitucional, pois outra seria tão relativa e imperfeita como ela". (grifei).

Como se vê, não só admite Afonso da Silva o respeito à personalidade, mas, complementa dizendo que a Constituição admite a proteção a outros direitos que não estejam expressamente enumerados⁴⁶: "Levaremos em conta também a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias individuais não enumerados, quando, no § 2.º do artigo 5.º, declara que os *direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Se esta referência, já dá a indicação da abrangência que lhe faculta extrair do texto constitucional uma proteção à personalidade, mais evidente ainda se torna o foco, quando Afonso da Silva aborda a questão "Da família, da criança, do adolescente e do idoso", no Capítulo IV.

No item (2.) "Tutela da criança e do adolescente" extrai-se os direcionamentos que possibilitam o entendimento de que, atendidos os direcionamentos constitucionais, é possível conceber-se o "livre" desenvolvimento da personalidade, como se vê⁴⁷: "Essa família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no art. 227: 'direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão é exigência indeclinável do cumprimento daquele dever'".

5.6.1. Excertos sobre direito da comunicação em José Afonso da Silva

Encontra-se em José Afonso da Silva, no Capítulo destinado ao "Direito de liberdade", mais especificamente no item "liberdade de pensamento",

47 Silva, José Afonso da, *op.cit.* pág. 823.

48 Silva, José Afonso da, *op.cit.* pág. 242.

sub-itens “liberdade de comunicação”, que aqui interessa; e de onde se extrai o excerto que segue⁴⁸: “A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IV, IX, XII e XV do art. 5.º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de *criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação*, e a organização dos *meios de comunicação*, esta sujeita a regime jurídico especial de que daremos notícias no final desse tópico”.

É bem verdade que as abordagens a respeito dos direitos fundamentais se faz em Afonso da Silva, como de resto, ocorre com praticamente todos os autores, de forma dispersa, ou descontinuada, já que a análise feita, está orientada ao enfoque aqui pretendido.

Por isso, passa-se diretamente para a abordagem que Afonso da Silva faz a respeito de “Os direitos coletivos”, “Direitos coletivos e liberdade de expressão⁴⁹: “A categoria dos direitos coletivos como espécie dos direitos fundamentais do homem começa agora a se forjar e a merecer consideração constitucional específica. Já em anteriores edições deste livro, destacamos as *liberdades de expressão coletiva*, tais as de reunião e de associação”.

E, avançando para a área de interesse, importa abordar o comentário de Afonso da Silva, a respeito do direito à informação⁵⁰: “Fizemos antes estudo sobre a *liberdade de informação* observando que seria necessário distinguir entre ela e o *direito à informação*. Freitas Nobre já dissera que ‘a relatividade de conceitos sobre o direito à informação exige uma referência aos regimes políticos, mas, sempre, com a convicção de que este direito não é um direito pessoal, nem simplesmente um direito profissional, mas um *direito coletivo*’. Isso porque se trata de um *direito coletivo da informação ou direito da coletividade à informação*. O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito indivi-

49 Silva, José Afonso da, *op.cit.* 257/8.

50 Silva, José Afonso da, *op. cit.* 258/9.

51 Ferreira Filho, Manoel Gonçalves “Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo”, Editora Saraiva, São Paulo 2003, pág. 284: “O exame, por outro lado, desses direitos fundamentais enunciados em 1988 provoca dúvidas se muitos deles são realmente direitos fundamentais... A não ser que desvalorize o sentido de “fundamental”, tornando-o não equivalente a “essencial”, mas a meramente “importante”. E ainda assim...”

dual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do *direito de comunicação*, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e da manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. Albino Greco notou essa transformação: ‘Já se observou que a liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num *direito subjetivo do indivíduo* de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como *garantia de liberdade individual*. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação”.

6. Outras visões sobre os direitos de personalidade

Muito embora o enfoque da proteção da personalidade e de seu desenvolvimento possa encontrar terreno fértil nos estudos e investigações que buscam privilegiar um avanço sempre maior, em termos de garantia, não só desse direito, mas da generalidade dos direitos fundamentais, como forma mesmo de um evolutivo aperfeiçoamento constitucional; a verdade é que a questão não é pacífica e não é raro encontrar-se respeitáveis opiniões que apontam para caminhos particularizados, com respeito a estas questões.

Nesse sentido a manifestação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho para quem, na carta constitucional brasileira de 1988, ocorreu excessiva inclusão de direitos, na categoria de direitos fundamentais, verdadeira “inflação”, o que acabaria por traduzir uma vulgarização desses direitos.⁵¹

Em outro enfoque, não de vulgarização mas, até mesmo, pondo em questão a substância e entendimento do instituto, a observação de Diogo Leite de Campos de que seriam: Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação”⁵².

52 Campos, Diogo Leite de “Nós – Estudo sobre os direitos das pessoas”, Editora Almedina, Coimbra 2004, pág. 151: “De instrumentos de defesa do ser humano contra a onipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o eu e os outros”.

53 Ellul, Jacques, *op. cit.* pág. 90: “For propaganda succeed, a society must first have two complementary qualities: it must be both an individualist and a mass society. These two qualities are often considered contradictory. It is believed that an

7.0. Dos questionamentos postos em causa

Lançados alguns balizamentos teóricos, é chegado o momento de trazer ao conjunto de considerações algumas questões que são relevantes, do ponto de vista da abordagem aqui pretendida e que se prestam á uma confrontação com as disposições de ordem legal e doutrinária, que conformam a matéria dos direitos fundamentais e, mais especificamente, do direito da personalidade.

As considerações que aqui serão carreadas são aleatórias e podem não representar um conjunto, rigoroso e concatenado, de acontecimentos que configurem o cerne de uma problemática que parece preocupar não só, juristas mas, também, especialistas em outras disciplinas, especialmente, a da comunicação social.

Esta última, principalmente, é que se quer realçar, em relação aos direitos de personalidade, dada a magnitude da comunicação no arcabouço social, mas, mais especificamente na formação da personalidade, ou melhor, no desenvolvimento da personalidade.

Para a finalidade desse breve estudo, os tópicos que serão trazidos a seguir, serão suficientes para estabelecer uma linha de indagação, sobre a qual se anteporão as disposições que abrigam a matéria, como forma de avaliação da eficiência e da adequação dos conceitos legais abstratos, em relação ao confronto dos direitos postos em causa.

7.1. Fragmentos de “formação da atitude dos homens” em Jacques Ellul

A despeito de um certo lapso temporal bastante considerável, já que a primeira edição de “Propaganda – The formation of men’s attitudes” de

individualist society, in wich the individual is thought to have a higher value than the group, tends to destroy groups that limit the individual's range of action, whereas a mass society negates the individual end reduces him to a cyfher”. Pág. 99: “We must add to all this the problem of public opinion. We have already said that, on the one hand, propaganda is no longer primarily a matter of opinion, and that, on the other, the existnce of a public opinion is connected with the appearence of mass society.” Pág. 102: “Finally, one more condition is basic for propaganda. We have just stated again that opinion cannot form itself in entire societies unless mass média of communication exist. This much is evident: without the mass media there can be no modern propaganda.”

Jacques Ellul, foi de 1965 e a que ora nos serve de apoio ter sido editada em 1973, pela lucidez das abordagens e pelo fato de ainda haver atualidade, pelo menos na projeção que fez à época a respeito da necessária completude ou integralidade da comunicação de massa, vale repassar alguns de seus pensamentos.

Tratou Ellul no Capítulo II, sobre as “Condições para a existência da propaganda”, esclarecendo no item “1.”, sub-item “Individualist society and mass society” que a propaganda para ser efetiva tem que ser propaganda individualista e de massa; mas, juntou a esse item considerações sobre opinião (opinião pública) e a “comunicação de massa⁵³”.

O livro de Ellul, em seu conjunto, é fantasticamente convincente, do ponto de vista da efetividade da comunicação social de massa enquanto instrumento maior de controle social, que se daria pela “formação do comportamento humano”.

7.2. Fragmentos de “visão, som e fúria” de Marshall McLuhan

A escolha de McLuhan para aqui trazer mais um suporte ao conjunto, relativamente restrito, mas representativo, de opiniões sobre o tema, tem a ver com a sua “imagem” de arauto dos “novos” tempos.

O texto é antigo, foi publicado em 1982, mas foi objeto do curso de sociologia da comunicação de massa oferecido pelo departamento de sociologia e política da Universidade Católica do Rio de Janeiro, durante o ano letivo de 1969. O propósito é esse mesmo, trazer idéias e vozes que já ecoavam num passado relativamente distante, considerando a velocidade das transformações sociais dos tempos atuais, e observar o sentido com que hoje se apresentam.

Veja-se como ele concluía seu interessante artigo⁵⁴: “O que temos de defender hoje não são os valores desenvolvidos em qualquer cultura especial ou por qualquer modo de comunicação. A tecnologia moderna pretende tentar uma transformação total do homem e de seu meio, o que por seu turno

54 McLuhan, Marshall, Teoria da Cultura de Massa, Visão, som e fúria, Editora Paz e Terra, 3.ª Edição Rio de Janeiro 1982, pág. 154.

55 Neves, A. Castanheira, Estudos de Direito da Comunicação, “Uma perspectiva de consideração da comunicação e o poder – ou a inelutável decadência eufórica”, Instituto Jurídico da Comunicação, Coordenação António Pinto Monteiro, Coimbra 2002, pág. 104.

exige a inspeção e defesa de todos os valores humanos. E pelo que respeita ao mero auxílio humano, a cidadela desta defesa deve estar localizada na consciência analítica da natureza do processo criador envolvido no conhecimento humano. Pois é nessa cidadela que a ciência e a tecnologia já se estabeleceram, quanto à sua manipulação dos novos meios.”

7.3. Fragmentos de “inelutável decadência eufórica” de Castanheira Neves”

Lançada a projeção pretendida, de que a questão da comunicação social e a “formação ou transformação do homem” estão ligadas e que disso se tem notícia, desde sempre talvez, mas mais especificamente, desde a década de sessenta, setenta, pode-se avançar para a atualidade, com o texto, de Castanheira Neves, que parece corresponder, com naturalidade ao desencadeamento das anteriores considerações.

E, assim, como enunciado, extrai-se do texto, uma pequena parcela, que serve perfeitamente ao propósito⁵⁵: “Com as conseqüências que também não se ignoram e que quero apenas acentuar duas: a formação de uma realidade outra, através daquela auto-reconstrução deliberada e controlada que se sobrepõe a, e prevalece sobre, realidade realmente vivida – eis a ‘realidade tornada fábula’, na expressão de Nietzsche – e a sua força determinante, pelo seu próprio caráter público (pela constituição e subsistência sem a consciente participação dos sujeitos concretos), a que as personalidades comuns, crítico-culturalmente inermes, não resistem. Daí, aliás, o paradoxo já observado: esta orientação pública irresistível tem o efeito de uma perda de orientação pessoal para os indivíduos que a sofrem (Luhmann), o que só potencia sua submissão”.

7.4. Fragmentos de “A manipulação do público” e “Propaganda e consciência popular” de Noam Chomski

De sua obra “manipulação do público” lança-se mão de uma parte final da conclusão, na qual ele trata da ordem política democrática⁵⁶: “A constante comercialização das ondas de difusão públicas deve ser vigorosamente

56 Chomski, Noam e Herman, Edward S., *A manipulação do público – política e poder econômico no uso da mídia*, Editora Futura, São Paulo 2003, publicado originalmente sob o título *Manufacturing consent* em 1988, pág. 370.

57 Chomski, Noam, *Propaganda e consciência popular*, Edusc – Editora da Universidade do Sagrado Coração, São Paulo 2003, pág. 214.

combatida. No longo prazo, uma ordem política democrática requer um controle muito mais amplo da mídia e do acesso a ela. Uma discussão séria de como isso pode ser feito e a incorporação e uma reforma fundamental da mídia a programas políticos devem ter alta prioridade em agendas progressistas”.

Em “Propaganda e Consciência Popular”, Chomski dá exemplo de ações em relação à internet que podem ter grande influência nas liberdades democráticas⁵⁷: “As megafusões, como a AOL e a Time Warner, oferecem possibilidades técnicas para assegurar que entrar na internet o levará aonde eles querem que você vá e veja o que eles querem, não o que você quer ver. Isso é muito perigoso. A Internet é uma tremenda ferramenta para informação, compreensão, organização e comunicação. Não há dúvida nenhuma que o mundo dos negócios, que recebeu esse presente público, pretende transformá-la em alguma outra coisa. Se eles forem capazes de fazer isso, será um ataque muito sério contra a liberdade e a democracia”.

8.0. O futuro da fundamental proteção da comunicação social e dos direitos da personalidade

Ainda que assim não se entendesse, precisar-se-ia considerar que a questão teve uma significativa abordagem, da lavra de Orlando de Carvalho, que enfocou a matéria, ao tratar dos direitos de personalidade de autor, trabalho apresentado no II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, realizado em Lisboa, entre 15 e 18 de Novembro de 1994⁵⁸.

-
- 58 *Carvalho, Orlando de*, Num Novo Mundo do Direito do Autor?, II Congresso Ibero-Americano de Autor e Direitos Conexos, Lisboa Novembro de 1994, Comunicação: “Os Direitos de Personalidade do Autor”, pág. 540: “Em matéria de criação pessoal, direito inato que existe e se efetiva mesmo antes de a criação se produzir (se alguém é impedido, pelos progenitores, por exemplo, de criar no plano literário ou artístico – a fobia pelo poeta, tradicional em certos meios, ou pelo bailarino, o que ainda hoje é corrente -, sofre violação a esse seu direito à criação), todos sabemos que é em vista da produção da obra que a tutela fundamentalmente se encaminha. Importa, porém, definir o que é obra para efeitos de regime jurídico.”
- 59 *Dominic, Joseph R.* “The Dynamics of Mass Communicatio, McGraw-Hill – College, sixth edition, Boston, 1999, International Edition, pág. 416: “There are many who feel that all of this selling to children isn't right. They argue that children are an unsophisticated audience and are vulnerable to the flashy, persuasive techniques of the advertising industry. Not many parents would allow a salesperson to come into the home and talk to their kids; why then should they allow TV to target their children? Secondly, they contend that advertising teaches values that are undesirable.”

Considerando a questão por outro ângulo, que não o direito do autor, veremos que também é pertinente a abordagem, já que o fundamento do ponto em tela, foi fixado por Orlando de Carvalho como matéria de *criação pessoal*, que estaria vinculada ao *direito inato*. E, é importante realçar outro aspecto significativo que está presente no exemplo referido, qual seja o de que a violação do direito se dá entre infante e progenitor.

Assim é que, tanto no que se refere às partes envolvidas, como do alcance de proteção ao direito violado, o exemplo sugerido põe em causa uma abrangência muito grande de considerações, seja no que concerne ao aspecto moral do direito, como da análise legal das disposições que envolvem a matéria.

8.1. Direito da comunicação e influência no livre desenvolvimento da personalidade

Um dos problemas envolvendo o direito da comunicação, aqui considerado de forma abrangente, é o da propaganda; tanto no que concerne ao “jovem” (criança, adolescente), enquanto alvo mas, também, na utilização indevida de pessoas dessa faixa etária, como objeto, veículo e agentes dos interesses da propaganda e do marketing.

Apenas para ilustrar o que se vem de afirmar, ou seja, de que “jovens” não apenas são os destinatários da propaganda comercial, mas também se prestam a outros papéis, trazemos à consideração o fato de que as “agências publicitárias” constataram que os “jovens” têm se tornado importante peso nas decisões de compras das famílias.

E, segundo se percebe a influência dos “jovens” não se refere apenas às decisões concernentes à compra de brinquedos, alimentos, restaurantes, e outros bens menores, vez que companhias como a GM têm direcionado sua propaganda comercial para esse segmento da população.

Os exemplos que podem ser aportados são muitos, desde, a constatação que “jovens” de uma determinada idade têm a tendência psicológica de colecionar objetos e a utilização desse conhecimento para vender produtos que incluem pequenas peças de coleção até oferecimentos de máquinas de fabricação de produtos – tênis - para escolas ou, ainda, a

montagem de operações comerciais modelo em escolas, alegadamente, para demonstrar de forma "didática" a operacionalidade do empreendimento⁵⁹.

8.2. Resposta institucional "cerceadora" do direito da comunicação

Como reação a questões da ordem que exemplificamos supra e outras que são tidas como excessivamente prejudiciais à formação do jovem, o Estado Americano fez passar uma legislação que objetivou regulamentar e disciplinar toda a matéria, que recebeu a designação de "*Telecommunications Act of 1996*". Trata-se de um conjunto extenso de disciplinamentos, que não importa aqui detalhar nesse momento, mas que trouxe em seu bojo o polêmico "*V. Chip*".

Como a denominação indica "chip" trata-se mesmo do nosso conhecido artefato, maravilha cada vez mais aperfeiçoada da indústria eletrônica; o "v" integrou o conceito com o significado de "violência" (incluído aí, também, sexo, drogas, diálogos fortes, etc.). O chip que deve integrar os aparelhos de televisão, possibilitarão que os pais controlem o acesso que os filhos terão através dos meios de comunicação, especialmente da televisão.

Assim dito, como "resposta americana", parece que a problemática resta compartimentada, o que não é o caso; do mesmo modo como os "meios" tais "avanços", possuem idênticas características de disseminação e acabarão por se projetarem de forma globalizada.

Considerando que cada vez mais a educação⁶⁰, assim como todo o conjunto de saberes, será transmitido diretamente para os lares, o controle de acesso às informações será feito pelos pais ou responsáveis; controle

60 Bourdieu, Pierre, Passeron, Jean Claude, A reprodução, Livraria Francisco Alves Editora, Rio de Janeiro 1975, pág. 14: "Se 'não existe ciência senão do que é oculto', compreende-se que a sociologia tenha muito a ver com as forças históricas que, a cada época, constroem a verdade das relações de força a se revelar, nem que seja pelo fato de obriga-las a se ocultarem cada vez mais".

61 Andrade, José Carlos Vieira de, op.cit. pág. 280: "Acrecece que a construção dogmática da figura dos <<limites imanentes>> não é, em si, dispensável: desde logo, porque não podem ignorar-se os limites expressos no próprio texto da Constituição; depois, na medida em que tais limites não de ser reconhecidos, a partir do processo de ponderação, pelo menos como limites constitucionais a posteriori, quando, numa situação concreta, as circunstâncias permitem formular uma regra cuja hipótese seja constituída por essas mesmas circunstâncias".

este que já terá a orientação dos interessados e detentores dos “meios”, de forma que é de questionar-se a respeito da efetividade das disposições legais que protegem o livre desenvolvimento da personalidade.

9. À guisa de síntese

Como se vê, não há negar que o fluxo liberalizado da informação está diretamente ligado ao livre desenvolvimento da personalidade. Estes valores que são objeto de sentida proteção constitucional, de dimensão “individual e coletiva” terão que se acomodar no futuro às limitações óbvias a que estão sujeitos os direitos fundamentais em confronto⁶¹.

É notória a preocupação, não sem razão⁶², de que a circulação da informação, seu direcionamento e controle podem, em grande medida interferir com o livre desenvolvimento da personalidade.

- 62 *Comparato, Fábio Konder, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, Editora Saraiva, São Paulo 2001, pág. 312: “O advento dos meios de comunicação de massa – primeiro os veículos impressos, em seguida o rádio, o cinema e a televisão -, agora interligados numa rede telemática mundial com base em transmissão por via de satélites, tornou obsoleta a antiga liberdade individual de expressão. Salvo caso excepcional da rede Internet, a comunicação de massa é explorada e dominada pelo Estado ou por organizações empresariais, que moldam em grande parte a opinião pública no mundo todo”. Ver nota 58, a respeito desse mesmo assunto.*
- 63 *Karl-Peter Sommermann, El Desarrollo de los Derechos Humanos desde la Declaración Universal de 1948, in Derechos Humanos Y Constitucionalismo Ante El Tercer Milenio, Coordinador Antonio-Enrique Pérez Luño, Ediciones jurídicas Marcial-Pons, Madrid, 1996. Pág. 111: “Cuarenta y seis años después de la proclamación de la Declaración Universal de Derechos humanos, aún subsisten importantes déficits en lo que se refiere a la aplicación de los mismos, pese a su reproducción y desarrollo en numerosos tratados y documentos. Los órganos de control instituidos carecen, en general, de la facultad de dictaminar las vulneraciones de los derechos humanos en forma jurídicamente vinculante (una importante excepción: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Muchos Estados, que han suscrito los tratados sobre derechos humanos, no aceptan aún, sin embargo, los procedimientos de reclamación individual, cuya importancia es vital para el ciudadano. Un prometedor primer paso hacia el perfeccionamiento del tradicional sistema de protección, basado en la represión ex post facto (esclarecimiento y sanción de hechos ya consumados), a través de controles preventivos, lo representa la Convención Europea contra la tortura, que prevé, entre otras cosas, inspecciones ex officio de los lugares de detención. Por lo demás, la creación de nuevos convénios sobre derechos humanos, que vienen a superponerse a los tratados universales y regionales ya existentes, conduce a una complejidad inabarcable incluso para los expertos, que, con frecuencia, disuadirá de presentar ses reclamaciones a los individuos necesitados de protección”.*

Verifica-se um descompasso ou defasagem entre a evolução tecnológica, que tem levado o homem a um torvelinho de informações, e a realização de direitos fundamentais de há muito esperados⁶³.

Por outro lado, vive-se e trilha-se em um caminho de pavimento moedeição, no que se refere à teoria constitucional, como parece sugerir Canotilho⁶⁴, opinião que, também, de certa forma é partilhada por Sarlet⁶⁵ e que Jorge Miranda, de igual modo, tampouco dissente⁶⁶.

Oportuno aqui salientar, ainda que, “de passagem” o entendimento de Mota Pinto⁶⁷, quanto à subjetividade civilística do direito de personalidade;

-
- 64 Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Coimbra 2001, pág. XXIII e seguintes, da qual destaca-se excerto da Pág. XXIV: “Residiria mesmo aqui um dos paradoxos fundamentais do discurso constitucional: sobrepõe o discurso jurídico-constitucional aos discursos reais emergentes que transportam ou servem de gramáticas específicas, de códigos e programas informados por racionalidades próprias dos mundos parciais (economia, telecomunicação, informática)”.
- 65 Sarlet, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Editora Livraria do Advogado, 3.ª Edição, Porto Alegre 2003, pág. 397: “Por outro lado, guiou-nos a firme convicção – e esperamos tê-lo demonstrado ao leitor – de que a necessidade de se tomar a sério os direitos fundamentais (como já preconizava Dworkin) não logrará êxito desconsiderando-se, no âmbito de uma perspectiva dogmático-jurídica (e nas demais perspectivas de abordagem dos direitos fundamentais) a importância crucial de uma teoria geral dos direitos fundamentais, no qual o problema da eficácia é o ponto culminante. Levamos a sério os direitos fundamentais significa, portanto, estarmos cientes de sua posição e significado na arquitetura constitucional.
- 66 Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Editora Coimbra, 5.ª Edição, Coimbra 2002, pág. 86: “Não é por acaso que as novas Constituições e as Constituições compromissórias somente logram garantir direitos individuais e institucionais sem fracturas e modelar o futuro comunitário sem rupturas, se satisfazem três requisitos primordiais: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais do homem, do cidadão, do trabalhador, e de grupos em que se inserem, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e de regulamentação; b) abertura, nos limites da sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos aos sucessivos modos de concretização inerentes às manifestações da vontade política constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos, procedimentais e processuais, de garantia das normas constitucionais.
- 67 Pinto, Paulo Cardoso Correia da Mota, *op. cit.* pág. 245: “O direito geral de personalidade permanece, todavia, um direito civilístico, enquanto direito que ‘tem o seu lugar no direito civil’ e que não deve na sua aplicação ser ‘sobrecarregado com considerações jurídico-constitucionais’”.
- 68 Canotilho, J.J. Gomes, *Constituição Direitos Fundamentais e Direitos Privados – “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”*, Organizador Ingo Wolfgang Sarlet, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre 2003, pág. 339 e segs.

com o que se afigura não estar, plenamente de acordo Gomes Canotilho⁶⁸, a favor de uma estrutura mais “forte” em termos de vinculatividade jurídica.

Nesse andar de considerações a respeito dos direitos fundamentais, verifica-se que a realidade impõe-se, avançando com suas manifestações na vida e nos direitos e liberdade dos cidadãos; a revista National Geographic, em recente publicação, trouxe reportagem que surpreende pelo grau de vigilância e ausência de privacidade a que as pessoas estão sendo submetidas⁶⁹.

E, o que é mais surpreendente, talvez fruto de um concatenado processo de engenharia informacional (evolucionária – acidental – programada, não importa), é a constatação de que há uma aceitação por parte da população em relação à vigilância⁷⁰; e há pessoas que se “divertem” com a invasão da privacidade (suas e) dos outros⁷¹.

Caso semelhante é o dos “Reality Shows” que se tornaram programações de grande sucesso em muitos países e que aflorou questionamentos que medeiam entre a censura ético-jurídica dos “big-brothers” e a liberdade de programação⁷².

Sem dúvida, do estrito ponto de vista da ordem legal vigente, mesmo tendo em conta a “nova” ordem comunitária e a crescente internacionalização

69 Revista National Geographic, Novembro de 2003, Texto de David Shenk: “O futuro já chegou: para onde quer que vá, há câmeras que podem seguir, o telemóvel pode indicar o local exato onde se encontra um simples olhar pode revelar com precisão a sua identidade. Dentro de pouco tempo, uma máquina de varrimento ótico poderá examinar-lhe os olhos para que um computador revele a sua identidade... Um instrumento novo e semelhante de software comercial, denominado Coplink, recorre a algoritmos de inteligência artificial para fazer buscas na Internet e em base de dados confidenciais sobre crimes, ajudando as entidades responsáveis pela aplicação da lei a interligar todos os pontos de uma investigação complexa”

70 Revista National Geographic, pg. 16.

71 Revista National Geographic, pg. 07.

72 Canotilho, J.J.Gomes e Machado, Jónatas E. M., Reality Shows e Liberdade de Programação, Coimbra Editora, Coleção Argumentum, Coimbra 2003, Trata-se como se vê da nota de abertura do trabalho, de um parecer que foi solicitado pela Alta Autoridade da Comunicação Social, e cuja última nota conclusiva, entendemos por citar (pág. 110): “nunca uma qualquer teoria dos limites aos direitos fundamentais poderá legitimar que programas de entretenimento sirvam de pretexto para a imposição de um “Big Brother” estatal ou “auto-regulativo” a olhar com os lápis e as lupas da censura sobre a “realidade real televisiva”.

73 Canotilho, J.J.Gomes e Machado, Jónatas E. M, op.cit.

(globalização) dos direitos humanos, nenhum reparo há de ser feito quanto ao abalizado entendimento projetado pelos Professores Canotilho e Machado⁷³.

Não se pode, por outro lado, desprezar o olhar incrédulo e ácido, contudo, carregado de argumentos e de convencimento que Eduardo Faria lançou em seu artigo para a "Revista do Advogado de São Paulo", no qual põe em questão o futuro da democracia e da política⁷⁴.

O tempo, certamente, haverá de indicar se os direitos e garantias individuais (direitos humanos) acabarão, de um modo ou de outro, por prevalecer na futura sociedade que está a se desenhar e para a qual a Comunidade Européia muito tem contribuído.

10. Conclusão

O trabalho que aqui se apresenta é investigatório e está recém em seu início, como se vê da incompletude dos argumentos e por sua provisoriedade no que se refere à sua forma e estrutura organizacional.

De qualquer modo, é possível extrair desse conjunto de elementos, aqui carreados, que há muito a ser feito para a integral "realização" dos direitos fundamentais e, sem dúvida alguma, os "direitos da comunicação e personalidade" estarão por algum tempo no centro das controvérsias.

74 Faria, José Eduardo, Informação e Democracia, *Revista do Advogado Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 69, Maio de 2003., pág. 11: "Neste último caso, afinal, como decisões sobre câmbio, juros, tarifas e preços de bens e serviços são crescentemente condicionadas de fora para dentro pelos conglomerados econômicos e instituições financeiras, que exigem a aceitação de seus valores e de sua racionalidade em troca de investimentos geradores de emprego e receita tributária, os governos já não podem perder tempo em consultas ao Poder legislativo ou, então, ficar na dependência de sentenças de um Poder Judiciário excessivamente ritualizado e, muitas vezes, imprevisível".

10. Referências bibliográficas

- Andrade, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Editora Almedina, 2.ª Edição, Coimbra 2001.
- Bourdieu, Pierre – Passeron, Jean Claude, *A Reprodução*, Livraria Francisco Alves Editora S.A; Rio de Janeiro 1975.
- Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 13.ª Edição, São Paulo 2003.
- Campos, Diogo Leite de, *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra 2004.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Editora Almedina, Coimbra 2003.
- Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª Edição, Editora Almedina, Coimbra 2002.
- *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Coimbra 2001
 - e, Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra Editora 2003.
- Carvalho, Orlando, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Textos Vértice, Edição do Autor, Coimbra 1973.
- *Teoria Geral do Direito Civil – Sumário desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981.
 - *Num Novo Mundo do Direito de Autor ?*, II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos, Lisboa 15/18 de Novembro de 1994, Edições Cosmos.
- Chomski, Noan, Herman, Edward S. *Manipulação do Público*, Editora Futura, São Paulo 2003.

- *Propaganda e Consciência Polular*, Editora da Universidade do Sagrado Coração, Bauru-S.P. 2003.
- Comparato, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Editora Saraiva, São Paulo 2001.
- Correia, Luis Brito, *Direito da Comunicação Social*, Vol. I, Editora Almedina, Coimbra 2000.
- Dominick, Joseph R., *The Dynamics of Mass Communication*, McGraw-Hill, International Edition, Boston 1999.
- Ellul, Jacques, *Propaganda, The formation of men's Attitudes*, Vintage Books, N.Y. 1973.
- Faria, José Eduardo, *Informação e Democracia*, Revista do Advogado Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 69, Maio de 2003.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, Editora Saraiva, São Paulo 2003.
- Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 1998.
- Luño, Antonio-Enrique Pérez (Coordenador), *Monografías Jurídicas, Dechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*, Ediciones Marcial Pons, Madrid 1996.
- McLuhan, Marshall, *Teoria da Cultura de Massa, "Visão, Som e Fúria"* Editora Paz e Terra, Coordenador Luiz Costa Lima, Rio de Janeiro 1982.
- Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV Direitos Fundamentais* Coimbra Editora, 3.^a Edição, Coimbra 2000.
- Neves, Castanheira A., *Estudos de Direito da Comunicação*, Instituto Jurídico da Comunicação, Gráfica de Coimbra, Coimbra 2002.
- Pinto, Paulo Mota, Portugal-Brasil Ano 2000, *O direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*.

- *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues – II, A Limitação Voluntária do Direito À Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada.*
 - *Direitos da Personalidade, Apontamentos de aulas e exames do Prof. Doutor Orlando de Carvalho.*
 - *O Homem e o Tempo, Para uma Teoria da Pessoa Humana, Coimbra 1999.*
 - *Escritos, Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau, BFD 76, 2002.*
 - *Anteprojeto Para a Localização do Código Civil em Macau na Parte Relativa aos Direitos da Personalidade, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 488, Lisboa 2000.*
- Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre 2003.
- *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Sarlet, Ingo Wolfgang – organizador, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre 2003.
- Silva, José Afonso, *Poder Constituinte e Poder Popular*, Malheiros Editores, São Paulo 2002.
- *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 22.ª Edição, São Paulo 2003.
- Souza, Rabindranath V. A. Capelo de *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra 1995.
- Schmitt, Carl *Teoria de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid 2001.

* Este trabalho, com pequenas correções foi, originariamente, apresentado à disciplina "Direito da Personalidade", prelecionada pelo Professor Paulo Mota Pinto - 13.º Curso de Direito da Comunicação - Coimbra, Julho de 2004.

Da inexistência de responsabilidade civil do particular por empréstimo de veículo a pessoa habilitada.

Gamaliel Seme Scaff*

A presente reflexão tem por escopo demonstrar o equívoco terrível a que nós Juízes nos submetemos ao imputarmos co-responsabilidade ao proprietário de um veículo a reparar danos materiais e até morais, resultantes de acidente quanto utilizado por terceiro mesmo na hipótese de mero empréstimo a título gratuito a pessoa habilitada para conduzir veículos automotores.

A jurisprudência pátria tem aplicado o conceito costumeiro de que a responsabilidade do proprietário que empresta seu veículo decorreria do fato tão-só de esse veículo se prestar como instrumento a causar dano a terceiro, bem como por culpa *in vigilando* ou *in eligendo*¹.

* Juiz de Direito Substituto em 2º Grau-TJPR, ex-Professor da Escola da Magistratura em Curitiba e pós-graduando em Política Judiciária e Administração da Justiça.

- 1 Apenas no que interessa: CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – TRÁFEGO PELA CONTRAMÃO – IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA – PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO – CULPA IN VIGILANDO CARACTERIZADA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – A obrigação de indenizar assenta-se na demonstração da conduta culposa do agente, da existência do dano efetivo e do nexo de causalidade entre o ato e o resultado lesivo. O proprietário do veículo tem capacidade para figurar no pólo passivo da demanda em caso de acidente de trânsito causado por terceiro na condução do aludido veículo, sob o fundamento da culpa *in vigilando*, caracterizada pela falta de cuidados por parte do proprietário em relação aos seus bens. (TAMG – AP 0371804-9 – (70181) – São Gotardo – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Maurício Barros – J. 09.04.2003)
- RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANO MATERIAL E MORAL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO – REJEIÇÃO – PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM O CONDUTOR DO AUTOMÓVEL – MÉRITO – Contramão de direção invadida pelo veículo dos apelantes, durante ultrapassagem – Imprudência caracterizada – Ato ilícito – Dever de indenizar – Dano moral arbitrado com moderação, atentando-se para as peculiaridades do caso – Morte precoce, abrupta e violenta do marido e pai dos autores – Capacidade financeira dos réus – Sentença mantida. (TJRR – AC 101/00 – T.Cív. – Rel. Des. Ricardo Oliveira – DPJ 23.01.2003 – p. 3/4)
- EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ACIDENTE

Todavia, a meu sentir, essa interpretação encerra um grave equívoco, pois desconsidera os reais limites da responsabilidade individual estabelecidos na Constituição Federal, ao mesmo tempo em que procura transferir ao particular, apenas pelo fato da propriedade de um veículo, o ônus da culpa pelo mau exercício da cidadania por parte de outro indivíduo que o Estado declarou apto à condução de um automóvel, sob o absurdo argumento de que o proprietário teria escolhido mal a quem o confiar, todavia, deixando de fazer o intransponível questionamento anterior acerca da possibilidade de o Estado ter habilitado quem em verdade não tinha condições de receber tal credenciamento.

Seria o mesmo que, pela morte de um paciente durante uma cirurgia por culpa do médico pela inábil utilização de um bisturi de alto valor e tecnologia tomado emprestado, mesmo estando flagrante a percepção do despreparo para o exercício da profissão, se buscasse responsabilizar também o proprietário do bisturi por culpa *in eligendo*.

Esse exemplo tosco bem se presta a demonstrar o que aqui se pretende, pois o equívoco não diverge.

Da prerrogativa exclusiva do Estado em habilitar cidadãos à condução de veículos.

O Código de Trânsito Brasileiro no art. 140 dispõe que a habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico, será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos *do Estado ou do Distrito Federal*.

A par dessa exclusividade de concessão de habilitação mediante exame aplicados por esses órgãos estatais, o condutor deverá preencher os seguintes requisitos que vale a pena destacar:

- I – ser penalmente imputável;
- II – saber ler e escrever;
- III – possuir Carteira de Identidade ou equivalente.

AUTOMOBILÍSTICO – CULPA IN VIGILANDO – RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA – O responsável pelo veículo é, em regra, o seu proprietário; assim haverá contra ele uma presunção de responsabilidade pelos danos que este causar a terceiros, só podendo exonerar-se dessa responsabilidade se demonstrar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, pois só assim desaparecerá o nexo de causalidade entre o fato da coisa e o dano causado. (TAMG – El 0342469-5/01 – (65213) – Belo Horizonte – 6º C.Cív. – Relª Juíza Beatriz Pinheiro Caires – J. 21.03.2002)

Portanto, percebe-se a preocupação do legislador em habilitar cidadãos que estejam no pleno uso de suas faculdades mentais, sejam alfabetizadas e possam ser identificadas.

Em suma, podemos dizer que, de uma pessoa habilitada pelo Estado, se presume ter sido dada como apta, capacitada e responsável para conduzir um veículo automotor porquanto é o próprio Estado quem o está afirmando na condição de único ente autorizado por lei a emitir tal declaração.

A carteira de habilitação é sinônimo dessa presunção.

A lei penal e civil prestigiam a responsabilização individual do agente que vem a causar dano a outrem (art. 927 do CCB/02), certo ainda que a Constituição Federal *veda* expressamente, no inciso XLV do art. 5º que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, que a pena passe da pessoa do condenado, fazendo vinculação direta ao limite do patrimônio desse condenado como forma de reparação do dano.

É óbvio que o dispositivo, no que diz respeito à *mens legislatoris*, teve em mira mais a questão penal, a sanção prisional prevista que fica indubiosamente restrita à pessoa do agente do ilícito. Todavia, a *mens legis* não pode ignorar o tremendo alcance da norma quando ao fazer referência ao dano a ser reparado — aqui, portanto, já na repercussão civil da responsabilidade —, traz à mente a mesma idéia de que, por um dano causado por um cidadão, outro não poderá ser chamado a responder, salvo nos casos expressos em lei, até porque também é princípio Constitucional do mesmo capítulo citado que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inc. II).

Em síntese, se o Estado afirmou em dado momento que determinado cidadão está habilitado a conduzir veículo automotor, isto significa que ninguém poderá desautorizá-lo com o intento de proibir que exerça o direito de conduzir veículo porque o Estado o disse certo que *EIUS EST VETARE CUIUS EST PERMITTERE* ou no vernáculo: *Pode proibir, quem pode permitir.*

Crítica à tese da co-responsabilidade por culpa *in eligendo*.

O conceito clássico de culpa *in eligendo* diz haver atribuição de responsabilidade “a quem escolheu mau” — *male electio* — a quem praticou o ato².

Esse conceito deveria prestar-se aos casos de subordinação ou posição, quando a escolha de quem deva praticar determinado ato, por certo

2 Orlando Gomes, *Obrigações, Forense*, 2ª ed., 1968, pág. 322.

modo, depender da participação de outrem; todavia, estender tal conceito às hipóteses de danos causados por veículos conduzidos por pessoa habilitada pelo Estado, pelo simples fato da propriedade, mormente naqueles casos em que tanto o condutor quanto o dono do automóvel demonstram possuir uma mesma capacidade patrimonial, parece inaceitável.³

A escolha de quem deva conduzir um veículo automotor já foi feita pelo Estado...não admitindo concorrência.

Data venia, nada mais contraditório dentro do nosso sistema de normas, até porque, ao fazê-lo, o Judiciário está a dar um reconhecimento tácito de que o Estado não é confiável ao habilitar cidadãos para a condução de veículos.

Portanto, tal fundamento, por si só, a meu ver, não se mostra suficiente à co-responsabilização do proprietário do veículo envolvido em acidente por condutor habilitado.

Crítica à tese da co-responsabilidade por culpa *in vigilando*.

“Há *culpa in vigilando* quando a responsabilidade é imputada a quem é obrigado a vigiar a conduta de outrem. Presume-se culpado aquele que se descuidou da vigilância que deve manter. Trata-se de presunção *juris tantum*, dado que o imputado se exonera da responsabilidade se prova que lhe teria sido impossível evitar o fato danoso.”⁴

Em se tratando de uma pessoa habilitada pelo Estado, salta aos olhos que no que diz respeito a sua capacitação reconhecida, não há o que conferir, não há o que vigiar, pois seria impensável tal enfoque, além de absurdo.

Pensem então que talvez o proprietário que empresta o veículo devesse “vigiar” a forma de condução do cidadão que lhe toma o carro emprestado. Todavia, novamente caímos na concorrência com o Estado no tocante à condição que foi reconhecida àquele que toma o veículo por empréstimo, pois não podemos desautorizá-lo, desabilitá-lo. Também não podemos “vigia-lo” a pretexto de *conferir* sua habilidade para dirigir veículo,

3 Evidente que não se está ressaltando a conduta de um proprietário que, irrefletidamente entrega seu veículo a uma pessoa que apesar de habilitada, está naquele momento, em estado de embriaguês ou sob influência de outras substâncias tóxicas ou ainda de comportamento notoriamente irresponsável ou sem a menor condição econômica de responder por eventuais prejuízos que possa causar a terceiros.

4 Orlando Gomes, ob.cit., pág. 322.

pois foi dado pelo Estado como pessoa capaz de conduzir um veículo porque conhecedor das técnicas de condução, assim como da legislação do trânsito.

Em suma, não se vê como se poderia responsabilizar um proprietário de veículo tão-só pelo fato da propriedade do bem, com base na culpa *in vigilando*, como costumeiramente vemos em inúmeros julgados em casos de danos por acidente automobilístico.

Da inexistência de co-responsabilidade do proprietário na ausência de vínculo psicológico com o agente ou ainda um dolo eventual

A co-responsabilidade não se opera quando o proprietário do veículo não guardou vínculo psicológico com a ação perpetrada pelo condutor.

De fato, se o condutor não era preposto do proprietário, nem era menor de idade (em face do que decorresse inclusive a co-autoria penal), não era incapaz e era habilitado pelo organismo de trânsito competente, penso que a responsabilidade do proprietário do veículo não pode decorrer do simples fato de possuir a coisa, até porque tal consideração importaria em deduzir autêntica *responsabilidade objetiva*, o que nem é aceito em nosso sistema.

Se não é aplicável ao caso a responsabilidade objetiva, ela só poderá surgir mediante a demonstração da culpa *lato sensu*, aliás dentro do que já dispunha o art. 159 (atual art. 927) do CCB.

Nessa hipótese, tendo sido o condutor do veículo causador dos danos precisamente identificado pela autoridade de trânsito, sendo cidadão apto a responder criminal, civil e patrimonialmente por seu ato (que não pode passar de sua pessoa), a co-responsabilidade só terá lugar se ficar estabelecido o necessário *nexo psicológico* entre a conduta de um e o querer de outro.

Assim é no direito penal, e tenho que outra porta não existe que permita a responsabilização do proprietário de um veículo que não tenha participado diretamente de um fato delituoso de tal ordem.

Nesse sentido a jurisprudência citada por GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO e DORIVAL RIBEIRO, *in Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito*, Saraiva, 3ª ed., 1987, pág. 593:

“DELITOS DO AUTOMÓVEL. CO-AUTORIA. PARTICIPAÇÃO: para a responsabilização penal de partícipe em crime culposos duas condições devem ser necessariamente satisfeitas: a prova da culpa do autor direto do

fato típico e existência de nexó psicológico ligando as condutas de ambos (Ap. 306.877, 5ª Câm. do TACrimSP, 1983, Rel. Ercílio Sampaio)”.

“CO-AUTORIA. CRIME CULPOSO: admite-se, em tese, co-autoria em delito culposo, pressupondo-se, contudo, a ciência de se estar participando, ou pelo menos colaborando, para a ação de que decorre o evento (Ap. 338.243, 8ª Câm. do TACrimSP, 1984, Rel. Jarbas Mazzoni).”

Nesse mesmo sentido incide o **Código de Trânsito Brasileiro** (Lei nº 9.503/97), ao dispor em seu artigo 257 e §§ 1º a 3º:

“**Art. 257.** As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionadas neste Código.

§1º Aos proprietários e condutores de veículos serão impostas concomitantemente as penalidades de que trata este Código toda vez que houver responsabilidade solidária em infração dos preceitos que lhes couber observar, **respondendo cada um de per si pela falta em comum que lhes for atribuída.**

§2º Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar.

§3º **Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo.**”

(grifei)

É evidente, pois, considerar que a atual legislação também afastou a responsabilidade objetiva desse contexto, atribuindo a cada qual, de *per si*, as faltas que lhe forem comuns segundo a participação de um e de outro, esclarecendo no §3º que é ao condutor a quem caberá a responsabilidade pelos “...*atos praticados na direção do veículo*”.

Não, se houvesse identificado o condutor do automóvel, sem dúvida que então, o proprietário deveria responder.

Contudo não sendo esse o caso, não pode o cidadão que faz mero empréstimo de veículo para fins de trabalho ou qualquer outra atividade

lícita, a pessoa maior e habilitada, responder por ato imerso em *dolo eventual* sem que se demonstre o necessário *nexo psicológico* entre os ambos .

Inexistindo esse *liame psicológico*, não vislumbro possibilidade de alcançar o proprietário do veículo com a co-responsabilidade por ato insólito perpetrado pelo condutor.

Aliás, o Estado não pode furtar-se ao dever de habilitar pessoas realmente responsáveis, sendo sua obrigação proteger a sociedade daqueles que não possuem responsabilidade ou habilidade técnica para dirigir mas o fazem com sua autorização legal. Tal responsabilidade não pode ser transferida pelo judiciário ao cidadão.

Em resumo, o mesmo raciocínio que é feito no direito penal em relação ao fabricante da arma utilizada para a consecução de um crime deve ser feito também no direito civil em relação ao proprietário de um veículo envolvido em acidente perpetrado por condutor habilitado a quem cedera o automotor por empréstimo.

Conclusão

Há anos, a mídia divulgou propaganda institucional sob o bordão: “Não faça do seu carro uma arma. A vítima pode ser você!”.

Segundo a presente proposta, o Juiz, ao decidir casos de reparação de danos por acidente envolvendo veículo conduzido por pessoa diversa e estranha ao proprietário, deve atentar para não cometer injustiça.

Bom referencial será fazer, em relação ao carro, o mesmo raciocínio que se faz em relação ao empréstimo de arma de fogo, de modo a não fazer do proprietário vítima de um julgamento precipitado pelo simples fato da propriedade da coisa.

Não se pode atribuir co-responsabilidade a um proprietário de veículo pelos danos que outro condutor, pessoa capaz e habilitada, venha a gerar a terceiros tão-só pelo fato de o veículo lhe pertencer, muito menos a pretexto da existência de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, sem que seja demonstrada a existência de *nexo psicológico* entre os agentes ou de modo a inserir a conduta no *dolo eventual* pela notória irresponsabilidade daquele a quem cedeu o automotor.



Alguns Aspectos da Informação, Intimidade e Discriminação Genética no Âmbito Jurídico Internacional

Denise Hammerschmidt*

Sumário: 1. Introdução; 2. Dados genéticos humanos: Características singulares; 3. Informação genética; 4. Intimidade genética; 4.1 Aspecto subjetivo do direito à intimidade genética: autodeterminação informativa; 5. Discriminação genética; 5.1 Discriminação genética no âmbito trabalhista; 5.2 Discriminação genética no setor de seguros; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chaves: Dados genéticos humanos – Informação genética – Intimidade genética – Discriminação genética.

1. INTRODUÇÃO

O homem é um ser em constante evolução, e mantém com seu tempo e com a sociedade por ele criada uma contínua dialética, em que se manifesta simultaneamente como promotor e receptor de mudanças, o que gera uma contínua situação de adaptação¹. O reconhecimento dos direitos fundamentais é reflexo da evolução do ser humano e dos logros sociais que com o progresso ele tem alcançado. A expressão “gerações de direitos” e a tríplice graduação que em função dela se estabelece para evidenciar a evolução que ele tem experimentado constituem o reconhecimento dos direitos fundamentais no desenrolar dos tempos².

Não se pode esquecer que, o contexto em que se exercitam os direitos humanos é o de uma sociedade em que a informática tem desenvolvido um signo emblemático na cultura, de tal importância que alude reiteradamente a expressões como “sociedade informatizada” ou “sociedade de informação”³. A

* *Mestranda em Direito Penal Supra-Individual pela Universidade Estadual de Maringá – Paraná; Pós-graduada pela Universidade de Castilla-La Mancha em Proteção Jurídica do Meio Ambiente, Flora e Fauna, Ordenação do Território e Patrimônio Histórico; Pós-graduada pela Cátedra de Bioética e Biojurídica da UNESCO e Juíza de Direito do Estado do Paraná.*

1 DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad “versus” interés público. *Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p.19.*
2 *Idem, op.cit., p.19-20.*

vida individual e social corre o risco de encontrar-se com o que se tem considerado "juízo universal permanente". Trata-se do fato de que toda pessoa que tenha sido registrada em um banco de dados encontra-se exposta a uma vigilância contínua e inadvertida, que a prejudica potencialmente. Inclusive vigiam-se as características mais sensíveis de sua vida privada, as quais, em épocas anteriores, ficavam fora deste controle, por sua variedade e multiplicidade⁴.

De igual forma, as novas tecnologias têm contribuído decisivamente para se possibilitar um conhecimento mais radical do próprio ser humano⁵, pois durante milênios o homem tem sido um desconhecido para si mesmo. Nos últimos anos, os avanços da engenharia genética e da biotecnologia têm permitido transladar o conhecimento sobre a vida humana da incerteza e penumbra das elucubrações para a seguridade dos dados científicos. Os estudos sobre o genoma humano e a conseqüente revelação do mapa genético de nossa espécie constituem um novo marco de referência para o estudo e a própria tutela dos direitos humanos⁶.

Nessa dinâmica de inovação-adaptação, encontra-se a relação entre a engenharia genética e as novas tecnologias, não obstante as vantagens que a informação genética oferece para a cura das enfermidades; vantagens que, por outro lado, podem ser fonte de agressões e vulnerações aos direitos e liberdades fundamentais⁷. As possibilidades e os riscos que comportam as análises genéticas são objeto de constante discussão, por isso o presente estudo tratará de aproximar-se dessa realidade, centrando-se nas implicações para o direito à intimidade que derivam da informação genética.

3 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. "El derecho a la intimidad en el ámbito de la Biomedicina", p. 281. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.). *Biología, Derecho y Dignidad Humano. Biblioteca del derecho y ciencias de la vida n.18*, Granada: Editorial Comares, 2003.

4 *Idem, Ibidem.*

5 *Idem, op. cit., p.282.*

6 *Idem, op. cit., p.283.*

7 *Sobre o conflito entre a biotecnología e os direitos fundamentais*, vide: MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1987, p.120-129; GAFO, J. "Problemas éticos del Proyecto Genoma Humano". In: GAFO, J. (Ed.) *Ética y Biotecnología*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1993, p.204 y ss; ROCA TRÍAS, E., "La función del Derecho para la protección de la persona ante la Biomedicina y la Biotecnología". In: ROMEO CASABONA, C.M (Coord.) *Derecho Biomédico y Bioética*, Granada: Comares, 1998, p.165 y ss; CLOTET, J. "Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina". In: BERGEL, Salvador Darío; CANTU, José María (coords). *Bioética y Genética*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000, p.89 y ss; MARÍN, Enrique. "La genética y la Filosofía de los Derechos Humanos", p.75-82.

Deste modo, o presente estudo parte da definição de dados genéticos, de acordo com a recente normativa da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), e aborda as características e o alcance da informação genética. Em seqüência, refere-se à intimidade genética, seu conceito e suas dimensões como princípio de direito; e, embora o princípio da intimidade genética tenha outras dimensões, é apresentada somente em sua dimensão subjetiva, vale dizer, o direito à autodeterminação informativa. Nessa dimensão subjetiva, em que pese as múltiplas possibilidades de conflitos com terceiros, inclusive com respeito ao direito à confidencialidade, somente se fará referência à hipótese dos descobrimentos inesperados.

In: BORRILLO, Daniel (ed.). *Genes en el Estrado*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1996; VIDELA, Mirta. *Los Derechos Humanos en la Bioética*. Nacer, Vivir, Enfermar y Morir. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p.88-90; CASADO, Maria. "La Bioética", p.40. In: CASADO, Maria (ed.) *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1996; "Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética", p.113-135. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (coord.). *Derecho biomédico y bioética. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, n.1*, Granada: Editorial Comares, 1998; OSSET HERNÁNDEZ, Miquel. *Ingeniería genética y derechos humanos*. Barcelona: Icaria editorial, 2000; CLOTET, Joaquín. "Posición ética ante el progreso de la genética en el convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina". In: BERGEL, Salvador Darío; CANTU, José María (coords). *Bioética y Genética*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000; BERGEL, Salvador Darío. "Derechos Humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.9, jul./dez., 1998, p.37-58; LENOIR, Noëlle. "UNESCO's Universal Declaration on the human genome and human rights". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Universidad de Deusto, n.9, jul./dez., 1998, p.119; KIRBY, Michael. "Proyecto Genoma Humano y su desafío a la Sociedad". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.5, jul./dez., 1996, p.77; FALCÃO De OLIVEIRA, Guilherme Freire. "Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma (Parte I)". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.6, jan./jun., 1997, p.53; FALCÃO De OLIVEIRA, Guilherme Freire. "Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma (Parte II)". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dez., 1997, p.61-104; FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. "El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dez., 1997, p.105-120; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. "El Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano de la UNESCO". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dez., 1997, p.121-130; GROS ESPIELL, Héctor. "El Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana de la UNESCO". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dez., 1997, p.131-160; QUINTANA, Octavi. "El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: un Convenio de consenso". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dez., 1997, p.165-172.

Ademais, menciona-se apenas o risco de discriminação genética em relação com os demais riscos em que a informação genética resulta para os direitos das pessoas; e, em relação à discriminação genética, o trabalho se restringe ao concernente à discriminação no âmbito trabalhista e no setor de seguros.

2. DADOS GENÉTICOS HUMANOS: CARACTERÍSTICAS SINGULARES

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da Unesco⁸ (DIDGH), em seu preâmbulo, reconhece que a *informação genética* é parte do acervo geral dos dados médicos e que o conteúdo de qualquer dado médico, aí compreendidos os *dados genéticos e os proteômicos*, está intimamente ligado ao contexto e depende das circunstâncias de cada caso, bem como a informação genética, também, encontra-se presente nas mostras biológicas⁹. Ademais, reconhece a Declaração que os dados genéticos são singulares, por sua condição de dados sensíveis, e define que os dados genéticos humanos consistem na informação sobre as características hereditárias das pessoas obtida por análises dos ácidos nucleicos¹⁰ e outras

-
- 8 *Aprovada, por unanimidade e por aclamação, na 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 16 de outubro de 2003.*
- 9 SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España, Granada: Editorial Comares, 2004, p.104.
- 10 *Os ácidos nucleicos são polímeros lineares de nucleotídeos. O DNA (ácido desoxirribonucleico) e o RNA (ácido ribonucleico) são ácidos nucleicos que desempenham um papel essencial no crescimento e multiplicação das células. Os nucleotídeos possuem três componentes: base (purina ou pirimidina); açúcar pentose (desoxirribose no DNA e ribose no RNA) e fosfato. As bases nucleotídicas dos ácidos nucleicos são moléculas heretocíclicas derivadas das purinas (A, G) ou de pirimidinas (C, U, T). São anéis aromáticos planos que contêm nitrogênio. A estrutura do DNA foi descoberta por Watson e Crick em 1953. Eles demonstraram que o DNA consiste em duas cadeias de polinucleotídeos, entretecidas e mantidas juntas por emparelhamento de suas bases até formar uma dupla hélice. As bases adenina e timina se enlaçam através de duas pontes de hidrogênio entre as cadeias opostas, enquanto a citosina e a guanina o fazem através de três. O emparelhamento das bases produz dois polinucleotídeos complementares, que se dispõem antiparalelos entre si (MANSON; JONES; MORRIS. Lo esencial en célula y genética. 2º ed., Madrid: Elsevier España, 2003, p.78-79). Em 1958, Francis Crick propôs a expressão Dogma Central da Biologia Molecular (DCBM), para resumir de forma esquemática o conjunto de fatos até então conhecidos que tinham a ver com o fluxo da informação genética. O primeiro elemento constitui a replicação, mediante o qual a informação genética contida no DNA se autopropaga, situação que nos organismos eucarióticos sucede na interfase do*

análises científicas (art.2,i). Reconhece também que os dados proteômicos humanos referem-se à informação relativa às proteínas¹¹ de uma pessoa, as quais incluem sua expressão, modificação e interação (art.2, ii); e define mostra biológica como qualquer mostra de substância biológica (por exemplo sangue, pele, células ósseas ou plasma sanguíneo) que albergue ácidos nucleicos e contenha a dotação genética característica de uma pessoa (art.2, iv).

A Recomendação n.º R(97)5, do Conselho da Europa, relativa à proteção dos dados médicos, afirma que a expressão “dados médicos” refere-se a todos os dados de *caráter pessoal* relativos à saúde de uma pessoa, abrangendo igualmente os dados estreitamente relacionados com a saúde, assim como as informações genéticas¹². Não obstante, também qualifica os dados genéticos como dados de qualquer tipo relacionados com as características que compõem o patrimônio de um grupo de indivíduos aparentados, os quais parecem outorgar-lhes uma certa especificidade¹³. Portanto, nem todos os dados pessoais são dados de caráter pessoal: estes são espécies

ciclo celular. Além da replicação, os dois passos mais importantes do DCBM são: a transcrição, que consiste na síntese de um intermediário molecular do DNA que utiliza como molde a sequência do gene que se vai a expressar e que será utilizado como um mensageiro para a síntese de uma cadeia peptídica. Esta molécula intermediária é o RNA-mensageiro (RNA-m). A tradução consiste na síntese de cadeias peptídicas regida pela informação genética contida no RNA-m. Esta operação se realiza sequencialmente, atuando como suporte uns orgânicos citoplásmicos especiais denominados ribossomas (JOUVE, Nicolas. La nueva biología. Los avances en biología molecular y genética, Aula Abierta na Faculdade de San Dámaso, Madrid, Espanha, data: 28 abril 2004).

- 11 A essência da vida na Terra embasa-se na diversidade de funções das células. Pode-se dizer que o DNA e o RNA servem somente de veículos para armazenar e expressar a informação genética. As proteínas são as macromoléculas mais abundantes presentes nas células. Como produto final dos genes, desempenham múltiplas funções. Por exemplo, os pigmentos respiratórios hemoglobina e mioglobina transportam oxigênio, que é essencial para o metabolismo celular. O colágeno e a queratina são duas proteínas estruturais associadas à pele, ao tecido conjuntivo e ao cabelo dos organismos. O grupo maior de proteínas são as enzimas. (KLUG, William S; CUMMINGS, Michael R. Conceptos de Genética. 5ª ed., Traducción: José Luis Ménsua Fernandez y David Bueno i Torrens, Madrid: Prentice Hay, 1999, p.400).
- 12 DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. *op.cit.*, p.180.
- 13 PERALTA LOSILLA, E. “El Consejo de Europa y sus trabajos en materia genética”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.2, 1995, p.219; RIPOL CARULLA, S. “La protección de datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa” (I) Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n. 5, 1996, p.117 e ss; RIPOL CARULLA, S. “La protección de datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa” (II) Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.6, p.111, jan./jun., 1997, p.111 e ss.

daqueles, caracterizando-se os dados de caráter pessoal por se referirem a uma pessoa identificada ou identificável¹⁴.

Além disso, a identificação pode realizar-se de forma *direta*, mediante um nome, ou de forma *indireta*, mediante um número de telefone, a matrícula do automóvel, o número do documento de identidade, um conjunto de características distintas que lhes permita isolar-se em um grupo (idade, cargo, direção), ou através da imagem, da voz, das provas digitais, bem como das características genéticas¹⁵.

O princípio da sensibilidade refere-se aos dados pessoais concernentes à saúde que se consideram qualificados por informações “sensíveis”, ou seja, as que devem ser objeto de uma tutela jurídica reforçada, por afetarem o núcleo do direito das pessoas à intimidade¹⁶; por isso são chamados dados “especialmente protegidos”, ou “dados sensíveis”¹⁷.

Herederer Higuera¹⁸ observa que, com relação aos dados sensíveis, existem na normativa duas tendências. Para a primeira, os dados são sensíveis *per se*, por sua natureza; ou seja, pela informação que expressam e pelas consequências de seu possível uso incontrolado, devem ser objeto de proteção especial. Para a segunda, os dados são especialmente protegidos em função do contexto, isto é, não existem dados que requeiram tal proteção por sua natureza, porém qualquer dado pode requerê-la, segundo o contexto em que se use.

14 SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos (part II)”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.17, p.137, jul./dez.,2002. A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da Unesco define três espécies de dados: a) dados associados com uma pessoa identificável, como os que contêm informações como o nome, a data de nascimento e a direção, graças às quais é possível identificar a pessoa a que se referem; b) dados dissociados de uma pessoa identificável, como os dados não associados com uma pessoa identificável, por haver-se substituído ou desligado toda a informação que identifica essa pessoa utilizando um código; c) dados irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável, como os que não podem associar-se com uma pessoa identificável por haver-se destruído o nexo com toda informação que identifique a quem forneceu a mostra (art.2º).

15 HEREDERO HIGUERAS, M. La Directiva Comunitária de Protección de los Datos de Carácter Personal, op. cit., pág.74. Apud: SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos (parte II)”, op.cit, p. 139.

16 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “El derecho a la intimidad...”, op. cit., p.273.

17 Ademais, com efeito, o artigo 4º b) da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco adverte que “se deveria prestar a devida atenção ao caráter sensível dos dados genéticos humanos e instituir um nível de proteção adequado desses dados e as mostras biológicas”.

18 HEREDERO HIGUERAS, M. La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentário y textos, Madrid, Tecnos, 1996, p.98.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos preferiu a segunda opção, estabelecendo que os dados são especialmente protegidos em função do contexto, ao dispor no seu preâmbulo que a informação genética constitui parte do acervo geral dos dados médicos e que o conteúdo de qualquer dado médico, aí compreendidos os dados médicos e os proteômicos, está "intimamente ligado ao contexto e depende das circunstâncias de cada caso".

Observa-se, além disso, que, segundo o artigo 4º da DIDGH, os dados genéticos são *singulares*, porque:

Podem indicar predisposições genéticas dos indivíduos; podem ter para a família, compreendida a descendência, e às vezes para todo o grupo a que pertence a pessoa em questão, conseqüências importantes que se perpetuam durante gerações; podem conter informação cuja relevância não se conheça necessariamente no momento de extrair as mostras biológicas, podem ser importantes do ponto de vista cultural, para as pessoas ou os grupos.

Em resumo: os dados genéticos podem identificar uma pessoa, oferecer informação desconhecida pela pessoa objeto da prova, revelar uma enfermidade genética de importância futura e incerta, proporcionar informação sobre a progênie e outros parentes e permitir uma classificação permanente das pessoas que se tenham submetido à prova e de seus familiares¹⁹. Conforme explanado, os dados genéticos são dados de caráter pessoal, médicos, sensíveis e singulares.

3. INFORMAÇÃO GENÉTICA

A sequenciação do DNA tem permitido decifrar o "livro da vida"²⁰ ou o "livro do homem"²¹, abrindo uma nova porta à investigação científica e dando lugar ao conhecimento de características de nosso organismo até agora ignoradas e ao descobrimento de novas terapias capazes de solucionar

19 NIELSEN, Linda. "Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea". Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n. 4, p. 66, ene./jun., 1996.

20 ROMANILLOS, Alfredo Aguilar. "El programa calidad de vida de la unión europea y el genoma humano: aspectos científicos, socioeconomicos y éticos". In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco (coord.). Genética Humana en el Tercer Milenio. Aspectos éticos e jurídicos. Madrid: Akal, Universidad Internacional de Andalucía, 20002, p.166.

21 NIELSEN, Linda. *op. cit.*, p. 66.

problemas que se acreditavam de difícil ou impossível solução. Por outro lado, no caso da informação genética, evidenciam-se alguns perigos, decorrentes de sua implicação para os demais membros da família, suas conseqüências sobre a tomada de decisões por parte de terceiros e o perigo de discriminações genéticas²².

Destarte, é preciso admitir a existência, na informação genética, de peculiaridades que imprimem certa individualidade em relação ao resto da informação de caráter sanitário²³. A grande quantidade dos dados nela compreendidos fornece um considerável volume de informações, levando à idéia de homem "transparente" ou "de cristal" a que reiteradamente tem aludido a doutrina²⁴. Por esse raciocínio, a informação genética apresenta diversas características que a diferenciam: a) é única; b) é estrutural; c) é preditiva; d) é probabilística; e) é geracional²⁵.

Em primeiro lugar, todo indivíduo é um ser geneticamente irrepetível e único. Os dados genéticos identificam e caracterizam o indivíduo através de uma dotação genética própria e distinta dos demais seres, sendo reflexo de sua individualidade e de seu caráter personalíssimo²⁶. No entanto, discute-se, dentro dessa perspectiva, a relação entre *identidade genética* e *identidade pessoal*²⁷.

22 DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. *op. cit.*, p.179.

23 *Idem*, p.181.

24 DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., "Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.2, 1995, p.25; ROMEO CASABONA, C.M., *Del Gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p.81; MARTÍN SANJUAN, Cristina. "Cribado Genético: El Conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad", p.321. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.). *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida* n. 18, Granada: Editorial Comares, 2003.

25 SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. "De la intimidad genética...", *op. cit.*, p.143.

26 *Idem*, *Ibidem*.

27 A *identidade pessoal* tem duas dimensões: i) uma dimensão absoluta ou individual, em que cada pessoa tem uma identidade definida por si mesma, expressão de caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano; ii) uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida por seus antepassados, assumindo aqui especial relevância os respectivos progenitores, podendo falar-se de um "direito à historicidade pessoal" (OTERO, Paulo. *Personalidade...*, *op. cit.*, p.64). Convém distinguir o direito à intimidade pessoal do direito à personalidade. A identidade refere-se ao ser em si, ontologicamente considerado. A personalidade é o desdobramento e a atualização das potencialidades e faculdades que realiza o ser humano ao longo de sua vida. Ambas devem distinguir-se do direito a personalidade jurídica que proclama o artigo 6º da Declaração Universal de Direitos Humanos, segundo o qual todo ser humano tem o direito a ser reconhecido como sujeito de direitos e obrigações (VILA-CORO, Maria Dolores. *Introducción a la Biojurídica*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1995, p.208-209)

Compreende-se identidade como a qualidade de idêntico, a persistência do ser em sua unidade através de suas múltiplas mudanças e determinações²⁸. A identidade vem assegurada na idéia de integridade, que corresponde ao que é intangível, isto é, o que não pode ser tocado²⁹.

O conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano e às bases biológicas de sua identidade³⁰. A individualização de um novo ser requer que se lhe dêem duas propriedades: a unicidade – qualidade de ser único – e a unidade - realidade positiva que se distingue de toda outra, isto é, a de ser um só.³¹ Em relação à unicidade, deve-se fazer referência aos gêmeos monozigóticos produzidos pela divisão de um embrião original, que é o único caso possível da identidade genética entre os indivíduos humanos, além da clonagem por transferência dos núcleos (clonagem reprodutiva)³². Nesse sentido, identidade é sinônimo da individualidade genética³³. A identidade genética aparece consagrada nos seguintes documentos internacionais³⁴: artigo 3^o³⁵ da Declaração Internacional dos Dados Genéticos Humanos, da Unesco, e artigo 2^o da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da Unesco³⁶.

Em outro sentido, o direito à identidade genética do ser humano encontra-se dotado de uma inequívoca universalidade, como expressão do

28 VILA-CORO, Maria Dolores, *op.cit.*, p.207.

29 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "A identidade genética do ser humano: Bioconstituição: Bioética e Direito". Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n.32, jul./set., 2000, p.90.

30 *Idem*, p.90.

31 LACADENA, Juan-Ramón. "Individualización y mismidad genética en el desarrollo humano", p.116. In: MAYOR ZARAGOZA, Federico; ALONSO BEDATE, Carlos (coords.) Gen-Ética, Barcelona: Ariel, 2003.

32 LACADENA, Juan-Ramón. "Individualización ...", *op.cit.*, p.116.

33 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "A identidade...", *op.cit.*, p.90..

34 A Constituição portuguesa foi um dos primeiros textos constitucionais em nível europeu, inclusive em termos mundiais, que reconheceu expressamente a identidade genética do ser humano, relacionando-a com a dignidade da pessoa e com a limitação da tecnologia e da experimentação científica. O artigo 26.3 da Constituição Portuguesa, após a reforma de 1997, consagra "a salvaguarda da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano"(OTERO, Paulo. Personalidade..., *op. cit.*, p.84).

35 "Artículo 3: Identidad de la persona. Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad".

36 Artículo 2 a) Cada individuo tiene derecho al respecto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas; b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.

surgimento de uma nova regra de *ius cogens*, afirmando-se o genoma humano, simbolicamente³⁷, como patrimônio da humanidade³⁸. Percebe-se uma dupla articulação da identidade genética do ser humano. A primeira corresponde à identidade personalíssima do indivíduo, com suas características genéticas singulares; e a segunda refere-se à identidade genética do ser humano enquanto espécie e ao genoma como patrimônio da humanidade³⁹. A preservação da integridade do genoma humano depende essencialmente da proteção à identidade genética personalíssima dos indivíduos; ambas articulam uma *relação de dependência* na qual a manutenção das características de uma depende da outra, exceto as mutações⁴⁰ impelidas pelos influxos natural e social⁴¹.

Em segundo lugar, a informação genética é estrutural; acompanha o indivíduo desde o nascimento até a morte⁴², e por isso possui características especiais que a diferenciam das outras: é involuntária, indestrutível, permanente e singular. Ante o fato de ser *involuntária*, existe a ausência do sentimento de responsabilidade individual culturalmente assentado, posto que, ao menos no caso das enfermidades monogênicas, nada tem a ver com o comportamento do sujeito quanto à produção de um mal⁴³, pois sendo a

37 A Declaração de Manzanillo, de 1996 declara em seu considerando n.2b que o genoma humano constitui patrimônio comum da humanidade como uma realidade e não como uma expressão meramente simbólica (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. "Clones, Genes e Imortalidade". Revista Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento, ano III, n.18, jan./fev., 2001, p.24).

38 OTERO, Paulo. Personalidade..., op.cit., p.86. O genoma humano tanto diz respeito ao homem considerado individualmente, como à humanidade. Sobre o assunto vide: ESPIELL, Héctor Gros. "El patrimonio común de la humanidad y el genoma humano". Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, v.3, p.91-103, 1995; DIEDRICH, Gislayne Fátima. "Genoma Humano: Direito Internacional e Legislação Brasileira", p.223-224. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

39 XAVIER, Elton Dias. "A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano", p.58. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes Temas da Atualidade. Bioética e Biodireito, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

40 Uma mutação é um câmbio permanente herdável da seqüência de DNA. As mutações são câmbios que se herdam de forma aleatória, em quantidade ou estrutura, do material genético. Podem herdar-se ou produzir-se de modo esporádico. No âmbito monogênico, podem ser resultado de uma: substituição (mutação pontual); deleção, inserção, expansão de tripletes e inversão (MANSON; JONES; MORRIS. Lo esencial ..., op. cit., p.100 e 140).

41 XAVIER, Elton Dias. "A identidade genética...", op. cit., p.58.

42 SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. "De la intimidad genética...", op. cit., p.144.

43 DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. Tratamiento..., op.cit., p.180-181.

informação genética *involuntária*⁴⁴, sua origem e características genéticas não dependem da vontade do indivíduo, transmitidas que foram por seus pais, inclusive sem a intervenção destes. Ademais, seu suporte é *indestrutível*, e por esse motivo está presente em todas as células do organismo enquanto está vivo e, normalmente, também depois de morto⁴⁵. É *permanente e inalterável*⁴⁶, salvo nas mutações genéticas espontâneas ou provocadas pela engenharia genética ou pela ação de outros agentes exógenos, por exemplo, os radioativos. Por fim, sua *singularidade* não se comparte com ninguém, à exceção dos gêmeos monozigóticos e sua vinculação com a família biológica.⁴⁷

Em terceiro lugar, a informação genética é preditiva, constitui um indicador da possível saúde do indivíduo⁴⁸. Da informação genética deriva um conhecimento de *probabilidade e aproximativo*: a predição do futuro do indivíduo não é inteiramente certa, porém aproximada e limitada⁴⁹. A chamada medicina preditiva é um novo ramo da biomedicina “para os seres humanos já nascidos e sua prática consiste em fazer predições quanto à possibilidade, no plano fenótipo, do desenvolvimento de alguma enfermidade, com base em testes diagnósticos, realizados no plano genótipo”⁵⁰. Portanto, como lembra Silva, duas são as áreas de atuação da medicina preditiva⁵¹: “o diagnóstico pré-sintomático das enfermidade monogênicas, situação em que existe grande previsibilidade, porém baixa possibilidade de modificação do risco de surgimento da enfermidade; e diagnóstico de enfermidades multifatoriais poligênicas, situação em que um único teste tem baixa

44 ROMEO CASABONA, C.M, Del gen al Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p.80; Los Genes y sus Leyes. El derecho ante el genoma humano, Granada: Comares, 2002, p.63; SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética...” *op.cit.*, p.144.

45 ROMEO CASABONA, C.M, Del gen al Derecho, *op.cit.* p. 80; Los Genes y sus Leyes. El derecho ante el genoma humano, *op.cit.*, p.63; SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética...” *op.cit.*, p.144.

46 *Idem*, *Ibidem*.

47 ROMEO CASABONA, Carlos Maria. “El Principio de no Discriminación y las Restricciones Relativas a la Realización de Análisis Genéticos”, In: ROMEO CASABONA, Carlos María. El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español, Granada: Editorial Comares, 2002, p. 166.

48 ROMEO CASABONA, C.M, Del gen al Derecho, *op.cit.*, p.80; Los Genes y sus Leyes. El derecho ante el genoma humano, *op.cit.*, p.63; SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética...”, *op. cit.*, p.145.

49 SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética...”, *op. cit.*, p.145.

50 SILVA, Reinaldo Pereira e. Introdução ao Biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002, p.296.

51 *Idem*, *ibidem*.

previsibilidade, porém as opções de ser manipulado o ambiente para evitar o surgimento da enfermidade são grandes”.

Como já visto, de acordo com o estado atual da ciência médica, parece que todos somos portadores de alguma anomalia genética, embora os meios técnicos e científicos existentes não permitam que todos sejamos investigados acerca de tudo⁵². A terapia genética rompe com o binômio paciente/enfermo; de fato, no futuro é possível que todos os seres humanos sejam pacientes desde seu nascimento⁵³.

Por fim, a informação genética revela nossa herança e a conexão com nossos parentes e familiares. Nesse sentido é uma informação *geracional*, isso quase não está ligada ao sujeito portador, porém se transmite entre gerações⁵⁴. Estamos diante de uma “família genética”, dentro da qual não há vínculos nem elementos contingentes, exceto os estruturais. A diferença da “família social” é que, quando se solicita ou conhece informação sobre os membros da família genética, na realidade se está buscando o conhecimento ou informação sobre si mesmo⁵⁵. Saliente-se que os dados genéticos são dados *biologicamente geracionais*, embora isso não implique que não o sejam juridicamente⁵⁶.

4. INTIMIDADE GENÉTICA

O direito à intimidade encontra seu fundamento em diversos textos internacionais, tais como: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco (art.7º)⁵⁷; o Convênio relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, realizado em Oviedo, em 4 de abril de 1997 (art.10)⁵⁸; e a Declaração Internacional sobre os Dados

52 FALCÃO DE OLIVEIRA, G.F., “Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma (II). Revista de Derecho y Genoma Humano, n.7, 1997, p.89.

53 MARTÍN SANJUAN, Cristina. “Cribado Genético: El Conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad”, p.316. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.). Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida n. 18, Granada: Editorial Comares, 2003.

54 SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética...”, op. cit., p.145.

55 SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. “De la intimidad genética...”, op. cit., p.146.

56 SOLA, C.de. “Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)”, Revista de Derecho y Genoma Humano, n.1, 1994, p.186-187..

57 Art. 7º da DUGH: “Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.

58 Art.10 do CDHB: “Vida privada y derecho a la información – 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud (...)”.

Genéticos Humanos, aprovada na Conferência Geral da Unesco, em 16 de outubro de 2003 (art. 14 a)⁵⁹.

O conceito de intimidade genética pode-se definir *como o direito a determinar as condições de acesso à informação genética*⁶⁰, a qual se configura sobre dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo do direito à intimidade genética se refere ao genoma humano em última instância e, por derivação, a qualquer tecido ou parte do corpo humano em que se encontre a informação genética; e o elemento subjetivo, se constitui pela vontade do sujeito de determinar quem e em que condições se pode acessar a informação sobre seu genoma, refere-se, por isso, à “autodeterminação informativa”⁶¹.

Na lição de Knoppers, a intimidade genética apresenta uma natureza “tríplice-díptica”, pois a informação genética é, por sua própria natureza, individual, familiar e universal⁶², porquanto incorpora a identidade, individualidade e integridade da pessoa⁶³. Por isso, observa Rodríguez-Drincourt Álvarez⁶⁴, no primeiro nível, a identidade genética corresponderia à constituição genética da pessoa, sendo esse o nível que deve ser objeto de uma especial proteção, a fim de se preservar o controle da pessoa sobre si. O segundo nível é relativo à individualidade genética, que se traduz na expressão fenotípica da pessoa, com suas propensões, predisposições e fatores de risco. E o terceiro nível, alusivo à integridade genética, inscreve-se na esfera social da genética humana, operando em nível dos mecanismos de proteção socioeconômica e de concepção de política estatal para limitar a estigmatização e a discriminação.

59 Art. 14 a) DIDGH: “Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo inidentificables, de conformidad con el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

60 RUIZ MIGUEL, Carlos. “La Nueva Frontera del Derecho a la Intimidad”, Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBY, n.14, p.150, ene./jun.,2001, p.147-167.

61 RUIZ MIGUEL, Carlos. “La Nueva Frontera...”, op. cit., p.151-154.

62 KNOPPERS, B. M. “Hacia una intimidad genética”, p.387-388. In: AA.VV. El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, v.1, Bilbao: Fundación BBY, 1994; RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. Genoma Humano y Constitución. Madrid: Civitas, 2002, p.122; DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. Tratamiento..., op. cit., p.181.

63 RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. Genoma Humano..., op.cit., p.122.

64 Idem, *Ibidem*.

Ademais, de uma perspectiva que se encontra presente em todo direito fundamental, Ruiz Miguel⁶⁵ defende uma natureza tridimensional do direito à intimidade genética, podendo-se observar pelo menos três dimensões: *subjetiva, objetiva e axiológica*. Pois bem, como direito subjetivo, a intimidade genética constitui um poder exercitável pelo titular tanto negativa como positivamente. Assim, o tipo negativo ou de defesa supõe o poder do titular para excluir os demais do acesso ou tratamento de sua informação genética. Em sua vertente positiva ou prestacional implica a faculdade de exigir a intervenção dos poderes públicos para proporcionar uma efetiva proteção à informação genética⁶⁶.

A dimensão objetiva⁶⁷ do direito fundamental à intimidade genética significa que se concede relevância à proteção desse direito, sendo do “interesse geral” sua defesa, que se traduz no estabelecimento de órgãos e de procedimentos que operam na defesa do direito independentemente da atuação do titular.⁶⁸

Na dimensão axiológica, o direito à intimidade genética afirma que “O genoma humano pode contemplar-se desde duas perspectivas: por um lado, o genoma é o que diferencia a todos os seres humanos entre si; por outro lado, é o que diferencia a espécie humana como tal de todas as demais⁶⁹”. Sobre esse último enfoque, Ruiz Miguel lembra que o genoma humano é algo

65 RUIZ MIGUEL, Carlos. “La Nueva Frontera ...” *op.cit.*, p.151-154; DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. Tratamiento..., *op. cit.*, p.182.

66 *Idem*, *op.cit.*, p.152.

67 A dimensão objetiva do direito à intimidade apresenta uma vertente orgânica e outra procedimental. A orgânica refere-se aos diversos órgãos cuja missão se encontra especificamente na proteção da informação genética dos sujeitos, tais como comitês de ética. A vertente procedimental da dimensão objetiva do direito à intimidade genética deverá estabelecer procedimentos para acessar a informação que sobre nosso genoma podem ter administrações ou particulares (“habeas genoma”), procedimentos para retificar as informações genômicas que podem ser equivocadas, procedimentos para cancelar a informação genética, e procedimentos para criar ficheiros genéticos, etc.(RUIZ MIGUEL, Carlos. “La Nueva Frontera ...”, *op.cit.*, p.151-154. Destaque-se que alguns textos internacionais têm avançado nesse sentido, por exemplo, o artigo 24 da DIDGE, ao estabelecer que “...para promover os princípios enunciados nessa Declaração, os Estados deveriam esforçar-se para fomentar todas as formas de educação e formação relativas à ética em todos os níveis e por alentar programas de informação e difusão dos conhecimentos sobre os dados genéticos humanos”

68 RUIZ MIGUEL, Carlos. “La Nueva Frontera ...”, *op.cit.*, p.151-154..

69 MATHIEU, Bertrand. Génome Humain et Droits Fondamentaux. Paris: Economical Presses Universitaires d’Aix Marseille, 2000, p.10-36; RUIZ MIGUEL, Carlos. “La Nueva Frontera...”, *op.cit.*, p.154.

que objetivamente nos define como seres humanos e, nesse sentido, constitui “um”- melhor “o” – fundamento objetivo da dignidade humana⁷⁰, sendo

- 70 *Nessa linha de pensamento, relevante setor da doutrina entende a dignidade humana como elemento essencial para manejar a informação genética e garantir os princípios dispostos na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Vide: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. “A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana”. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A Reconstrução do Direito Privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.551-607; MARTINS-COSTA, Judith. “A universidade e a construção do Direito”, p.229-240. Revista Bioética. Conselho Federal de Medicina, v.8, n.2, 2000; “Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito”. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, v.3, p.59-77, jul./set., 2000; Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.3, p.13-30, 2001 (Coleção Acadêmica de Direitos, v.25); SOTO, Èrica Antônia Bianco. “Biomedicina e Biodireito: Perspectiva Semiológico-Constitucional da Dignidade Humana e do Direito à vida”. Revista Jurídica “Ius Vivens” – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, ano 4, v.5, p.53-62, 2001; SIMON, Jürgen. “La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.13, p.25-39, jul./dez., 1999; SILVA, Reinaldo Pereira e. Introdução ao Biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: Editora LTr, 2002, p.188-193; FEMENÍA LOPEZ, Pedro J. “Límites jurídicos a la alteración del patrimonio genético de los seres humanos (Parte II)”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.10, p.91-105, jan./jun., 1999; ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Los Genes y sus Leyes. El Derecho ante el Genoma Humano. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2002, p.21-23; CASABONA, Carlos Maria Romeo. El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español. Granada: Editorial Comares, 2002, p.77-82; COAN, Emerson Ike. “Biomedicina e Biodireito. Desafios Bioéticos. Traços semióticos para uma Hermenêutica Constitucional Fundamentada nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inviolabilidade do Direito à Vida”. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.246-260; FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. “Límites da Ciência e o Respeito à Dignidade Humana”. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.267-281; OLIVEIRA, Simone Born de. Da Bioética ao Direito. Manipulação Genética e Dignidade Humana, Curitiba: Juruá, 2002, p.50-59; IGLESIAS PRADA, Juan Luis. La Protección Jurídica de los Descubrimientos Genéticos y El Proyecto Genoma Humano. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p.93-96; GARCÍA MIRANDA, Carmen María. Perspectiva Ética y Jurídica del Proyecto Genoma Humano. Coruña: Universidad da Coruña. Servicio de Publicacións, 1997, p.59-60; DARÍO BERGEL, S. “Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos”. Revista de Derecho y Genoma Humano, n.9, 1998, p.37 e ss; BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos y Proyecto Genoma. Granada:*

essa fundamentação na dignidade o que confere ao direito à intimidade genética sua dimensão *axiológica*⁷¹.

4.1. Aspecto Subjetivo do Direito à Intimidade Genética: “Autodeterminação Informativa”

A medicina preditiva em geral e a genética em particular têm por objeto detectar a presença do fator ou dos fatores determinantes das enfermidades que, sendo assintomáticas no momento de realizar as análises, podem, eventualmente ou com certeza, manifestar-se posteriormente⁷². O conhecimento da presença do fator genético permitirá, assim, tomar as

Editorial Comares. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, n.6, 1999, p.51-60; ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Editorial Tecnos, 1998; “The paradoxal notion of human dignity”. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milano, série V, ano LXXVIII, n.2, p.151-168, abr./jun., 2001; “La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.14, jan./jun., 2001, p.41-55; MARTÍN MATEO, Ramón. Bioética y Derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p.120; CASADO, María. “Limites al interés colectivo en el campo de la genética clínica: el conflicto entre las exigencias de salud pública y la salvaguarda de la dignidad humana”, p.81-96. In: DURÁN, Alicia; RIECHMANN, Jorge (coord.). Genes en el laboratorio y en la fábrica. Madrid: Editorial Trotta, 1998; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “A identidade genética do ser humano: Bioconstituição: Bioética e Direito”. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n.32, jul./set., 2000, p.88-92; APARICI MIRALLES, A. “Genoma humano, dignidad y derecho”, Derecho y Salud, v.10, n.1, 2002, p. 95 e ss.; MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. “Persona, dignidad humana en investigaciones médicas”, p.3-44. In: MARTÍNEZ MORÁN, Narciso (coord.) Biotecnología, Derecho y dignidad humana. Granada: Comares, 2003; XAVIER, Elton Dias. “A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano”, p.41-70. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- 71 A informação normativa “todos os seres humanos são iguais em dignidade” encontra sua fundamentação objetiva e científica no fato de que todos formamos parte de uma espécie que é genomicamente distinta de todos os demais seres vivos, e ao derivar-se imediatamente do princípio da dignidade, o direito à intimidade genética adquire um “maior valor” em relação a outras normas. Assim pois, ante um conflito de normas, deverá prevalecer aquela que se encontre mais diretamente conectada com a norma fundamental. Dessa forma, o caráter axiológico do direito à intimidade genética ostenta sua eficácia normativa (RUIZ MIGUEL, Carlos. “La Nueva Frontera...”, *op.cit.*, p.154).
- 72 SOLA, Carlos de. “Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, n.1, p.179-190, jul./dez., 1994, p.182

medidas necessárias para prevenir a enfermidade, atrasar sua aparição ou limitar seus efeitos.⁷³

Não obstante, o resultado de uma prova genética de prognóstico pode ter um impacto na constituição emocional e psicossocial da pessoa examinada. A diferença entre o conhecimento de uma determinada predisposição genética a uma enfermidade e outra já existente é a incerteza. No caso de enfermidades monogênicas, a incerteza refere-se ao momento de sua manifestação; no caso das multifatoriais, não somente o momento de sua aparição é incerto, mas também a manifestação da enfermidade no futuro. Com relação às enfermidades monogênicas, a única possibilidade de reação ativa da pessoa geneticamente afetada é realizar algum tipo de preparação psicológica⁷⁴.

De fato, um dos dilemas morais que surgiram à colação do Projeto Genoma Humano é que, a partir de agora, o que realmente acompanhará a vida será o conhecimento, a compreensão da natureza e função genética, em lugar da sua feliz ignorância⁷⁵. Inclusive se pode dizer, nesse sentido, que o postulado "conhecimento é poder" parece perder sua tradicional força e magnetismo, para admitir que a partir de agora *ignorance is bliss*, pois o fator risco e a correspondente atitude perante ele desempenharão um papel-chave no momento de optar por "saber" ou "não saber" sua informação genética.⁷⁶

A liberdade pode ser invocada por um sujeito que decida voluntariamente submeter-se a provas genéticas, alegando seu direito a conhecer-lhes o resultado. Entretanto, também esse mesmo valor fundamental pode-se aduzir em uma hipótese inversa, como é o caso de um indivíduo que reclame o direito a "não saber" os resultados de provas genéticas praticadas em si ou em um familiar.⁷⁷ Intimidade e autonomia pessoal são duas caras da

73 *Quando a presença do gene (os genes) responsável resulta uma grande probabilidade de que surta a enfermidade no futuro, a prevenção pode consistir na retirada do órgão que poderá ver-se afetado: tal é a hipótese bem conhecida do câncer de colo (SOLA, Carlos de. "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)", op. cit., p.182).*

74 BERBERICH, K. El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, *op.cit.*, p.81. Apud: HENDGES, Yara. "El genoma humano y el contrato de seguro". Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Universidad de Deusto, n.II, p.241, jul./dez., 1999.

75 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos y Proyecto Genoma. Granada: Editorial Comares, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, n.6, 1999, p.151.

76 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos..., *op. cit.* p.152-53.

77 GARCÍA MIRANDA, Carmen María. Perspectiva Ética y Jurídica del Proyecto Genoma Humano, Coruña: Universidad da Coruña. Servicio de Publicacións, 1997, p.71.

mesma moeda, sempre devem estar unidas, como assinala Westin⁷⁸: “Em um Estado moderno a vida privada está no coração da liberdade”.

Sob este prisma, o direito de proteção à vida privada contra intromissões externas ressurgue nesses momentos como garantia da decisão individual tomada, partindo do entendimento de que esse direito a “não saber” não é, na realidade, senão uma manifestação do direito à intimidade⁷⁹ ou ao respeito à vida privada. O afetado tem direito a “não saber”, no sentido de que não se lhe imponham conhecimentos de que outros disponham acerca de sua constituição genética, pois também constitui parte do desenvolvimento da individualidade a liberdade de decisão acerca de quais sejam os conhecimentos de sua própria pessoa que o indivíduo considera necessários e desejáveis⁸⁰.

Com efeito, o princípio da *autodeterminação informativa* gera o que se chama o “direito a não saber” ou o “direito à autodeterminação da informação genética” (*Recht auf geninformationelle Selbstbestimmung*). Assim, esse direito considera-se como um direito pessoal garantido constitucionalmente, que se propõe a proteger a intimidade do indivíduo das investigações ilícitas e de um desmascaramento de sua disposição genética⁸¹. Ademais, supõe-se que o direito à autodeterminação da informação genética protege o indivíduo de ser forçado a “olhar uma bola de cristal”⁸².

Em qualquer caso, se alguém pretende invocar o direito de “não saber”, é lícito pressupor que ele *já saiba*, isto é, que o interessado tenha consciência de pertencer a um grupo de risco em relação a uma enfermidade genética. Pelo menos deverá conhecer a existência de antecedentes semelhantes em algum membro da família e ter ciência de que, conforme o estado atual da ciência, não existem meios adequados para prevenir essa possível enfermidade, tratá-la ou paliá-la⁸³.

78 WESTIN, Privacy and Freedom, New York, 1967, p. 350. Apud: MARTÍN SANJUAN, Cristina. “Cribado Genético: El Conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad”, p.320. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.). Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida n. 18, Granada: Editorial Comares, 2003

79 ROMEO CASABONA, Carlos María. Los Genes y sus Leyes..., op. cit., p.71.

80 TAUPITZ, Jochen. “Análisis genético y derecho de autodeterminación en el Derecho Civil Alemán”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.4, p.87-1020, jan./jun.,1996, p.100.

81 BERNAT, Erwin. “Aspectos legales de los avances en genética humana. Un punto de vista austriaco”. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, n.3, p.37-44, jul./dez.,1995, p.39.

82 BERNAT, Erwin. “Aspectos legales...”, op. cit., p.39.

83 ROMEO CASABONA, Carlos María. Los Genes y sus Leyes..., op. cit., p.71.

Segundo alguns autores⁸⁴, o *conhecimento de enfermidades* que podem manifestar-se posteriormente e que são, no momento, incuráveis, longe de ser de utilidade prática ao sujeito, gera uma situação de coação física, de angústia psíquica que pode representar para ele fonte de perturbação e impedi-lo de viver com a tranquilidade que lhe permitiria a ignorância⁸⁵. Outros autores, embasados na experiência, advertem que quando o risco de ser portador do gene é muito elevado, a incerteza pode ser ainda mais insuportável para o sujeito que a verificação da presença desse gene⁸⁶. De qualquer forma, é preciso acrescentar que o conhecimento da realidade fornecerá os elementos de informação para a tomada das decisões pertinentes.

Ressalve-se que, tanto a doutrina como o direito concordam que a decisão de informar ou não corresponde ao próprio sujeito. Se a pessoa prefere não ser informada dos dados sobre sua saúde ou genéticos, haver-se-á de respeitar sua vontade, segundo reconhece expressamente o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (art.10.2)⁸⁷; a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (art.10)⁸⁸; bem como a Recomendação 10 c) da Comunidade Européia

84 DAUSSET, "La médecine prédictive", CIB, Paris: UNESCO, III, 1995, p.8; Apud: BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos..., op. cit., p.156. Segundo argumenta DAUSSET, principalmente as de tipo psicológico, que podem se seguir ao conhecimento de um resultado patológico, seja ansiedade, complexo de inferioridade, deterioração da imagem de si mesmo, auto-estima, etc..

85 HENDGES, Yara. "El genoma humano y el contrato de seguro". Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Universidad de Deusto, n.11, p.239, jul./dec., 1999.

86 BERG, K. "Cuestiones de confidencialidad en genética médica: la necesidad de leyes, reglamentos y códigos de buena práctica para una acción óptima contra la enfermedad", in: Ética y genética humana, p.122-134, Consejo da Europa, 2º Simposio de Bioética, 1994. Apud: SOLA, Carlos de. "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)", op. cit., p.179-190.

87 Art.10.2 "Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada".

88 Artículo 10: Derecho a decidir ser o no informado de los resultados de la investigación. "Cuando se recolecten datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas con fines de investigación médica y científica, en la información suministrada en el momento del consentimiento debería indicarse que la persona en cuestión tiene derecho a decidir ser o no informada de los resultados de la investigación. Esta disposición no se aplicará a investigaciones sobre datos irreversiblemente disociados de personas identificables ni a datos que no permitan sacar conclusiones particulares sobre las personas que hayan participado en tales investigaciones. En su caso, los familiares identificados que pudieran verse afectados por los resultados deberían gozar también del derecho a no ser informados".

sobre as repercussões éticas e jurídicas e sociais dos testes genéticos (Bruxelas 2004)⁸⁹.

Observa-se que, dentro do aspecto subjetivo do direito à intimidade, seja qual for o direito “a saber”, merecem especial atenção os *descobrimientos inesperados*. Não é raro na medicina, quando se realiza uma intervenção ou uma análise, descobrir, além dos dados objeto da análise propriamente ditos, outros tipos de dados pessoais de maior ou menor interesse⁹⁰. Por exemplo, deseja-se indagar sobre uma enfermidade e descobre-se a existência de outra, ou se realiza uma prova genética com fins médicos e descobre-se que a filiação genética não corresponde à filiação legal.

A Recomendação 3 (1992) do Conselho da Europa⁹¹, no Princípio 11, prevê o seguinte: “Os descobrimientos inesperados deverão ser comunicados à pessoa objeto da prova unicamente se têm uma importância clínica direta para a pessoa ou sua família. A comunicação dos descobrimientos inesperados aos familiares da pessoa submetida às provas somente será autorizada pela legislação nacional se a pessoa objeto das provas se negar expressamente a prestar-lhes a informação, inclusive quando corram risco de vida”⁹². No entanto, o interessado deverá ter acesso às análises genéticas; inclusive deveria ser informado dos descobrimientos inesperados, desde que se cumpram as seguintes condições, segundo adverte Sánchez Carazo⁹³:

a) que a legislação interna não proíba tal informação; b) que a informação não seja susceptível de trazer um grave prejuízo para a saúde ou a intimidade da pessoa ou de um parente consanguíneo ou uterino da pessoa, de um membro de sua família social ou de uma pessoa diretamente vinculada na linha genética da pessoa, pelo menos que a legislação interna preveja outras garantias convenientes.

Destarte, o direito do indivíduo à informação referente aos dados genéticos deve ser completo e inteligível, porém, em todo o caso, ele tem o direito a “não saber”, e ainda a não ser informado⁹⁴.

89 *Recomendação 10 c): “Deve-se reconhecer a importância do direito do paciente a saber ou a não saber, e devem incorporar-se a prática profissional mecanismos que o respeitem (...).”*(25 recomendaciones sobre las repercusiones éticas, jurídicas y sociales de los tests genéticos. Bruselas 2004. Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, n.20, 2004, p. 246)

90 SOLA, Carlos de. “Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)”, *op. cit.*, p.184

91 Aprovada pelo Comitê de Ministros em 10 de fevereiro de 1992, na 470ª reunião de Ministros Adjuntos.

92 ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed.) Código de Leyes..., *op. cit.*, p..572.

93 SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. La Intimidad y el Secreto Médico, Madrid: Díaz de Santos, 2000, p.242.

94 SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. La Intimidad..., *op.cit.*, p.242.

5. DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

O princípio da igualdade⁹⁵ pode não excluir algumas discriminações, em particular as que tendam a compensar uma deficiência. Algumas discriminações atentam não somente contra o princípio da igualdade, mas também contra o da dignidade. São discriminações fundadas no patrimônio genético, que tendem a considerar a existência de graus no reconhecimento dos direitos ligados à raça humana⁹⁶.

O artigo 3º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco dispõe:

Cada indivíduo possui uma configuração genética característica, e a identidade de uma pessoa não deveria reduzir-se às suas características genéticas, pois nelas influem complexos fatores educativos, ambientais e pessoais, assim como os laços afetivos, sociais, espirituais e culturais dessa pessoa com outros seres humanos, e delas resulta, ademais, uma dimensão de liberdade.

Refuta-se assim a tese dos que defendem a mistificação do *determinismo biológico*, determinismo que sustenta, em última instância, uma teoria reducionista da natureza humana⁹⁷. Ademais, o problema relativo ao enorme potencial discriminador da informação genética não é uma questão nova, nem o é o debate sobre as conseqüências discriminatórias da informação obtida a partir das sondas genéticas. Já no ano 1989 o chamado "Programa sobre os aspectos éticos, jurídicos e sociais" do Projeto Genoma Humano (EISI) elaborou um informe sobre os riscos, para o princípio da igualdade, das referidas provas ou da negação da realização das análises genéticas⁹⁸.

A Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos proíbe a discriminação genética em seu artigo 6º: "Ninguém poderá ser objeto de discriminações fundadas em suas características

95 *O princípio da igualdade e sua possível negação, a discriminação, se têm apoiado historicamente em vários aspectos, que se poderiam sintetizar em três. Em primeiro lugar se poderiam mencionar as características naturais, tais como: cor da pele ou sexo, principalmente; depois os fatores de caráter cultural e social, como religião, nacionalidade ou classe social; e por fim, aspectos jurídicos, por exemplo, o status jurídico ou civil emanado da pertença a um o outro tipo de Estado (BOBBIO, N. El tiempo de los derechos, 1991, p.48).*

96 MATHIEU, Bertrand. *Génome Humain et Droits Fondamentaux*, Paris: Economica, 2000, p.84.

97 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos ...*, op.cit., p.169.

98 APARISI MIRALLES, Ángela. op.cit., p.139.

genéticas, cujo objeto ou efeito seria atentar contra seus direitos humanos e liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade". No mesmo sentido, em seu artigo 7º, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco⁹⁹, ao observar que se deveria fazer todo o possível para garantir que os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos não se utilizem com fins que discriminem - tendo como conseqüência a violação dos direitos humanos, das liberdades fundamentais ou da dignidade humana de uma pessoa - ou que provoquem a estigmatização de uma pessoa, uma família, um grupo ou comunidade.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia¹⁰⁰ também contém a seguinte disposição, em seu artigo 21:

Proíbe-se toda discriminação, e em particular a exercida por motivo de sexo, raça, cor, origens étnicas ou sociais, ou características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou de qualquer outro tipo, pertença a uma minoria nacional, patrimônio, nascimento, incapacidade, idade ou orientação sexual¹⁰¹.

99 Ricardo Cruz-Coke afirma que: "os temas que contém a Declaração sobre dados genéticos são complementários a anterior de 1997, pois agregam aspectos específicos sobre colheita, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos e mostras biológicas humana. O texto explica em detalhe os princípios bioéticos que permitem prevenir os riscos de aplicações técnicas que podem afetar a observância dos direitos humanos, as liberdades fundamentais e o respeito a dignidade humana"(CRUZ-COKE, Ricardo. "Princípios bioéticos sobre dados genéticos humanos", Revista de Derecho y Genoma Humano, n.19, 2003, p.35)

100 A Recomendação 11 da Comunidade Européia sobre as repercussões éticas jurídicas e sociais dos testes genéticos assim dispõe: "a) Os dados procedentes de fontes genéticas não se devem utilizar para prejudicar ou discriminar injustamente aos indivíduos, famílias ou grupos, nem no contexto clínico, nem em outros como os de emprego, de seguros, de acesso a integração social e as oportunidades de bem-estar geral". (25 recomendaciones sobre las repercusiones éticas, jurídicas y sociales de los tests genéticos Bruselas 2004, Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Fundación BBV, n.20, 2004, p.246).

101 Ademais, o princípio da não-discriminação vem reconhecido de forma geral no artigo 1º do Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina (CDHB), ao garantir os direitos e liberdades das pessoas em relação às atividades biomédicas, sem nenhum tipo de discriminação. Os direitos que o CDHB reconhece especificamente em relação ao genoma humano são: a proibição de qualquer forma de discriminação de uma pessoa por motivo de seu patrimônio genético (art.11); a proibição da realização das análises genéticas preditivas das enfermidades genéticas ou das que permitem identificar o sujeito como portador de um gene responsável por uma enfermidade ou detectar uma predisposição ou susceptibilidade genética a uma enfermidade, as quais somente poderão realizar-se com fins médicos ou de investigação médica e em um contexto de um conselho

Nas linhas acima escritas, adverte-se quanto à possibilidade de discriminação derivada do uso da informação genética sobre o genótipo de uma pessoa, já que a correspondente constituição genética, diversa por natureza, pode ser objeto não somente de diferenciação, mas também de injustiça¹⁰², e por outra parte não será propriamente genética, mas de outra natureza, seja qual for a injustiça social¹⁰³. Como alerta Jervis, a partir do momento em que se é marcado ou etiquetado como desviado, “esta etiqueta passa a ocultar e negar o fato de que é uma vítima, e absolve de qualquer responsabilidade o sistema social”¹⁰⁴.

Billings afirma que existe uma discriminação genética, definida de forma rigorosa como uma situação derivada exclusivamente das diferenças genóticas¹⁰⁵. A utilização dos diagnósticos genéticos preditivos pode dar lugar também a um novo grupo de indivíduos. Novo e irreal, porque nos referimos a indivíduos que não são propriamente enfermos, porém começam a ser discriminados antes mesmo que se manifeste seu genótipo¹⁰⁶.

Em síntese: o uso inadequado da informação genética pode gerar perigos ou prejuízos diversos, tais como o reducionismo e determinismo genético, estigmatização e discriminação por características genéticas e a perda ou diminuição da capacidade de autodeterminação, ante a intromissão e o acesso não autorizado às esferas e conhecimentos reservados.

genético apropriado (art.12). As intervenções que tenham por objetivo a modificação do genoma humano somente poderão ser realizadas por razões preventivas, diagnósticas ou terapêuticas, e desde que não tenham como fim a introdução de qualquer modificação no genoma da descendência (art.13). Além disso, não se permitirá a utilização das técnicas de assistência médica à reprodução para seleção do sexo da futura criança, salvo com o propósito de evitar uma enfermidade hereditária grave ligada ao sexo (art.14).

102 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos ...*, op. cit., p.164.

103 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos ...*, op. cit., p.164; APARISI MIRALLES, Angela., op. cit., p.145.

104 JERVIS, G. *Manual Crítico de Psiquiatria*. Anagrama. Barcelona. 1977, citado por NEMESIO, R: SERRA, I., “Personalidad y socialización”. In: VVAA., *Fundamentos de Sociología, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, p. 164*. Apud: APARISI MIRALLES, Angela. *El Proyecto Genoma...*, op. cit., p.145.

105 BILLING, P.R., “La libertad y la nueva genética”, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. I, Fundación BBV, 1994, p.243*. Apud: APARISI MIRALLES, Angela. *El Proyecto Genoma...*, op. cit., p.145.

106 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos ...*, op. cit., p.169.

5.1. ADISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NO ÂMBITO TRABALHISTA

Em relação a eventuais usos e abusos da informação genética nos meios laborais, a União Européia elaborou, em 16 de março de 1989, a resolução *Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética*, a qual menciona, em seus preceitos 13 a 18, a proibição da seleção dos trabalhadores segundo os critérios genéticos, a proibição dos reconhecimentos médicos sistemáticos e, por último, a proibição das investigações genéticas prévias à contratação dos trabalhadores. Ademais, o Conselho da Europa, na Recomendação 3 (1992), sobre provas genéticas e seleção com fins sanitários, em seu Princípio 6, dispõe que a prestação de atenção sanitária e de subsídios familiares, requisito para contrair matrimônio e outras formalidades similares, assim como a admissão a determinadas atividades, especialmente atividades laborais, ou o continuado exercício delas, não deverá ser submetida às provas genéticas ou de crivado genético¹⁰⁷.

No mesmo sentido, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco dispõe em seu artigo 14, b):

Os dados genéticos humanos, os dados proteômicos humanos e as mostras biológicas associadas a uma pessoa identificável não deveriam ser dados a conhecer, nem postos à disposição de terceiros, em particular de empregados, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino e familiares da pessoa em questão, salvo por um razão importante de interesse público nos restritos casos previstos no direito interno, e compatíveis com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou quando se tenha obtido consentimento prévio, livre, informado e expresso dessa pessoa, sempre que este seja conforme o direito interno e o direito internacional relativo aos direitos humanos

Não obstante, a informação genética pode ser recolhida, classificada, armazenada e recuperada a partir de três tipos de provas pré-sintomáticas básicas (testes genéticos)¹⁰⁸: a) as análises forenses ou periciais do DNA (*DNA analysis*); b) provas do seguimento genético (*genetic monitoring* – com suas variantes citogenética e não citogenética, segundo se destinem a

107 ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.) Código de Leyes..., op.cit., p.570.

108 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. Pruebas Genéticas en el Derecho del Trabajo. Madrid: Civitas. Estudios de derecho laboral n.28, 1999, p. 62-85; JORQUI AZOFRA, María. "Consideraciones éticas y jurídicas sobre la práctica de los "test genéticos". Especial consideración al contexto laboral", p.338-341. In: MARTÍNEZ MORÁN, N.(Coord.) Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida n.18, Granada: Comares, 2003.

observar danos ocorridos na estrutura do cromossomo ou na estrutura molecular do DNA contida nos cromossomos); c) provas de controle genético (*genetic screening*). No entanto, somente são relevantes no âmbito da relação de trabalho as duas últimas. O objetivo da primeira se radica em encontrar e determinar uma coincidência entre duas ou mais mostras de DNA, sem pretender efetuar diagnóstico algum sobre o submetido à prova, nem revelar, portanto, informação de nenhum tipo a partir da qual se possa identificar a constituição genética da pessoa¹⁰⁹.

As provas de seguimento genético (*genetic monitoring*) referem-se aos exames periódicos com o fim de identificar, no material de uma pessoa, mutações induzidas pelo entorno, permitindo estabelecer e prevenir os danos que por esse motivo possam ocasionar ao trabalhador, mesmo que se identifiquem os riscos de um entorno laboral determinado, com o fim de eliminá-los ou reduzi-los¹¹⁰. As provas de *controle genético* (*genetic screening*) consistem em uma única prova, destinada a identificar os indivíduos que apresentem uma susceptibilidade superior ou inferior, em relação à normal, a determinados riscos laborais ou à exposição de toxinas¹¹¹.

Assim, o conhecimento dos riscos no âmbito do trabalho apresenta diversos pontos de interesse em função da ótica que se mire¹¹²: a) do próprio *trabalhador*, por possibilitar a prevenção, o tratamento, mudança de trabalho ou renúncia às expectativas de obter um novo; b) do *empregador ou empresário*, por reduzir os custos derivados de enfermidades potenciais futuras de seus trabalhadores, tanto no que se refere à atividade produtiva em si mesma quanto às responsabilidades por acidentes originários de seus trabalhadores, além da repercussão contributiva por baixas trabalhistas e aposentadorias antecipadas por enfermidade; c) de *outros trabalhadores*, garantindo sua seguridade, ao prevenir acidentes que os possam lesionar, originados de companheiros com predisposição; d) de *terceiros relacionados com a empresa* - por exemplo, os clientes - por possibilitar que se evitem acidentes derivados de manifestação da enfermidade em um trabalhador que

109 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. Pruebas Genéticas..., *op. cit.*, p. 62.

110 ROMEO CASABONA, Carlos Maria. "El Principio de no Discriminación ...", *op.cit.* p. 188.

111 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. Pruebas Genéticas..., *op. cit.* p. 66-67; JORQUI AZOFRA, Maria. "Consideraciones éticas ...", *op. cit.*, p.339.

112 SALA FRANCO, Tomás. "El Proyecto del Genoma y las relaciones laborales", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.2, Bilbao:Universidad de Deusto, 1995, p. 148; SOLA, Carlos de. "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (II)", *op. cit.*, p.158 e segs; ROMEO CASABONA, Carlos Maria. "El Principio de no Discriminación...", *op.cit.*,p. 188-189.

apresente predisposição (condutores de meios de transportes de passageiros, e em especial os pilotos de aeronaves); e) e, por último, do *Estado*, por possibilitar-lhe cumprir de modo mais eficaz suas funções de prevenção de acidentes e de proteção da saúde dos trabalhadores, mediante o estabelecimento e imposição de medidas de prevenção de riscos e de higiene laboral.

Ademais, é indiscutível que essa enumeração de protagonistas relacionados com a informação genética no âmbito laboral revela uma pluralidade de interesses concorrentes, porém, em certas ocasiões, antagônicos e por isso contrapostos¹¹³. Frise-se que há um conflito potencial entre os interesses individuais e a sociedade¹¹⁴.

A partir do estudo da estrutura genética da pessoa, o cientista poderá assessorar o empresário em sua decisão de contratar ou não um determinado trabalhador¹¹⁵, e com seu juízo de valor sobre as características genéticas e dos fenótipos, abrirá a caixa de Pandora, em forma de discriminação e abuso de poder, que, longe de constituir tão-somente uma forma de controle empresarial da ocupação de um concreto posto de trabalho, pode acabar afetando os direitos fundamentais da pessoa, e isto sob uma "certa aparência de legitimidade científica"¹¹⁶.

Assim, à medida que aumente o número de empresas que valorizem a informação genética como meio de identificar os trabalhadores dotados de uma boa saúde e de uma constituição saudável, essas condições poderão constituir-se em incentivos atrativos, sejam econômicos ou de outra natureza, na seleção dos candidatos¹¹⁷. A seleção poderá ter fim duplo, acumulado ou alternativo. No sentido negativo, a empresa não contratará o candidato na hipótese de o diagnóstico evidenciar qualquer anomalia de seguro surgimento no futuro ou uma simples predisposição de caráter multifatorial; ou, com critérios de seleção positiva, selecionará os trabalhadores mais aptos ao entorno laboral determinado de acordo com as características genéticas¹¹⁸.

113 ROMEO CASABONA, Carlos María. "El Principio de no Discriminación...", *op. cit.*, p. 189.

114 FALLA, Garrido. "El derecho a la intimidad y el uso de la información genética", Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. I, Fundación BBV, 1994, p.334.

115 SUZUKI, D; KNUDTSON, P. Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos. Madrid: Tecnos, 1991, p. 149; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. Pruebas Genéticas ..., *op. cit.*, p. 68; JORQUI AZOFRA, María. "Consideraciones éticas...", *op. cit.*, p.339.

116 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. Pruebas Genéticas..., *op.cit.*, p. 68.

117 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos ..., *op. cit.*, p.171; ROMEO CASABONA, Carlos María, Los genes y sus leyes..., *op. cit.*, p.77.

118 ROMEO CASABONA, Carlos María, Los genes y sus leyes..., *op. cit.*,p.77.

Outrossim, a utilização abusiva da informação obtida contra o candidato ao emprego poderia dar lugar a grupos de população excluídos do acesso ao mercado de trabalho¹¹⁹, separados em grupos "rentáveis" ou pouco propensos a desenvolver patologias, e "não rentáveis"¹²⁰, que formariam uma categoria de trabalhadores "assintomaticamente enfermos"¹²¹. Em um grau inferior ficariam situados aqueles cujas provas genéticas os marcassem como hipersensíveis, estigmatizando-os como intocáveis e destinados a ser perpetuamente desempregados; e em um grau superior estariam os trabalhadores modelares em seus genótipos¹²². Não há dúvida de que a política de saúde tem que velar pelo bem-estar dos pacientes partindo do princípio da equidade, para evitar o uso indiscriminado do *genetic screening*, com fins distintos dos previstos e especificados¹²³.

Por outro lado, é preciso ter em conta o conceito de *enfermidade* no âmbito laboral, o qual é diferente de outros setores do ordenamento jurídico, que partem de qualquer modalidade de diminuição da saúde (por exemplo o portador de AIDS, pois como enfermidade deve ser entendida aquela situação que invalida ou reduz de forma concreta a capacidade de desempenhar um determinado posto de trabalho)¹²⁴. Portanto, a simples predisposição, comum quando o sujeito é heterozigoto ou portador de um gene autossômico recessivo e revela-se assintomático (por exemplo, anemia falciforme, que somente se revela quando o sujeito é homozigoto) - pode se manifestar em pessoas sãs que muito possivelmente nunca sofrerão essa enfermidade, porém, pelo fato de serem portadoras de um gene "anormal", poderão sofrer uma situação de segregação¹²⁵.

Na realidade, o acesso a um emprego nunca deve estar subordinado à realização de nenhuma prova ou análise genética, salvo em caráter

119 SOLA, Carlos de. "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (II)", *op. cit.*, p.161.; ROMEO CASABONA, Carlos Maria. "El Principio de no Discriminación...", *op. cit.*, p.189.

120 APARISI MIRALLES, Angela. *El Proyecto Genoma...*, *op. cit.*, p.149.

121 MARK, G; SHERIZEN, S. "Monitoring on the job: How to project privacy as well as property". *Technology Review*, v. 8, 1986, p.63-72; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *Pruebas Genéticas...*, *op.cit.*, p. 68.

122 SUZUKI, D; KNUDTSON, P. *Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 152; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *Pruebas Genéticas...*, *op.cit.*, p. 69.

123 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos ...*, *op. cit.*, p.165.

124 ROMEO CASABONA, Carlos Maria. "El Principio de no Discriminación ...", *op. cit.*, p. 191.

125 BILLING, P.R., et alli., "Discrimination as a Consequence of Genetic Testing" In: BEAUCHAMP, T.L. & WALTERS, L. *Contemporary Issues in Bioethics*, *op.cit.*, p.639. Apud: APARISI MIRALLES, Angela. *El Proyecto Genoma*, *op. cit.*, p.150.

*excepcional*¹²⁶. Isso em consonância com o direito à intimidade, entendido como a faculdade de gestão da própria informação genética, com a conseqüente proibição de discriminação baseada nessa causa¹²⁷. Admitem-se provas genéticas obrigatórias sobre predisposições às enfermidades somente em razão de riscos concretos para a saúde e em certas profissões de risco (por exemplo, condutores de passageiros e pilotos de avião)¹²⁸. Para que tal exceção seja aceita, Catalano propõe algumas condições:

a) que o posto de trabalho concreto resulte em perigo considerável para terceiros; b) que exista o diagnóstico de uma alta probabilidade de contrair uma enfermidade profissional muito grave ao entrar em contato com o entorno laboral; c) que não exista a alternativa de que o empregador melhore as condições de segurança do entorno laboral; d) que se ofereça um posto de trabalho alternativo ao empregado, com a mesma categoria e salário e na mesma empresa; e) que o descumprimento de qualquer dessas condições seja considerado uma infração penal.

Outrossim, o estabelecimento de provas genéticas não é incompatível com o prévio conhecimento informado do interessado, nem com seu direito a conhecê-las ou não. E, por fim, lembra Casabona que

(...) as análises genéticas (e o acesso à informação que aportam) somente estariam justificadas em benefício do trabalhador, para a adoção de medidas de proteção de sua saúde, se têm a ver fundamentalmente com as condições do trabalho, tanto por parte do empresário como do próprio trabalhador; assim como - porém em caráter excepcional - se justificariam para prevenir riscos de acidentes de terceiras pessoas em atividades especialmente perigosas, o que não implica necessariamente a exclusão do trabalhador de seu posto de trabalho desde o primeiro momento¹²⁹.

126 APARISI MIRALLES, Angela. El Proyecto Genoma..., *op. cit.*, p.151; BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos ..., *op. cit.*, p.171; ROMEO CASABONA, Carlos Maria. "El Principio de no Discriminación...", *op.cit.*,p. 191.

127 APARISI MIRALLES, Angela. El Proyecto Genoma..., *op. cit.*,p.150.

128 CATALANO, Giuseppe. "Análisis Genético de los Trabajadores Italianos: un Enfoque Jurídico", p.337. In: AA.VV. El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, v. IV, Bilbao: Fundación BBV, 1994.

129 ROMEO CASABONA, Carlos Maria. "El Principio de no Discriminación...", *op. cit.*, p.193.

5.2 A Discriminação Genética no Setor de Seguros

As companhias de seguro têm notado que as análises genéticas de seus futuros clientes podem ser de capital importância para concertar os chamados seguros de pessoas, vida, enfermidade e acidentes, estabelecê-los de acordo com as condições mais ou menos rigorosas e inclusive rejeitar a celebração do contrato¹³⁰. O acesso a essa informação poderá gerar uma nova forma de discriminação, que segregaria toda uma categoria de pessoas como de "não asseguráveis"¹³¹. Se conhecessem os dados completos de seus segurados, as companhias poderiam praticamente eliminar, com um mínimo de incerteza do risco, e desfazer-se dos clientes "não convenientes"¹³².

O Parlamento Europeu, na Resolução sobre problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, aborda as implicações do genoma para o âmbito dos seguros. Assim, nos artigos 19 e 20¹³³ especifica que as companhias de seguro não podem invocar direito algum à realização das análises genéticas, para firmar um contrato de seguro, tampouco têm o direito de exigir qualquer tipo de informação sobre os dados genéticos que o segurado conhece¹³⁴.

Nesse sentido, a Recomendação 3, aprovada em 10 de fevereiro de 1992 pelo Conselho da Europa sobre provas genéticas e de seleção com fins de saúde, em seu Princípio 7 estabelece:

"As companhias seguradoras não deverão ter direito de exigir a realização de provas genéticas ou pedir informação sobre os resultados de provas realizadas anteriormente como condição prévia para a celebração ou modificação de um contrato de seguro"¹³⁵.

130 YANES YANES, Pedro. "Seguros de personas e información genética (I)". Revista de Derecho y Genoma Humano, n.1, Bilbao: Universidad de Deusto, 1994, p.195 y ss; ROMEO CASABONA, Carlos María. "El Principio de no Discriminación...", op. cit., p.191.; Los genes y sus leyes..., op. cit., p.83.

131 BILLING, P.R., et alli. "Discrimination as a consequence of genetic testing", American Journal of Human Genetics, 50, 1992, p.476-482. Apud: APARISI MIRALLES, Angela. El Proyecto Genoma..., op. cit., p.156; HENDGES, Yara. "El genoma humano y el contrato de seguro". Revista de Derecho y Genoma Humano, Bilbao: Universidad de Deusto, n.11, p.241, jul./dez., 1999.

132 WATSON, J. "Polimorfismo genético y entorno medioambiental", Proyecto Genoma Humano: Ética, op.cit., p.37-39, Apud: APARISI MIRALLES, Angela. El Proyecto Genoma..., op. cit., p.159.

133 Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de março de 1989. (ROMEO CASABONA, Carlos María. Código de Leyes..., op. cit., p.677).

134 BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos..., op.cit., p.174.

135 Princípio 7. Seguros. (ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.) Código de Leyes..., op.cit. p.570.

Por último, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, em seu artigo 7, já mencionado neste trabalho, proíbe que os dados genéticos de uma pessoa identificável sejam dados a conhecer ou postos à disposição de terceiros, em particular das companhias de seguro, salvo por interesse público ou com consentimento prévio, livre, informado e expresso dessa pessoa.

Não obstante, as previsões legais em relação a essa matéria, no âmbito europeu, são diferentes. Ocorrem três modelos principais¹³⁶: a) autorização sem restrições aos seguradores para solicitar todo tipo de provas, inclusive das análises genéticas; b) utilização limitada dos dados genéticos, com independência de qual seja sua origem; c) proibição absoluta das análises genéticas para contratos de seguro¹³⁷.

Na modalidade de contrato de seguro de vida, cabe frisar que a maior repercussão dos dados genéticos obtidos estaria na hipótese de haver sido pactuado que o prêmio somente se prestaria na hipótese de falecer a pessoa em um prazo ou período de tempo determinado. Nas demais hipóteses não haveria discussões, em razão de que o prêmio seria pago pelo segurador, qualquer que fosse a data do falecimento, ou se o sujeito tivesse superado uma determinada idade¹³⁷, inclusive na hipótese de sobrevida¹³⁸.

Pelo contrário, questão distinta seria o caso dos seguros de enfermidade, quando se apresente especial relevância em conhecer os dados genéticos relativos à saúde do segurador. O mesmo ocorre com os seguros de acidentes, quando o evento pode estar causalmente vinculado a uma enfermidade que se incline a isso¹³⁹. Sem embargo, entende-se que, com amparo do direito à intimidade e igualdade, de modo similar ao que se apresenta em relação ao contrato de trabalho, não se deve condicionar a aceitação do contrato por parte do segurador à submissão do segurado às análises genéticas.¹⁴⁰

Ademais, tratar-se-ia de evitar que, de fato, o sujeito se veja pressionado (por exemplo, pela imposição de preços exorbitantes)¹⁴¹. Por um lado, as companhias de seguro poderiam alegar que se encontram em desvantagem ao pretender avaliar os custos de reclamações registradas pelo

136 MCGLLENAN, Tony; WIESING, Urban. "Insurance and Genetics: European Policy Options", *European Journal of Health Law*, v.7, 2000, p.367 e segs. Apud: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. "El Principio de no Discriminación...", *op. cit.*, p. 199.

137 APARISI MIRALLES, Angela. *El Proyecto Genoma...*, *op. cit.*, p.158.

138 HENDGES, Yara. "El genoma humano...", *op. cit.*, p.236.

139 APARISI MIRALLES, Angela. *El Proyecto Genoma...*, *op. cit.*, p.159.

140 *Idem*, *Ibidem*.

141 APARISI MIRALLES, Angela. *El Proyecto Genoma...*, *op. cit.*, p.159.

solicitante, fenômeno que se conhece como "seleção adversa"¹⁴²; além disso elas poderiam sustentar que, como o futuro segurado conhece seu genoma, ficaria eliminado um requisito fundamental do contrato de seguro: o risco determinado pela incerteza da produção ou não do evento¹⁴³. Por outro lado, os solicitantes, sabendo que terão um risco grande de contrair uma determinada enfermidade, tentariam adquirir a cobertura sanitária a um preço que não cobriria suas reclamações¹⁴⁴.

Também não se pode esquecer que, como regra geral, *não há seguro sem risco*, entendido esse elemento de risco para toda classe de seguros, como a possibilidade de que se produza um evento danoso; e para que haja risco, sempre será necessário que se dê a possibilidade. Isso é algo que supõe duas coisas: o caráter futuro desse acontecimento e sua incerteza¹⁴⁵. Henges esclarece que a incerteza não deve ser absoluta, pois, como é notório, nos seguros de vida para a hipótese de morte, somente se produz uma incerteza *relativa*, isto é, uma incerteza que se dá ao se saber que o acontecimento necessariamente sobrevirá, embora se ignore quando¹⁴⁶.

De forma a concluir, existem algumas propostas para resolver a questão: a) oferecer uma cobertura mínima a todos e evitar os problemas de discriminação, emitindo apólices de seguro de vida ou seguro de invalidez, sem exame¹⁴⁷; b) distinguir os seguros ligados à proteção social, submetidos ao princípio da solidariedade, e os seguros privados, submetidos às leis do mercado¹⁴⁸; e c) como destaca o Informe do *National Center for Human Genome Research*, o caminho mais efetivo para a não-discriminação genética nos cuidados sanitários é aumentar a cobertura pública de serviços básicos de saúde¹⁴⁹. No entanto, a prevenção dos prejuízos para ambas as partes deverá resultar em uma conciliação entre os diferentes interesses em jogo, a fim de se assegurar o necessário equilíbrio e evitar a violação do direito da pessoa à intimidade e à dignidade.

142 UZYCH, L., "Human Genetics, Bioethics, and the Law", Journal of the National Cancer Institute, 1992, vol.84, n.2, jan. 15, p.128. Apud: APARISI MIRALLES, Angela. El Proyecto Genoma..., op. cit., p.159.

143 APARISI MIRALLES, Angela. El Proyecto Genoma..., op. cit., p.159.

144 Idem, *Ibidem*.

145 HENDGES, Yara. "El genoma humano...", op. cit., p.236.

146 Idem, *Ibidem*.

147 KNOPPERS, B. Dignité humaine et patrimoine génétique, Univ. Montreal, Faculty of Law, 1991, p.55. Apud: BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. Derechos Humanos..., op. cit., p.174.

148 MATHIEU, Bertrand. Génome Humain et Droits Fondamentaux, Paris: Economica, 2000, p.89.

149 "Genetic Information and Health Insurance", Revista de derecho y Genoma Humano, op.cit., p.2. Apud: APARISI MIRALLES, Angela. El Proyecto Genoma..., op. cit., p.160.

6. CONCLUSÃO

A informação genética oriunda dos dados genéticos, dados proteômicos e mostras biológicas humanas constitui uma informação que, indo além do conhecimento, desnuda a pessoa humana, porque revela o mais íntimo de sua essência: a constituição genética ou genoma individual sua e de sua família. Ademais, resulta dela um grande poder, que poderá ser utilizado para o bem ou para o mal e que se maneja sem um controle adequado. Uma absoluta autodeterminação de seu uso por parte da pessoa poderá gerar não somente a vulnerabilidade dos direitos fundamentais, tais como direito à vida e à intimidade, discriminação, liberdade e dos princípios da justiça, solidariedade e responsabilidade, mas também risco de transformação do genoma da espécie humana, em definitivo.

Os dados genéticos humanos são singulares por sua condição de dados sensíveis, portanto merecem um tratamento jurídico particular e, concretamente, uma proteção reforçada, ante o fato de que podem indicar predisposições genéticas dos indivíduos e de toda a sua descendência. A informação genética é única, porque a pessoa é um ser geneticamente irrepetível, com uma dotação e identidade próprias, através da unicidade, ou seja, a qualidade de ser única; e a unidade relativa a ser uma realidade positiva que a distingue de qualquer outras e a converte em uma só. Ademais, a informação é estrutural, acompanha o indivíduo desde o nascimento até a morte, pois é involuntária. Sua origem e características genéticas não dependem da vontade do indivíduo, pois foram transmitidas pelos seus pais e sem a intervenção deles; é indestrutível, permanente e inalterável, estando sujeita apenas às mutações genéticas espontâneas ou provocadas pela engenharia genética; e também é singular, porque não se comparte com ninguém e por causa de sua vinculação com a família biológica que também proporciona identificação genética.

Como se vê, a informação genética é preditiva, isto é, indica uma provável e aproximada informação sobre a saúde do indivíduo, através do diagnóstico das enfermidades monogênicas, em que se revela a presença de um gene dominante em consequência do qual o indivíduo padece uma enfermidade ou com muita probabilidade a padecerá no futuro. Através do diagnóstico de enfermidades multifatoriais poligênicas se revela uma propensão a desenvolver uma específica patologia, quando a essa propensão se unem determinados condicionantes ambientais. O surgimento da patologia dependerá também do próprio sujeito, portanto estará sempre sujeito a um grau de incerteza. Por fim, a informação genética é geracional, pois revela a herança e sua conexão com a família e parentes, por se transmitir entre gerações.

Nesse contexto, o direito a determinar as condições de acesso à informação genética leva ao direito à *intimidade genética*, e deve-se a um conceito do princípio da intimidade unitário de textura aberta, plural, dinâmico e globalizador¹⁵⁰, que engloba a intimidade genética. Ademais, o direito à intimidade genética tem sua dimensão axiológica, ou seja, a dignidade humana se encontra em seu fundamento objetivo, ante o fato de que o genoma é o que diferencia todos os seres humanos entre si, e também é o que diferencia a espécie humana de todas as demais; portanto, deduz-se da informação normativa que todos os seres humanos são iguais em dignidade.

Em relação a este ponto, é preciso, para afirmar esta reflexão, esclarecer que ele significa “respeitar a dignidade das pessoas”, isto é, “não instrumentalizar” resultados, especialmente no caso da biotecnologia da engenharia genética, porque a opacidade do termo pode dar lugar a interpretações que atentam contra o referido princípio, e para isso transcrevo textualmente Cortina:

(...) para responder, recorremos à ajuda de quatro enfoques filosóficos: ao *núcleo kantiano* do princípio de não-instrumentalização, expresso nas formulações do imperativo, que é sem dúvida o fundamento mais acabado da dignidade humana; ao *enfoque das capacidades* de Amartya Sen, que pode ajudar-nos a desenvolver esse núcleo, porque insiste na vertente positiva do apoderamento, do reforço das capacidades; à proposta da *ética do discurso*, que entende a autonomia também como *participação* em um diálogo; e ao *princípio da responsabilidade* de Hans Jonas, segundo o qual

150 *Existem defensores do reconhecimento de um direito específico à proteção dos dados pessoais, afirmando que a técnica da proteção de dados é mais complexa e mais ampla que o direito à intimidade, que consiste em rejeitar intromissões ilegítimas na esfera privada. Tal direito se concretiza em limitações e proibições frente a terceiros, com garantias instrumentais, sem que os dados protegidos tenham que ser íntimos, sendo suficiente seu caráter pessoal, embora pareçam inócuos (DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. Tratamiento..., op. cit., p.32). Em sentido contrário, Pérez Luño afirma: “A pluralidade de manifestações em que a intimidade se manifesta não implica uma dissolução do conceito unitário da intimidade, mas sua ampliação e adaptação às exigências em um mundo em mudança; não há uma pluralidade de conceitos de intimidade, mas um conceito unitário de textura aberta, plural, dinâmica e globalizadora. A metamorfose do conceito de intimidade, desde a esfera intrasubjetiva da abstração à intersubjetiva do controle dos dados pessoais, não significa a perda de sua função tutelar dos valores da personalidade. O direito à intimidade trata sempre de defender faculdades de autodeterminação do sujeito, porém não de um sujeito isolado, irreal ou abstrato, produto de uma antropologia individualista, mas de um cidadão concreto que exerce sua intimidade no seio de suas relações com os demais cidadãos e com o poder público” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. “El derecho a la intimidad...”, op. cit., p.263).*

quem não assume o cuidado de um ser vulnerável e valioso, podendo fazê-lo, comporta-se de forma imoral. Estes três últimos vetores permitem desenvolver e complementar o núcleo da ética kantiana do respeito à dignidade, à “não-instrumentalização”¹⁵¹.

Não obstante, a intimidade genética na dimensão subjetiva, ou seja, a autodeterminação informativa, é o direito que tem qualquer pessoa de “saber” ou “não saber” sobre seus dados genéticos, um direito do indivíduo a decidir por si mesmo acerca da entrega e utilização de seus dados. Em relação a este ponto existe o direito da pessoa a “não saber” sobre seus dados genéticos, embora possa haver conflitos com terceiras pessoas, tanto em relação a sua família consanguínea ou afim como em relação aos profissionais da saúde, ante o dever de segredo. Embora não seja objeto deste estudo, o direito de informar corresponde ao próprio sujeito, e se este não quer ser informado sobre seus dados genéticos, sua decisão deverá ser respeitada. No entanto, com relação aos descobrimentos inesperados, o interessado poderá ter acesso a eles sempre que solicite explicitamente essa informação, após um consentimento informado adequado, desde que a legislação interna não proíba tal informação e que esta não seja capaz de acarretar graves problemas à saúde ou à intimidade da pessoa ou de sua família.

Finalmente, a informação genética fornece um enorme potencial discriminador àqueles que defendem o determinismo genético e que sustentam, em última instância, uma teoria reducionista da natureza humana. Ocorre que essa posição é totalmente equivocada, porque a desigualdade não está nos genes. Cada indivíduo é dotado de uma configuração genética característica, e nela influem diversos fatores educativos, ambientais e pessoais, bem como relacionamentos afetivos, sociais, espirituais e culturais dele com outros seres humanos.

Outrossim, não parece justificável a realização de provas genéticas preditivas no contexto de um contrato trabalho ou de seguro, salvo se orientadas à proteção contra riscos concretos à saúde das pessoas envolvidas. São vários os fundamentos para essa conclusão, alguns das quais merecem destaque. O primeiro é a necessidade do *consentimento do sujeito* em submeter-se às análises genéticas para o conhecimento de sua informação genética, bem como o dever de segredo. Outro é o uso do *princípio da proporcionalidade*, a fim de que se estabeleça uma ponderação entre a

151 CORTINA, Adela. “Ética de las biotecnologías”. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política, n.27, dic., 2002, Madrid, p.79-80.

finalidade econômica e laboral de acesso aos dados genéticos e a eventual lesão aos direitos fundamentais, em especial à intimidade e privacidade pessoal, como meio de se assegurar a igualdade de posições entre interesses contrapostos, a fim de aproveitar os aspectos benéficos do uso e acesso à informação genética em diversos setores, inclusive os trabalhistas e de seguros, eliminando-se ao mesmo tempo os negativos.

Por último, merece ênfase o respeito ao *princípio da dignidade da pessoa*, ou seja, da sua “não-instrumentalização”, porque o conhecimento de dados que afetam os genes próprios do indivíduo também faz parte de sua auto-realização, e do âmbito nuclear da personalidade humana, e por conseqüência constitui objeto de direito geral da personalidade e da dignidade humana. Ademais, como lembra Regis Prado, a dignidade da pessoa, como postulado fundamental, peculiar ao Estado de Direito democrático há de plasmar todo o ordenamento jurídico-positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica¹⁵².

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDORNO, Roberto. “La dignidad humana como noción clave en la Declaración de la UNESCO sobre el genoma humano”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.14, ene.../jun., 2001.
- . “The paradoxal notion of human dignity”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, serie V, ano LXXVIII, n.2, p.151-168, abr./jun., 2001.
- . *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- APARICI MIRALLES, Angela. “Genoma humano, dignidad y derecho”, *Derecho y Salud*, v.10, n.1, 2002.
- . *El Proyecto Genoma Humano: Algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

152 Observa-se que a força normativa do princípio da dignidade esparge por toda a ordem jurídica e serve de alicerce aos demais princípios fundamentais, por exemplo uma transgressão ao princípio da liberdade, da culpabilidade implicará também em última instância, uma lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, v.1, 4º ed., 2004, p.137-138)

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "A identidade genética do ser humano: Bioconstituição: Bioética e Direito". *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n.32, jul./set., 2000.
- BERG, K. "Cuestiones de confidencialidad en genética médica: la necesidad de leyes, reglamentos y códigos de buena práctica para una acción óptima contra la enfermedad", in: *Ética y genética humana*, p.122-134, Consejo da Europa, 2º Simposio de Bioética, 1994.
- BERGEL, Salvador Darío. "Derechos Humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.9, jul./dec., 1998.
- BERNAT, Erwin. "Aspectos legales de los avances en genética humana. Un punto de vista austriaco". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n.3, p.37-44, jul./dec., 1995.
- BILLING, P.R., "La libertad y la nueva genética", *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, Fundación BBV, 1994.
- BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*. Granada: Editorial Comares. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, n.6, 1999.
- CASADO, Maria (ed.) *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1996;
- _____. "Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética", p.113-135. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (coord.). *Derecho biomédico y bioética*. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, n.1, Granada: Editorial Comares, 1998;
- _____. "Limites al interés coletivo en el campo de la genética clínica: el conflicto entre as exigencias de salud pública y la salvaguarda de la dignidad humana", p.81-96. In: DURÁN, Alicia; RIECHMANN, Jorge (coord.). *Genes en el laboratorio y en la fábrica*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- CATALANO, Giuseppe. "Análisis Genético de los Trabajadores Italianos: un Enfoque Jurídico", p.337. In: AA.VV. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v. IV, Bilbao: Fundación BBV, 1994.

- CLOTET, J. "Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina". In: BERGEL, Salvador Dario; CANTU, Jose Maria (coords). *Bioética y Genética*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- COAN, Emerson Ike. "Biomedicina e Biodireito. Desafios Bioéticos. Traços semióticos para uma Hermenêutica Constitucional Fundamentada nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inviolabilidade do Direito à Vida". In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- COMITÉ DE ÉTICA EN LA CIENCIA Y LA TECNOLOGIA (CECTE), Argentina, Recomendación sobre Confidencialidad de los datos genéticos. Origen: Comisión de Ciencia y Técnica Honorable Cámara de Diputados de la Nación, aprobada en 9.12.2002.
- CORTINA, Adela. "Ética de las biotecnologías". *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 27, dic., 2002, Madrid.
- CRUZ-COKE, Ricardo. "Principios bioéticos sobre datos genéticos humanos", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.19, 2003
- DARÍO BERGEL, S. "Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.9, 1998.
- DAUSSET, "La médecine prédictive", *CIB*, Paris: UNESCO, III, 1995.
- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., "Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.2, 1995.
- DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad "versus" interés público*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

- DIEDRICH, Gislayne Fátima. "Genoma Humano: Direito Internacional e Legislação Brasileira", p.223-224. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ESPIELL, Héctor Gros. "El patrimonio común de la humanidad y el genoma humano". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, v.3, p.91-103, 1995.
- FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. "Limites da Ciência e o Respeito à Dignidade Humana". In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FALCÃO De OLIVEIRA, Guilherme Freire. "Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma (Parte I)". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.6, ene./jun., 1997.
- _____. "Implicaciones jurídicas del conocimiento del genoma (Parte II)". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dec., 1997.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. "El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dec., 1997.
- FALLA, Garrido. "El derecho a la intimidad y el uso de la información genética", *Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. I, Fundación BBV, 1994.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *Pruebas Genéticas en el Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas. Estudios de derecho laboral n.28, 1999.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. "El Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano de la UNESCO". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dec, 1997.
- GAFO, J. "Problemas éticos del Proyecto Genoma Humano". In: GAFO, J. (Ed.) *Ética y Biotecnología*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1993.

- GARCÍA MIRANDA, Carmen María. *Perspectiva Ética y Jurídica del Proyecto Genoma Humano*. Coruña: Universidad da Coruña. Servicio de Publicacións, 1997.
- GROS ESPIELL, Héctor. "El Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de la Persona Humana de la UNESCO". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dec., 1997.
- HENDGES, Yara. "El genoma humano y el contrato de seguro". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Universidad de Deusto, n.11, p.239, jul./dec., 1999.
- HEREDERO HIGUERAS, M. *La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentario y textos*, Madrid, Tecnos, 1996.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis. *La Protección Jurídica de los Descubrimientos Genéticos y El Proyecto Genoma Humano*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- JERVIS, G. *Manual Crítico de Psiquiatría*. Anagrama. Barcelona. 1977, citado por NEMESIO, R: SERRA, I., "Personalidad y socialización". In: VV.AA., *Fundamentos de Sociología*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.
- JOUBE, Nicolas. La nueva biología. Los avances en biología molecular y genética, *Aula Aberta* na Faculdade San Dámaso, Madrid, España, fecha: 28 abril 2004.
- KIRBY, Michael. "Proyecto Genoma Humano y su desafío a la Sociedad". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.5, jul./dec., 1996.
- KLUG, William S; CUMMINGS, Michael R. *Conceptos de Genética*. 5ª ed., Traducción: José Luis Ménsua Fernandez y David Bueno i Torrens, Madrid: Prentice Hay, 1999.
- KNOPPERS, B. *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Univ. Montreal, Faculty of Law, 1991.

- KNOPPERS, B. M. "Hacia una intimidad genética", p.387-388. In: AA.VV *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, v.1, Bilbao: Fundación BBY, 1994.
- LACADENA, Juan-Ramón. "Individualización y mismidad genética en el desarrollo humano", p.116. In: MAYOR ZARAGOZA, Federico; ALONSO BEDATE, Carlos (coords.) *Gen-Ética*, Barcelona: Ariel, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. "A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana". In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LENOIR, Noëlle. "UNESCO's Universal Declaration on the human genome and human rights". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Universidad de Deusto, n.9, jul./dec.,1998.
- MARÍN, Enrique. "La genética y la Filosofía de los Derechos Humanos", p.75-82. In: BORRILLO, Daniel (ed.). *Genes en el Estrado*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1996.
- MARK, G; SHERIZEN, S. "Monitoring on the job: How to project privacy as well as property". *Technology Review*, v. 8, 1986.
- MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1987.
- MARTÍN SANJUAN, Cristina. "Cribado Genético: El Conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad", p.321. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.). *Biotechnología, Derecho y Dignidad Humana*. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida n. 18, Granada: Editorial Comares, 2003.
- MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. "Persona, dignidad humana en investigaciones médicas", p.3-44. In: MARTÍNEZ MORÁN, Narciso (coord.) *Biotechnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares, 2003;

- MARTINS-COSTA, Judith. "A universidade e a construção do Direito", p.229-240. *Revista Bioética*. Conselho Federal de Medicina, v.8, n.2, 2000;
- _____. "Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito". *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.3, p.59-77, jul./set.,2000; *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.3, p.13-30, 2001 (Coleção Acadêmica de Direitos, v.25).
- MANSON; JONES; MORRIS. *Lo esencial en célula y genética*. 2º ed., Madrid: Elsevier Espanha, 2003.
- MATHIEU, Bertrand. *Génome Humain et Droits Fondamentaux*. Paris: Economical Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2000.
- NIELSEN, Linda. "Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n. 4, p. 66, jan./jun.,1996.
- OLIVEIRA, Simone Born de. *Da Bioética ao Direito*. Manipulação Genética e Dignidade Humana, Curitiba: Juruá, 2002.
- OSSET HERNÁNDEZ, Miquel. *Ingeniería genética y derechos humanos*. Barcelona: Icaria editorial, 2000.
- OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PERALTA LOSILLA, E. "El Consejo de Europa y sus trabajos en materia genética". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.2, 1995.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. "El derecho a la intimidad en el ámbito de la Biomedicina", p. 281. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coord.). *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humano*. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida n.18, Granada: Editorial Comares, 2003.
- QUINTANA, Octavi. "El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: un Convenio de consenso". *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao: Fundación BBV, n.7, jul./dec.,1997.

- RIPOL CARULLA, S. "La protección de datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa" (I) *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n. 5, 1996.
- RIPOL CARULLA, S. "La protección de datos médicos y genéticos en la normativa del Consejo de Europa" (II) *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.6, p.111, ene./jun., 1997.
- ROCA TRÍAS, E., "La función del Derecho para la protección de la persona ante la Biomedicina y la Biotecnología". In: ROMEO CASABONA, C.M (Coord.) *Derecho Biomédico e Bioética*, Granada: Comares, 1998.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. *Genoma Humano y Constitución*. Madrid: Civitas, 2002.
- ROMANILLOS, Alfredo Aguilar. "El programa calidad de vida de la unión europea y el genoma humano: aspectos científicos, socioeconómicos y éticos". In: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco (coord.). *Genética Humana en el Tercer Milenio. Aspectos éticos e jurídicos*. Madrid: Akal, Universidad Internacional de Andalucía, 2002.
- ROMEO CASABONA, C.M, *Del gen al Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- _____. *Los Genes y sus Leyes. El derecho ante el genoma humano*, Granada: Comares, 2002.
- _____. (Ed.) *Código de Leyes sobre Genética*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.
- _____. "El Principio de no Discriminación y las Restricciones Relativas a la Realización de Análisis Genéticos", In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Granada: Editorial Comares, 2002.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. "La Nueva Frontera del Derecho a la Intimidad", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.14, p.150, ene./jun., 2001.
- SALAFRANCO, Tomás. "El Proyecto del Genoma y las relaciones laborales", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.2, Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.

- SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. *La Intimidad y el Secreto Médico*, Madrid: Díaz de Santos, 2000.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*, Granada: Editorial Comares, 2004.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. "Clones, Genes e Imortalidad". *Revista Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento*, ano III, n.18, ene./fev., 2001.
- _____. *Biodireito. Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.
- SIMON, Jürgen. "La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao: Fundación BBV, n.13, p.25-39, jul./dec.,1999.
- SOLA, Carlos de. "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n.1, p.179-190, jul./dec.,1994.
- _____. "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (II)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.2, Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.
- SOTO, Èrica Antônia Bianco. "Biomedicina e Biodireito: Perspectiva Semiológico-Constitucional da Dignidade Humana e do Direito à vida". *Revista Jurídica "Ius Vivens" – Universidade Católica Dom Bosco*, Campo Grande, ano 4, v.5, p.53-62, 2001;
- SUZUKI, D; KNUDTSON, P. *Genética. Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*. Madrid: Tecnos, 1991.
- TAUPITZ, Jochen. "Análisis genético y derecho de autodeterminación en el Derecho Civil Alemán". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n.4, p.87-1020, ene./jun.,1996.
- VIDELA, Mirta. *Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, Vivir, Enfermar y Morir*. Buenos Aires:Ad-Hoc, 1999.

VILA-CORO, Maria Dolores. *Introducción a la Biojurídica*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1995.

WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967.

XAVIER, Elton Dias. “A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano”, p.58. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade. Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

YANES YANES, Pedro. “Seguros de personas e información genética (I)”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.1, Bilbao: Universidad de Deusto, 1994.

Usucapião: Hipóteses de Imunidade e de Isenção Tributária

*J. Virgílio Castelo Branco Rocha Fº. **

1. ITR – COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR E COBRAR.

Para atingir os propósitos que lhe são inerentes, voltados ao progresso material da sociedade e ao aprazimento do bem comum, o Estado necessita de recursos pecuniários, que são obtidos através da arrecadação de impostos, taxas e outros tributos, instituídos em lei.

Portanto, é a partir dessas carências e necessidades que se cria um liame entre o Fisco e o destinatário passivo da norma tributária, tudo com vista a formar uma relação obrigacional necessariamente derivada do texto da lei, *“cuja vinculação se apura pelo meio técnico jurídico do lançamento ou determinação dos elementos de fato e dos elementos de direito que, somente quando vinculados, compõem o fato gerador.”*¹

Assim, dentre os pressupostos que erigem o relacionamento jurídico-tributário, entre o Poder Público e o contribuinte, surge a prerrogativa da União poder instituir, além de outros tributos, o imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR.²

* Advogado, ex-professor da Faculdade de Direito da Univel e da Escola da Magistratura do PR, magistrado aposentado.

1 Ruy Barbosa Nogueira – *Curso de Direito Tributário*, 4ª ed., p. 46.

2 “A história financeira registra o imposto territorial como um dos mais antigos tributos. Sua importância foi marcante nas finanças de alguns países, no início de sua organização tributária. Este fato, aliás, é explicável, por ter sido a terra a primeira fonte de riqueza para o homem. Provavelmente, teve sua origem em Roma, à época das grandes conquistas, o qual era exigido dos ocupantes da terra pública, “ager publicus”, nas províncias ou “ager provincialis”, até onde se estendiam as conquistas romanas.

Já em outros povos, como em Portugal, por exemplo, o imposto territorial assumiu o caráter de tributo calculado sobre os produtos da terra, chamados “dízimos”, que eram pagos em produtos da natureza.

Posteriormente, já no século XVII, os fisiocratas justificavam teoricamente o imposto único sobre o “produto líquido” da terra, que deveria ser cobrado do proprietário

Referido tributo esteve contemplado em todas as nossas Cartas Políticas, a saber: Constituição de 1891, art. 9º, § 2º; Constituição de 1934, art. 8º, I, a; Constituição de 1937, art. 23, I, a; Constituição de 1946, art. 19, I; Constituição de 1967, art. 22, III; Emenda Constitucional 1/69, art. 21, III; e Constituição Federal de 1988, art. 153, VI, respectivamente.

Em seu nascedouro, o ITR (imposto territorial rural) era de competência impositiva do Estado-membro. Somente através da Emenda Constitucional nº 10/64 é que tal prerrogativa passou à União Federal, isto sem que, nesse interregno de tempo, tal tributo tivesse deixado de pertencer à competência tributária do Município.³

Assim é que, estribado em permissivo constitucional, o Código Tributário Nacional assenta que o ITR, de competência da União, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel territorial rural, isto é, localizado fora dos limites urbanos do município onde se situa.⁴

2. NATUREZA JURÍDICA DO ITR (imposto territorial rural).

Muito já se discutiu acerca da estrutura jurídica desse tributo.

Com efeito, há os que argumentam que o ITR (imposto territorial rural) se constitui em tributo de natureza imobiliária, haja vista que sua incidência se

da terra, não devendo ser confundido com o agricultor, propriamente dito, visto que este era apenas o arrendatário das terras que pertenciam, ao clero e à nobreza, dentro das instituições feudais, que pelo direito de propriedade gozavam de considerável privilégio.

Com a Revolução Francesa, surgiu o imposto territorial, baseado na renda líquida da terra" (Marilene Talarico Martins Rodrigues – Comentários ao Código Tributário Nacional, com. 5, pp. 247/248).

3 Neste sentido: "Inicialmente da competência dos Estados, e posteriormente dos Municípios, o imposto sobre a propriedade territorial foi outorgado à União através da Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964. Incidindo sobre a propriedade rural, o tributo em referência pode ser usado como um instrumento da União em sua política agrária, tanto que, nos termos do § 4º deste artigo, as alíquotas do imposto serão fixadas de maneira a incentivar a produtividade de propriedades rurais, não incidindo nas pequenas glebas rurais, quando exploradas pelo proprietário e sua família, desde que este não possua outro imóvel" (Price Waterhouse – A Constituição do Brasil de 1988, ed. 1989, p. 652).

4 CTN, art. 29: "O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido em lei, localizado fora da zona urbana do Município"

projeta, inclusive, sobre o patrimônio negativo, vale dizer, aquele submetido aos efeitos de dívida resultante de processo de financiamento, para a aquisição da propriedade.

Entretanto, temos para nós que o imposto territorial rural apresenta nuances próprias de tributo de natureza patrimonial, isto sem embargo da indagação acerca da positividade ou negatividade com que se apresente a hipótese de incidência.

Assim, o imposto em questão sempre terá a característica de tributo de natureza patrimonial, pouco importando o fato de existir ou inexistir dívida incidente sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado em zona rural.

Neste sentido, contamos com a segura orientação do doutrinador Ives Gandra Martins: "O imposto sobre propriedade territorial rural é um imposto patrimonial. Corresponde para as áreas agropecuárias o que o IPTU corresponde para as áreas urbanas.

"Alguns economistas não o consideram um imposto sobre o patrimônio. Entendem que o imposto incide mesmo que o patrimônio seja negativo. Vale dizer, se alguém adquire um imóvel a prestação ou obtém financiamento correspondente a seu valor para pagá-lo, seu patrimônio, enquanto não pagar o financiamento, é nulo, posto que ao crédito patrimonial da aquisição corresponde o débito patrimonial do financiamento. Desta forma, tanto o ITR como o IPTU seriam impostos imobiliários diretos, mas não impostos sobre o patrimônio".

E, mais adiante, continua o eminente constitucionalista: "Entendo que a crítica não procede. O imposto pode ser inclusive sobre o patrimônio negativo, mas incide sobre bem patrimonial. O que me parece essencial visualizar é que, se tal imposto for excessivo, há de se examinar a caracterização ou não do confisco. Em outras palavras, o nível da carga tributária é elemento de relevância superior em relação a outros impostos para que se estude a caracterização do confisco no direito brasileiro".⁵

5 Comentários à Constituição do Brasil, 6ª vol. Tomo I, pp. 264/5.

3. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: Sujeito Ativo, Sujeito Passivo e Fato Gerador

O imposto territorial rural (ITR), como toda obrigação de ordem tributária, haverá que se caracterizar pela concorrência simultânea de uma série de pressupostos, que soem ser indeclináveis. A este respeito, já tivemos a oportunidade de escrever:

"... são elementos essenciais à obrigação tributária: I- a lei como fonte primeira da obrigação; II- o sujeito ativo, representado pelo ente de direito público a quem a constituição outorga poderes para exigir o tributo; III- o sujeito passivo da relação tributária, ou destinatário dessa lei; IV- o fato gerador; e, finalmente; V- o objeto, que corresponde a prestação pecuniária propriamente dita".⁶

Assim, para os desígnios do tributo de que cogitamos, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária é a Fazenda Pública Federal, única detentora de legitimidade para instituir e arrecadar referido tributo, isto sem embargo de que ao município da situação do imóvel caberá metade do produto arrecadado com a referida tributação.⁷

Agora, no que é pertinente ao sujeito passivo da relação tributária, cumpre seja ele identificado sob as feições de *contribuinte*, ou de *responsável*, conforme seja a hipótese com a qual venhamos a nos defrontar.

Assim, se revestirá da característica de *contribuinte* aquele que manter relação pessoal e direta de proprietário com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Em contrapartida, será considerado *responsável* aquele que, conquanto não se revista da condição de *contribuinte*, está obrigado a responder pelo tributo, mercê de expressa disposição legal.

Disso resulta que, para os desígnios do art. 31 do CTN, tanto poderá ser devedor do imposto (*contribuinte*, *lato senso*) aquele em cujo nome esteja registrada a propriedade, como o titular de seu domínio útil (*enfiteuta*), ou ainda o mero possuidor, no sentido que lhe dá a lei civil.

Acresça-se, por outro lado, que *a conceituação de sujeito passivo, na relação jurídico-tributária, é de natureza ex lege, daí porque eventuais*

6 J. Virgílio Castelo Branco Rocha F^o - *Certidão da Dívida Ativa*, 1980, p. 13.

7 Cfe. CF/88, art. 158, II.

convenções particulares, quanto à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não serão oponíveis à Fazenda Pública, para efeito de alterar a indicação legal do devedor.

Vencidos esses aspectos, passemos ao enfoque do fato gerador do tributo sob comento.

Com efeito, cumpre não olvidar que a lei é a fonte primeira da obrigação tributária, daí dizer-se que a relação obrigacional que se estabelece entre o Fisco e o contribuinte nasce em virtude da lei, independentemente da vontade das partes.

Todavia, insta considerar que a só existência de preceito normativo não basta para que se estabeleça a vinculação jurídico-tributária entre os sujeitos da referência obrigacional. Torna-se de rigor que exista, ainda, um fato imponível, isto é, um comportamento tipificado na descrição da lei e do qual possa resultar uma relação concreta de débito e crédito, entre o contribuinte e o Erário Público.

É o que já tivemos a oportunidade de dizer: *“a relação obrigacional, erigida pela lei, reclama, para seu efetivo surgimento, a materialização de fatos até então configurados de modo apenas abstrato, como pressuposto da ocorrência da relação jurídico-tributária. Assim, a relação de que cogitamos depende, em um primeiro momento, da pré-existência de lei definidora do fato jurídico tributável; depois, da concretização desse mesmo fato, que daí por diante arrastará o nome de fato gerador”*.⁸

Em verdade, o fato gerador do imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), nos termos do artigo 29, do C.T.N., tanto pode ser o domínio pleno, caracterizado pela propriedade em si mesma; como o domínio útil, representado pela enfiteuse; ou até mesmo a simples posse do imóvel por natureza, isto é, a exercida sobre a classe de bens referidos nos artigos 79 a 81, do Código Civil vigente.⁹

⁸ J. Virgílio Castelo Branco Rocha F^o - *Execução Fiscal*, 2^a edição, 2001, pp. 31/32.

⁹ *“A materialidade do fato gerador deste imposto é a propriedade territorial rural. Entretanto, para que não fique restrito ao imóvel pertencente ao proprietário, no sentido daquele que possui título devidamente registrado no Registro de móveis, com título, domínio e posse, a lei complementar (art. 29 do CTN) ampliou o sentido, ao dizer que o imposto sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, e localizado fora da zona urbana do Município. Assim, o imóvel rural passível de tributação deste imposto é a propriedade rural, ou*

Ainda que sem um maior poder de persuasão, mercê da dificuldade ínsita na tese, há quem vislumbre laivos de inconstitucionalidade nas disposições do art. 29 do C.T.N., a pretexto de que a Carta Magna vigente, em seus arts. 153, VI, e 158, II, respectivamente, apenas se refere à "*propriedade territorial rural*", não à posse.

Idêntico questionamento já fora feito, sem maiores repercussões, sob a égide da anterior Carta da República. Àqueles tempos, o eminente jurista Aliomar Baleeiro dera a pronta resposta ao tema, com a percuciência que lhe é característica: "*Não nos parece que a interpretação deva ser restritiva. Afinal, a posse é atributo da propriedade e deve ser incluída no conceito desta, para os efeitos do Direito Fiscal, como já o faziam anteriormente as leis estaduais. Por outro lado, há a realidade de que milhares ou milhões de fazendas ou sítios, no Brasil, ocupam terras públicas ou particulares de terceiros, já que seus possuidores não têm título hábil ou o título não se filia a uma cadeia sucessória até o desmembramento do patrimônio público*".¹⁰

Não há negar que assiste inteira razão ao inolvidável tributarista.

Em verdade, impende considerar que o fato gerador do imposto territorial rural (ITR) é o próprio imóvel em si mesmo, independentemente da forma de sua ocupação, se a título de propriedade, enfiteuse ou posse.

Outrossim, para os desígnios da lei sob comento, devem-se, igualmente, abstrair quaisquer considerações acerca da produtividade das respectivas glebas rurais, ou da destinação que se lhes venha dar.

4. ITR - PERIODICIDADE E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

O imposto de que cogitamos se reveste do caráter de anualidade, isto é, incidirá sobre o imóvel a cada período de doze meses, independentemente de quantas vezes referido imóvel tenha mudado de mãos, a título de

aquele do qual possui apenas o domínio ou a posse. Este último significa aquele que detém a posse, agindo como proprietário ou com ânimo de o ser, remetendo à lei civil o alcance destas definições, cfe. arts. 43 a 46 do Código Civil" (Yoshiaki Ichihara - Direito Tributário na Nova Constituição, ed. Atlas 1989, p. 130).

¹⁰ *Direito Tributário Brasileiro, 1981, p. 148.*

propriedade, enfiteuse ou posse, no aludido interregno de tempo. Neste sentido, não pairam disceptações nos planos doutrinário e jurisprudencial.¹¹

Mas, se a regra dominante é a incidência anual do imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR, através de suas proteiformes maneiras de ocupação (domínio, enfiteuse ou posse), há situações de imunidade tributária que são excepcionadas pela lei, em resguardo do interesse público e do harmonioso desenvolvimento econômico e social.

Para tal propósito, podem os entes federados utilizar-se do instituto da imunidade tributária, com vista a limitar ou suspender o poder de tributar que lhes são inerentes.

É o que dizem os estudiosos do assunto: *"A imunidade é uma decorrência do princípio constitucional, expresso ou implícito, que suspende, no todo ou em parte, o poder de tributar da União, dos Estados e dos Municípios, quando estejam eles em relação, de fato ou de direito, com qualquer dos elementos do fato gerador da obrigação tributária (imposto) ou, ainda, quando ocorram situações impositivas igualmente protegidas..."*¹²

Com efeito, nossa Carta Magna insere, em seu artigo 153, § 4º, a seguinte norma: *"O imposto previsto no inc. VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel"*.

Referida imunidade tributária, concebida em defesa dos interesses econômicos do pequeno agricultor, visa a estimular a fixação do homem ao

11 *"Quanto ao aspecto temporal, por ser um imposto que incide sobre a propriedade, subentende-se que o fato gerador ocorra uma vez por ano, e entendido pela doutrina e jurisprudência como sendo sempre no dia 1º de janeiro de cada ano. Por isso, o fato de a propriedade ser transferida a terceiros por várias vezes ao ano, ou permanecer com o mesmo proprietário, em nada altera este aspecto. Aliás, o débito pertinente a tributos que incidem sobre a propriedade, na forma do art. 130 do CTN, acompanha a própria propriedade ou bem, que serve como lastro para garantir a execução, com a exceção prevista no art. 5º, item XXVI, quando se tratar de pequena propriedade, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, e que não será objeto sequer de penhora"* (Yoshiaki Ichihara - *Direito Tributário na Nova Constituição*, p. 131).

12 Miguel Lins e Célio Loureiro - *Teoria e Prática do Direito Tributário*, ed. Forense, p. 418.

campo, com evidentes e benéficos reflexos na produção agrícola e na manutenção do equilíbrio do índice demográfico rural e cidadão.^{13/14}

Mas, para que se possa validamente invocar o benefício da imunidade tributária, urge estejam necessariamente presentes os requisitos estipulados pelo art. 2º, da Lei Federal nº 9.393, de 19/12/96, editada para os fins de definir as dimensões da propriedade, conforme previsto em nossa Carta Magna (art. 153, § 4º).

É verdade que ainda existem disceptações em torno de saber-se qual deveria ser a natureza do processo legislativo instituidor da lei editada para disciplinar a obtenção do benefício da imunidade tributária de que trata o art. 153, § 4º, da Carta Magna.

Com efeito, para Ives Gandra Martins, a lei que define as condições da imunidade "*deverá ser complementar, visto que apenas esta poderá explicitar o pensamento do constituinte*".¹⁵

Em posição antagônica se situam outros respeitáveis juristas que, exemplificativamente, assim contemplam a matéria: "*Em sentido amplo, como ficou dito, toda vez que uma norma constitucional de eficácia limitada exige, para sua aplicação ou execução, outra lei, essa pode ser considerada complementar, porque integra, completa a eficácia daquela*".¹⁶

Temos para nós que a razão está com os protagonistas da tese por último mencionada, até porque, quando a CF/88 deseja que alguma de suas normas seja especificamente regulamentada por lei complementar, *strito sensu*, o faz através de expressa previsão, consoante dizem os artigos 22, parágrafo único; 40, § 1º e 43, § 1º, aqui referidos a título de exemplificação.

Enquanto isso, cumpre não perder de vista que, em inúmeras outras situações, a Constituição Federal vigente apenas alude que o tema objeto da

13 "O ITR é imposto patrimonial e regulatório, servindo mais como instrumento de adequada política agropecuária do que como instrumento arrecadatório relevante" (Ives Gandra Martins, obra citada, p. 267).

14 Lei 6.969/81, art. 8º: "Observar-se-á quanto ao imóvel usucapido, a imunidade específica, estabelecida no § 6º, do art. 21, da Constituição Federal." Parágrafo único: "Quando prevalecer a área do módulo rural, de acordo com o previsto no parágrafo único, do art. 1º desta Lei, o imposto territorial rural não incidirá sobre o imóvel usucapido".

15 Comentários à Constituição do Brasil, vol. 6º, pp. 310/311.

16 José da Silva Pacheco - Aplicabilidade das Normas Constitucionais, ed. 1968, p. 226.

abordagem constitucional será definido, ou regulamentado por lei que vier a ser editada (art. 7, inc. IV, X, XIX, XX, XXI, XXIII e XXVIII; art. 20, inc. II; art. 33; art. 39, § 1º, além do art. 153, § 4º, este objeto destas considerações.

Em verdade, tanto em uma como em outra das hipóteses, a norma legal que advier terá a natureza de lei complementar estrito senso, no primeiro caso, e de lei complementar lato senso, no segundo.

Assim, impende concluir-se que lei definidora das pequenas glebas rurais, a que se refere o art. 153, § 4º, da CF/88, não precisa contar, em seu processo de elaboração legislativa, com o quórum a que se refere o art. 69, para que se revista do caráter de lei complementar, no sentido amplo da expressão.¹⁷

Nesse diapasão, forçoso será admitir que a Lei Federal nº 9.393/96 se presta aos objetivos colimados pela constituição, quando assim define o que sejam "*pequenas glebas rurais*", para fins de imunidade tributária:

Art. 2º. "*Nos termos do art. 153, § 4º, in fine da Constituição, o imposto não incide sobre pequenas glebas rurais, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel*".

Parágrafo único. "Para os efeitos deste artigo, pequenas glebas rurais são os imóveis com área igual ou inferior a:

I - 100ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense;

II - 50ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental;

III - 30ha, se localizado em qualquer outro município;

Vejamos, agora, o alcance e sentido jurídico impressos no termo *imóvel rural*, para fins de imunidade tributária.

5. CONCEITO DE IMÓVEL RURAL E A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

Com efeito, comentando as disposições constantes do art. 29 do CTN, em cotejo com a regra do art. 21, § 6º, da CF/67, conforme redação que

¹⁷ Neste sentido, professa José Carlos de Moraes Salles: "Entendemos, portanto, que a lei em questão pode ser ordinária, nos termos do art. 59, III, da Constituição em vigor.

lhe dera a EC nº 1/69, já o dissera Aliomar Baleeiro: "*Glebas rurais, para esse dispositivo e atenta a respectiva finalidade, não se regem pelo critério do art. 32, § 1º, do CTN, mas pela destinação econômica. A C.F., nessa disposição, quer proteger a pequena propriedade e o pequeno agricultor, independentemente de sua proximidade em relação aos centros urbanos, que, aliás, se beneficiam dos chamados cinturões verdes. Gleba rural, no artigo 21, § 6º, da C.F., é o imóvel rústico, utilizado para a agricultura sob as várias modalidades, ainda que na zona urbana. A impropriedade técnica da redação não deve prejudicar o fim que a constituição teve como objetivo*".¹⁸

Entretantes, face à nova roupagem que adquirira a matéria, por força de legislação superveniente, haver-se-á de concluir que, para os fins da imunidade tributária, o caráter de imóvel qualificado pela rusticidade não mais será aferido em consonância com o princípio da destinação econômica, de que trata o Estatuto da Terra,¹⁹ senão pelo critério de localização a que se refere o C.T.N.

Com efeito, diz a Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (CTN): "*O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localizado fora da zona urbana do Município*" (art. 29, grifos nossos).

Por outro lado, insta observar que a atual Carta Política de nosso País (art. 191), quando se refere à "*área de terra, em zona rural*", certamente que está adotando, de forma deliberada, o requisito da localização do imóvel, como fator indicativo de sua rusticidade. A partir dessa visão, iniludivelmente se estará excluindo do conceito de imóvel rural aquele localizado em perímetro urbano, ainda que, mercê de sua específica característica, se destine à exploração agrícola ou agro-pastoril.

Aliás, cumpre atentar para que qualquer imóvel situado no perímetro urbano, sem embargo da destinação a que esteja sendo momentaneamente

18 *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª edição, p. 149.

19 *Estatuto da Terra (Lei 4.504/64)*, art. 29: "*Imóvel rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através iniciativa privada*".

submetido, sempre agrega elevado valor de mercado, o que não se compadece com o objetivo traçado pela legislação, pertinentemente às hipóteses de imunidade e de isenção tributária do ITR.²⁰

É inescusável dizer, pois, que o objetivo da norma ínsita na Carta Política, que acabara sendo disciplinada pelo legislador infraconstitucional (Lei Federal 9.393/96), está voltada à proteção da pequena propriedade, geograficamente localizada em zona rural, tornada produtiva com o trabalho do agricultor hipossuficiente e de sua família.

Assim, todo e qualquer imóvel rural, que se enquadre nas disposições do artigo 191, da Constituição Federal, combinadas com o texto do artigo 29, da Lei 5.172/66 (CTN) e art. 2º, da Lei Federal 9.393/96, gozará de imunidade tributária, sendo irrelevante saber se o prédio rústico está sendo cultivado pelo próprio proprietário, ou pelo enfiteuta, ou ainda pelo possuidor. Todos, indistintamente, beneficiar-se-ão da referida imunidade.

De tudo o que ficara exposto resulta que a norma constante da cabeça do artigo 8º, da Lei 6.969/81 não tem qualquer objetividade prática, salvo a de fazer lembrar a existência da imunidade tributária, de criação constitucional, expressa no Código Tributário Nacional e na Lei 9.393/96, respectivamente.

6. IMUNIDADE E ISENÇÃO TRIBUTÁRIA: Diferenças Conceituais.

Atente-se, por outro lado, que, além da imunidade tributária, a Lei Federal 9.393/96 também criara o instituto da isenção, voltada especificamente ao imposto territorial rural - ITR, consoante definido em seu art. 3º, *verbis*:

“São isentos do imposto:

I- o imóvel rural compreendido em programa oficial de reforma agrária, caracterizado pelas autoridades competentes como assentamento que, cumulativamente, atenda aos seguintes requisitos:

- a)- seja explorado por associação ou cooperativa de produção;
- b)- a fração ideal por família assentada não ultrapasse os limites estabelecidos no artigo anterior;

²⁰ Lei Federal nº 9.393/96, arts. 2º e 3º.

c)- o assentado não possua outro imóvel.

II- o conjunto de imóveis rurais de um mesmo proprietário, cuja área total observe os limites fixados no parágrafo único do artigo anterior, desde que, cumulativamente, o proprietário:

a)- o explore só ou com sua família, admitida ajuda eventual de terceiros;

b)- não possua imóvel urbano”.

De outra parte, impende considerar-se que aqueles dois regramentos legais (imunidade e isenção) devem ser encarados sob diferentes enfoques conceituais.

Com efeito, diz-nos o mestre De Plácido e Silva: *“Isenção é a dispensa de impostos. Revela a liberdade atribuída à pessoa ou ao estabelecimento, para que se livre do encargo fiscal”*; *“Imunidade tributária designa as vedações ao princípio jurídico da tributação obrigatória, oriundas de expressos e inextensivos preceitos constitucionais”*.²¹

Por outro lado, o tributarista Gilberto de Ulhoa Castra dispensa ao tema a seguinte abordagem:

“A isenção consiste na dispensa de um tributo, pelo órgão que poderia, em condições normais, exigí-lo. A imunidade, ao contrário, corresponde a uma limitação imposta à própria competência, a uma restrição ao exercício mesmo da capacidade tributária ativa. A isenção é, ou deve ser, em boa técnica de lei, emanada de órgão investido do poder de tributar. Por outro lado, a imunidade, por ser uma redução de capacidade impositiva, há que resultar sempre da Constituição”.²²

7. USUCAPIÃO E IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS.

Nos termos do CTN (Lei Complementar nº 5.172/66),²³ o imposto sobre transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, de competência dos Estados, tem como fato gerador:

21 *Vocabulário Jurídico*, 18ª edição.

22 *Apud Miguel Lins e Célio Loureiro, obra citada, p. 420.*

23 *CTN, art. 35.*

I- a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil²⁴

II- a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III- a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o tratamento dispensado à matéria permaneceu o mesmo, exceto no que tange à competência para tributar, que passou a ser do Município.²⁵

Inferese, pois, do próprio texto legal, que o fato imponible da obrigação tributária pertinente à transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos repousa na transferência do domínio, caracterizada através de suas proteiformes configurações, a saber: compra e venda, doação, ato de arrecadação, transmissão decorrente de "causa mortis etc.

Desse contexto, exsurge a visão de que somente será dado cogitar-se acerca da ocorrência do fato gerador do imposto de transmissão sobre bens imóveis (ITBI), quando nos depararmos com atos e fatos jurídicos, resultantes da lei civil ou do direito tributário, capazes de operar a transferência do domínio sobre aquela específica categoria de bens, ressalvada a hipótese de *causa mortis*.²⁶

24 Nos termos do Código Civil, são bens imóveis por natureza "o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e subsolo". Enquanto isso, consideram-se bens imóveis por acessão física "tudo quando o homem incorpore permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano" (art. 43, incisos I e II).

25 CF/88, art. 156: "Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I- omissis; II- transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição".

26 A propósito do assunto, lembra Aliomar Baleeiro: "Quando cabe ao Estado decretar impostos sobre a transmissão da propriedade imóvel inter vivos, entende-se que o tributo colherá apenas fatos e atos que, por lei civil, ou norma geral de Direito Financeiro, operem transferência de domínio sobre imóveis, ou bens a eles equiparados. Acrescentem-se os direitos à aquisição de imóveis e direitos reais, exceto os de garantia (cód. Civil, arts. 43 e 44). Juridicamente, tem por fato imponible, ou "fato gerador", da obrigação fiscal, a transferência de domínio, isto é, o contrato de compra e venda, a doação, o ato de arrecadação, etc., a

Ora, sendo a usucapião uma forma originária de adquirir-se a propriedade, pela simples ocorrência dos elementos caracterizadores de posse mansa e pacífica, exercida durante o lapso temporal estabelecido em lei,²⁷ logo veremos que nessa modalidade de aquisição não ocorrem atos ou fatos transitivos do domínio, capazes de caracterizar o fato imponible da obrigação tributária.

Em verdade, não há negar que a usucapião se constitui em forma originária de aquisição da propriedade, mercê da ausência de uma interposta pessoa que, na qualidade de titular do dominus, venha a transmiti-lo ao novo adquirente.

Este, aliás, é o enfoque que vem sendo emprestado ao assunto, pelos nossos Tribunais, sob a segura liderança do Excelso Pretório.²⁸

Senão vejamos:

a)- *“O imposto de transmissão inter vivos só é exigível quando ocorre fato translativo da propriedade, mas no usucapião isso não acontece, porque, sendo modo originário de adquirir a propriedade, tal aquisição é direta, isto é, se faz sem transmissão”* (RT 439/214).

b)- *“Usucapião – Imposto de transmissão inter vivos – Tributo não devido – Forma originária de aquisição da propriedade – Inexistência, portanto, de transmissão – Fato gerador não configurado. O registro da sentença declaratória de usucapião não tem natureza jurídica constitutiva de direito. Assim, sendo forma originária de aquisição da propriedade, inexistindo, portanto, transmissão, não se configura fato gerador do imposto de transmissão inter vivos”* (RT 635/206).

transmissão por óbito – não a transcrição do instrumento no Registro Público (C.C., arts 530 e 1.572). É o negócio jurídico de transmissão que dá nascimento à obrigação fiscal e não o instrumento: “non quod scriptum sed quod gestum inspicitur”, recordam Uckmar e Rotondi, a propósito da “taxa de registro”, que, na Itália, equivale ao nosso imposto de transmissão inter vivos” (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed. p. 163).

27 Conceito advindo da definição emprestada ao tema, por Modestino: *“Usucapio est adiectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti”* (Digesto, Livro 41, Título III, 3).

28 RTJ 117/652; RT 439/214, 599/232 e 623/58; RJTJESP 99/203, 107/239, 109/277 E 112/283.

Ainda mais:

“Usucapião – Imposto de transmissão inter vivos – Recolhimento – Dispensa, tendo em vista que o usucapião é modo originário de aquisição da propriedade” (RJTJESP 94/203).

E, por derradeiro, invoquemos a sempre percuciente lição do Excelso Supremo Tribunal Federal: *“Imposto de transmissão de imóveis. Alcance das regras dos artigos 23, inc. I, da Constituição Federal e art. 35, do CTN. Usucapião. A ocupação qualificada e continuada que gera o usucapião não importa em transmissão da propriedade do bem. À legislação tributária é vedado, “alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado” (art. 110 do CTN. Registro da sentença de usucapião sem pagamento do imposto de transmissão” (RJT, 117/652).*

Enquanto isso, no trato doutrinário da questão sufraga-se o entendimento de que *“a relação jurídica decorrente do usucapião brota como direito novo, independentemente de qualquer vinculação do usucapiente com o proprietário anterior, o qual, se existir, não será o transmitente do bem”*.²⁹

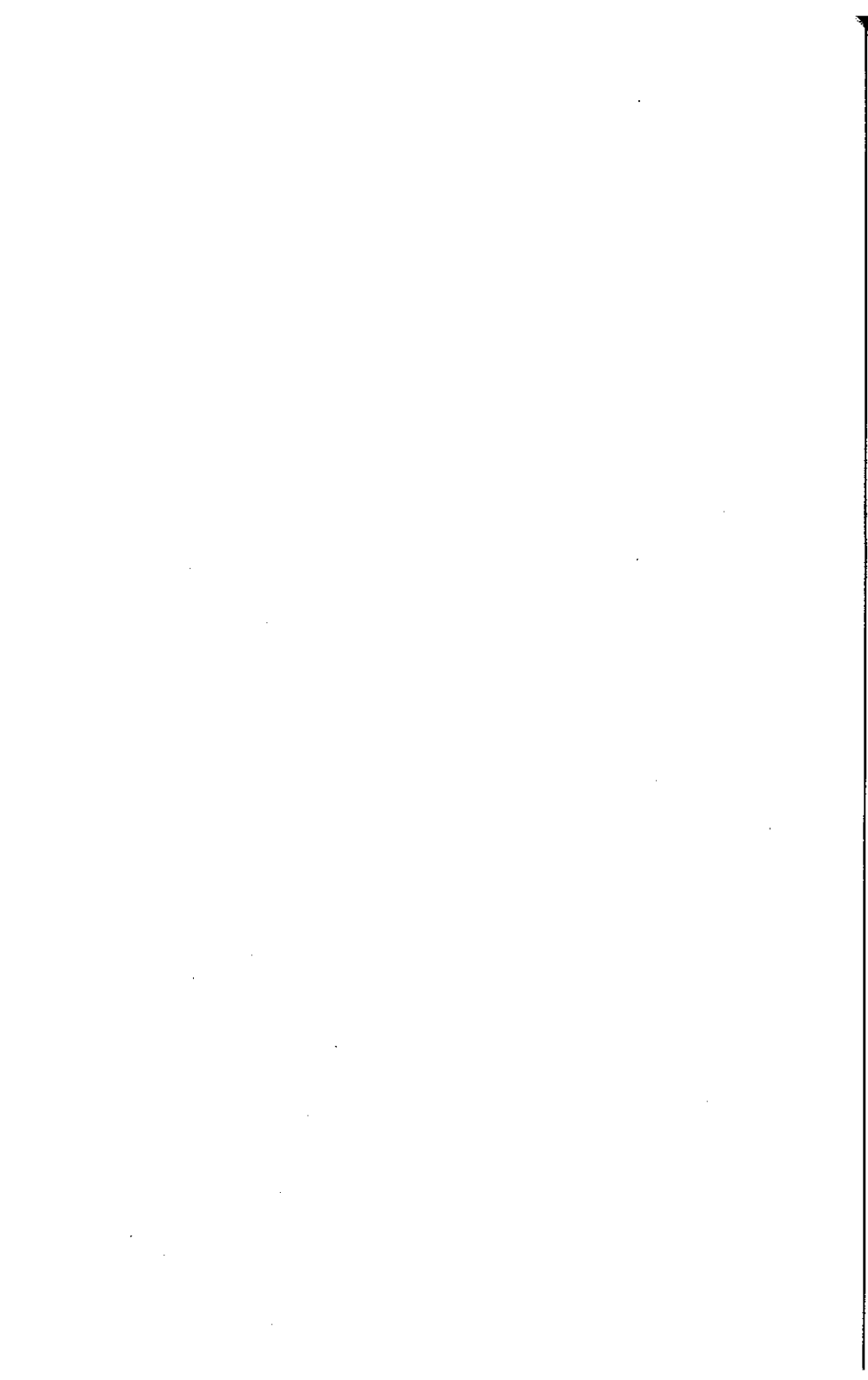
Do exposto, impende concluir-se que, se na usucapião não existe ato translativo de domínio, de uma para outra pessoa, impossível será cogitar-se a respeito da incidência do imposto de transmissão sobre bens imóveis, mercê da ausência do fato imponible de que tratam os arts. 35 do CTN e 156, II, da CF/88, respectivamente.

8. CONCLUSÕES.

I- O ITR (imposto territorial rural) apresenta nuances próprias de tributo de natureza patrimonial, independentemente da indagação acerca do caráter positivo ou negativo com que se apresente a propriedade, domínio útil ou posse, sob o enfoque econômico-financeiro.

I- Em se tratando do tributo ITR, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária é Fazenda Pública Federal, única detentora de legitimidade para

²⁹ José Carlos de Moraes Salles, obra citada, p. 32.



Concurso Aparente de Tipos

*Alberto Marques dos Santos**

“Um dos temas mais árdios e complexos do direito penal”¹.

“A doutrina do concurso de normas ... não terminou a fase da sua maturação”².

§ 1º. Introdução: o que é concurso aparente de tipos.

I. Pretende este trabalho apresentar as técnicas que servem para diferenciar um concurso real de um concurso aparente de tipos. Realizar essa diferenciação é parte do trabalho cotidiano do profissional do direito criminal, e uma breve lista de exemplos práticos confirma a utilidade do tema:

a) *A*, querendo roubar bens de *B*, furta um revólver, vai à morada da vítima portando a arma, invade clandestinamente a casa, e lá ameaça *B*, e exige a entrega de dois valiosos quadros. *B* reage, e *A* lhe desfecha cinco disparos, produzindo cinco ferimentos, que causam a morte da vítima. Feito isso, subtrai os quadros. Depois, destrói um deles, e, fazendo-se passar por legítimo dono, engana *C*, vendendo-lhe o outro. Dez tipos incriminadores descrevem fragmentos da narrativa: furto, porte ilegal de arma, violação de domicílio, ameaça, lesões corporais, homicídio, roubo, latrocínio, dano, estelionato. Aplicam-se a *A* as penas de todos esses tipos? Quantos crimes ele realmente cometeu?

b) *A*, dirigindo embriagado e sem habilitação, pratica várias manobras imprudentes, até que colide com um ponto de ônibus, matando *B* e *C*, e ferindo *D*. Dos tipos incriminadores que descrevem o fato, a saber, dirigir sem habilitação, dirigir sob efeito de álcool, homicídio culposo e lesão culposa de trânsito (respectivamente arts. 309, 306, 302 e 303 da Lei Federal nº 9.503/97), quantos realmente se aplicam ao caso?

* O autor é Juiz de Direito, especialista em Direito Penal e Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná.

1 FRAGOSO, Lições, p.375.

2 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.167.

Pelos exemplos *supra* se percebe que a apreciação jurídica dos fatos depende de realizar o seu enquadramento nas normas incriminadoras, para verificar *quantos* e *quais* crimes foram cometidos. Percebe-se que, em todos os casos exemplificados, mais de uma norma incriminadora parece cobrir o fato a ser julgado, ou fragmentos da sucessão de fatos. Intuitivamente se sabe, contudo, que não se poderá, em nenhum daqueles casos, punir o agente com as penas acumuladas de todos os tipos incriminadores aparentemente aplicáveis.

As técnicas que são abordadas neste trabalho servem para identificar a) os casos onde, dentre os vários tipos que descrevem o fato ou seus fragmentos, somente um prevalece, e b) qual deles é o prevalecente.

2. A função da teoria do delito é fornecer uma lista de requisitos comuns a todos os delitos, de modo a permitir identificar, num dado caso concreto, se há ali, ou não, um delito. Para desempenho desse mister a teoria do delito fornece um conceito analítico do delito: conduta típica, ilícita e culpável. Tal enunciado contém as características essenciais indispensáveis do fenômeno delito. Delas, é a tipicidade que diz respeito ao tema deste estudo.

Tipicidade é a adequação de uma conduta a um tipo legal de crime³. No sentido jurídico-penal, tipo é um modelo de conduta. Pode ser um modelo de conduta permitida (tipo permissivo) ou um modelo de conduta proibida: o tipo incriminador. O tipo incriminador descreve (modela) a conduta proibida, e ameaçada com a pena. Ao fazê-lo cria um molde, um padrão para ser comparado com condutas da vida real. Logo, definir se um determinado fato constitui, ou não, um delito, passa pela realização do chamado juízo de tipicidade: a comparação do fato com os *modelos de conduta proibida*, que a lei criminal elenca *numerus clausus*. Três podem ser as conclusões dessa comparação: a) o fato não se enquadra em nenhum dos *modelos*: é *atípico*; b) o fato se enquadra em um só dos *modelos*: é *típico*; c) o fato se enquadra em *dois ou mais* dos *modelos*: é *simultaneamente típico para mais de um tipo*.

Quando essa terceira hipótese ocorre, temos um *concurso de tipos*.

3. Um concurso de tipos pode ser *efetivo*⁴ ou *aparente*.

a) Há um concurso *efetivo* de tipos – i.e., um *concurso de crimes* – quando há *pluralidade de fatos puníveis*. Isso importa dizer que há *mais de um delito* a punir. As situações em que esse fenômeno ocorre são de três espécies:

3 TOLEDO, Princípios, p.84.

4 O termo real seria um *antônimo mais perfeito* para aparente, mas causaria mal-entendidos, porque é quase unânime o emprego, na doutrina, da expressão concurso real, para designar uma das modalidades do concurso efetivo, o concurso material (art. 69 do CP).

i) Concurso *material* ⁵, que consiste na *pluralidade sucessiva* de fatos típicos, iguais ou distintos, produzida mediante sucessivas condutas típicas independentes ⁶. Há, aqui, várias condutas, ou vários fatos, sucessivos e independentes entre si, que incidem em vários tipos incriminadores, ou incidem várias vezes no mesmo tipo incriminador (*i.e.*, mais de um fato e mais de um crime). O concurso entre eles é resolvido pelo critério da *cumulação das penas*, previsto no art. 69 do Código Penal.

ii) Concurso *formal* ou *ideal*, que implica na *pluralidade simultânea* de duas ou mais incidências típicas, iguais ou distintas, geradas através de uma mesma conduta típica isolada ⁷. Há, nesse caso, uma só conduta, que incide, concomitantemente, em dois ou mais tipos incriminadores (*i.e.*, um só fato, mais de um crime). Resolve-se o conflito com base na regra do art. 70 do Código Penal, que aplica o critério da *exasperação da pena*.

iii) *Crime continuado* ou continuidade delitiva, consistente na *pluralidade continuada* de condutas típicas independentes, da mesma espécie, que a lei trata como uma unidade. Há várias condutas, incidindo o agente várias vezes no mesmo tipo incriminador, e a lei, por razões de política criminal, trata os vários delitos como se fossem um só (*i.e.*: mais de um fato, mais de um crime, uma só pena). É a regra do art. 71 do Código Penal que regula a hipótese, adotando também o critério de *exasperação* da pena.

O tema do concurso efetivo de tipos (material, formal ou continuado) é relativo à resposta penal, e não é, pois, objeto deste opúsculo. Importa, contudo, deixar clara a diferença entre o concurso efetivo e o concurso aparente de tipos. No concurso efetivo (concurso de delitos), há *dois ou mais delitos*, sujeitando-se o agente *às penas de dois ou mais tipos* incriminadores (que são somadas, ou não, conforme seja o caso do art. 69, do art. 70 ou do art. 71 do Código Penal).

b) No concurso *aparente*, como a própria denominação denuncia, *aparentemente* o fato dá lugar a duas ou mais adequações típicas simultâneas, dois ou mais delitos. Um mesmo fato é coberto pelas descrições típicas de várias normas incriminadoras, que sobre ele *convergem*. Todavia, pela aplicação do princípio *ne bis in idem*, que impede a dupla punição pelo mesmo fato⁸,

5 Ou concurso real, na acepção em que a doutrina tradicionalmente usa esse conceito.

6 CIRINO DOS SANTOS, A Moderna Teoria do Fato Punível, p.327.

7 O conceito é baseado em CIRINO DOS SANTOS (A Moderna Teoria do Fato Punível, p.327), que, todavia, refere-se à pluralidade de resultados típicos. Todavia, tal conceituação parece excluir da possibilidade do concurso ideal as hipóteses de delitos de atividade, que, com certeza, também admitem tal gênero de concurso, e onde inexistente resultado típico.

8 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.675; PRADO, Curso, v.1, p.130; TOLEDO, Princípios, p.52.

somente uma das tipicidades se aplica, prevalecendo sobre as demais, e afastando a incidência destas. O fato subsume-se a um tipo incriminador somente: há múltiplos delitos na aparência, mas *delito único na realidade*. Delito único e pena única.

Concurso aparente é, assim, “a relação que medeia entre duas leis penais, pela qual, enquanto uma é excluída, a outra é aplicada”⁹. A hipótese fática é teoricamente subsumível em vários preceitos, um dos quais, todavia, afasta os restantes; há mera possibilidade textual da dita subsunção, mas essa possibilidade é, juridicamente, só “aparente”, *i.e.*, em última instância só uma das normas resulta aplicável¹⁰. “Aplica-se exclusivamente uma norma penal, com o afastamento de todas as demais, já que é suficiente para esgotar o total conteúdo de injusto da conduta”¹¹.

4. Percebe-se, afinal, que na solução dos problemas sugeridos nos exemplos do preâmbulo identificam-se, a princípio, duas hipóteses básicas: unidade de fato e pluralidade de fatos.

Quando há *pluralidade de fatos*, há sempre *pluralidade de delitos*, ou na forma sucessiva (concurso material, art. 69 do CP e § 1º n. 3 a *i, supra*) ou na forma continuada (crime continuado, art. 71 do CP e § 1º n. 3 a *ii, supra*)¹².

Já quando há *unidade de fato*, pode haver unidade ou pluralidade de delitos¹³.

Haverá *unidade* de delito quando um dos tipos incriminadores que descrevem o fato prevalecer sobre os demais, por cobrir mais exata e completamente o conteúdo do injusto. Essa hipótese – que corresponde ao concurso aparente de tipos – é identificada mediante três critérios: especialidade, subsidiariedade e consunção.

9 BELING, apud PRADO, Curso, v.1, p.130.

10 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.173.

11 PRADO, Curso, v.1, p.130.

12 Advertem DEL ROSAL & ANTÓN que pode haver concurso aparente de tipos em caso de pluralidade de fatos, ao menos se entendida no sentido naturalístico, como ocorre nos chamados fatos anterior e posterior co-punidos. Neles “a pluralidade naturalística se transforma em unidade jurídica, em virtude da dependência valorativa a respeito de um fato principal. Assim, na hipótese de que se causem lesões para produzir a morte, se esta efetivamente se produz, o delito de lesões não será senão um episódio sem substantividade própria frente ao de homicídio” (Derecho Penal, p.764). Todavia, como será visto adiante, a identificação da unidade ou pluralidade de fato não se faz utilizando um critério naturalístico, mas sim jurídico-valorativo. E, nesse sentido, as lesões que se inflige para matar, e a morte que se segue, não são dois fatos, mas um só.

13 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.662.

Se, todavia, nenhum dos três critérios for aplicável, então nenhum dos tipos em exame esgota, isoladamente, o conteúdo do injusto, que só poderá ser alcançado em plenitude pela aplicação simultânea das duas tipicidades¹⁴. Haverá, af, concurso formal de delitos (§ 1º n. 3 a *ii supra*).

5. Dessa introdução extraem-se duas premissas: a) o passo preliminar, para identificação do concurso aparente, é apurar a unidade ou pluralidade de fatos; e b) identificada a unidade de fato, o problema se situa em investigar se a hipótese é de concurso ideal (formal) ou de concurso aparente de tipos.

§ 2º. Pluralidade e unidade de fato.

6. Do exposto acima se percebe, logo, que a diferenciação entre concurso efetivo e concurso aparente de tipos pressupõe a prévia identificação da unidade ou da pluralidade de fatos. Trata-se, pois, de uma questão preliminar, o compreender o que significam as expressões “um só fato” e “vários fatos”, nos domínios do tema agora em estudo¹⁵.

7. Antes, porém, de esclarecer esses conceitos, é útil resolver uma questão terminológica que pode ocasionar mal-entendidos.

É que parte da doutrina, tratando do tema, prefere falar em unidade e pluralidade de *conduta*, ou de *ação*. A expressão *fato*, contudo, é preferível, porque indica mais precisamente o fenômeno que se quer descrever¹⁶.

Os tipos incriminadores (e este trabalho é sobre o concurso entre eles) descrevem não apenas condutas ou ações, já que na descrição típica, pelo menos na maioria dos casos, figuram a ação, o nexa causal, o resultado naturalístico, e circunstâncias acessórias de tempo, lugar, meio ou modo de execução, qualidades do sujeitos ativo e passivo, relações entre estes, etc.. O vocábulo *fato*, por ser mais abrangente, é mais qualificado para descrever esse complexo de elementos, que não cabe inteiramente nas palavras *conduta*, ou *ação*¹⁷.



14 “Necessita-se, constantemente, discutir a eventualidade do conflito de leis como preliminar à apuração de um concurso de delitos” (GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.508).

15 Nesse sentido: MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.661.

16 “A terminologia que empregamos de ‘unidade de fato’ tem a vantagem, sobre a de ‘unidade de ação’, que permite vinculá-la à unidade típica sem desconhecer que o tipo descreve freqüentemente várias ‘ações’: toda unidade típica suporá unidade de fato, ainda que implique em certos casos pluralidade de atos típicos (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.662.).

17 Nesse sentido: DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.765-6. Mas há quem empregue as palavras *conduta* e *ação* em duplo sentido, para significar tanto a ação em sentido estrito, quanto o complexo ação + nexa causal + resultado. Essa ambigüidade, contudo, não beneficia a comunicação.

8. De um ponto de vista naturalístico cada movimento corporal, cada ato, pode ser considerado como *um* fato¹⁸. Por esse prisma cada punhalada que o homicida desfere contra a vítima seria *um* fato, e num assassinio feito a facadas haveria pluralidade de fatos.

Entretanto, no tema em estudo não se emprega a palavra *fato* nesse insuficiente sentido natural, mas num sentido jurídico-valorativo, e essa é uma opinião unânime¹⁹. Do ponto de vista jurídico-valorativo um grande conjunto de movimentos corporais independentes pode constituir *um só fato*: o conceito de unidade de fato é valorativo, no sentido de que depende de uma determinada valoração, segundo a qual vários movimentos musculares devem contemplar-se como formando uma só unidade²⁰.

Essa singularização ocorre quando os vários atos seqüenciais estão unificados por dois fatores: a) um fator teleológico, e b) um fator valorativo. O primeiro é pressuposto do segundo, e só há unidade de fato quando os dois estão presentes.

a) O fator teleológico, ou fator final, consiste na existência de um plano comum que dá sentido uno aos vários movimentos; há uma unidade de resolução reunindo os vários movimentos isolados²¹. O agente representa, em sua mente, os vários atos físicos seqüenciais como etapas, meios, passos, para alcançar um fim único. No plano do agente, os vários atos não são fatos independentes, mas fases da realização do mesmo fato final visado²², e aparecem no mundo empírico "num contexto situacional e motivacional unitário segundo a valoração usual"²³.

Assim é que, no plano do ladrão de quadros do nosso primeiro exemplo, furtar a arma, invadir a casa e alvejar a vítima são momentos da realização do mesmo projeto. A finalidade comum consolida os vários atos-meio num só fato-fim.

18 *Ou uma conduta, ou uma ação, para os que adotam tal terminologia.*

19 "A unidade de ação deve ser considerada por um prisma jurídico: não se trata simplesmente de unidade natural. A diferenciação entre unidade e pluralidade de ações só é possível a partir da interpretação do sentido do tipo de injusto" (JESCHECK, apud PRADO, Curso, v.1, p.131). No mesmo sentido: MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.661; CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.162.

20 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.661.

21 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.722-726, passim.

22 "Na ação se uniram em uma unidade (com sentido) uma pluralidade de atos físicos isolados, pelo fato de que cada ato passa a ocupar, em virtude da vontade final, um lugar fixo e determinado no acontecer da ação" (WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.265).

23 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.664.

b) Não basta essa unidade de resolução para converter a pluralidade de atos num único fato. É necessário agregar um fator valorativo-normativo. É preciso verificar se as normas incriminadoras, que expressam a reprovação jurídico-social, também reúnem aqueles atos numa só unidade de valoração²⁴. Cada tipo incriminador constitui uma unidade de valoração, construída para reprovar um dado conjunto de atos e circunstâncias²⁵. Importa conferir se a seqüência de atos em exame, que o plano do agente englobava num plano comum, pode ser totalmente incluída num único núcleo de valoração, ou, em termos simples, se um único tipo incriminador é capaz de abarcar todos aqueles atos. Se a resposta for positiva, aqueles atos são, para efeitos jurídico-penais, um só fato. Se for negativa, há mais de um fato²⁶. O critério para valorar um fato como unitário só pode ser jurídico, e, mais concretamente, só pode ser apurado do sentido do tipo correspondente²⁷.

Assim, no exemplo já mencionado do ladrão de quadros, embora o furto do revólver e o posterior latrocínio estejam reunidos pelo fator final, porque, no plano do agente, são meios para alcançar o mesmo fim, não constituem um só fato, porque não há uma só unidade de valoração que possa abranger os dois atos, cuja reprovação só pode ser esgotada pela aplicação concomitante de dois tipos incriminadores.

Ensinam, a propósito, DEL ROSAL & ANTÓN:

"Para falar-se de concurso de leis é preciso que uma das normas em concurso contemple totalmente o desvalor e a reprovação que o ordenamento jurídico atribua à conduta de que se trata. Se só o contempla em parte será precisa a consideração combinatória de outra lei para apreciá-lo em sua totalidade. Portanto, nos encontramos ante um concurso de infrações e não ante um concurso de normas. [...] Em termos gerais, pode dizer-se que haverá concurso de leis onde um só dos tipos em conflito abarque totalmente o

24 "A unidade de ação jurídico-penal se estabelece, assim, por dois fatores (tal qual urdidura e trama): pela proposição de um fim voluntário e pelo julgamento normativo social jurídico em razão dos tipos" (WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.266.). Valorar um fato é atribuir-lhe efeitos jurídicos (CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.162).

25 "... o problema de que sentido de ação e quantas unidades de sentido social foram realizadas nessa real conexão final, se determina de acordo com o julgamento social objetivo dessa conexão, que para o direito penal está expressa nos tipos legais. De acordo com eles se aprecia o que a realização final significa socialmente ..." (WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.266).

26 "Há unidade de ação quando diversas atuações, que se encontram numa mesma conexão final, são membros de um mesmo tipo de injusto" (WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.267).

27 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.662.

injusto da conduta delitiva, e haverá concurso de crimes onde, para captar completamente dito injusto, se haja de tomar em consideração vários tipos”²⁸.

9. Em princípio são estes os casos em que a consideração típica é unitária, *i.e.*, há unidade de desvalor: *a*) o tipo admite pluralidade eventual de movimentos (p.ex.: homicídio); *b*) o tipo requer uma pluralidade necessária de movimentos (p.ex.: ameaçar e praticar conjunção carnal); *c*) os movimentos integram duas tipicidades, mas a primeira contém a segunda como elemento subjetivo (p.ex.: matar para roubar); *d*) os movimentos integram duas tipicidades, mas a segunda é forma usual de exaurimento da primeira (p.ex.: falso para estelionato); *e*) o tipo é necessariamente permanente: todos os atos que visam manter o estado antijurídico são uma só conduta (p.ex.: seqüestro); *f*) o tipo exige sua realização por um meio simbólico: todos os movimentos contidos numa unidade simbólica são uma só conduta (p.ex.: escrever um livro que injúria várias pessoas)²⁹.

Mas nem sempre é simples detectar se há essa “unidade de desvalor”, isto é, a suficiência de um único tipo para expressar a reprovação integral de um conjunto de atos. Está evidente que o tipo do homicídio engloba a punição das lesões letais; e que o do latrocínio contém a reprovação do homicídio, e do roubo que o motiva, e não contém a reprovação do prévio furto da arma usada para matar. Mas conterà a reprovação da invasão do domicílio, ou do posterior engodo usado para vender a *res*? Nos casos duvidosos, em que “a pluralidade de valorações é meramente aparente”³⁰, o recurso às técnicas de identificação do concurso aparente de tipos é indispensável. Essas técnicas servirão para identificar se existe, ou não, a unidade de desvalor, ou seja, se existe unidade ou pluralidade de fatos.

10. Mais desafiadora é a situação em que um único movimento, um ato singular e isolado, recai numa desvalorização jurídica plural, *i.e.*, *um só ato naturalístico constitui mais de um fato* para o direito penal. No segundo exemplo do nosso preâmbulo o motorista, num único gesto impensado, arremessa o carro contra três vítimas. Essa é uma hipótese onde um aparente ato único não pode ter sua reprovabilidade esgotada por uma única incidência típica. Há, aí, concurso ideal: “O concurso ideal está caracterizado pela circunstância de, na valoração penal de um fato, concorrerem simultaneamente diversos tipos, que só em seu conjunto esgotam o conteúdo de injusto daquele [...] O princípio que rege o concurso ideal consiste em que o conteúdo

28 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.180 (o primeiro excerto) e p.764 (o segundo).

29 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.722-726, passim.

30 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.763.

delitivo de uma ação só é compreendido em todos os seus aspectos mediante vários tipos”³¹.

Em síntese, “No concurso formal existe uma só ação que dá lugar a diversos crimes. No concurso aparente uma só ação pode, em tese, configurar mais de um crime: todavia, só uma norma é aplicável, excluídas as demais por princípios lógicos e de valoração jurídica do fato”³².

II. Sustentando toda a teoria que rege o conflito aparente de tipos está o brocardo *ne bis idem*: “O fundamento geral das diversas regras de solução do concurso aparente de leis penais radica, de uma parte, na idéia de que o ordenamento jurídico é um sistema ‘consistente’, isento de contradições; e, de outra, no axioma de que não se pode castigar duas vezes o mesmo fato (*ne bis in idem*)”³³. “No concurso de leis resulta que a aplicação concorrente de ambos os preceitos levaria a punir duas vezes o mesmo fato”³⁴.

§ 3º. Questões terminológicas.

12. As questões referentes ao tema em estudo são “intensamente discutidas até na própria terminologia”³⁵. Há divergência acerca da correta denominação do fenômeno que designamos por concurso aparente de tipos. Empregam-se, para designar o mesmo ente, as expressões concurso de leis penais³⁶, concurso aparente de leis³⁷, concurso de normas³⁸, concurso aparente de normas³⁹, conflito aparente de normas⁴⁰, unidade de lei⁴¹, consunção⁴², colisão de normas penais, concurso ideal impróprio, concurso fictício ou impróprio de normas, concorrência imprópria de normas, concurso aparente de tipos⁴³.

Esta última designação parece-nos mais precisa.

31 WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.273-276.

32 FRAGOSO, Lições, p.374.

33 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.172. No mesmo sentido: PRADO, Curso, v.I, p.130; TOLEDO, Principípios, p.52; MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.675.

34 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.174.

35 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.790. A ênfase está no original.

36 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.675.

37 TOLEDO, Principípios, p.50; DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.171; PRADO, Curso, v.1, p.129.

38 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.159.

39 FRAGOSO, Lições, p.374; DOTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.286; PRADO, Curso, v.1, p.129; COSTA JR., Direito Penal, p.25.

40 BITENCOURT, Manual, v.1, p.129.

41 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.788.

42 KOHLRAUSCH & LANGE, apud JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.792, nota 26.

43 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.736.

Há *concurso*, e não conflito ⁴⁴, entre as normas que aparentemente incidem sobre o caso, porque a aparência não é a de estarem uma afastando ou impedindo a incidência da outra (“conflitando”), mas a de estarem todas incidindo simultaneamente, *i.e.*, *concorrendo* ⁴⁵.

O concurso é *aparente* porque “várias leis são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência” ⁴⁶. Parece haver co-incidência, simultânea aplicabilidade, concorrência, enfim, dos diversos tipos sobre o fato, mas em verdade não há ^{47 48}, porque “para que não seja violado o princípio do *ne bis in idem*, somente uma norma irá regulamentar efetivamente a hipótese fática” ⁴⁹. A interpretação adequada dos tipos descarta a concorrência ⁵⁰.

O concurso é *de tipos*, e não de normas ou leis penais. As normas penais podem ser incriminadoras e não incriminadoras. No tema em estudo, só as incriminadoras é que aparentemente concorrem. O concurso aparente só se dá entre normas penais incriminadoras. E estas são usualmente chamadas de *tipos*.

44 *Ensina CAVALEIRO DE FERREIRA* (Direito Penal Português, I, p.160) que se fala de conflito entre normas antitéticas, e não, como ocorre no tema em exame, entre normas que prevêm efeitos jurídicos da mesma natureza para o mesmo caso. Cabe reconhecer, entretanto, que a partir do instante em que se reconhece a unidade de fato, e, de consequência, a necessidade de resposta penal única (ne bis in idem), os diversos tipos que parecem querer punir o mesmo fato singular parecem competir entre si pela primazia. E, somente nesse sentido, se pode dizer que há, entre eles, conflito, porque somente um há de prevalecer.

45 “Concorrer: colaborar, contribuir, cooperar” (HENRIQUES & ANDRADE, Dicionário de Verbos Jurídicos, São Paulo : Atlas, 1996, p.53). “Concurso [...] mostra, em regra, a participação de várias pessoas a um ato, ou a afluência de coisas ou atos para a composição de outra uma coisa” (DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, Rio : Forense, 1987, p.491). No latim, concursus significava “correr juntamente” (BUSSARELLO, Dicionário Básico Latíno-Português, Florianópolis : UFSC, 1998, p.51).

46 PRADO, Curso, v.1, p.130.

47 “Desde um ponto de vista formal seriam aplicáveis vários tipos à ação, mas o conteúdo delitivo é determinado totalmente mediante um desses tipos. Esse tipo elimina a todos os restantes” (WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.276).

48 Em sentido contrário MIR PUIG (Derecho Penal Parte General, p.676) afirma que é preferível a concepção segundo a qual o concurso é real, no sentido de que todos os preceitos em jogo efetivamente concorrem, de modo que o fato cabe em todos e cada um deles, ainda que só um seja aplicável. Isso porque a efetividade dessa concorrência é que atenderia à eventual necessidade de ter de aplicar, em lugar do tipo preferente, um dos preteridos, como no caso de alteração legislativa superveniente, p.ex.. A questão não parece, ainda, de mera terminologia. Concurso significa aplicação concorrente, isto é, simultânea dos vários tipos. Mas a “convergência de normas sobre uma situação de fato” (CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.160), isto é, a possibilidade de enquadrar o fato em cada um dos tipos, essa é real. Em termos enfáticos: a incidência é real, a co-incidência é que é aparente.

49 COSTA JR., Direito Penal, p.25.

50 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.736. .

A expressão concurso aparente de tipos é, assim, a mais rigorosamente adequada para designar o objeto deste estudo.

13. É amplamente majoritário o emprego da expressão *princípios* para designar as três ferramentas de que se vale o intérprete para solucionar o concurso aparente. Diz-se, assim, em quase toda doutrina, *princípio* da especialidade, *princípio* da subsidiariedade, *princípio* da consunção. Todavia, por serem, como foi dito, ferramentas ou instrumentos que resolvem o problema do concurso aparente, merecem mais exatamente a designação de critérios, ou regras⁵¹.

A expressão mais acurada, entretanto, para definir a natureza de tais entidades, é *relação*. Como será visto no exame específico de cada hipótese, o que se apura, para solucionar o conflito aparente, é a existência, entre os tipos, de uma determinada espécie de *relação*, que pode ser uma relação de especialidade, uma relação de subsidiariedade ou uma relação de absorção. Na especialidade os fatos se apresentam numa relação *de espécie a gênero* (o tipo *geral* é gênero, o especial é *espécie*)⁵². Na relação de subsidiariedade os tipos em conflito são duas espécies (*principal* e *subsidiária*) de um mesmo gênero⁵³, e se apresentam numa relação de interferência de maior para menor. Na consunção os tipos se apresentam numa relação *de parte a todo* (o delito consunto é a parte, o delito consuntivo é o todo)⁵⁴.

§ 4º. Questão topológica

14. Entendemos que o chamado concurso ou conflito aparente de normas penais está relacionado com o estudo da tipicidade, por uma questão de pertinência lógica⁵⁵.

51 Nesse sentido: DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.286.

52 Vide § 6º n. 23 infra.

53 Vide § 7º n. 25 supra, especialmente a nota 119.

54 Vide § 8º n. 29 infra.

55 Também tratando do tema dentro do capítulo da tipicidade: MIRABETE, Manual de Direito Penal, p.116. Mas a opinião majoritária é a de que o tema diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal (PRADO, Curso, v.1, p.130, citando BRUNO, LEIRIA, TOLEDO, FRAGOSO, JESUS. COSTA JR., Direito Penal, p.25), i.e., *pertence à teoria da lei penal* (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.171; BITENCOURT, Manual, v.1, p.131; CAVALLEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.159), especialmente à aplicação da lei penal (DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.286) ou à teoria das fontes (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.764). "Os que o estudam junto à teoria do concurso de delitos o fazem por razões expositivas e didáticas" (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.764; no mesmo sentido FRAGOSO, Lições, p.374). Tratando do tema junto com o concurso de crimes, num tópico chamado "problemática especial da tipicidade": ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.736. JESCHECK & WEIGEND (Tratado de Derecho Penal, p.789 et seq.) embora afirmando que a questão refere-se à interpretação das normas, dela tratam juntamente com o concurso efetivo.

Na realidade, quando se trata do concurso aparente de normas, trata-se de apurar se há concurso *efetivo* ou *aparente* entre duas ou mais normas *incriminadoras*, para saber se um determinado fato é simultaneamente típico para mais de um *tipo*. De forma que quem diz *concurso de normas* diz *concurso de normas incriminadoras*; quem diz *norma incriminadora*, no Direito Criminal, diz *tipo incriminador*.

A questão está, pois, no âmbito da tipicidade. Os princípios preconizados para *identificação* e *solução* do falso concurso de normas são, por assim dizer, *princípios gerais da adequação típica*. Essa afirmação é comprovada ao longo da exposição que segue.

§ 5º. Introdução aos princípios.

15. O propósito deste trabalho é examinar os *critérios* que permitem a) *identificar* se um concurso de tipos é *real* ou *aparente* e b) *se for aparente*, identificar *qual dos tipos prevalece*, qual dos tipos aparentemente adequados ao fato é o que realmente se aplica. Os critérios úteis para cumprir essas duas operações são o da *especialidade*, o da *subsidiariedade* e o da *consunção*.

Na prática, na operação de avaliação da tipicidade, quando o intérprete se depara com uma possível tipicidade múltipla, primeiro submete o caso ao crivo dos três critérios (especialidade, subsidiariedade e consunção). Se, por qualquer dos três, apura-se que um dos tipos aparentemente adequados prevalece sobre os demais, estes restam excluídos: o concurso (*i.e.*, a *eficácia cumulativa*⁵⁶ dos tipos) era só *aparente*. Quando nenhum dos três critérios exclui a multiplicidade de tipos, então há concurso efetivo: verdadeira co-incidência dos vários tipos sobre o caso, ou, em suma, mais de um delito a punir. Restará, depois, identificar se se trata de concurso material, formal ou por continuidade (vide § 1º n. 3, *supra*).

16. Ensina BOBBIO⁵⁷ que a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional, e tem uma denominação característica: antinomia, expressão que já era consagrada no DIGESTO de JUSTINIANO. Uma das finalidades da interpretação é eliminar as antinomias, porque o ordenamento jurídico, como sistema que é, não as tolera⁵⁸.

Para haver antinomias são necessárias duas condições: as duas normas aparentemente aplicáveis devem pertencer ao mesmo ordenamento, e ter o mesmo âmbito de validade. Os âmbitos de validade de uma norma são

56 DOTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.286.

57 Teoria do ordenamento jurídico, p.81 et seq., passim.

58 BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.81-82.

quatro: temporal, especial, pessoal e material⁵⁹. A antinomia jurídica consiste na situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento, e tendo o mesmo âmbito de validade⁶⁰.

As antinomias podem ser aparentes ou reais. As aparentes são solucionáveis através de três critérios: cronológico, hierárquico e de especialidade. As antinomias reais são aquelas a que não se pode aplicar nenhum dos critérios, ou onde os critérios entram em conflito⁶¹.

Explicam-se assim os critérios que resolvem as antinomias aparentes:

a) Cronológico: *lex posterior derogat priori*.

b) Hierárquico: *lex superior derogat inferiori*. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo⁶².

c) De especialidade (ou da *lex specialis*). *Lex specialis derogat generali*. Esclarece o mestre: "Lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça", porque cumpre um processo natural de "diferenciação de categorias", para dar tratamento igual a categorias iguais, e diferente para categorias diversas⁶³.

Quando se aplicam os critérios cronológico ou hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das normas. Quando se usa o critério da especialidade geralmente ocorre a eliminação apenas daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial⁶⁴.

17. Os casos tratados sob o pálio do concurso aparente tipos são reconduzíveis à idéia geral, já mencionada, de antinomias, verdadeiras e falsas. Como visto, BOBBIO preconiza que as contradições normativas devem ser resolvidas pelos princípios da especialidade, hierarquia e cronologia.

Como ensinam DEL ROSAL & ANTÓN, essa especialidade, antes referida, pode ser entendida em dois sentidos:

a) especialidade formal, a que apresentam as normas particulares por oposição às codificadas, e

b) especialidade material, que atende ao *conteúdo* das normas.

Esta última pode ser entendida

59 BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.87.

60 BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.88.

61 BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.92.

62 BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.92.

63 BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.96.

64 BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.97.

i) num sentido estrito, puramente *lógico*: há especialidade quando se pode estabelecer entre duas normas relação de gênero a espécie; ou

ii) num sentido amplo, *lógico-valorativo*: a norma é especial, em relação a outra, quando contempla de modo mais satisfatório e completo as particularidades de uma determinada hipótese de fato.

Na teoria geral do direito se usa a expressão especialidade nesse último sentido, enquanto no direito penal se utiliza o primeiro. O princípio da especialidade, como usualmente essa expressão é empregada, pela doutrina, no trato do tema deste trabalho, é apenas uma parte do princípio da especialidade de que falam ALF ROSS e BOBBIO⁶⁵.

Há, assim, uma grande regra de especialidade em sentido genérico (material)⁶⁶, que se desdobra em três regras diferentes (especialidade em sentido estrito [lógico], subsidiariedade e consunção)⁶⁷. Ou, em termos esquemáticos, a especialidade em sentido genérico material se desdobra em duas “espécies” de especialidade: a) a especialidade em sentido estrito ou lógico, que, no tema do concurso aparente de tipos, é conhecida vulgarmente como “princípio da especialidade”; e b) a especialidade em sentido valorativo, que, no tema em estudo, desdobra-se nos “princípios” da subsidiariedade e da consunção.

Em verdade, uma única fórmula genérica resolve o concurso aparente, e ela corresponde ao princípio genérico de especialidade, à especialidade no sentido material: “em caso de conflito, a norma que se ajusta mais exatamente à hipótese de fato expressa de modo mais completo a valoração que dele efetua o ordenamento jurídico e prevalece sobre a que o contempla de maneira mais vaga e abstrata”⁶⁸. Essa fórmula geral consolida o significado das três fórmulas específicas em que se decompõe (especialidade *stricto sensu*, subsidiariedade, consunção), como será visto.

18. O sumário dessas lições é este: só há conflito entre normas contemporâneas e de mesma hierarquia. Não existe antinomia, fora desses casos, porque prevalecerá a norma mais nova sobre a mais antiga⁶⁹, ou a mais

65 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.172.

66 Que constitui um princípio geral do direito (CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.162.).

67 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.174.

68 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.174.

69 Exceto se a mais antiga for especial, e a mais nova geral, porque “O conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente” (BOBBIO, Teoria do ordenamento jurídico, p.108; no mesmo sentido GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.508: “a lei especial prevalece sobre a geral, ainda que esta lhe seja posterior”).

graduada hierarquicamente sobre a de grau inferior. Quando as normas são simultaneamente vigentes, e de mesma hierarquia, o conflito entre elas deve ser resolvido pela prevalência da norma que contempla, de modo mais satisfatório e completo, as peculiaridades do fato.

Finda essa introdução, sabemos que há concurso aparente de tipos quando há:

a) um só ato, ou uma multiplicidade de atos unificados por uma finalidade comum, segundo o plano do agente (*i.e.*, um só fato, *do ponto de vista teleológico-final*),

b) pluralidade aparente de normas incriminadoras para abranger a hipótese, mas

c) prevalência de uma das normas incriminadoras sobre as demais, por esgotar toda a reprovação jurídico-social do fato (unidade valorativa-normativa, *i.e.*, um só fato, *do ponto de vista jurídico-social*)^{70 71}.

A apuração da norma prevalecente, ou, em melhores termos, a constatação de que um só dos tipos é suficiente para, sozinho, reprovar o fato, é feita pela aplicação dos critérios científicos já mencionados (especialidade, subsidiariedade e consunção), de construção doutrinária e jurisprudencial, porque não há norma expressa que os regule⁷². Como adverte MIR PUIG, tais princípios só resultam válidos com a condição de que se admita que não costumam oferecer soluções automáticas⁷³ para os problemas do concurso aparente.

19. Foi visto que uma única fórmula genérica preside a solução do concurso aparente. É o critério da especialidade, em sentido valorativo. Talvez por que ela forneça uma regra um tanto vaga e imprecisa (prevalece a norma que contempla mais completa e especificamente o desvalor do fato),

70 Ou, por termos mais lacônicos: "um dos preceitos basta por si só para apreender todo o desvalor do fato ou dos fatos concorrentes" (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.675.).

71 Os "requisitos" tradicionalmente listados pela doutrina são a) a unidade de fato, b) aparente pluralidade de tipos aplicáveis, e c) unicidade de delito pela aplicação da norma prevalecente (STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.28). Ou, com palavras diversas: unidade de fato e pluralidade de leis (PRADO, Curso, v.I, p.130), unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia ou de dependência entre essas normas (BITENCOURT, Manual, v.I, p.130). O primeiro desses requisitos, unanimemente arrolado, deve ser esclarecido, porque a unidade de fato só cabe, aí, se for entendida num sentido limitado, como anotamos: unidade apenas do ponto de vista final-teleológico.

72 FRAGOSO, Lições, p.374. Mas o critério da especialidade vem previsto no art. 12 do CP (COSTA JR., Direito Penal, p.25).

73 Derecho Penal Parte General, p.677.

esforçou-se a doutrina por desdobrá-la em sub-fórmulas, em sub-princípios, dotados de mais concreção e consistência.

Quantos e quais são esses desdobramentos é tema de controvérsia.

Para alguns, há um só critério para resolver o concurso aparente de tipos, e esse é o da especialidade ⁷⁴. Para outros, há dois, especialidade e subsidiariedade ⁷⁵. Ou subsidiariedade e consunção ⁷⁶. A maioria consagra os três critérios, especialidade, subsidiariedade e consunção ⁷⁷. Outros incluem um quarto, o da alternatividade ⁷⁸. Há quem negue a autonomia dos critérios da consunção e da subsidiariedade ⁷⁹, e proponha um princípio da progressão, para substituí-los: a norma que prevê o fato menos grave, contemplado por outra norma, absorve a segunda ⁸⁰.

De nossa parte, ficando claro que sejam quantos forem os desdobramentos propostos, não deixarão de ser meras especificações da mesma regra geral, abordaremos os mais tradicionalmente aceitos.

20. O fato de serem os princípios tradicionalmente estudados meras especificações ou aspectos da fórmula geral de especialidade valorativa leva a que, em muitos casos, um conflito aparente entre duas normas possa ser solvido por mais de um daqueles sub-critérios ⁸¹. Ver-se-á, na seqüência, que algumas hipóteses fáticas aparecem mencionadas, como exemplos, em mais de um critério. Isso não prejudica o trabalho do intérprete, nem indica inconsistência dos conceitos em estudo, mas apenas comprova o que foi dito no § 5º n. 17, *supra*.

§ 6º. Relação, regra, critério ou princípio da especialidade.

21. O chamado princípio da especialidade é, dentre os três que solucionam o conflito aparente, o único que opera com critérios lógicos, e não de valoração jurídica ⁸²; o único a ter aceitação pacífica na doutrina ⁸³ e a ser

74 ANTOLISEI, LANDECHO & MOLINA (apud DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.175), DEAN (apud COSTA JR., *Direito Penal*, p.25).

75 FROSALI (apud DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.177); ALDO MORO (apud COSTA JR., *Direito Penal*, p.25).

76 DELITALA e GRISPIGNI (apud COSTA JR., *Direito Penal*, p.25).

77 DEL ROSAL & ANTÓN; FRAGOSO; WELZEL; ZAFFARONI & PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.736; BITENCOURT, *Manual*, v.1, p.130; PRADO, *Curso*, v.1, p.129 et seq.; TOLEDO, *Princípios*, p.50 et seq.; GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.507 et seq.

78 DOTTI; STEVENSON; MIRABETE, JESUS, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA (estes apud Prado, *Curso*, v.1, p.132).

79 ANTOLISEI (apud GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.511).

80 Apud GARCIA, *Instituições*, v.1, t.2, p.511.

81 *Vide*, p.ex., § 8º n. 28 *infra*, e § 7º n. 27 *par. 3º infra*, especialmente nota 144.

82 FRAGOSO, *Lições*, p.374.

83 PRADO, *Curso*, v.1, p.132.

objeto de uma prática unanimidade⁸⁴; o único afirmado no direito positivo (art. 12 do CP)⁸⁵; e o único que pode ser estabelecido *in abstracto*⁸⁶, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o fato⁸⁷. Tem origem no direito romano⁸⁸, e é o princípio fundamental na solução do problema do conflito aparente, o de maior rigor científico, sendo os demais critérios subsidiários⁸⁹ e complementares⁹⁰.

22. Já foi dito que a regra da especialidade, como critério de solução de falsas antinomias, tem duplo sentido (*supra*, § 5º n. 16 e n. 17). Neste tópico, usa-se a expressão *especialidade* no seu sentido estrito, como especialidade puramente lógica⁹¹ (*supra*, § 5º n. 17 b ii). As normas em conflito estão em relação de gênero a espécie. A classe das hipóteses de fato prevista em uma das normas deve ser uma subclasse da dos previstos em outra⁹².

O princípio (ou regra, critério ou relação) de especialidade pode ser assim enunciado: *a norma especial derroga a norma geral (lex specialis derogat legi generali)*, ou, em termos mais exatos, a norma especial *prevalece* sobre a geral, afastando a incidência desta. Não se trata, na verdade, de um caso de *derrogação*, porque a norma especial não *retira a vigência* da norma geral (não a *revoga*). A norma especial apenas afasta a incidência, *num determinado caso concreto*, da norma geral, que continua vigendo para outros casos⁹³.

23. Reconhece-se a especialidade quando entre as normas existe uma relação de gênero para espécie⁹⁴. Entre a norma geral e a especial há uma relação hierárquica de subordinação onde prevalece a última⁹⁵, uma relação

84 CAVALheiro DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.167.

85 COSTA JR., Direito Penal, p.25.

86 *Por um confronto de estruturas formais facilmente identificáveis (CAVALheiro DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.163.)*

87 BITENCOURT, Manual, v.1, p.130.

88 COSTA JR., Direito Penal, p.25; PRADO, Curso, v.1, p.132.

89 BITENCOURT, Manual, v.1, p.133.

90 PRADO, Curso, v.1, p.134.

91 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.174.

92 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.175.

93 *A prevalência da norma especial acontece quer ela preveja um crime mais grave, quer preveja um menos grave, isto é, não importa se a norma especial é qualificadora, agravante, majorante ou privilegiadora, ela será a quem mais especificamente contempla o desvalor do fato ("agarra mais de perto a situação de fato que regulamenta") (CAVALheiro DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.164.)*

94 TOLEDO, Princípios, p.51; FRAGOSO, Lições, p.375.

95 PRADO, Curso, v.1, p.132.

lógica de dependência, própria da subordinação ⁹⁶. Um tipo faz *fechamento conceitual* do outro, de maneira que há uma *relação de subordinação conceitual* entre os tipos ⁹⁷, o que ocorre quando “dos vários preceitos aparentemente concorrentes um deles contempla mais especificamente o fato que os demais” ⁹⁸, ou o contempla “desde um particular ponto de vista” ⁹⁹.

É *especial* a norma incriminadora que possui em sua definição legal todos os elementos típicos de outra (a chamada *norma geral* ou norma comum), e mais alguns, de natureza subjetiva ou objetiva, denominados *especializantes*, apresentando, por isso, um *minus* ou um *plus* de severidade ¹⁰⁰. A norma especial contém a norma geral (contém a descrição do delito descrito na norma geral), a norma geral está *contida* na norma especial (o delito descrito na norma geral está contido na descrição da norma especial). O tipo especial tem os mesmos elementos do tipo geral, e mais um, ou mais alguns ¹⁰¹: se um dos tipos requer os pressupostos *A* e *B*, e outro requer os pressupostos *A*, *B* e *C*, este é especial em relação àquele ¹⁰². O tipo especial é, assim, o tipo geral com *um algo mais*, um *plus*, e “todo fato que realiza o preceito especial realiza necessariamente o teor literal do geral, mas nem todo fato que infringe o preceito geral realiza o teor literal do especial” ¹⁰³. “O âmbito da norma comum e da norma especial semelham círculos concêntricos de sorte que o âmbito da norma comum abarca e excede todo o âmbito da norma especial” ¹⁰⁴.

Quando o nosso ladrão de quadros, apontando a arma para a vítima e ameaçando-a de morte, obriga-a a entregar seus bens, e depois a mata a tiros, pratica uma conduta que é aparentemente típica para o art. 155 (subtraiu uma coisa alheia, móvel, para si) e também para o art. 157 (subtraiu, etc., usando de grave ameaça ou violência). Essa mesma conduta parece típica também para o art. 147 (o agente ameaçou a vítima de mal grave e injusto) e para o art. 146 (o agente, usando violência ou ameaça, constrangeu a vítima a fazer o

96 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.790.

97 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738.

98 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.677-678.

99 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.790.

100 A norma especial agrega aos elementos da geral um ou mais elementos especializantes, “demonstrativos de um fundamento específico de punibilidade” (PRADO, Curso, v.1, p.132).

101 “A norma especial acrescenta elementos próprios à descrição típica prevista na norma geral” (BITENCOURT, Manual, v.1, p.130).

102 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.678.

103 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.678.

104 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.163.

que a lei não obriga). E, enfim, parece haver um homicídio (art. 121). Há um aparente conflito entre os cinco tipos, porque o fato parece ser enquadrável em todos eles: parece, à primeira vista, que o agente cometeu cinco crimes. O conflito é aparente porque a regra da especialidade informa que o tipo do art. 157, § 3º, prevalece sobre os dos arts. 121, 155, 147 e 146. O art. 157 (roubo) é norma especial em relação ao art. 155 (furto): contém todos os elementos do furto (subtração de coisa alheia móvel, para si ou para outrem) e mais um (o emprego de violência ou grave ameaça como meio executório). É também especial em relação ao do art. 146: contém todos os elementos deste (constranger a fazer ou não fazer, mediante violência ou grave ameaça) e mais um, que é a especificação do objetivo, usar o constrangimento para subtrair bens. E é, enfim, especial em relação ao tipo do art. 147, porque contém todos os elementos deste (ameaça de fazer mal grave e injusto) e mais a especificação de que, no caso, essa ameaça é feita como meio para subtrair patrimônio. E o tipo do art. 157, § 3º, é, enfim, especial em relação ao do art. 121, porque contém a descrição do "matar alguém", acrescida de um *plus*, que é a finalidade do assassinio, feito para subtrair bens. O assaltante, no exemplo, incidiu apenas do tipo do art. 157, § 3º¹⁰⁵. Os outros tipos que aparentemente se aplicavam – arts. 121, 155, 147 e 146, as normas *gerais* – ficam afastados, pela prevalência da regra especial.

Outros exemplos: o tipo *matar alguém* (art. 121) é geral em relação ao tipo *matar o Presidente da República* (art. 29 de Lei nº 7.170). Esse art. 29 contém, na sua descrição típica, todos os elementos do art. 121 (*matar e alguém*) e mais um elemento especializante, um *plus*: o *alguém* é o Presidente da República. Da mesma forma o tipo do infanticídio (art. 123) é especial em relação ao tipo do homicídio (art. 121): contém todos os elementos do homicídio (*matar alguém*) e mais alguns *especializantes* (o agente é a mãe em estado puerperal, a vítima é o filho nascente ou neonato, etc.). O tráfico é especial em relação ao contrabando e a injúria de imprensa em relação à comum¹⁰⁶. De modo geral, o tipo derivado é sempre especial em relação ao tipo fundamental. São tipos derivados o qualificado (p.ex. arts. 155 § 4º e 155 § 5º; art. 121 § 2º), o agravado ou majorado (p.ex. art. 155 § 1º; art. 121 § 4º), o atenuado ou privilegiado (p.ex. art. 155 § 2º; art. 121 § 1º), ou ainda o derivado elevado a "delito autônomo" ou *sui generis* (p.ex. art. 156; art. 123).

105 Estamos, aqui, comparando apenas os tipos mencionados. Falta a apreciação sobre eventual incidência nos tipos de violação de domicílio, porte de arma, estelionato e dano, a serem solucionados por outros critérios, na seqüência. Quanto ao prévio furto da arma, já foi esclarecido (§ 2º n. 9 par. 2º, supra).

106 PRADO, Curso, v.1, p.133.

O latrocínio é tipo derivado qualificado do roubo, que é derivado *sui generis* do furto. O estupro é especial em relação ao atentado violento ao pudor, que é especial em relação ao constrangimento ilegal, que é especial em relação à ameaça. A extorsão mediante seqüestro (art. 159) é especial em relação ao seqüestro (art. 148) e à extorsão (art. 158). E, de modo geral, o tipo complexo é sempre especial em relação aos tipos dos seus delitos-membros ¹⁰⁷.

Sempre que um mesmo fato parece se adequar, simultaneamente, a um tipo geral e um especial, este prevalece, afastando o primeiro. O fato será típico apenas para a regra especial, e não incidirá a regra geral.

A prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece em abstrato ¹⁰⁸, pela comparação das definições típicas ¹⁰⁹: sem aprofundar o exame do caso concreto, percebe-se, pela simples comparação das descrições legais das condutas incriminadas, que a menos abrangente delas está contida na descrição mais abrangente.

§ 7º. Relação, regra, critério ou princípio da subsidiariedade

24. O princípio, regra ou critério da subsidiariedade afirma que a regra primária afasta a incidência da regra subsidiária (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). Ou, na terminologia que vamos empregando: o tipo primário prevalece sobre o tipo subsidiário. Determina-se a relação de subsidiariedade por critérios de valoração jurídica ¹¹⁰, e não por critérios puramente lógicos, como ocorre na especialidade. Há relação de subsidiariedade entre duas normas quando houver “graus diversos de ofensa de um mesmo bem, de modo que a ofensa maior absorve a menor” ¹¹¹, porque “distintas proposições penais protegem o mesmo bem jurídico ao longo dos diferentes estádios de seu ataque” ¹¹² “sancionando diferentes níveis de desenvolvimento de uma mesma ação delitiva” ¹¹³. Dois preceitos descrevem “graus ou estádios diversos de ofensa a um mesmo bem, de modo que, sendo menos grave o descrito na disposição subsidiária, é absorvido pelo primeiro” ¹¹⁴.

107 STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.32-3. No mesmo sentido BITENCOURT, Manual, v.1, p.130.

108 STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.38.

109 Por um confronto de estruturas formais facilmente identificáveis (CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.163.).

110 FRAGOSO, Lições, p.375.

111 GRISPIGNI, apud COSTA JR., Direito Penal, p.26.

112 HONIG, apud JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.791.

113 STRATENWERTH, apud BITENCOURT, Manual, v.1, p.131.

114 GRISPIGNI, apud GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.510.

25. Há relação de primariedade e subsidiariedade entre dois tipos incriminadores quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico. Diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão¹¹⁵. O tipo primário é o que descreve a violação de grau mais intenso¹¹⁶, e o tipo subsidiário é o que incrimina a violação menos grave, menos extensa, de menor intensidade¹¹⁷. A norma subsidiária tipifica uma agressão de menor gravidade ao mesmo bem jurídico protegido pela norma primária. Identifica-se a relação de subsidiariedade, pois a norma subsidiária tipifica como crime um fato que outra norma inclui na previsão legal de um delito mais grave. A execução da figura subsidiária corresponde a *uma parte da execução da figura principal*: o crime subsidiário está incluído no principal^{118 119}.

Há situações em que o legislador, dada a importância de certos bens jurídicos, lança sobre eles a proteção do Direito Criminal contra graus diferentes de ofensa. Tal como acontece com a integridade física e a vida, que são protegidas contra o simples perigo abstrato, o perigo concreto, o dano efetivo menos intenso, o dano efetivo mais intenso. Há vários tipos que incriminam a mera criação de perigo abstrato para a integridade física (disparo de arma de fogo, p.ex.), que é o grau mais remoto e menos intenso de ofensa a esse bem jurídico. Num grau mais próximo, há tipos que protegem a integridade física contra o perigo concreto (art. 21 da LCP, ou o art. 132, p.ex.). Há, depois, a proteção contra a lesão ao bem, num grau mais tênue (art. 129) ou no grau máximo de agressão (art. 121). Por aí se vê que o art. 121 é tipo primário em relação ao art. 129, e este é subsidiário daquele. Já o art. 129 é tipo primário em relação ao art. 132, e este é subsidiário em relação ao

115 HONIG, apud TOLEDO, Princípios, p.51.

116 "Uma forma de ataque mais grave ou acabada do mesmo bem jurídico" (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.678.).

117 *Cumpre identificar na violação da norma principal uma ofensa que esgota o desvalor jurídico do fato* (FRAGOSO, Lições, p.375).

118 STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.39. No mesmo sentido: "a figura subsidiária está contida na principal" (BITENCOURT, Manual, v.1, p.131). Por isso se vê que a subsidiariedade é uma derivação do critério de especialidade.

119 Como ensinam DEL ROSAL & ANTÓN, esse critério refere-se a certas hipóteses em que, de modo expreso ou tácito, um preceito contém uma indicação no sentido de que há de aplicar-se somente na falta de outro, ou outros. Uma classe de fatos X se acha prevista em dois grupos de preceitos P (principais) e S (subsidiários), de tal sorte que todos os X que não sejam P (e só os que não o sejam) haverão de ser S. Não há uma relação de gênero a espécie, mas uma relação entre duas espécies (principal e subsidiária) de um mesmo gênero (Derecho Penal, p.176). P.ex.: lesão corporal grave e lesão corporal seguida de morte são duas espécies do mesmo gênero (lesão corporal); atentado violento ao pudor e estupro são duas espécies do gênero "crime contra a liberdade sexual".

art. 129. O art. 15 da L.10826 (disparo de arma) é, por seu turno, subsidiário do art. 132 (e este é norma primária em relação ao disparo de arma de fogo)¹²⁰.

Quando dois tipos incriminadores são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, e um deles é subsidiário do outro, aplica-se somente a norma primária, que é a prevalecente¹²¹.

Quando o ladrão de quadros do nosso exemplo, usando arma de fogo que porta sem licença, atira e mata B, aparentemente incide nas penas dos arts. 121 (porque matou), 129 (porque, para matar, feriu), 132 (porque quando atirou expôs a vida da vítima a perigo), 15 da L.10826 (porque atirou) e 14 da L.10826 (porque portava a arma)¹²². O princípio da subsidiariedade esclarece que, dentre os cinco tipos hipoteticamente aplicáveis, o do art. 121 é a norma primária, e os demais são subsidiários dele. Prevalece a norma primária: os demais tipos são afastados pelo do homicídio¹²³.

26. A peculiaridade na relação de subsidiariedade é que a norma subsidiária funciona como "soldado de reserva" da norma primária, na expressão de HUNGRIA.

O mecanismo que rege a subsidiariedade é o de interferência¹²⁴ por progressão: há uma progressão na conduta típica, em que a punibilidade da etapa mais avançada mantém interferida a tipicidade das etapas anteriores¹²⁵. Em outras palavras, a conduta anterior só é punida com a condição de

120 A subsidiariedade "aparece como efeito de uma múltipla tutela realizada por tipos diversos em relação a um determinado bem jurídico" (PRADO, Curso, v.1, p.133).

121 Ubi major minor cessat (DOTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.289).

122 Quanto à subsidiariedade entre a posse e o porte da arma, e o homicídio ou latrocínio que com ela se perpetra, é preciso esclarecer que a conclusão supra se funda numa hipótese em que a posse e o porte da arma só acontecem dentro do contexto do crime principal, e com o fim específico de realizá-lo. Se o agente tivesse posse, ou fizesse porte, da arma, em ocasião anterior, e sem ter em mente utilizá-la para realizar o crime-fim, a posse ou o porte seriam crimes autônomos, porque seriam atos independentes, não unificados pelo fator final-teleológico no "fato homicídio". Não haveria fato único, do ponto de vista final, e faltaria, assim, o primeiro requisito do concurso aparente de tipos (vide, supra, § 2º n. 8 a, e § 5º n. 18 par. 2º). Haveria, pois, concurso efetivo, na modalidade de concurso real (supra, § 1º n. 3 a i). JESCHECK & WEIGEND (Tratado de Derecho Penal, p.792.) afirmam que não há subsidiariedade tácita entre delito de perigo abstrato e delito de dano. Ainda que não houvesse, parece-nos que o caso supra seria de consunção. Vide, a respeito, com mais detalhamento, o § 8º n. 31 par. 6º, infra.

123 Que, como visto, por sua vez é afastado pelo tipo do art. 157, § 3º, com base na regra da especialidade (§ 6º n. 23 par. 3º, supra).

124 A estrutura lógica da subsidiariedade não é a da subordinação, mas a da coincidência parcial (interferência) (JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.791). No mesmo sentido: CAVALLEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.164.

125 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738.

que o agente não incorra na punição da fase posterior, mais grave, hipótese em que só esta última prevalece ¹²⁶. As normas estão em relação de interferência quando o conteúdo de duas normas se sobrepõe parcialmente; ao contrário do que ocorre na especialidade, nenhuma das normas compreende totalmente o âmbito da outra: são como dois círculos secantes, que têm um setor comum, porque suas esferas de aplicação se entrecruzam ¹²⁷.

P.ex., a tentativa sofre interferência da consumação punível ¹²⁸ (não se pune a tentativa se ocorre a consumação); o ato preparatório eventualmente típico sofre interferência pelo ato de tentativa (a punibilidade da tentativa engloba a do ato preparatório); o delito consumado durante a tentativa é interferido pelo crime tentado (p.ex.: o homicídio tentado interfere nas lesões corporais consumadas que são seu meio executório) ¹²⁹.

Mas se, por ausência de algum elemento do tipo primário, este não puder ser reconhecido, remanesce a possibilidade de punir-se o agente pelo delito subsidiário (p.ex., se por alguma razão não se puder punir a tentativa, o ato preparatório isoladamente típico pode ser punido ¹³⁰).

27. A subsidiariedade pode ser expressa ¹³¹, na situação em que o tipo taxativamente anuncia que só se aplica quando o fato não constituir crime mais grave ¹³² (como ocorre nos arts. 129 § 3º, 132, 177 § 1º I; 21 da LCP; a subtração de incapaz do art. 249 é subsidiária do rapto do art. 219 e do seqüestro do art. 248 [FRAGOSO]; falsa identidade como meio executório de estelionato é subsidiária deste [DOTTI]), ou tácita, quando não há essa condicionante expressa ¹³³.

126 TOLEDO, Princípios, p.51.

127 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.164.

128 ANTOLISEI afirma ser inconsistente a idéia de concurso aparente entre tentativa e crime consumado, porque o crime tentado é evidentemente atípico para o tipo que prevê o crime consumado (apud GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.511). Tem inteira razão. Um homicídio tentado não cabe na descrição do art. 121, caput, p.ex. Há, contudo, absorção dos atos-meio, como se explica adiante, § 8º n. 29 nota 178, infra.

129 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738.

130 Exemplo mais apurado: o delito consumado no curso de uma tentativa qualificada (tentativa com desistência voluntária, onde os atos são típicos para outro tipo que não o delito tentado-desistido) é típico, porque a impunibilidade da tentativa faz desaparecer o mecanismo de interferência (ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.739).

131 Também chamada formal (JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.791), ou explícita (CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.174).

132 "Quando a própria lei contém a cláusula de reserva" (DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.289).

133 ANTOLISEI diz que no caso de subsidiariedade expressa, porque uma lei expressamente exclui a aplicabilidade de outra, não há verdadeiro concurso aparente (apud PRADO, Curso, v.1, p.133). O argumento é consistente: se desde uma primeira vista se percebe a inaplicabilidade do dispositivo subsidiário, não há nem "aparência" de concurso.

134 Também dita subsidiariedade material (JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.791).

Há subsidiariedade implícita ou tácita¹³⁴ “quando determinada figura típica funcionar como elemento constitutivo, majorante ou meio prático de execução de outra figura mais grave”¹³⁵, *i.e.*, quando “a norma que define crime menos grave está abrangida pela norma que define o crime mais grave, *nas circunstâncias concretas em que o fato ocorreu*”¹³⁶. Ela ocorre “nos tipos delitivos que descrevem fase prévia, de passagem necessária para a realização de delito mais grave cuja punição abrange as etapas anteriores de execução”¹³⁷. Cabe verificar, no caso concreto, se está presente a vontade legislativa de aplicar-se um preceito somente na falta de outro¹³⁸.

Isso acontece, *p.ex.*, com: *a*) o dano, que é subsidiário do furto com rompimento de obstáculo; *b*) a ameaça, que é tipo subsidiário do constrangimento ilegal; *c*) a violação de domicílio, que é subsidiária tácita do crime cometido em casa alheia (como no nosso exemplo do ladrão de quadros)¹³⁹; *d*) o constrangimento ilegal, que é tipo subsidiário do estupro e de todos os crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça contra pessoa; *e*) a subtração de incapazes em relação ao seqüestro ou plágio¹⁴⁰; *f*) perigo de inundação diante do crime de inundação, porque os delitos de perigo são “de modo geral” subsidiários das modalidades de dano¹⁴¹; *g*) o abandono de recém-nato é subsidiário do infanticídio¹⁴²; *h*) o homicídio culposo qualificado pela omissão de socorro (art. 121 § 4º) do qual a omissão de socorro (art. 135) é tacitamente subsidiária^{143 144}; *i*) a participação, que é subsidiária

135 BITENCOURT, Manual, v.1, p.132.

136 DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.289, *sem grifos no original*.

137 TOLEDO, Princípios, p.52.

138 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.176.

139 *Esse exemplo é comumente lembrado na doutrina como caso de subsidiariedade, mas não nos parece que assim seja. Furto é crime contra o patrimônio, e violação de domicílio ofende bem jurídico diverso: a inviolabilidade do domicílio. Não são, pois, crimes do mesmo gênero, como deve ocorrer na relação de subsidiariedade. Parece-nos que o caso é de consunção.*

140 PRADO, Curso, v.1, p.134.

141 GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.510. *Divergem JESCHECK & WEIGEND (Tratado de Derecho Penal, p.792), para quem os delitos de perigo concreto são subsidiários dos de dano, mas não os de perigo abstrato, porque dirigem-se contra bens jurídicos da coletividade, e preservam sua autonomia.*

142 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.792.

143 *Exemplos de FRAGOSO (Lições, p.375): o crime complexo é caso de subsidiariedade tácita, o roubo inclui o furto e o constrangimento ilegal, a omissão de socorro é subsidiária do homicídio qualificado por ela.*

144 *Todos os exemplos citados, exceto o da omissão de socorro, confirmam a observação de TOLEDO: “Há uma zona cinzenta entre o princípio da subsidiariedade e o da consunção [...] a ponto de não se poder distinguir com clareza, em certas hipóteses, o domínio de um ou outro” (Princípios, p.52)*

da autoria ¹⁴⁵; j) o delito imprudente (culposos) é subsidiário em relação ao doloso ¹⁴⁶. Em todos esses casos, “as circunstâncias elementares de um tipo de ilícito estão contidas em outro, ou como essenciais ou como acidentais, sem que a lei expressamente declare o caráter subsidiário de uma norma em relação à outra” ¹⁴⁷.

§ 8º. Relação, regra, critério ou princípio da consunção

28. Diz o princípio da consunção, também chamado princípio ou regra da absorção, que *a norma consuntiva impede a aplicação da norma consunta (lex consumens derogat legi consumptae)*. Isso implica que “a norma definidora de um crime, cuja execução atravessa fases em si representativas de delito previsto em outra, exclui, por absorção, a aplicabilidade desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático” ¹⁴⁸. O fundamento da exclusão da norma consumida não é uma relação lógica, mas sim o próprio sentido das leis em causa, determinado de acordo com uma interpretação valorativa ¹⁴⁹. “Predomina na consunção uma perspectiva axiológica” ¹⁵⁰, porque a relação entre as normas não é estrutural, mas funcional, teleológica, instrumental, e só verificável de um ponto de vista dinâmico ¹⁵¹: a consunção se amplia para abranger, com critérios valorativos, a pluralidade de fatos: antefato e pós-fato co-punidos ¹⁵². Trata-se de princípio muito discutido, de conceituação pouco precisa e de utilização problemática, porque “há uma zona cinzenta entre o princípio da subsidiariedade e o da consunção [...] a ponto de não se poder distinguir com clareza, em certas hipóteses, o domínio de um ou outro” ¹⁵³. MIR PUIG ¹⁵⁴ esclarece que esse princípio, “por si só pouco útil”, é subsidiário dos demais, e a ele se recorre quando não exista uma forma mais específica para solucionar o conflito num caso concreto.

145 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.678-679. No mesmo sentido JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.792: *se há distintas formas de participação da mesma pessoa no mesmo delito, a forma mais débil de intervenção cede frente à de maior intensidade.*

146 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.679. Não nos parece que possa haver concurso aparente entre crime culposos e crime doloso. Vide § 9º n. 34 par. 3º, infra.

147 DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.289.

148 STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.40.

149 FRAGOSO, Lições, p.376.

150 PRADO, Curso, v.1, p.134.

151 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.165.

152 FRAGOSO, Lições, p.377.

153 TOLEDO, Princípios, p.52.

154 Derecho Penal Parte General, p.679.

Na concretização de um projeto delitivo, o agente desdobra sua atividade em várias fases e atos. Pode ocorrer que uma, alguma ou todas as fases ou atos, em que se desdobra o plano criminoso, constituam, de per si, isoladamente, fatos típicos. Assim, temos um delito que é *ato preparatório* de outro, ou um delito que é *ato executório* de um outro. Quando os atos-meio, preparatórios ou executórios de um delito-fim, são, de per si, típicos, restam *absorvidos* (i.e., consuntos, *consumidos*) pelo delito-fim. Pune-se o delito-fim, que absorve os delitos-meio ¹⁵⁵.

Essa absorção pressupõe, obviamente, que o tipo que descreve o delito-fim esgote a reprovabilidade do delito-meio, o que ocorre somente se presentes os requisitos vistos no § 8º n. 31 *infra*: dá-se absorção quando “um dos preceitos em jogo é suficiente para valorar completamente o fato” ¹⁵⁶, ou, em outros termos, uma lei, conforme seu próprio sentido, inclui já em si o desvalor delitivo de outra ¹⁵⁷. Esse princípio exige uma “comparação qualitativa dos bens jurídicos violados” ¹⁵⁸, na qual se conclui que se supõe que o legislador há de ter previsto o crime consunto ao fixar a pena do delito que normalmente o supõe ¹⁵⁹, i.e., que “o conteúdo de injusto e de culpabilidade de uma ação típica inclui também outro fato” ¹⁶⁰. O fator decisivo para admitir-se a consunção de um tipo por outro é que este, sozinho, conceda a “plena tutela penal” ¹⁶¹ aos bens jurídicos afetados. Essa integralidade de proteção penal aos bens jurídicos atingidos é que caracteriza a norma consuntiva, o que não pode ser esquecido ao se abordar certas questões polêmicas que vêm a seguir.

Imagine-se que Caio, já condenado por furtos, para cometer um novo furto mune-se de gazuas e pés-de-cabra (ato preparatório, mas típico para o art. 25 da LCP), invade a casa da vítima (ato executório de furto, mas de per si

155 *Nem sempre a lex consumens fixará pena mais grave que a lei consumida. Os casos extraordinários em que a lei consumens é mais benigna que a consumpta representam, sem dúvida, defeitos de técnica legislativa, mas não impedem a operatividade da consunção* (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.177). Entre nós essa situação aparece, p.ex., na absorção do ato-meio disparo de arma de fogo pelo ato-fim periclitiação da vida alheia. Em contrário posiciona-se CAVALEIRO DE FERREIRA (Direito Penal Português, I, p.169), para quem somente nos casos regidos pelo critério de especialidade admite-se a prevalência da regra mais benigna, e nos demais casos prevalecerá a que preveja conseqüências jurídicas mais graves. Pensamos que a razão está com a primeira tese.

156 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p. 679.

157 MEZGER, apud FRAGOSO, Lições, p.376.

158 DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.288.

159 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.680.

160 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.792.

161 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.184.

típico para o art. 150), arromba a porta do cofre (ato executório do furto, mas isoladamente típico para o art. 163), e enfim subtrai os pertences da vítima (consumação do art. 155). O ato preparatório (posse dos instrumentos) e os atos executórios (violação do domicílio e dano ao obstáculo) são fase normal de preparação e execução do delito-fim, que é o furto. Restam absorvidos por este: pune-se somente o furto¹⁶².

É claro que essa absorção tem alguns requisitos, que serão explicados em breve (vide § 8º n. 31 *infra*). É também verdade que é bem difícil aplicar isoladamente apenas um dos três princípios relativos ao concurso aparente de tipos (*supra*, § 5º n. 20). No caso acima, p.ex., está claro que o furto absorve o dano, mas também está claro que o crime de dano restaria afastado pela regra da especialidade, já que o furto com rompimento de obstáculo é regra especial em relação ao art. 163. Não há prejuízo, contudo, nessa multiplicidade de *ferramentas*, desde que se chegue ao resultado correto, ou seja, que se apure a regra prevalecente. E há situações (como a do pós-fato impunível) que não encontram solução nas regras da especialidade e da subsidiariedade, e justificam a autonomia da regra da consunção¹⁶³.

29. Há relação de consunção (ou absorção) quando há, entre os dois tipos, e entre os delitos que eles definem, relação de maior para menor, de *magis* para *minus*, de continente para conteúdo, de todo para parte, de inteiro para fração¹⁶⁴: os tipos se escalonam em círculos concêntricos, sendo o maior deles, o externo, a conduta consuntiva, da qual a conduta consunta é fração¹⁶⁵. “Se o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, de âmbito maior, só esta se aplica”¹⁶⁶. “Entre os bens jurídicos protegidos

162 A mesma explicação cabe na violação de domicílio cometida pelo ladrão de quadros do nosso exemplo.

163 Deve haver uma regra autônoma de consunção porque há casos que não se resolvem pelos critérios de especialidade e subsidiariedade. Exemplo: funcionário público, mediante escalada e rompimento de uma janela, entra no escritório onde trabalha e de lá subtrai dinheiro ali depositado; o fato pode, abstratamente, adequar-se conforme o furto qualificado ou o peculato. Não há entre ditas figuras relação de gênero a espécie, nem subsidiariedade expressa, e a subsidiariedade tácita é difícil de induzir porque os tipos pertencem a “constelações delitivas diferentes”, “irredutíveis a um gênero comum” (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.177). O crime de peculato, que contempla não só o dano patrimonial sofrido pela Administração senão também o representado para o bom funcionamento da Administração pela falta de integridade do funcionário, prevalece sobre o furto, que só contempla o aspecto patrimonial da infração (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.178).

164 STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.41.

165 A imagem dos círculos concêntricos é também de STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.41.

166 GARCIA, Instituições, v.I, t.2, p.509.

pelas normas penais verificam-se, às vezes, relações de mais e de menos: uns contêm-se nos outros, de tal maneira que uma norma consome já a proteção que a outra visa”¹⁶⁷.

A diferença entre a regra da consunção e as duas outras está nisto: na especialidade os fatos se apresentam numa relação *de espécie a gênero* (o tipo *geral* é gênero, o especial é *espécie*); na subsidiariedade os tipos em conflito são duas espécies (*principal e subsidiária*) de um mesmo gênero¹⁶⁸; e na regra da consunção os tipos se apresentam numa relação *de parte a todo* (o delito consunto é *parte* do *todo* que é o delito consuntivo). Um tipo descarta outro porque consome ou exaure o seu conteúdo proibitivo, num autêntico “fechamento material”¹⁶⁹.

A tênue distinção entre o critério da consunção e o da especialidade está em que, neste, a continência do “tipo menor” no “tipo maior” é apurável em abstrato: pela simples leitura dos textos das normas incriminadoras percebe-se que uma contém a outra¹⁷⁰. Na consunção pode ocorrer de só ser perceptível a abrangência do “crime menor” pelo “maior” à luz das peculiaridades do caso concreto: ela só verificável de um “ponto de vista dinâmico”¹⁷¹. Em abstrato não se pode afirmar que um crime de violação de sepultura esteja englobado pelo tipo do furto. Mas essa absorção aparece em concreto se, num caso específico, o ladrão, para subtrair as jóias do defunto, viola o jazigo.

A distinção entre a consunção e a especialidade reside em que, naquela, os distintos tipos penais não se acham entre eles em uma determinada relação lógica, mas sim estão sujeitos por uma relação criminológica, que o legislador também tem em conta ao estabelecer os marcos penais dos tipos implicados¹⁷².

30. São exemplos comumente lembrados de aplicação da regra da consunção: a) há consunção no crime progressivo^{173 174} e b) no crime

167 DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.288.

168 Vide § 7º n. 25 supra, especialmente a nota 119. A norma consumens e a norma consumpta não têm entre elas relação de subsidiariedade (a norma secundária não tem “função de reserva”), porque tais normas não pertencem a nenhum gênero comum (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.179).

169 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738.

170 Na especialidade o fato necessariamente realiza a descrição típica de vários preceitos, e na consunção só normalmente a realiza (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.680).

171 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.165.

172 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.792-793.

173 Aquele em que o agente passa, num mesmo contexto de ação, de um crime menos grave para outro mais grave, ofendendo o mesmo bem jurídico.

174 FRAGOSO, Lições, p.376.

complexo¹⁷⁵; c) a ameaça é consumida pelo roubo, d) a injúria pela calúnia¹⁷⁶; e) o delito tentado é absorvido pelo consumado^{177 178}; f) ocorre consunção nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir, p.ex.: vende a coisa furtada, falsifica moeda e a introduz em circulação¹⁷⁹; g) a lesão é absorvida pelo homicídio¹⁸⁰; h) “o crime de perigo é consumido pelo crime de dano ao mesmo bem jurídico protegido”¹⁸¹; i) se há apropriação indébita de coisa obtida mediante ardil, a tipicidade do estelionato consome a da apropriação indébita¹⁸²; j) furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e violação de domicílio¹⁸³; k) o mesmo se dá com roubo precedido de arrombamento e violação de domicílio¹⁸⁴; l) o estelionato absorve o falso, quando este se exaure com a prática da fraude (Súmula 17 do STJ)¹⁸⁵; m) a sedução absorve a corrupção de menor¹⁸⁶; n) o art. 25 da LCP é absorvido pelo furto; o) ocultação da coisa furtada absorve a receptação¹⁸⁷; p) o estupro contra menor absorve o crime de corrupção de menores; q) o seqüestro é absorvido pelo crime de redução à condição análoga à de escravo; r) a calúnia absorve a difamação e a injúria quando as expressões caluniosas, difamatórias e injuriosas são proferidas na mesma ocasião e contexto¹⁸⁸; s) os atos preparatórios são consumidos

175 GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.509. DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.178.

176 FRAGOSO, Lições, p.376.

177 FRAGOSO, Lições, p.376; DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.288; BITENCOURT, Manual, v.1, p.132; COSTA JR., Direito Penal, p.26; PRADO, Curso, v.1, p.134. MIR PUIG (Derecho Penal Parte General, p.679), que afirma que o caso é de subsidiariedade e não de consunção, explica que só se pode falar de concurso aparente entre tentativa e consumação quando esta se produz numa segunda empreitada, depois de uma primeira execução frustrada, o que não é usual. Vide a nota a seguir.

178 Vide, contudo, § 7º n. 26 nota 128 supra. O fato que se enquadra no tipo do crime tentado é atípico para o tipo do crime consumado. O que se quer dizer, quando se afirma que “o delito tentado é absorvido pelo consumado”, é que os atos singularmente típicos, que constituem meios executórios da realização do crime-fim, perdem a sua autonomia típica por absorção, porque são unificados, tanto do ponto de vista final-teleológico quanto do ponto de vista valorativo-normativo, num único fato-crime (§ 2º n. 8, supra), cuja reprovação é esgotada pelo tipo que pune o delito consumado.

179 FRAGOSO, Lições, p.377.

180 PRADO, Curso, v.1, p.134; MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.680.

181 DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.288; FRAGOSO, Lições, p.377; BITENCOURT, Manual, v.1, p.132; COSTA JR., Direito Penal, p.26; PRADO, Curso, v.1, p.134.

182 ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738; MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.681.

183 BITENCOURT, Manual, v.1, p.133; COSTA JR., Direito Penal, p.27; TOLEDO, Princípios, p.53.

184 COSTA JR., Direito Penal, p.27; MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.680.

185 TOLEDO, Princípios, p.53; PRADO, Curso, v.1, p.134.

186 PRADO, Curso, v.1, p.134.

187 GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.509.

188 SOLER, apud FRAGOSO, Lições, p.376.

pelo delito que prepararam, se este é ao menos tentado¹⁸⁹; t) as lesões corporais leves são consumidas por todos os delitos onde a violência seja elementar do tipo, como, p.ex., estupro, roubo, atentado violento ao pudor.

31. Em termos singelos, reconhece-se a consunção quando:

a) um fato definido por uma norma incriminadora é *meio necessário* para prática de outro delito; ou

b) um fato definido por uma norma incriminadora é *normal fase de preparação* de outro delito; ou

c) um fato definido por uma norma incriminadora é *normal fase de execução* de outro delito; ou

d) um fato definido por uma norma incriminadora constitui *conduta anterior* cometida com *a mesma finalidade prática* atinente a outro delito, posterior; ou

e) um fato definido por uma norma incriminadora constitui *conduta posterior* do agente, cometida com *a mesma finalidade prática* atinente a delito anterior.

Como se vê, as quatro primeiras situações referem-se à compreensível absorção dos meios pelo fim, do antecedente pelo consequente: a lei aplicável ao fato principal consome o meio empregado, seja por causa da comprovada frequência do seu uso, seja pela regularidade da sua aplicação^{190 191}. A quinta e última diz respeito a uma excepcional absorção do ato posterior pelo antecedente, o que merece uma digressão à parte (*infra*, § 8º n. 33).

É preciso realçar que não basta, para justificar a absorção, que um delito seja ato preparatório ou executivo de outro, ou com ele vagamente relacionado. É preciso que os fatos a serem consumidos estejam relacionados com a conduta consuntiva “de modo natural e íntimo, segundo o *id quod plerumque accidit*”¹⁹², ou seja, segundo o que ordinariamente acontece. Trata-se de “ações anteriores e posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro do sentido de uma figura constitua o que normalmente acontece (*quod plerumque accidit*)”¹⁹³.

Quando se disse, acima, que é preciso que o delito absorvido seja *normal fase de preparação*, *normal fase de execução*, ou *meio necessário*

189 E não só se há consumação, como diz CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.184.

190 FRAGOSO, Lições, p.377.

191 “Verifica-se a consunção quando um crime é meio indispensável à execução de outro, ou sua normal fase de preparação” (COSTA JR., Direito Penal, p.26).

192 STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.41.

193 SOLER, apud PRADO, Curso, v.I, p.135.

para realização do delito-fim, essa normalidade e essa necessidade indicam a presença de uma relação *indispensável* ou *ordinária* entre o fato-meio e o fato-fim¹⁹⁴: um crime é fase de realização de outro, ou é uma regular forma de transição para o último¹⁹⁵. Violar um domicílio para furtar é um meio *necessário* para furtar o que está dentro da casa. Danificar uma porta é fase normal, corriqueira, da execução de um furto. Por isso essa violação de domicílio e esse dano ao obstáculo são absorvidos pelo furto-fim. Mas danificar pertences da vítima que não são objeto do furto, durante a realização deste, não é *normal fase de execução*, nem *meio necessário* para realizar o furto¹⁹⁶. Da mesma forma roubar um carro, para usá-lo num assalto a banco, não é *meio necessário*, nem ato preparatório *normal* e *usual* para a realização de tal assalto. Logo, o dano aos pertences da vítima que não se pretende subtrair, assim como o roubo do carro para usá-lo em outro assalto, não restam absorvidos pelos crimes-fim perpetrados, nos exemplos *supra*. Pelas mesmas razões o furto da arma, que fez o ladrão de quadros do nosso exemplo, para com ela perpetrar latrocínio, não fica absorvido por este último^{197 198}.

Raciocínio semelhante cabe no caso do ato libidinoso que precede o estupro. Quando esse ato libidinoso é prelúdio normal do coito (p.ex., beijo, toque nos seios), é meio *normal* de execução do estupro, e é por este absorvido. Quando o ato libidinoso é anormal como prelúdio costumeiro da cópula (p.ex., coito oral ou anal), não é absorvido pelo crime de estupro¹⁹⁹.

Sobre o porte, sem licença, de arma de fogo usada para cometer homicídio, há divergência. Entendemos correto o entendimento de que se a arma é portada casualmente, e, sem prévio planejamento, utilizada na realização de um homicídio, há concurso real entre os delitos, e não absorção. Mas se o agente se muniu da arma com a intenção premeditada de matar, então essa posse aparece, no plano do agente, como etapa necessária da preparação e execução do delito-fim: há absorção do porte de arma pelo homicídio²⁰⁰.

194 De forma que, segundo o pensamento majoritário, os fatos anteriores co-punidos não são só os "absolutamente indispensáveis para a prática do delito posterior", ao contrário do que afirma DOTTI (Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.288).

195 PRADO, Curso, v.I, p.134.

196 Para haver conexão os atos preparatórios têm de constituir um meio intrinsecamente adequado à execução, e "não excessivo", i.e., não podem superar a gravidade objetiva do crime preparado (CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.185).

197 Importa averiguar aquilo que dentro do sentido de uma figura constitui o que normalmente acontece (quod plerumque accidit) (FRAGOSO, Lições, p.377).

198 Para alguns autores o antefato impune é hipótese de subsidiariedade tácita (como WESSELS, apud TOLEDO, Princípios, p.54).

199 Cf., nesse sentido, farta jurisprudência em DELMANTO, Código Penal Comentado, p.414.

200 No sentido do texto: STEVENSON, Concurso aparente de normas penais, p.43.

32. Em síntese, os atos preparatórios ou executórios, que forem isoladamente típicos, restam consumidos pelo tipo do crime preparado/executado, desde que aqueles sejam

a) indispensáveis para realização deste, ou

b) estatisticamente relevantes como formas usuais de realização deste, de tal modo que se possa afirmar, com segurança, que o legislador há de ter tomado em conta aqueles fatos acessórios, ao dosar a resposta penal do fato-fim.

A absorção dos atos preparatórios ou executórios pressupõe, ainda, que eles não superem a gravidade objetiva do crime preparado²⁰¹, *i.e.*, tenham um conteúdo de injusto substancialmente inferior frente ao fato principal²⁰². Caso contrário, são puníveis autonomamente.

Os atos preparatórios só são consumidos pelo crime preparado se este é ao menos tentado, *i.e.*, se a fase executória chega a se iniciar. Caso contrário, não havendo sequer tentativa, os atos preparatórios são puníveis autonomamente.

33. Enfim, dentro do princípio da consunção, é necessária a análise do chamado *pós-fato* co-punido²⁰³, ou co-apenado (que a doutrina nacional, majoritariamente²⁰⁴, trata pela designação de *pós-fato* impunível^{205 206}). Trata-se de fatos posteriores que significam aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior e são por este consumidos²⁰⁷. São co-punidos atos que, considerados isoladamente, constituem delitos independentes, mas, quando aparecem unidos a outro fato, resultam já punidos com o castigo deste²⁰⁸.

201 CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.185.

202 JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.794.

203 CAVALEIRO DE FERREIRA (Direito Penal Português, I, p.166) diz "compunido".

204 *P.ex.*: PRADO, Curso, v.I, p.134; COSTA JR., Direito Penal, p.27; TOLEDO, Princípios, p.54; BRUNO, Direito Penal *cit.*, t.I, p.264.

205 Inadequada essa designação (nesse sentido: WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.277; MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.680; CAVALEIRO DE FERREIRA, Direito Penal Português, I, p.166; JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.793). O *pós-fato*, nas situações que estudaremos, não fica impune: não são atos em que se exclui a pena (atos impunes), mas atos que restam já punidos com o castigo da infração junto a que aparecem (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.179). A absorção que dele faz o fato principal anterior implica na punição conjunta do *pós-fato*. A absorção, aliás, só pode ocorrer quando o tipo que descreve o fato antecedente já traduz, implícita, a reprovação e a punição do fato posterior. Caso contrário, faltará a unidade valorativa-normativa (§ 2º n. 8 b, *supra*), e não haverá concurso aparente, mas sim concurso efetivo e real entre *antefato* e *pós-fato*.

206 Ou de "fato típico acompanhante" (ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738).

207 FRAGOSO, Lições, p.377.

208 DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.178. Trata-se do resultado eventual já abarcado pelo desvalor que outro tipo legal faz da conduta (ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738).

Esses fatos não podem ser fase de preparação ou execução do delito consuntivo, porque acontecem *depois de consumado* aquele. Mas o princípio da consunção afasta, também, a punição, como delito autônomo, dos fatos posteriores à consumação, típicos de per si, e que, cumulativamente,

a) mantenham a mesma finalidade prática do delito principal, *i.e.*, mantenham com este unidade final-teleológica (§ 2º n. 8 a, *supra*).

b) signifiquem exaurimento daquele delito principal²⁰⁹ e

c) não causem nova lesão a outro bem jurídico, além do atingido pelo crime principal^{210 211}.

O terceiro requisito citado acima – letra c, não produção de lesão nova a outro bem jurídico – é dispensado por uma corrente²¹², da qual respeitosa-mente discordamos. Para essa corrente a produção, pelo pós-fato, de nova lesão, a bem jurídico diverso do afetado pelo fato precedente, não impede a absorção daquele por este. Para nós, contudo, se o pós-fato atinge outro bem jurídico, que não é o atingido pelo crime precedente, rompe-se o liame valorativo-normativo entre as condutas (*supra*, § 2º n. 8 b), tornando o fato posterior independente, e autonomamente punível. Como ensina BRUNO, o fato posterior impunível (*rectius*, co-punido) é aquele que se insere no curso normal do desenvolvimento da intenção do agente, realizando o que realmente este se propunha realizar, ou aquele que já não representa maior dano para o bem jurídico anteriormente violado²¹³. Ou, nas palavras de CAVALEIRO DE FERREIRA²¹⁴, os fatos posteriores só se consideram co-punidos quando “materializem a lesão de um interesse já exaustivamente tutelado pela norma prevalente”.

O que importa averiguar é a presença, entre o antefato e o pós-fato, das relações de unificação já estudadas (*supra*, § 2º n. 8), que conjugam ambos os fatos num só fato para os fins jurídico-penais²¹⁵; isto é, verificar se existe entre

209 Identificando pós-fato com exaustão COSTA JR., Direito Penal, p.27. Pós-fato impunível “geralmente” é ato de exaurimento também previsto como crime autônomo: TOLEDO, Princípios, p.54.

210 Fatos posteriores co-punidos são “realizações típicas que se sucedem a outras que atentam contra o mesmo bem jurídico e mesmo sujeito passivo” (DOTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.289). No mesmo sentido: MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.680; JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.738.

211 É também fato co-apeñado ou co-punido o resultado eventual insignificante diante da magnitude do injusto principal, como o estrago das roupas da vítima do homicídio (ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.738).

212 No sentido por nós proposto: WELZEL, Derecho Penal Aleman, p.278; BRUNO, Direito Penal cit., t.I, p.263; TOLEDO, Princípios, p.54. Contra: FRAGOSO, Lições, p.377.

213 BRUNO, Direito Penal cit., t.I, p.264.

214 Direito Penal Português, I, p.166.

215 No caso dos atos co-punidos a pluralidade de fatos é apenas naturalística, não jurídica (DEL ROSAL & ANTÓN, Derecho Penal, p.179).

eles a “unidade de desvalor”: a suficiência de um único tipo para expressar a reprovação integral de todo o conjunto de atos ²¹⁶. Essa singularização ocorre quando os atos anterior e posterior estão unificados a) por um fator teleológico-final (no plano do agente, os vários atos são fases da realização do mesmo objetivo visado) e b) por um fator valorativo-normativo (um único tipo incriminador é capaz de abarcar o desvalor de todos aqueles atos, e expressar, sozinho, a reprovação social suficiente de todos eles) ²¹⁷.

Um ladrão pode destruir a coisa furtada, ou vendê-la a um receptor que conhece a origem ilícita da *res*, ou, passando-se por legítimo dono, enganar terceiro de boa-fé e vender-lhe o objeto. Nos três casos se poderá dizer que o antefato “furto” constituía, no plano do agente, segundo o fator teleológico, uma etapa para realização do pós-fato. Há unidade entre antecedente e subsequente, segundo o critério final. Mas só há unidade de fato, para os fins jurídico-penais, se houver um tipo incriminador capaz de, solitariamente, abranger o desvalor de ambas as etapas do projeto criminoso, e expressar reprovação e punição para ambas. Haverá casos em que, não obstante a unidade dos fatos parciais no plano do agente, sua reprovação só poderá ser esgotada pela aplicação concomitante de dois tipos incriminadores. É sempre preciso ter em mente a fórmula que preside a aplicação do critério de consunção: “o preceito que contempla de modo total o desvalor que o ordenamento jurídico atribui a uma determinada conduta prevalece sobre o que o contempla só de maneira parcial” ²¹⁸. Os três critérios *supra* elencados (que antefato e pós-fato mantenham a mesma finalidade prática do delito principal, signifiquem exaurimento daquele delito principal e não causem nova lesão a outro bem jurídico, além do atingido pelo crime principal) são parâmetros que informam em que casos há suficiência de um só tipo para reprovar as duas condutas.

O crime consumado não se confunde com o crime exaurido, porque pode haver a presença completa de todos os elementos do tipo, e no entanto “o fim último visado pelo agente pode não ter sido alcançado” ²¹⁹. Chama-se delito exaurido aquele que produziu todos os resultados naturalísticos visados pelo agente, ainda que atípicos. Exaurido é o delito que produz todo o dano

216 Nas palavras de WELZEL: “o conteúdo de injusto de um tipo compreende também de modo característico o conteúdo de injusto de outro tipo, de modo que o castigo do fato acessório se satisfaz conjuntamente com o do fato principal” (WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, p.277, sem grifos no original).

217 A consunção refere-se a uma atividade que se desenvolve sucessivamente no tempo, uma atividade complexa, mas unitária sob o aspecto social-valorativo, que viola uma pluralidade de normas que se contêm uma na outra (BETTIOL, apud COSTA JR., *Direito Penal*, p.26).

218 DEL ROSAL & ANTÓN, *Derecho Penal*, p.177.

219 BRUNO, *Direito Penal*, t.II, p.255.

que o agente previra e visara, todo o dano que poderia resultar do fato praticado²²⁰. O fato que caracteriza exaurimento pode ser atípico (p.ex., o recebimento do resgate na extorsão mediante seqüestro) ou típico (p.ex. a destruição da coisa furtada ou sua venda com obtenção de vantagem pecuniária). No caso em que o agente, depois de consumado o furto, destrói a coisa furtada, esse dano (que não é ato preparatório nem executório do furto, que já se consumou) é um pós-fato co-punido, porque resta absorvido pelo furto. Assim é porque significa mero *exaurimento* do furto, e não causa novo prejuízo – a vítima já tivera a sua propriedade desfalcada, quando da consumação do furto, e não sofre novo desfalque quando a coisa furtada é destruída. A segunda conduta (destruição) não agride outro bem jurídico, que não seja o já atingido pelo furto (atinge o mesmo patrimônio da mesma vítima). Há, aí, um autêntico exaurimento. O mesmo se pode dizer da situação em que o ladrão vende a *res* ao receptor. Mas diferente deve ser a solução quando o agente, como o nosso ladrão de quadros do exemplo, finge ser dono legítimo e, enganando terceiro, lesa-o, vendendo-lhe a coisa. Há, aqui, a presença só dos dois primeiros requisitos em exame: o segundo fato, na mente do autor, tem a mesma finalidade prática do primeiro, porque representa a obtenção da vantagem prática visada com o furto (é exaurimento). Mas não está presente o terceiro requisito: o pós-fato não é suficientemente desvalorado e reprovado pelo tipo do furto, pela simples razão de que a reprovação expressada pelo art. 155 refere-se ao dano ao bem jurídico que ele tutela, *i.e.*, o patrimônio *da vítima do furto*. Por todos os prismas que se enfoque a questão, não é possível admitir que a pena cominada no art. 155 tenha abrangido a previsão da lesão ao patrimônio de um terceiro, num subsequente estelionato, que é absolutamente eventual em relação ao furto que o precede. O art. 155, no caso, não concede a tutela penal plena e exaustiva dos bens jurídicos afetados pelos fatos, não se qualificando, assim, como norma consuntiva. Não se deslembre, por outro lado, que os princípios que regem a matéria do concurso aparente também devem comportar uma interpretação teleológica, porque todos eles perseguem a mesma finalidade: a evitação do *bis in idem*. Não existe *bis in idem* na acumulação da punição do furto que lesa *A* com a do estelionato que lesa *B* ou *C*.

É, entretanto, majoritário o entendimento de que a venda da coisa furtada, pelo furtador, que se faz passar por legítimo proprietário, é absorvida pelo furto²²¹. Como visto, não compartilhamos dessa opinião, porque os atos posteriores co-punidos “constituem a forma de assegurar ou realizar um benefício obtido ou perseguido por um fato anterior e não *lesionam*

220 BRUNO, Direito Penal, t.II, p.255.

221 É a opinião de FRAGOSO, Lições, p.377. Nesse sentido: RT 606/380, 626/354, JUTACRIM 78/203, 68/346, apud DELMANTO, Código Penal Comentado, p.356.

nenhum bem jurídico distinto do vulnerado por esse fato anterior nem aumentam o dano produzir por ele"²²². A consunção do pós-fato é inadmissível quando esse fato posterior lesa outro bem jurídico, ou bem jurídico de outra vítima, que não figura no delito primitivo. Haveria, no caso do ladrão que se faz passar por dono legítimo, e causa dano novo ao adquirente de boa fé, concurso material entre furto e estelionato²²³.

Há casos onde a lei penal expressamente anuncia a insuficiência do tipo que descreve o antefato para castigar o pós-fato e, assim, evidencia a independência típica deste. Assim acontece no raptio (art. 219), onde a prática dos atos libidinosos configura delito autônomo (estupro, atentado violento ao pudor, etc.).

Em outros casos o exaurimento funciona como causa de aumento de pena, como, p.ex., no crime de resistência (art. 329): basta a resistência para consumir o delito, e não se exige para a consumação qualquer resultado; mas, se o agente obtém o que visava – a não realização do ato resistido –, ou seja, se o delito é exaurido, a pena é maior (art. 329 § 2º). Outros exemplos semelhantes: art. 333, p.ún., e art. 317. Em tais casos, o tipo descritor do antefato, *na sua forma majorada*, contempla o desvalor do pós-fato de maneira expressa (o caso, assim, é também de *especialidade*).

§ 9º. Relação, regra, critério ou princípio da alternatividade

34. A admissão da relação de alternatividade, como princípio autônomo no tema do concurso aparente de tipos, é bastante controversa. A maior parte dos autores afirmam que a alternatividade não é princípio autônomo, mas é a resultante da aplicação dos demais princípios²²⁴. Admitem sua autonomia conceitual, todavia, PRADO²²⁵, MAURACH²²⁶, STEVENSON e DOTTI^{227 228}.

222 MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p.680, *sem grifos no original. No mesmo sentido, e solucionando nos termos que aqui defendemos a questão do furto seguido de estelionato*, JESCHECK & WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, p.793.

223 *Nesse sentido*: BRUNO, Direito Penal cit., t.I, p.263. *Defendendo o concurso material entre furto e estelionato, na hipótese-exemplo*: TOLEDO, Princípios, p.54; RT 575/379, 701/300.

224 *P.ex.* ZAFFARONI & PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, p.737; GARCIA, Instituições, v.1, t.2, p.510-11.

225 Curso, v.1, p.132 citando MAURACH, SOLER, MIRABETE, JESUS, ÁLVARO MAYRINK DA COSTA.

226 Apud JUAREZ TAVARES, Direito penal da negligência, p.25.

227 DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.290.

228 DEL ROSAL & ANTÓN (Derecho Penal, p.181 et seq.) *explicam que as noções clássicas do princípio da alternatividade (de BINDING e VON LISZT, p.ex.) permitem reduzi-lo a um dos anteriormente estudados, mas o conceito também é usado num sentido moderno, que dá à alternatividade uma função substantiva no âmbito das "leis mistas", cujo pressuposto pode integrar-se de diversos modos, havendo uma alternatividade excludente (ainda que concorram várias das hipóteses o preceito só pode ser aplicado uma vez). Embora o texto apareça em nota, os autores parecem admitir a alternatividade, nesse sentido moderno.*

É deste último a explicação de que há relação de alternatividade quando a norma incriminadora descreve mais de uma modalidade de realização típica (crime de conteúdo variado), seja quanto: *a*) à conduta (arts. 122 e 211); *b*) ao modo de execução (arts. 121 § 2º IV); *c*) ao objeto material (art. 234); *d*) aos meios de execução (art. 136); *e*) ao resultado material da ação (art. 129 § 2º III); *f*) às circunstâncias de tempo (art. 123); *g*) às circunstâncias de lugar (art. 233). Pelo princípio da alternatividade, nesses casos onde o tipo descreve mais de um modo de materialização do delito, o agente responderá por um só delito, embora possam ser várias as modalidades de conduta, as circunstâncias e demais aspectos do fato punível. O tipo misto, explica o autor, é somente o alternativo²²⁹, que descreve várias hipóteses de realização do mesmo fato delituoso. As várias modalidades são fungíveis e a realização de mais de uma não altera a unidade do delito^{230 231}.

Assim, p.ex., o agente que realiza dois ou mais dos verbos nucleares do art. 12 da Lei n. 6368 (tem em depósito e vende, ou transporta e cede a outrem), não comete dois delitos de tráfico, mas um só. O agente que induz outro ao suicídio, e depois o instiga, não incide duas vezes no tipo do art. 122, mas uma só. O agente que dolosamente e num contexto de unidade de fato causa na mesma vítima perda de membro e aborto não comete dois crimes de lesão gravíssima, mas um somente.

MAURACH considera o delito negligente como crime autônomo em relação ao delito doloso, havendo, entre ambos, relação de alternatividade e não de subsidiariedade, porque há, entre eles (dolo e negligência) "uma diferença de qualidade e não apenas de quantidade"²³².

§ 10º. Casos especiais

35. Há situações em que, embora um dos três princípios identificadores do concurso aparente se mostre aplicável, há concurso real entre tipos incriminadores.



229 Explica DOTTI que o chamado tipo misto cumulativo, mencionado por alguns autores, não existe, na verdade. O que há são dispositivos legais que contêm, independentemente, mas de uma figura típica de delito, ou seja, são tipos acumulados num mesmo dispositivo legal (citando FRAGOSO). P.ex.: arts. 135, 180, 208, 242, 244, 248, 326.

230 DOTTI, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p.290.

231 No tema em estudo até a terminologia é controvertida. Para JESCHECK & WEIGEND (Tratado de Derecho Penal, p.791) alternatividade tem outro significado. É o contraposto da especialidade, e existe quando dois tipos tem descrições contraditórias entre si, e, por esse motivo, se excluem reciprocamente, como o furto e a apropriação indébita.

232 Apud JUAREZ TAVARES, Direito penal da negligência, p.25.

Isso acontece quando, inobstante haver relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção entre as normas, há regra especial expressa determinando a aplicação do concurso real. Quando isso acontece, prevalece o concurso efetivo expressamente ordenado, em vez do concurso aparente, por duas razões:

a) a lei escrita, como fonte jurídica mais categorizada, tem primazia sobre os princípios harmonizadores do sistema, que são de construção doutrinária e jurisprudencial;

b) se a lei expressamente afirma a necessidade da aplicação de dois tipos para cobrir um fato aparentemente uno, é porque do ponto de vista valorativo-normativo não existe a unidade de desvalor, que é requisito do concurso aparente (§ 2º n. 8 b, *supra*).

Há regra especial a respeito, p.ex., no crime de raptio violento (art. 219): se o agente consuma seu fim libidinoso (estuprando, ou praticando atentado violento ao pudor) contra a raptada, o caso é de concurso material. É que o art. 222 determina isso, expressamente.

Da mesma forma no crime de resistência violenta (art. 329): a violência é meio necessário e normal para realização da resistência (parece haver absorção do ato-meio), e a regra do art. 329 é especial em relação à do art. 129, ou a do art. 21 da LCP (parece haver relação de especialidade). No entanto, o § 2º do mesmo art. 329 manda punir em concurso material a resistência e a violência que é seu meio de execução (afasta, assim, os dois princípios).

O mesmo acontece no crime de ultraje violento a culto (art. 208, p.ún.) ou no de impedimento violento de cerimônia funerária (art. 209, p.ún.): a violência é meio executório, mas os referidos parágrafos mandam puni-la também, em concurso material, como crime autônomo. Há hipóteses semelhantes nos arts. 140 § 2º, 161 § 2º, 163, 197, 198, 199, 200, 203, 204, entre outros.

§ 11º. Obras citadas

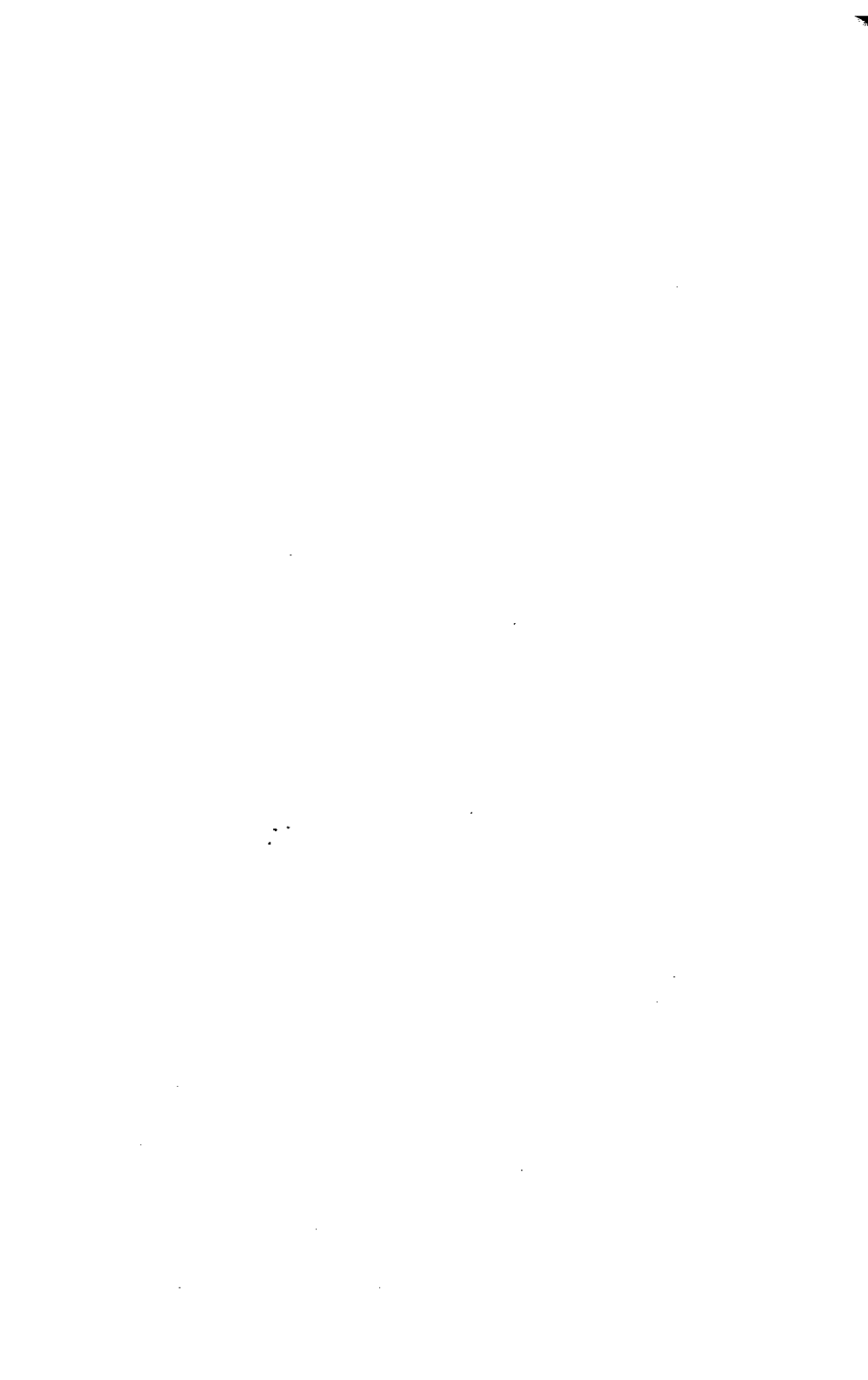
BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed., trad. Maria Celeste C.J. Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1967, t.I.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3ª ed.. Curitiba : Fórum, 2004.

DEL ROSAL, Manuel Cobo & VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Derecho Penal*. 5ª ed.. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.

- DELMANTO, Celso, *et alii*. *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro : Forense, 2001.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito Penal Português*. Lisboa : Editorial Verbo, 1981.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 10ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4ª ed.. São Paulo : Max Limonad, 1970.
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed.. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada : Comares, 2002.
- STEVENSON, Oscar. *Concurso aparente de normas penais*. In: *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Néelson Hungria*. 1ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1962, p.28-46.
- TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1991.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11ª ed., Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1997.



Testamento Vital

Miguel Kfoury Neto *

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fundamentos do testamento vital – 3. Conteúdo do testamento vital – 4. Breves observações de direito comparado: 4.1. Estados Unidos; 4.2. Inglaterra; 4.3. Espanha; 4.4. França; 4.5. Itália; 4.6. Portugal – 5. Procurador para cuidados de saúde (PCS): 5.1. Capacidade; 5.2. Poderes; 5.3. Validade; 5.4. Forma e publicidade; 5.5. Revogabilidade – 6. Diferenças entre o *testamento vital* e o *procurador para cuidados de saúde* – 7. Ordem de não ressuscitar (“*do not resuscitate*” – DNR) – 8. Situação atual no Brasil – 9. Conclusão.

1. Introdução

A crescente evolução da Ciência Médica, o surgimento de poderosos medicamentos e o desenvolvimento de aparatos que cumprem a função de órgãos lesados ou em colapso (respiradores, corações artificiais, circulação extracorpórea e outros), contribuem para prolongar os estados terminais, mesmo sem existir qualquer possibilidade concreta de cura ou recuperação dos pacientes.

A propósito, esclarece ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em substanciosa dissertação de Mestrado, terem sido “criados dois institutos que visam a garantir a dignidade da pessoa humana, no final da sua vida e garantir o respeito pela sua autonomia, mesmo quando sua capacidade de comunicação está afectada”.¹

Essas “*diretrizes prévias*” manifestam-se por meio do “*testamento do paciente*”, ou “*testamento vital*” (“*living will*”), nas quais se indica que tipo de tratamento se aceita ou recusa, em certos casos (doentes terminais, estados vegetativos persistentes) – e pelo estabelecimento de “*procuradores*

* O autor é Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná; Mestre (UEL) e Doutor em Direito (PUC-SP); Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

1 PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 240 ss.

para cuidados de saúde” (“*durable power of attorney for health care*”), caso em que o paciente nomeará uma pessoa para tomar as decisões médicas por ele, na hipótese de o enfermo se encontrar privado da capacidade de decidir por si.²

2. Fundamentos do *testamento vital*

A Prof.^a MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS identifica o fundamento do *testamento vital* no direito à intimidade. Ao paciente, seria assegurada *autonomia* (direito de se autogovernar), enquanto capacidade para pensar e emitir juízos sobre o que considera bom. Acrescenta, com apoio em EDMUND D. PELLEGRINO, que a *autodeterminação* minimiza as obrigações médicas relacionadas à beneficência e admite renúncia ao próprio interesse. Não se confunde com *integridade*, na acepção de totalidade, unidade intacta, que inclui a totalidade fisiológica, psíquica e espiritual do indivíduo. A pessoa doente sofre uma “*des-integração*”. A enfermidade torna vulneráveis o corpo, a psique e os valores do paciente – e gera a obrigação de restaurar a capacidade autônoma de tomar decisões do enfermo. O médico, portanto, para reparar essa “*desintegração*”, invade licitamente a integridade do paciente, com o seu consentimento. E acrescenta:

“É a *integridade* assunto de existência. (...) Não admite graus, nem se pode perder. Violar nossa integridade, prossegue Pellegrino, é violar todo nosso ser como criaturas humanas.

Já a *autonomia* é algo que temos, que possuímos. É a capacidade inerente ao fato de ser pessoa racional. Podemos dispor de vários graus de *autonomia*, segundo a interação de impedimentos externos e internos no funcionamento de nossa capacidade de eleger e atuar com autodeterminação.

Nessas circunstâncias, nosso direito à autonomia pode transferir-se para decisões de um substituto moralmente válido, ou a um documento tal como um *testamento de vida*, ou a uma ordem médica. (...)”³

Consoante ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES, o *testamento vital* “é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita,

2 GALÁN CORTÉS, Julio César. Responsabilidad médica y consentimiento informado. Madrid: Civitas, 2001, p. 309 ss.

3 PELLEGRINO, Edmund D. A relacion entre a autonomia y la integridad en la ética médica. In: Bioética – Temas y perspectivas (Organización Panamericana de la Salud), Washington, D.C., 1990, pp. 8-17. Apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei – implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Ed., 1998, pp. 92-93.

que tipo de tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade. Visa-se, com o testamento vital, a influir sobre os médicos no sentido de uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, no sentido do não-tratamento, como uma vontade do paciente que pode vir a estar incapacitado de manifestar sua vontade em razão da doença.”⁴

RABINOVICH-BERKMAN alerta para o fato de a tradução literal – *testamento vital* – do inglês “*living will*”, poder conduzir a equívocos. Não se trata, propriamente, de uma disposição de última vontade, como é o testamento, dado que seus efeitos se devem produzir *antes* do falecimento daquele de quem emanaram tais disposições. Além disso, o testamento, por definição, possui finalidade patrimonial – ao passo que o *testamento vital* refere-se a manifestações personalíssimas e extrapatrimoniais.⁵ A denominação, todavia, obtém irrestrita aceitação.

3. Conteúdo do testamento vital

MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS reproduz exemplo de testamento vital, ora transcrito: “Eu, ...D. N. I., ...maior de idade, domiciliado na..., faço constar que temo menos o adiantamento de minha hora final que os sofrimentos inúteis e à degradação e indignidade da pessoa e, em consequência, considerando que o transcurso até a morte faz parte do mais íntimo do ser humano e que ninguém pode expropriar-me o que constitui a expressão máxima de meu direito à intimidade, como pessoa adulta, juridicamente capaz, cidadão livre, em um povo livre, no dia de hoje, após madura reflexão e seguindo meu próprio critério, espontaneamente declaro: **Primeiro** – Se algum dia chegar a padecer enfermidade ou dano físico grave e manifestadamente incurável e que me cause grandes sofrimentos ou me incapacite para uma existência racional e autônoma, não quero que me obriguem a respirar mediante uma máquina, nem que me alimentem à força, nem que, por qualquer outro meio, me mantenham indefinida e artificialmente no que para mim seria uma insuportável caricatura de vida. Como esse estado significaria que já teria morrido o que considero que constitui realmente minha pessoa, peço que, se caio nele, me sejam administrados quantos fármacos sejam necessários, para me evitar dores e sofrimentos e que se utilizem com este

4 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e Direito Comparado*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 283-305, 2001.

objeto todos os procedimentos disponíveis, ainda que isso possa adiantar o momento de minha morte total. **Segundo** – Se fico inconsciente e na situação descrita no parágrafo primeiro, devidamente comprovada e certificada, por pelo menos dois médicos, se seguirão as instruções da pessoa que previamente designei para a efetividade do solicitado no dito parágrafo. Em sua ausência, rogo, cuide disso, o advogado encarregado do meu caso; se recusa, deve transferir-me a quem possa e queira cumprir minha vontade segundo o *expressado*. **Terceiro** – Respeito sinceramente toda opinião e opção contrária e na mesma medida espero seja respeitada a minha, que se refere à *minha vida e à minha pessoa e não à dos outros*, e que se baseia nos artigos 10, 15, 17 e 18 da Constituição Espanhola; na resolução 613/76. da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, Doc. 3699, Doc. 3735, Rec.-779, sobre os direitos dos enfermos e moribundos, na jurisprudência internacional que estabeleceu que: - o direito constitucional à intimidade tem um âmbito próprio, pessoal, do cidadão, que inclui a opção de recusar tratamento médico; - ante sofrimentos estéreis derivados de lesões ou enfermidade irreversível e grave, o direito a morrer reivindicado cientemente por um adulto capacitado, como compreendido nesse âmbito privado, tem primazia sobre as razões ordinárias de 'interesse público' ou do 'bem comum'. **Quarto** – Se o azar de minha hospitalização me situa sob a dependência de pessoas que depois de haverem sido notificadas deste documento persistem em opor suas crenças à minha vontade e me obrigam a suportar um tratamento que expressamente recuso, rogo ao meu representante *ad hoc* ou, em sua ausência, ao portador do presente, leve os fatos ao conhecimento do Ministério Público, acolhendo-se o artigo 124 da Constituição e acolha possivelmente o *delito de coação*, previsto no artigo 496 do Código Penal. Firmo esta declaração ante testemunhas maiores de idade e não meus familiares, que constam... (Testamento Vital – petição de Rilke – *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra* – jan-mar: 1993, p. 57).⁶

4. Breves observações de Direito Comparado

Pela primeira vez, nos Estados Unidos, em 1967, Kutner, advogado em Chicago, redigiu documento no qual indicava o desejo expresso de um cidadão de recusar tratamento, em caso de enfermidade terminal.⁷ Em muitos

5 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Responsabilidad del médico. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 90.

6 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei – implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Ed., 1998, p. 13.

7 GALÁN CORTÉS, Julio César. Op. et loc cit.

Estados americanos, as leis permitem que se combinem ambos os institutos: a pessoa dispõe sobre sua vontade, nessas situações terminais, e ao mesmo tempo nomeia procurador, com quem previamente conversou sobre as opções que elegeria, nas circunstâncias de enfermidades prolongadas e sem perspectiva de cura.

A legislação de diversos países já prevê os “testamentos vitais” e, também, a figura do “procurador de cuidados da saúde”.

Os Estados Unidos da América foram os primeiros a legislar sobre o “living will” e “attorney for health care” – e o exemplo logo foi seguido por outros países anglo-saxônicos (Austrália, Nova Zelândia, Canadá), nórdicos (Dinamarca, Alemanha, Suíça, Países Baixos) e também em países latinos, como a Espanha.⁸

4.1. Estados Unidos

Nos Estados Unidos, tais documentos dispõem de proteção legal, que concede imunidade civil e penal aos profissionais da saúde que respeitam o testamento vital. O “living will” foi legalizado na Califórnia em 1.º.10.1976, pelo “Natural Death Act”. Em 1991, 42 Estados norte-americanos já reconheciam o valor jurídico desses testamentos – e, a 1.º.12.1991, lei federal (“Patient Self-Determination Act”) impôs aos estabelecimentos de saúde, que recebem subvenções federais, o dever de informar aos pacientes sobre o direito de consentir ou de recusar o tratamento e de estabelecer diretrizes antecipadas. Atualmente, os hospitais divulgam tal prática e orientam os pacientes a redigir seu “living will” e a nomear um procurador para cuidados de saúde (“Durable power of attorney for health care”). O desrespeito a essas manifestações de vontade acarreta aos profissionais sanções disciplinares. Em regra, exige-se documento escrito, com a assinatura de duas testemunhas, redigido por pessoa maior de dezoito anos.⁹

Na Flórida, o art. 4.º da Lei 1992, estabelece que “qualquer adulto capaz pode, em qualquer momento, fazer testamento vital ou declaração escrita, dispondo sobre autorização para o emprego, recusa ou retirada de procedimentos destinados ao prolongamento da vida, caso venha a padecer de uma situação terminal”.¹⁰

Em Maryland, o art. 5-602, da Lei 1243, dispõe: “Uma diretiva antecipada escrita deve ser cerrada, assinada ou lavrada sob expressa orientação

8 PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit., p. 242.

9 Idem.

10 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Op. cit., p. 91.

do declarante, e subscrita por duas testemunhas". Tal previsão legal autoriza qualquer pessoa capaz a servir de testemunha, aí incluídos empregados do estabelecimento de saúde ou médico assistente, se atuarem com boa-fé. O procurador para cuidados de saúde não pode servir como testemunha. Pelo menos um dos testigos não pode ser credor nem beneficiário econômico, de qualquer forma, do acervo hereditário do declarante. Existe previsão, também, para a diretiva antecipada oral, desde que formulada perante o médico assistente e uma testemunha – e documentada como parte do histórico clínico do paciente. O documento deve ser cerrado e assinado pelo médico e pela testemunha.¹¹

A Associação Médica Americana recomenda que a pessoa, após haver firmado o testamento vital (ou outorgado poderes a um procurador para cuidados de saúde), deverá entregar uma cópia ao seu médico. Também distribuir cópias aos parentes e amigos, que eventualmente possam se vincular aos cuidados médicos, caso o declarante venha a perder a capacidade de tomar decisões por si mesmo. Finalmente, se tiver advogado, deverá entregar-lhe cópia da diretiva antecipada, quando o profissional não haja participado da redação do documento.¹²

A lei da Califórnia, por ser o Estado pioneiro nessa matéria, é mais restritiva. Requer o decurso de duas semanas, desde a comunicação ao autor do testamento acerca do seu estado terminal, para que o documento passe a produzir efeito, e limita a validade a cinco anos. A cessação do suporte vital artificial não é possível se se tratar de enferma grávida.

A lei do Estado de Montana, de 1985, segue uma linha muito mais ampla, semelhante às leis da Flórida e Maryland, que são posteriores. A validade temporal é ilimitada. Pune-se penalmente o médico que descumpra a diretiva antecipada de seu paciente – e, na hipótese de gravidez, somente não se observa a determinação de retirada dos aparelhos, caso a manutenção possa salvar a vida do feto.

Outros Estados evoluíram de uma lei original, restritiva, para outra, mais abrangente. É o caso de Arkansas, que inspirou sua primeira normativa, de 1977, na lei da Califórnia, de 1976. Todavia, em 1987, reformou-a, estabelecendo várias inovações, já adotadas por outras legislações – como a equiparação do coma permanente ao estado terminal, o direito conferido aos representantes dos menores para emitir diretivas em nome destes – e a aceitar a inclusão do procurador para cuidados de saúde no conteúdo do testamento vital.¹³

11 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Op. cit., p. 92.

12 Idem.

13 RABINOVICH-BERKMAN, cit., p. 93.

Prevalece um princípio da ampla revogabilidade do “*living will*”. Deve-se aceitar a revogação do testamento vital, até mesmo por declaração verbal, perante o notário. No Estado da Flórida, a diretiva antecipada pode ser revogada a qualquer momento pelo interessado: a) por declaração escrita e assinada; b) por meio do cancelamento ou eliminação da diretiva antecipada pelo próprio autor – ou em sua presença e por sua determinação; c) por meio de manifestação verbal da vontade de revogar; d) pela emissão de diretiva antecipada posterior, que contenha teor diverso da antecedente (art. 2.º, lei de 1992).¹⁴

A aplicação efetiva das diretivas antecipadas subordina-se a dois requisitos: que o paciente não as tenha revogado e que esteja inconsciente.

Eventual oposição de ascendentes, descendentes ou cônjuge, somente poderá se fundar na existência da vontade de revogar a diretiva, por parte do paciente, não documentada, mas conhecida de forma inequívoca. Duvidoso o quadro, entretanto, aplicar-se-ia o princípio “*in dubio pro vita*”.¹⁵

4.2. Inglaterra

A legislação inglesa não define claramente a eficácia vinculativa das diretivas antecipadas (“*advance statements*”). Para a “*common law*”, a pessoa plenamente informada e consciente das conseqüências da sua decisão, pode manifestar *recusa antecipada* a tratamento. Neste caso, tal manifestação de vontade seria juridicamente vinculante para os profissionais da saúde. Todavia, tais recusas devem ser claras e específicas, não genéricas e ambíguas, e relacionadas a algum tratamento em particular (rejeição de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová, p. ex.).¹⁶

4.3. Espanha

A *Ley n.º 41/2002, de 14 de Novembro*, transfere às Comunidades Autônomas de Espanha a regulamentação da matéria.

Na Catalunha, o art. 8, da *lei dos direitos dos pacientes* regula as “*voluntats anticipades*”, documento dirigido ao médico responsável, no qual a pessoa, maior e capaz, exprime livremente as instruções a serem observadas quando se encontrar em situação que não lhe permita exprimir conscientemente sua vontade.

14 *Idem*, pp. 94-95.

15 *Ib.*, p. 96.

16 PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit., p. 243.

A lei catalã, por conseguinte, prevê a validade e eficácia do *"living will"*. Admite, também, a nomeação de um procurador de cuidados de saúde. A pessoa pode nomear representante, que a substituirá, como interlocutor válido e necessário, perante o médico ou estabelecimento de saúde, caso impossibilitado o mandante de exprimir sua vontade. Tal documento pode ser lavrado por notário (instrumento público), caso em que se dispensam testemunhas. O documento particular exige o comparecimento de três testemunhas, maiores e capazes, das quais duas não podem ter relações de parentesco, até o segundo grau, ou patrimoniais, com o declarante.

Ressalte-se que a lei não admite a validade de testamentos que contenham disposições contrárias ao ordenamento jurídico (eutanásia, p.ex.) ou às práticas clínicas consagradas. Neste caso, deverá o médico justificar, por escrito, a recusa ao cumprimento. Por ocasião do tratamento, as pessoas ou seus familiares comunicam ao centro de saúde o teor do documento, que será anexado ao prontuário do paciente (histórico clínico) e atualizado periodicamente, de modo que as alternativas indicadas pelo paciente sejam contemporâneas ao tratamento.¹⁷

Também as Comunidades Autônomas da Galícia e da Extremadura regulam de maneira semelhante à da Catalunha essas *"vontades antecipadas"*. A *Ley 3/2001*, de 28 de maio, de Galícia, que dispõe sobre o consentimento informado e a história clínica dos pacientes, estabelece, em seu art. 5, as *"voluntades anticipadas"*, definindo o documento que as contempla como aquele pelo qual *"uma pessoa maior de idade, com capacidade suficiente e livremente, expõe as instruções que se devem ter em conta quando se encontre em situação cujas circunstâncias não permitam expressar pessoalmente sua vontade"*. Também a *Ley 10/2001*, de 28 de junho, de Extremadura, no artigo 11.5, reconhece o direito à expressão antecipada da vontade e à designação de representante, que será o interlocutor da equipe médica, quando impossibilitado o paciente de expressar, ele mesmo, sua vontade.¹⁸

O art. 9º da Convenção de Bioética das Astúrias estabelece que *"serão tomados em consideração todos os desejos manifestados anteriormente, relacionados à intervenção médica, pelo paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em situação de expressar sua vontade"*. Tal dispositivo compreende não só as situações de emergência, como também aquelas em que a pessoa tenha previsto que poderia tornar-se incapaz de

17 GALÁN CORTÉS, Julio César. Op. cit., p. 310.

18 GALÁN CORTÉS, Julio César. Op. cit., p. 312.

expressar seu consentimento válido (nas doenças progressivas, como a demência senil, p. ex.).¹⁹ Por óbvio, como enfatiza GALÁN CORTÉS, se a medicina evolui – e a vontade manifestada muito tempo antes se encontra superada, não mais subsistirá razão para que, no momento atual, seja observada.

4.4. França

O “*Comité national d’éthique*” de França, em 1998, propusera fosse estudada a possibilidade de qualquer pessoa designar alguém para representá-la, junto aos médicos, no momento em que o mandante se encontrasse impossibilitado de exteriorizar suas escolhas.

Hoje, a legislação francesa permite que se nomeie um representante (familiar, amigo, até mesmo o médico assistente), para efeitos de cuidado da saúde – e até se encoraja os pacientes a fazê-lo.²⁰

4.5. Itália

Não existe regulamentação expressa, relativamente ao “*testamento biológico*”, na Itália. Há autores que afirmam a plena validade, perante o direito positivo daquele país peninsular, da manifestação de vontade do paciente, estando este informado da doença e prognóstico.²¹

4.6. Portugal

Também em Portugal não há legislação específica sobre os “Testamentos do Paciente”, tampouco acerca dos “Procuradores de Cuidados da Saúde”. Todavia, observa ANDRÉ PEREIRA que tais figuras seriam admissíveis no direito português, dada a inexistência, também, de norma que vede o testamento vital ou impeça a aplicação, aos assuntos da saúde, do instituto da procuração.

Apresentam-se objeções, centradas no caráter eminentemente pessoal desse tipo de decisões, próprias da autodeterminação da pessoa – e que seriam transferidas a outrem. Dever-se-ia respeitar a denominada “doutrina da intransmissibilidade dos direitos da personalidade”, vedada a representação voluntária, haja vista que tais direitos devem ser exercidos exclusivamente pelo respectivo titular.

19 GALÁN CORTÉS, Julio César. Op. cit., p. 310.

20 PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit., p. 245.

21 *Idem*.

Em contrapartida, afirma-se que tais institutos têm legitimidade no plano constitucional. Tratar-se-ia do exercício da autonomia pelo cidadão, admissível desde que observados certos requisitos. Não se poderá outorgar um mandato "em branco", de forma a que o representante adote sua própria decisão, inteiramente desvinculada da vontade exteriorizada, antes, pelo representado.

Recomenda-se a edição de legislação específica, de forma a harmonizar esse mecanismo de representação com os testamentos do paciente.

Já a doutrina penalista portuguesa "*mostra-se muito cautelosa em conferir mais do que um valor indiciário aos testamentos do paciente*", por atribuir decisivo relevo à atualidade do consentimento. Tendo em vista que o documento foi redigido em momento anterior, seria impossível afirmar com segurança o que quer o paciente no momento do tratamento.

Evidentemente, deve-se atribuir ao médico certa discricionariedade, para compatibilizar o "*testamento vital*" à enfermidade do paciente, vale dizer, para valorar as diretrizes anteriormente definidas, em cotejo com o estado atual da enfermidade.²²

Nenhum autor, todavia, nega completamente o valor desses testamentos, anotada a restrição acima exposta, quanto a um dos requisitos essenciais do consentimento: a atualidade.

O médico não poderá, é evidente, por sentir-se vinculado ao "*testamento vital*", deixar de decidir em prol da vida do paciente, em circunstância favorável ao moribundo – sob pena de responsabilidade criminal.

Também não pode o médico violar o direito à autodeterminação e à integridade física e moral do paciente, transgressões que implicariam responsabilidade civil do profissional da saúde.

Entretanto, como já referido, poderia o galeno justificar o não acatamento às disposições do "*testamento vital*", diante da evolução da Medicina – e o tempo decorrido desde a manifestação de vontade do paciente – fatores que poderiam fazer com que aquela pretérita exteriorização de vontade perdesse o significado.

5. Procurador para Cuidados de Saúde (PCS)

Quando o adulto, plenamente capaz, vê-se compelido a adotar alguma decisão relativa à sua saúde ou a cuidados médicos específicos, simplesmente opta pela alternativa que lhe parece mais oportuna, à luz dos princípios que regem o consentimento informado.

22 PEREIRA, André Gonçalves Dias. Op. cit., p. 252.

Entretanto, se a pessoa não se encontrar capacitada, em determinadas circunstâncias, para tomar tal decisão, é possível recorrer-se ao “decisor substituto”, denominado “procurador para cuidados de saúde” (PCS).

PAULA TÁVORA VÍTOR, em Portugal, abordou minuciosamente o tema, em substancioso artigo.²³

O “*procurador para cuidados de saúde*” é o representante escolhido pelo paciente, na posse plena das suas capacidades intelectuais e volitivas, para, na eventualidade de incapacidade superveniente, tomar as decisões necessárias, relacionadas à saúde do mandante.

Não obstante alguma resistência, o *procurador para cuidados de saúde* tem recebido acolhimento generalizado. É admitido em todos os Estados americanos e em vários países da Europa.

A princípio, questionou-se a viabilidade da adoção do instituto da procuração aos assuntos de saúde. O mandato destina-se à prática, pelo representante, de negócios jurídicos – e não há unanimidade quanto a se considerar consentimento médico um *negócio jurídico*.

O civilista italiano MASSIMO BIANCA, todavia, propõe consideração mais ampla do instituto da procuração, admitindo a prática da representação em relação a qualquer ato lícito.²⁴ Ressalva-se a existência de atos em que o nível de avaliação pessoal é demasiadamente alto, a ponto de não permitir a intervenção de um terceiro, v.g., o direito de testar. As decisões médicas são personalíssimas – e incidem sobre o núcleo da personalidade física ou moral que, a princípio, não possibilitariam a representação. As decisões relacionadas à saúde, entretanto, devem ser tomadas com o propósito de se proteger bens essenciais, a saúde e a vida do enfermo.

5.1. Capacidade

O representado deve ser capaz no momento da outorga dos poderes ao representante. O PCS só começará a atuar quando declarada a incapacidade do paciente. O próprio instrumento deve prever as condições para se reconhecer a falta de capacidade e, também, para eventualmente readquiri-la. Não se trata de incapacidade física, mas de tomar decisões, de se autodeterminar.

23 VÍTOR, Paula Távora. Procurador para cuidados de saúde – importância de um novo decisor. In: *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 1, nº 1, 2004.

24 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile – Il Contratto*. 2ed. Milano: Giuffrè, 2000, vol. III, p. 77. Apud VÍTOR, Paula Távora. Op. cit.

5.2. Poderes

Admite-se grande flexibilidade na estipulação dos poderes outorgados ao procurador. A faculdade de admitir ou recusar tratamento; estipulações quanto ao estado vegetativo (continuar ou cessar medidas de suporte vital, alimentação artificial etc.); permitir ou negar permissão para divulgação de informações médicas; decidir sobre hospitalização ou permanência em casa; externar dissenso por questões religiosas – são alguns exemplos.

O procurador é escolhido voluntariamente pelo paciente. Nada impede que um familiar, ou o próprio médico, seja investido desses poderes.

5.3. Validade

Os profissionais de saúde são obrigados a observar, rigorosamente, as determinações do PCS. Admite-se, todavia, certa discricionariedade por parte dos médicos. Eventual conflito poderá ser objeto de decisão pelo Judiciário.

5.4. Forma e publicidade

A forma escrita e a concessão expressa de poderes, na presença de um notário ou de três testemunhas – são requisitos estabelecidos pelas diversas legislações que admitem o PCS. Na Catalunha, há um registro dessas “*voluntats antecipads*”.

5.5. Revogabilidade

Antes da incapacidade, o mandato pode ser revogado a todo tempo. No caso de se declarar a interdição do mandante, o curador ou o Judiciário podem pôr fim à procuração.

6. Diferenças entre o testamento vital e o procurador para cuidados de saúde

Como já visto, o testamento vital é o documento no qual a pessoa expõe suas preferências em relação ao tratamento médico, no caso de se encontrar incapacitada de expressar sua vontade. Em regra, para que o documento passe a produzir efeitos, é necessário que o doente se encontre em “*estado terminal*”.

PAULA TÁVORA VÍTOR resume as principais diferenças entre o PCS e o testamento vital. Primeiro, o testamento vital não permite que se leve

em conta eventuais modificações no estado do paciente. Reveste-se de caráter estático – e não enseja reconsideração das opções eleitas. Já a procuração para cuidados de saúde possibilita decisão casuística, visto que o PCS decide contemporaneamente ao surgimento da nova situação, tem acesso às informações atualizadas sobre o estado do doente e acerca dos tratamentos possíveis. Poderá, por isso, tomar decisões mais compatíveis com a noção de consentimento informado.

O testamento vital, em regra, direciona-se aos casos de doentes terminais, para pôr um fim aos tratamentos de suporte vital. Tal disposição não lançaria reflexo, por exemplo, na hipótese de permanência do doente em estado vegetativo – ou a quem sofresse uma doença degenerativa. Nesse contexto, o instrumento do PCS apresenta maior flexibilidade – e permite que o representante atue em qualquer estado da doença ou tome a decisão que se mostrar necessária. O espectro de poderes é mais amplo – e o PCS pode, por exemplo, autorizar uma cirurgia, a utilização de medicamento ou qualquer outra providência relacionada ao tratamento.

Os testamentos vitais, todavia, têm a vantagem de evitar que terceira pessoa decida sobre a vida do enfermo. Por isso, apesar das vantagens do PCS, os testamentos vitais têm recebido maior aceitação.

Ambos os institutos, todavia, não se excluem reciprocamente. Pode-se instituir o PCS e, também, ditar um testamento vital – além de se tornar viável, igualmente, a combinação de ambos os modelos.

7. Ordem de não ressuscitar (“do not resuscitate” – DNR)

Nos Estados Unidos, os doentes terminais que tenham pouca ou nenhuma chance de recuperar as funções vitais, mediante ressuscitação artificial, podem emitir a chamada “ordem de não ressuscitar” (DNR), cuja validade tem sido reconhecida por muitos Estados.

Em casos tais, os serviços de emergência médica devem limitar-se a administrar oxigênio, sedativos ou meios tendentes a proporcionar maior conforto ao paciente – mas sem aplicar técnicas artificiais de ressuscitação.

Em meados de 1993, dezessete Estados americanos possuíam leis que autorizam o DNR, dentre eles Flórida, Califórnia, Illinois, Maryland, Massachusetts e Nova York.²⁵

No Estado de Missouri, uma Corte de Apelações aceitou uma “ordem de não ressuscitar” (DNR) proveniente de um procurador para cuidados de

25 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. Op. cit., p. 97.

saúde, mediante interpretação "*a contrario sensu*" do poder de "*consentir tratamentos*". Adquire importância tal decisão, porque nesse mesmo Estado, noutra caso, a Corte Suprema negar ao curador de uma enferma, em estado de coma, a possibilidade de autorizar a desconexão dos aparelhos que a mantinham viva.²⁶

8. Situação atual no Brasil

Como já ressaltou ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES, não há, no Brasil, regramento legal que discipline o testamento vital ou a possibilidade de se instituir mandatário para assuntos de saúde – quando incapacitado o paciente de fazê-lo por si só.

Entre nós, a manifestação de dissenso do enfermo, quanto à adoção de prática terapêutica que possa salvá-lo, não tem sido admitida. Valha como exemplo a recusa à transfusão de sangue, por testemunhas de Jeová. Noutros países, como a Inglaterra, os juízes autorizam a transfusão, mesmo contra a vontade dos pais. Quanto aos adultos, os médicos são obrigados a respeitar-lhes a livre manifestação de vontade.

A questão foi objeto de abordagem ética, pelo Conselho Federal de Medicina, nos seguintes termos: "Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1.º Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2.º Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis".²⁷

Em sede penal, o TACrimSP manifestou-se sobre a controvérsia.

O acórdão, da lavra do juiz Marrey Neto, enfatiza o respeito à vida humana, no seguintes termos: "A vida humana é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade que ao indivíduo, egoisticamente, e a lei vigente exerce opção axiológica pela vida e pela saúde, inadmitindo a exposição desses valores primordiais na expressão literal de seu texto, a perigo direto e iminente (...).

Uma vez comprovado efetivo perigo de vida para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos por ela responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue".

26 *Idem.*

27 Arquivos-CRM-PR 16-61/62.

Retrata o julgado caso em que mãe e avó de menina com 11 anos, necessitada urgentemente de sangue, sob risco iminente, foram denunciadas por exporem a perigo a vida e saúde da criança (art. 132, CP) e omissão de socorro (art. 135, CP), por terem obstado peremptoriamente a transfusão, que acabou não se realizando. A pequena enferma, felizmente, recuperou-se.

No corpo do aresto, consignou o relator que o médico pediatra, se tivesse efetuado a transfusão, perante o efetivo risco de vida, não cometeria crime nenhum. Aplicar-se-ia à espécie o art. 146, § 3.º, I, da Lei Penal, que permite o "tratamento arbitrário", se o paciente estiver exposto a iminente perigo de vida.²⁸

Em obra que examina a questão à luz da teoria do delicto, o Prof. José Henrique Pierangelli aborda – em todas suas variegadas facetas – os limites de validade do consentimento no tratamento médico.

Ferindo incisivamente as conseqüências do dissenso do paciente quanto ao tratamento que lhe deva ser ministrado, afirma o Prof. Pierangelli que, quando o enfermo for capaz e inteiramente apto a manifestar seu consentimento, sua vontade haverá de prevalecer.

Quando o dissenso se revela em manifestação do representante legal do paciente, diversas são as conclusões: "quando existir um caso de socorro urgente e impostergável, que não permita recorrer-se ao juiz, o médico deverá intervir para impedir a morte da pessoa incapacitada de consentir ou para evitar que subsista um dano grave à sua pessoa. Quando, contrariamente, faltarem esses pressupostos, o médico deve recorrer ao juiz, que, então, valendo-se do conflito de interesses e no interesse do incapaz, decidirá. O dissenso do representante legal, em tal situação, pode ser superado pela providência judicial."²⁹

DAURY CESAR FABRIZ, para responder se a vontade do paciente deve ou não ser respeitada, quando da não-administração de determinados procedimentos puder resultar a morte, recorre ao *princípio da beneficência*. E pondera:



"(...) A recusa de um paciente de se expor a determinado procedimento terapêutico não significa que ele esteja recusando viver. O enfermo, com base em sua visão de mundo, fez uma opção, arcando com os possíveis e prováveis riscos. Cabe ao terapeuta adotar procedimentos alternativos que possam amenizar as manifestações deletérias da enfermidade, possibilitando o bem-estar possível, cabível ao caso.

28 RJDTACrim-SP-Imesp 7/175.

29 PIERANGELLI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. São Paulo: RT, 1989, p. 207.

Sobrevindo o óbito, não há que se questionar, visto que a morte é inexorável e faz parte do próprio processo de vida. O paciente que assim decidiu, arcando com a possibilidade de sua própria morte, entendeu que, assim, alcançou uma morte digna, na medida que esta se enquadra em seu conceito de vida digna. No caso, vida digna é aceitar a própria morte como um fato inexorável da própria vida. (...)”³⁰

9. Conclusão

A Recomendação 1418 (1999), adotada pela Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, a 25.6.1999, sobre a proteção dos direitos humanos e à dignidade dos enfermos terminais e moribundos, propõe a adoção das medidas necessárias para garantir ao doente em estado terminal informação veraz e completa, mas proporcionada com compaixão, sobre seu estado de saúde. Deve-se respeitar o desejo do paciente de não ser informado – e garantir plenamente que nenhum enfermo terminal ou moribundo seja tratado contra sua vontade – desde que tal manifestação não ocorra sob pressões econômicas, observada a recusa a tratamento específico.³¹

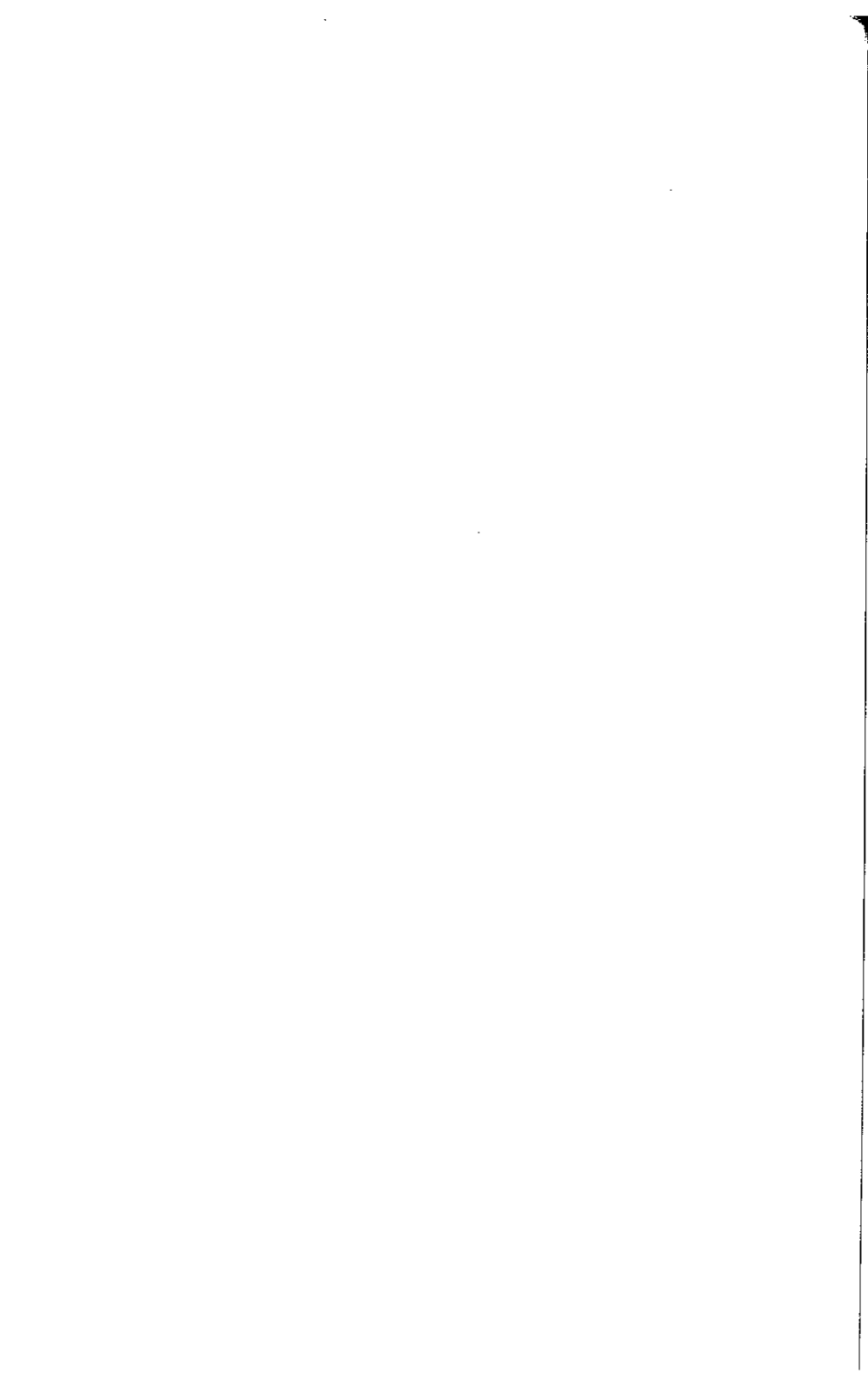
Como visto, esses dois tipos de documentos – o *testamento vital*, ou diretivas de tratamento (diretrizes prévias, avançadas ou antecipadas – “*living will*”), nas quais se manifesta que tipo de tratamento se aceita ou se recusa, em certos casos (doentes terminais, estados vegetativos persistentes) – e os mandatos outorgados a terceiros, que atuarão como *procuradores dos cuidados de saúde* (“*durable power of attorney for health care*”), em que se delegam poderes a um representante, para que tome as decisões médicas em tais situações – “*de lege ferenda*”, poderiam ser objeto de lei brasileira.

Sugere-se a criação de um “*Código de Defesa do Paciente*”, para consubstanciar todas as normas referentes ao consentimento informado e à proteção dos enfermos – fruto possível do esforço conjunto de legisladores, bioeticistas, médicos, administradores hospitalares, juristas e de todos os setores da sociedade organizada, que identificam o paciente não apenas com a doença de que é portador, mas com a dignidade inarredável de ser humano.

30 FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 335.

31 GALÁN CORTÉS, Julio César. Op. cit., p. 309 ss.

ANEXOS



IV Congresso Estadual de Magistrados – 2003
Teses Aprovadas - (20/11/03 e 21/11/03)

Associação dos Magistrados do Paraná e Escola da Magistratura

1 - O artigo 1.636 do novo Código Civil, por ter conteúdo normativo vazio e contrário ao disposto nos artigos 5º, I, 226, § 5º e 227§ 6º, todos da Constituição Federal, deveria ser suprimido do ordenamento substantivo. (Dr.ª Denise Damo Comel) – Aprovada por unanimidade.

2 - A primeira parte do caput do artigo 1.631 do Código Civil afronta o princípio constitucional da isonomia entre os filhos (artigo 227, § 6º) ao estabelecer que o poder familiar compete aos pais durante o casamento e a união estável. (Dr.ª Denise Damo Comel) – Aprovada por unanimidade.

3 - No que se refere ao instituto da união estável, há que se alterar a legislação infraconstitucional, de modo a facilitar a conversão daquela em casamento, tendo em vista a priorização deste pela Constituição Federal. (Dr.ª Denise Damo Comel) – Aprovada por unanimidade.

4 - Propõe nova redação ao artigo 1829,I do CC, nos seguintes termos:

“I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente (art. 1.832), nos bens particulares do falecido, qualquer que seja o regime de bens, salvo se casado no regime de separação obrigatória de bens (art. 1.641)”. (Dr.ª Denise Damo Comel) – Aprovada por unanimidade.

5 - Ao réu reincidente poderá ser fixado o regime aberto, desde que motivadamente. (Autora: Dra. Marisa de Freitas, Relator: Dr. Rogério Etzel) – Aprovada por unanimidade.

6 - Não se decretará a anulação do negócio, por estado de perigo, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (Des. Munir Karam) – Aprovada por unanimidade.

7 - As partes são obrigadas a guardar os princípios de probidade e de boa-fé também no desenvolvimento das negociações. (Des. Munir Karam) – Aprovada por unanimidade.

8 - A cláusula geral da função social do contrato, como prevista no art. 421 e no parágrafo único, do art. 2.035, do NCCB, é preceito de ordem pública, que não pode ser contrariado por nenhuma convenção, razão pela qual deve ser aplicada pelo juiz até mesmo de ofício. (Des. Munir Karam) - Aprovada por unanimidade.

9 - Cabe a exceção de desapropriação privada na ação reivindicatória, como previsto no § 4º do art. 1.228 do NCCB, a ser oposta pelos ocupantes do imóvel, a quem também incumbirá o pagamento da indenização. (Des. Munir Karam) - Aprovada por unanimidade.

10 - No caso de seguro facultativo de responsabilidade civil, poderá a vítima acionar diretamente também a seguradora até o limite da apólice. (Autora: Dr.ª Fabiana Silveira Karam e Relator Dr. Munir Karam) - Aprovada por unanimidade.

11 - Nos recursos em que haja previsibilidade de o juiz exercer o "juízo de retratação", na esfera penal ou na cível, a decisão que manterá o ato impugnado deve ser sempre motivada. (art. 93, IX, CF). (Dr. Mário Helton Jorge) - Aprovada por maioria.

12 - Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, a rejeição da defesa prévia do acusado deve ser motivada, quando do recebimento da denúncia. (Dr. Mário Helton Jorge) - Aprovada por maioria.

13 - Na fixação da pena-base, a aplicação da pena dias-multa cumulada com a privativa de liberdade deve guardar proporcionalidade com esta, porque sujeitas à mesma metodologia. (Dr. Mário Helton Jorge) - Aprovada por maioria. -

14 - No concurso de infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, sendo superior a dois anos a soma ou acréscimo das penas "in abstracto", mantém-se a natureza dos delitos e não altera a competência do Juizado especial. (Dr. Mário Helton Jorge) - Aprovada por unanimidade.

15 - A inversão do ônus da prova, no Juízo Comum, é regra de instrução e, como tal, deve ser decidida antes do encerramento desta, para evitar surpresa às partes quando da prolação da sentença. (Dr. Ruy Alves Henriques Filho). - Aprovada por maioria.

16 - A redução equitativa da indenização por ato ilícito, prevista no parágrafo único, do artigo 944, do Código Civil, não pode ser aplicada ao fato ocorrido na vigência do Código Civil de 1916. (Autor: Dr. Marcos José Vieira e Relator: Dr. Clayton Reis). – Aprovada por unanimidade.

17 - O instituto da capacidade não pode ser interpretado restritivamente para o exercício de direitos personalíssimos dos incapazes, sem necessidade de assistência ou representação, sempre que tenham plenas condições para exercê-los no caso concreto. (Dr. Luciano Campos de Albuquerque) – Aprovada por unanimidade.

18 - Mesmo com o alcance da emancipação pela maioria no sistema do Código vigente, aos 18 anos de idade, com maior razão diante da lei anterior, a obrigação alimentar anteriormente assumida (quer mediante acordo, quer em processo litigioso) não cessa de pleno direito. (Autor: Dr. Carlos Maurício Ferreira e Relator: Dr. Ricardo Augusto Reis de Macedo) – Aprovada por unanimidade.

19 - Cabe transação penal e suspensão condicional do processo em concurso formal e continuidade delitiva, considerando-se isoladamente cada suposta infração. (Dr. Juliano Albino Mânica) – Aprovada por unanimidade.

20 - Nas progressões de regime, onde for necessário o exame criminológico e nas Comarcas onde não houver assistentes sociais, psicólogos nem psiquiatras que possam ser cedidos pelo Estado ou Município, o juiz pode substituir o referido exame por sindicância, a ser realizada pelo Oficial de Justiça, junto ao preso, à família e à comunidade onde vive (vizinhança) e por relatório do Conselho da Comunidade, se for o caso. (Dr.^a Christine Kampmann Bittencourt) – Aprovada por unanimidade.

21 - Aos condenados que estejam cumprindo pena em regime semi-aberto, em cadeias públicas, devem os Juízes Criminais conceder-lhes os mesmos direitos dos condenados já inseridos na Colônia Penal Agrícola, concedendo-lhes saídas temporárias, especiais e para o trabalho nos moldes legais. (Dr.^a Christine Kampmann Bittencourt) – Aprovada por unanimidade.

22 - É de extrema urgência que o Tribunal de Justiça adote as providências cabíveis no sentido de contratar assessores jurídicos (bacharéis em Direito) e estagiários a todos os Juízes sob pena de inviabilização da eficaz prestação jurisdicional. (Dr.^a Christine Kampmann Bittencourt) – Aprovada por unanimidade.

23 - A depreciação da execução da medida sócio-educativa de internação, prevista no artigo 147, § 2º, do ECA e no item 8.7.5 do Código de Normas da Corregedoria, não delega o poder, que continua pertencendo ao juiz sentenciante, de determinar o levantamento da internação, ou sua substituição por medida mais branda. (Dr. Alberto Luís Marques dos Santos) – Aprovada por unanimidade.

24 - Na dosimetria da pena pecuniária, a quantidade de dias-multa deve ser fixada proporcionalmente à pena corporal, sugerindo-se a proporção de um dia-multa para cada mês de pena privativa de liberdade, respeitados os limites mínimo (10 dias-multa) e máximo (360 dias-multa). (Dr. Alberto Luís Marques dos Santos) – Aprovada por unanimidade.

25 - As atenuantes podem reduzir a pena final abaixo do mínimo abstrato do tipo. (Dr. Alberto Luís Marques dos Santos) – Aprovada por unanimidade.

26 - No concurso entre agravante e atenuante, se uma delas prepondera sobre a outra, deve o juiz atribuir peso específico a cada uma e, aplicar sobre a pena da fase anterior, o “quantum” que resultar da subtração. (Dr. Alberto Luiz Marques dos Santos) – Aprovada por unanimidade.

27 - No crime de furto as qualificadoras podem concorrer com o privilegiado do pequeno valor. (Dr. Alberto Luís Marques dos Santos) – Aprovada por maioria.

28 - Nas progressões de regime, onde for necessário o exame criminológico, deve o juiz, ao solicitar o agendamento, fixar prazo sem a realização do exame, dispensá-lo e decidir sem ele, sobre a progressão. (Dr. Alberto Luís Marques dos Santos). – Aprovada por maioria.

29 - Os dispositivos do novo Código Civil, que tratam das associações (artigos 53 ao 61), à luz da Constituição Federal, não se aplicam integralmente em relação às entidades religiosas. (Dr. Tito Campos de Paula) – Aprovada por unanimidade.

30 - Por se tratar de norma de conteúdo econômico e de ordem pública, a Lei 9.298/96, estende seus efeitos às obrigações de trato sucessivo estabelecidas antes de sua vigência, desde que a inadimplência tenha ocorrido após a sua entrada em vigor. (Autora: Dr.^a Joseane Ferreira Machado Lima e Relator: Dr. Noeval de Quadros) – Aprovada por maioria.

31 - No Tribunal do Júri, a verificação dos votos dados pelos jurados deve ser interrompida sempre que se apurarem quatro votos iguais, a fim de evitar-se a quebra do sigilo. (Dr. Paulo Roberto Cavalheiro) – Aprovada por maioria como proposta legislativa e de aplicação imediata.

32 - A teor do novo Código Civil, toda espécie de simulação gerará a invalidade do negócio jurídico. (Dr. Alberto Júnior Veloso). – Aprovada por unanimidade.

33 - A revisão do contrato de mútuo caracterizado pela agiotagem é de se realizar com fundamentos nos vícios do negócio jurídico e no art. 591 do Novo Código Civil, com a conseqüente diminuição dos juros abusivos. (Autor: Dr. Mauro Henrique Ticianelli e Relator Dr. Sigurs Roberto Bengtsson). – Aprovada por unanimidade.

34 - Dada a importância da existência do Cadastro Nacional de Impressões Digitais, do Cadastro Nacional de Antecedentes Criminais e da Central Nacional de Mandados de Prisão como instrumentos de auxílio à redução da violência e da criminalidade, deve a Associação dos Magistrados do Paraná reivindicar ao Ministério da Justiça a urgente implantação destas propostas, regulamentando a Lei Federal já existente desde 1996. Devem também os Cadastros e a Central serem implantados no Estado do Paraná, pois servirão como instrumentos de auxílio às polícias, Ministério Público e Justiça Criminal. Desde já, as Corregedorias da Polícia e da Justiça orientem seus pares para que identifiquem, cabalmente, os indiciados e os réus através de documentos idôneos e, na dúvida, determinar a identificação datiloscópica. (Dr.^a Lídia Maejima) – Aprovada por unanimidade.

35 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema desvantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a revisão ou a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (Dr. Daniel Avelar Ribeiro) – Aprovada por unanimidade.

36 - Decisão que admite a transação penal realizada entre o suposto infrator e o Ministério Público só deverá ser homologada, gerando a extinção da punibilidade, após o cumprimento integral da medida acordada. Não cumprida a medida é oferecida a denúncia. (Dr.^a Fernanda Karam de Chueiri Sanches) – Aprovada por unanimidade.

37 - Proposta de alteração legislativa: Decisão que admite transação penal seria uma causa interruptiva da prescrição. (Dr.^a Fernanda Karam de Chueiri Sanches) – Aprovada por unanimidade.

38 - Alteração do Art. 337 do Código de Processo Penal para o fim de autorizar a destinação privada à entidade pública ou privada com destinação social, entre elas o Conselho da Comunidade, nos casos de arquivamento de inquérito policial, absolvição ou extinção da pena se o indiciado ou réu, intimado pessoalmente ou por edital, não procedeu ao levantamento da fiança. (Dr.^a Mylene Rey de Assis Fogagnoli). – Aprovada por unanimidade.

Enunciados ao Código Civil Aprovados na III Jornada de Direito Civil

(Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, juiz federal convocado – 5ª Turma - TRF/2ª Região.

Art.3º

Enunciado : A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento suficiente para tanto.

Art. 11

Enunciado: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Autor: Erik Frederico Gramstrup, juiz federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Enunciado : A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.

Enunciado : A remissão do art. 41, par. único, do CC, às “pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado”, diz respeito às fundações públicas e aos entes de fiscalização do exercício profissional.

Art. 44

Enunciado : Os partidos políticos, sindicatos e associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil.

Art. 44

Autor: Gustavo Tepedino / Bruno Lewicki, Professor Titular de Direito Civil da UERJ / Doutorando em Direito Civil na UERJ.

Enunciado : A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame, pelo Judiciário, da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos.

Autor: Renato Amaral Braga Da Rocha, Professor e Chefe da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União / Presidência da República.

Enunciado : A relação das pessoas jurídicas de direito privado, estabelecida no art. 44, incisos I a V, do Código Civil, não é exaustiva.

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba.

Enunciado : O art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência.

Autor: Josué de Oliveira, Desembargador do TJMS.

Enunciado : Nas relações civis, os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial) interpretam-se restritivamente.

Observação da comissão: Este enunciado não prejudica o enunciado n. 07, da I Jornada de Direito Civil do CEJ/CJF.

Autor: Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região.

Enunciado:

- A expressão “por mais de um Estado”, contida no parágrafo 2º do art. 66, não exclui o Distrito Federal e os Territórios.

- A atribuição de velar pelas fundações, prevista no art. 66 e seus parágrafos, ao MP local – isto é, dos Estados, DF e Territórios onde situadas – não exclui a necessidade de fiscalização de tais pessoas jurídicas pelo MPF, quando se tratar de fundações instituídas ou mantidas pela União, autarquia ou empresa pública federal, ou que destas recebam verbas, nos termos da Constituição, da LC 75/93 e da Lei de Improbidade.

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, Analista Judiciário da SJ/PB, à disposição da Câmara dos Deputados - assessor parlamentar.

Enunciado: Ao “estado de perigo” (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2º do art. 157.

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, juiz de Direito do Estado da Paraíba.

Enunciado: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado promover o incitamento dos contratantes a seguir as regras do art. 157, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002.

Enunciado : A lesão de que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento.

Autor: Marcelo Roberto Ferro, Advogado e professor PUC/RJ.

Enunciado : O ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, par. 1º.) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia.

Art. 167

Autor: Alberto Junior Veloso, juiz de Direito/PR.

Enunciado : Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante.

Enunciado : Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros.

Art.186

Autor: Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues: Desembargadora Federal

Enunciado : O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.

Art. 194

Autor: João Baptista Villela, professor titular na Faculdade de Direito da UFMG

Enunciado: O juiz deve suprir de ofício a alegação de prescrição em favor do absolutamente incapaz.

Autor: Mário Luiz Delgado Régis, analista judiciário da SJPB, à disposição da Câmara dos Deputados - assessor parlamentar.

Enunciado: O art. 194 do Código Civil de 2002, ao permitir a declaração ex officio da prescrição de direitos patrimoniais em favor de absolutamente incapaz, derogou o disposto no § 5º do art. 219 do CPC.

Art. 198

Autor: João Baptista Villela.

Enunciado: Desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente.

Art. 212

Autor: Flávia Pereira Hill, advogada RJ.

Enunciado: O termo "confissão" deve abarcar o conceito lato de depoimento pessoal, tendo em vista que este consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 215

Autor: Flávia Pereira Hill.

Enunciado: A amplitude da noção de "prova plena" (isto é, completa) importa presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do §1º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do artigo 219.

Autor: Mário Luiz Delgado Régis.

Enunciado: A perícia de que trata o art. 232 há de ser realizada por especialista formado em medicina, justificando-se qualquer recusa de submissão a tal exame sempre que os laboratórios e peritos não pertencerem ao ramo da medicina.

Art. 243

Enunciado: A obrigação de creditar dinheiro em conta vinculada de FGTS é obrigação de dar, obrigação pecuniária, não afetando a natureza da obrigação a circunstância de a disponibilidade do dinheiro depender da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 20 da Lei 8.036/90.

Art. 389 e 404

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Enunciado: Os honorários advocatícios, previstos nos artigos 389 e 404 do Código Civil, apenas têm cabimento quando ocorre a efetiva atuação profissional do advogado.

Art. 395

Autor: Paulo R. Roque A Khouri, Advogado e Professor, Distrito Federal.

Enunciado: A inutilidade da prestação, que autoriza a recusa da prestação por parte do credor, deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.

Art. 405

Autor: Paulo De Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Enunciado: A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo CC, não afastando, pois, o disposto na súmula 54 do STJ.

Art. 406, 2.044 e 2.045

Autor: Rafael Castegnaro Trevisan, Juiz Federal SJ/RS

Enunciado: Tendo a mora do devedor início ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do Código Civil de 2002.

Art. 413

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Enunciado: Em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais.

Art. 421 e 422 ou 113

Autor: Rodrigo Barreto Cogo, Advogado SP

Enunciado: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do artigo 421 do Código Civil.

Art. 421 a 424

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

Enunciado: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

Art. 421

Autor: Régis Bigolin, Advogado RS

Enunciado: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.

Art. 422

Autor: Vera Maria Jacob de Fradera, Advogada em Porto Alegre, RS, Professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Enunciado: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Art.422

Autor: Francisco José de Oliveira: Defensor Público Estadual MG, Professor da FDSM

Enunciado: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

Art. 423

Autor: Flávio Murilo Tartuce Silva, Advogado e Professor

Enunciado: O contrato de adesão, mencionado nos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.

Art. 424

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba

Enunciado: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no artigo 424 do Código Civil de 2002.

Art. 434

Autor: Guilherme Magalhães Martins, Promotor de Justiça RJ

Enunciado: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, se completa com a recepção da aceitação pelo proponente.

Art.445

Autor: Gustavo Tepedino / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: Professor Titular de Direito Civil da UERJ / Professor de Direito Civil da UERJ.

Enunciado: Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do artigo 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.

Art. 478

Autor: Edilson Pereira Nobre Júnior, Juiz Federal e Professor da UFRN / Luis Renato Ferreira da Silva: Professor de direito Civil na PUC-RS e no Curso de Pós Graduação em Direito da UFRGS, Mestre em Direito pela UFRGS, Doutor em Direito pela USP

Enunciado: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio mas também em relação às consequências que ele produz.

Art. 478

Autor: Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, Juiz de Direito do Estado da Paraíba / Edilson Pereira Nobre Júnior, Juiz Federal e Professor da UFRN

Enunciado: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o artigo 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

Art. 496

Autor: José Osório de Azevedo Júnior, Professor de direito civil da PUC-SP

Enunciado: Por erro de tramitação, que retirou a segunda hipótese de anulação de venda entre parentes (venda de descendente para ascendente), deve ser desconsiderada a expressão "em ambos os casos", no parágrafo único do art. 496.

Art. 528

Autor: José Osório de Azevedo Júnior, Professor de direito civil da PUC-SP

Enunciado: Na interpretação do artigo 528, devem ser levadas em conta, após a expressão "a benefício de", as palavras "seu crédito, excluída a concorrência de", que foram omitidas por manifesto erro material.

Art. 572

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Enunciado: A regra do art. 572 do novo CC é aquela que atualmente complementa a norma do art. 4º, 2ª parte, da Lei 8245/91 (Lei de Locações), balizando o controle da multa mediante a denúncia antecipada do contrato de locação pelo locatário durante o prazo ajustado.

Art. 575 e 582

Enunciado: A regra do parágrafo único do art. 575 do novo CC, que autoriza a limitação pelo juiz do aluguel-pena arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel arbitrado pelo comodante, autorizado pelo art. 582, 2ª parte, do novo CC.

Art. 618

Autor: Guilherme Couto de Castro, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Enunciado: O prazo referido no artigo 618, parágrafo único, do CC, refere-se unicamente à garantia prevista no caput, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos.

Art. 655

Autor: Renato Luís Benucci, Juiz Federal da SJ/SP

Enunciado: O mandato outorgado por instrumento público previsto no art. 655 do CC somente admite substabelecimento por instrumento particular quando a forma pública for facultativa e não integrar a substância do ato.

Art. 660 e 661

Autor: Carlos Roberto Alves dos Santos, Juiz Federal SJ/GO

Enunciado: Para os casos em que o parágrafo primeiro do artigo 661 exige poderes especiais, a procuração deve conter a identificação do objeto.

Art. 664 e 681

Autor: Gustavo Tepedino / Milena Donato Oliva, Professor Titular de Direito Civil da UERJ / Bolsista de Iniciação Científica da UERJ.

Enunciado: Da interpretação conjunta destes dispositivos, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se sua remuneração ajustada e reembolso de despesas.

Art. 757

Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto, Professor Adjunto na PUCRS

Enunciado: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada, que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas, não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.

Art.790

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama: Juiz Federal Convocado 5ª Turma - TRF/2ª Região

Enunciado: O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro.

Art. 798

Autor: Guilherme Couto de Castro/ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Juiz Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/ Juiz Federal Convocado 5ª Turma - TRF/2ª Região

Enunciado: No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado "suicídio involuntário".

Art. 884

Autor: Cláudio Michelin Jr, Professor

Enunciado : A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento.

Art. 927

Autor: Valéria Medeiros de Albuquerque, Juíza Federal da 9ª VARA/RJ

Enunciado: Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado.

Art. 931

Autor: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Enunciado : A regra do art. 931 do novo CC não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas pelo art. 12 do CDC, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado.

Art. 932

Autor: Maria Isabel Pezzi Klein, Juíza Federal RS

Enunciado: A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932 III do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico.

Art. 949 e 950

Autor: Clayton Reis, Magistrado

Enunciado : Os danos oriundos das situações previstas nos artigos 949 e 950 do código civil de 2002, devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético.

DIREITO DE EMPRESA

Art. 966

Autores: Sérgio Mourão Corrêa Lima: Professor de Direito Comercial da UFMG; Leonardo Netto Parentoni: Mestrando em Direito Comercial da UFMG; Rafael Couto Guimarães: Professor de Direito Comercial da PUC – MG; Daniel Rodrigues Martins: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

Enunciado : O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.

Art. 966

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

Enunciado : Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

Art. 966

Autor: Márcio Souza Guimarães, Promotor de Justiça e Professor da Escola de Direito da FGV.

Enunciado : A expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.

Art. 966 e 982

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Magistratura Federal

Enunciado: A sociedade de natureza simples não tem seu objeto restrito às atividades intelectuais.

Art. 966, 967 e 972

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : A pessoa natural, maior de 16 e menor de 18 anos, é reputada empresário regular se satisfizer os requisitos dos arts. 966 e 967; todavia, não tem direito à concordata preventiva, por não exercer regularmente a atividade por mais de dois anos.

Art. 967

Enunciado: A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

Art. 967

Autor: Márcio Souza Guimarães, Promotor de Justiça e Professor da Escola de Direito da FGV, RJ

Enunciado: A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador da sua regularidade e não da sua caracterização.

Art. 970

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : É possível a qualquer empresário individual regular, solicitar seu enquadramento como microempresário ou empresário de pequeno porte, observadas as exigências e restrições legais.

Art. 971 e 984

Autor: Manoel de Oliveira Erhardt, Juiz Federal.

Enunciado : O empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata .

Art. 971 e 984

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Manuel de Oliveira Erhardt, Juiz Federal, e **Maurício Moreira Mendonça de Menezes**, Professores UERJ

Enunciado : O registro do empresário ou sociedade rural na junta comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou à sociedade rural que não exercer tal opção.

Art. 974

Autor: Marcos Mairton da Silva, Juiz Federal

Enunciado: O exercício da empresa por empresário incapaz, representado ou assistido, somente é possível nos casos de incapacidade superveniente ou incapacidade do sucessor na sucessão por morte.

Art. 977

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Professor UERJ, **Marlon Tomazette**, Procurador do Distrito Federal e professor e **Maurício Moreira Mendonça de Menezes**, Professor UERJ

Enunciado: A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória, só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002.

Art. 977

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : Adotar as seguintes interpretações sobre o artigo 977:

1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade;

2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto a derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge.

Art. 981, 983, 997, 1.006, 1.007 e 1.094

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : A contribuição do sócio exclusivamente em prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte).

Art. 982

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

Enunciado : A natureza de sociedade simples da cooperativa, por força legal, não a impede de ser sócia de qualquer tipo societário, tampouco de praticar ato de empresa.

Art. 983, 986 e 991

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado: As normas do Código Civil para as sociedades em comum e em conta de participação são aplicáveis independentemente da atividade dos sócios, ou do sócio ostensivo, ser ou não própria de empresário sujeito a registro (distinção feita pelo art. 982 do Código Civil entre sociedade simples e empresária).

Art. 985, 986 e 1.150

Enunciado: O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tenha seu ato constitutivo arquivado no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para este registro (art. 1.150), ressalvadas as hipóteses de registros efetuados de boa-fé.

Art. 988

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor RJ

Enunciado: O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica.

Art. 989

Enunciado: Presume-se disjuntiva a administração dos sócios a que se refere o art. 989.

Art. 990

Autor: Marcos Mairton da Silva, Juiz Federal

Enunciado: Embora a sociedade em comum não tenha personalidade jurídica, o sócio que tem seus bens constritos por dívida contraída em favor da sociedade e não participou do ato por meio do qual foi contraída a obrigação, tem direito de indicar bens afetados às atividades empresariais para substituir a constrição.

Art. 997

Autor: Rodolfo Pinheiro de Moraes, Professor de Direito e Titular do Registro Civil de Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro

Enunciado: O art. 997, II, não exclui a possibilidade de sociedade simples utilizar firma ou razão social.

Art. 997 e 1054

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : As indicações contidas no art. 997 não são exaustivas, aplicando-se outras exigências contidas na legislação pertinente para fins de registro.

Art. 998

Autor: Ronald Amaral Sharp Junior, Professor RJ

Enunciado: A sede a que se refere o caput do art. 998 poderá ser a da administração ou do estabelecimento onde se realizam as atividades sociais.

Art. 999, 1.004 e 1.030

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado: O quorum de deliberação previsto no art. 1.004, parágrafo único e no art. 1.030 é de maioria absoluta do capital representado pelas quotas dos demais sócios, consoante a regra geral fixada no art. 999 para as deliberações na sociedade simples. Este entendimento aplica-se ao art. 1.058 em caso de exclusão de sócio remisso ou redução do valor de sua quota ao montante já integralizado.

Art. 1.010 e 1.053

Enunciado : Com a regência supletiva da sociedade limitada, pela lei das sociedades por ações, ao sócio que participar de deliberação na qual tenha interesse em contrário ao da sociedade, aplicar-se-á o disposto no art. 115, § 3º da Lei 6.404/76. Nos demais casos, aplica-se o disposto no art. 1.010, § 3º, se o voto proferido foi decisivo para a aprovação da deliberação, ou o art. 187 (abuso do direito), se o voto não tiver prevalecido.

Art. 1.011

Autor: André Ricardo Cruz Fontes, Magistratura Federal e Ronald Amaral Sharp Junior, Professor de Direito Comercial do IBMEC e EMATRA

Enunciado : Não são necessárias certidões de nenhuma espécie para comprovar os requisitos do art. 1.011 no ato de registro da sociedade, bastando declaração de desimpedimento.

Art. 1.015

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : Está positivada a teoria *ultra vires* no direito brasileiro, com as seguintes ressalvas:

a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação a sociedade; b) sem embargo, a sociedade poderá, através de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei nº 6.404/76)

Art. 1.016

Autor: João Luis Nogueira Matias, Magistrado Federal

Enunciado: É obrigatória a aplicação do artigo 1016 do Código Civil de 2002, que regula a responsabilidade dos administradores, a todas as sociedades limitadas, mesmo àquelas cujo contrato social preveja a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas.

Art. 1.028

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : Diante da possibilidade de o contrato social permitir o ingresso na sociedade do sucessor de sócio falecido, ou de os sócios acordarem com os herdeiros a substituição de sócio falecido, sem liquidação da quota em ambos os casos, é lícita a participação de menor em sociedade limitada, estando o capital integralizado, pela inexistência de vedação no Código Civil.

Art. 1.053

Autor: Alcir Luiz Coelho, Juiz Federal SJ/RJ

Enunciado : O artigo 997, V, não se aplica à sociedade limitada na hipótese de regência supletiva pelas regras das sociedades simples.

Art. 1.053

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da UFPR

Enunciado : O parágrafo único do art. 1.053 não significa a aplicação em bloco da Lei 6.404/76 ou das disposições sobre a sociedade simples. O contrato social pode adotar, nas omissões do Código sobre as sociedades limitadas, tanto as regras das sociedades simples quanto as das sociedades anônimas.

Art. 1.055

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ, **Marcos Mairton da Silva**, Juiz Federal SJ/CE.

Enunciado : A solidariedade entre os sócios da sociedade limitada pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, abrange os casos de constituição e aumento do capital e cessa após cinco anos da data do respectivo registro.

Art. 1.057

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da UFPR

Enunciado: SOCIEDADE LIMITADA. INSTRUMENTO DE CESSÃO DE QUOTAS. Na omissão do contrato social, a cessão de quotas sociais de uma sociedade limitada pode ser feita por instrumento próprio, averbado junto ao registro da sociedade, independentemente de alteração contratual, nos termos do art. 1.057 e par. único do Código Civil.

Art. 1.074

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : A exigência da presença de três quartos do capital social, como quorum mínimo de instalação em primeira convocação, pode ser alterada pelo contrato de sociedade limitada com até dez sócios, quando as deliberações sociais obedecerem à forma de reunião, sem prejuízo da observância das regras do art. 1.076 referentes ao quórum de deliberação.

Art. 1.076 c/c 1.071

Autor: Marcos Mairton da Silva, Juiz Federal

Enunciado: O quórum mínimo para a deliberação da cisão da sociedade limitada é de três quartos do capital social.

Art. 1.078

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : As sociedades limitadas estão dispensadas da publicação das demonstrações financeiras a que se refere o parágrafo 3º do artigo 1.078. Naquelas de até 10 (dez) sócios, a deliberação de que trata o artigo 1078 pode se dar nas formas dos parágrafos 2º e 3º do artigo 1072, e a qualquer tempo, desde que haja previsão contratual nesse sentido.

Art. 1.080

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado: A responsabilidade ilimitada dos sócios, pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato, torna desnecessária a desconsideração

da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.

Art. 1.089

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da UFPR

Enunciado: A fusão e a incorporação de sociedade anônima continuam sendo reguladas pelas normas previstas na Lei nº 6.404, de 1976, não revogadas pelo Código Civil (art. 1.089) quanto a esse tipo societário.

Art. 1.116 a 1.122

Autor: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Professor Titular da UFPR

Enunciado: A cisão de sociedades continua disciplinada na Lei 6.404, de 1976, aplicável a todos os tipos societários, inclusive no que se refere aos direitos dos credores. Interpretação dos arts. 1.116 a 1.122 do Código Civil.

Art. 1.116, 1.117 e 1.120

Autor: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Maurício Moreira

Mendonça de Menezes, Professores UERJ

Enunciado : Nas fusões e incorporações entre sociedades reguladas pelo Código Civil é facultativa a elaboração de protocolo firmado pelos sócios ou administradores das sociedades; havendo sociedade anônima ou comandita por ações envolvida na operação, a obrigatoriedade do protocolo e da justificação somente a ela se aplica.

Art. 1.142

Autor: Marcelo Andrade Feres, Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília - CEUB; Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela UFMG

Enunciado: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil, em seus arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.

Art. 1.148 (cancelando o enunciado n. 64 da I Jornada de Direito Civil)

Enunciado: Quando do trespasse do estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente.

Art.: 1.179 (cancelando o enunciado n. 56 da i Jornada do Direito Civil)

Autor: Marlon Tomazette, Procurador do Distrito Federal e Professor

Enunciado: O pequeno empresário, dispensado da escrituração, é aquele previsto na Lei 9.841/99.

DIREITO DAS COISAS

Arts. 1.196, 1.205 e 1.212

Autor: Julier Sebastião da Silva, juiz Federal SJ/MT

Enunciado : Considera-se possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica.

Art. 1.203

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Melo, defensor público do Rio de Janeiro

Enunciado: É cabível a modificação do título da posse - interservio possessionis - na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do animus domini.

Art. 1.210

Autor: Glauco Gumerato Ramos, advogado e professor universitário - São Paulo/SP

Enunciado: Ainda que a ação possessória seja intentada além de "ano e dia" da turbacão ou esbulho, e em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos art. 461-A e §§, todos do CPC.

Art. 1.210

Enunciado : Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de "melhor posse", com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do CC/1916.

Art. 1.228

Autor: Luís Paulo Cotrim Guimarães, desembargador federal, TRF 3ª Região.

Enunciado: A justa indenização a que alude o parágrafo 5º, do art. 1.228, não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.

Art. 1.228

Enunciado : O registro da sentença em ação reivindicatória, que opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, parágrafo 5º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz.

Art. 1.276

Autor: Marco Aurélio Bezerra de Mello, defensor público do Estado do Rio de Janeiro.

Enunciado : A aplicação do art. 1.276 depende de devido processo legal em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não cessação da posse.

Enunciado correlato: A presunção de que trata o parágrafo 2º. do art. 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do art. 150, IV, da Constituição da República.

Art. 1.291

Autores: Ana Rita Vieira Albuquerque e Marco Aurélio Bezerra de Melo.

Enunciado : O art. 1.291 deve ser interpretado conforme a Constituição, não facultando a poluição das águas, quer sejam essenciais, ou não, às primeiras necessidades da vida.

Art. 1.293

Autor: Ana Rita Vieira Albuquerque, defensora pública do Rio de Janeiro.

Enunciado: Muito embora omissis acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins da agricultura ou indústria, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização aos proprietários prejudicados.

Art. 1.331

Autor: Glauco Gumerato Ramos, Advogado e professor universitário, São Paulo/SP.

Enunciado : No condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área "comum" que, pelas próprias características da edificação, não se preste ao "uso comum" dos demais condôminos.

Artigo 1.331

Autor: Frederico Lima:

SUPRESSÃO DA PARTE FINAL (“nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”) do enunciado nº 90, I Jornada.

PREVALECENDO O TEXTO:

“Art. 1.331: Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício.”

Art. 1.334

Parte do Código: Direito das Coisas.

Artigos: 1.334, V

Autor: Melhim Namem Chalhub, Advogado, Rio de Janeiro/RJ.

Enunciado : O quórum para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado na convenção.

Art. 1.369

Enunciado : A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda à duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.

Artigo: 1.369

Autor: Renato Luís Benucci: Juiz Federal 5ª. Vara de Campinas

Enunciado: Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão.

Art. 1.379

Autor: Eduardo Kraemer, Magistrado do TJ/RS

Enunciado : O prazo máximo para o usucapião extraordinário de serviços deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil.

Art. 1.410

Autor: Gustavo Tepedino, Professor Titular de Direito Civil, UERJ / Daniela Trejos Vargas, Professora de Direito Civil, PUC-Rio

Enunciado : A extinção de usufruto pelo não-uso, de que trata o art. 1.410, inc. VIII, independe do prazo previsto no art. 1.389, III, operando-se imediatamente, considerando-se assim desatendida sua função social.

Art. 1.417

Autor: Marcelo Roberto Ferro, Advogado e professor PUC/RJ

Enunciado: O promitente comprador, titular de direito real (art. 1.417), tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido à venda.

Art. 1.573

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos: Desembargador do Tribunal de Justiça do RS

Enunciado: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum” – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges.

Art. 1.575

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos: Desembargador do Tribunal de Justiça do RS

Enunciado: Não é obrigatória a partilha de bens na separação judicial.

Art. 1.593

Enunciado: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Art. 1.597

Autor: Jussara Maria Leal de Meirelles: Professora Titular de Direito Civil da PUC/PR

Enunciado: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do artigo 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

Art. 1.597 e 1.601 – Foram propostos dois enunciados, apresentadas pela **Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles e pelo Dr. Francisco José Cahali** que resultaram alterados e formulados numa só proposição.

Enunciado: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V, do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Art. 1.621

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos: Desembargador do Tribunal de Justiça do RS

Enunciado: A revogação do consentimento não impede, por si só, a adoção, observado o melhor interesse do adotando.

Art. 1.639, § 2º e 2.039 – Foram propostos enunciados, pelos **Drs. Mário Luiz Delgado Régis, Francisco José Cahali, Rosana Fachin, Luiz Edson Fachin e Renato Luiz Benuci**, cujos termos originais seguem infra e dos quais resulta redação única adiante indicada:

Enunciado: A alteração do regime de bens prevista no parágrafo 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.

Art. 1.641

Autor: Luís Paulo Cotrim Guimarães, Desembargador Federal, TRF 3ª Região.

Enunciado: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica à pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Art. 1.641 e 1.639

Autor: Nilza Maria Costa Dos Reis, Juíza Federal SJ/BA

Enunciado: A obrigatoriedade do regime da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.

Art. 1.707

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama: Juiz Federal Convocado – 5ª Turma - TRF/2ª Região

Enunciado: O art. 1.707 do Código Civil não impede que seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da “união estável”. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.

Art. 1.708

Autor: Luiz Felipe Brasil Santos: Desembargador do Tribunal de Justiça do RS

Enunciado: “Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incisos I e II do artigo 1.814 do Código Civil.

Art. 1.708

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama: Juiz Federal Convocado – 5ª Turma - TRF/2ª Região

Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração da assistência material prestada pelo concubino, a quem o credor de alimentos se uniu.

Art. 1.790

Autor: Francisco José Cahali: Professor e Advogado

Enunciado: Aplica-se o inciso I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns e não apenas na concorrência com filhos comuns.

Art. 1.798:

Autores: Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza, pelo Dr. Renato Luís Benucci e pelo Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, englobadas no enunciado abaixo:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Art. 1.799

Autor: Mário Luiz Delgado Régis: Analista Judiciário da SJPB, à Disposição da Câmara dos Deputados.

Enunciado: Nos termos do inciso I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva.

Art. 1.801

Autor: Guilherme Calmon Nogueira da Gama: Juiz Federal Convocado - 5ª Turma - TRF/2ª Região

Enunciado: A vedação do art. 1.801, inciso III, do Código Civil, não se aplica à união estável, independente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1º).

Enunciados do artigo 1.829, apresentados pelo **Dr Mário Luiz Delgado Régis e pela Dra Nilza Maria Costa dos Reis** foram englobados por tratarem de matéria similar:

Enunciado: O art. 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido

possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência restringe-se a tais bens, devendo os bens comuns (meação) serem partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Art. 1.831

Autor: Mário Luiz Delgado Régis: Analista Judiciário da SJPB, à Disposição da Câmara dos Deputados.

Enunciado: O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança.

CEJ/CJF e STJ – Brasília, Dezembro de 2004.