

PENSAR O DIREITO

UNILAGO

União das Faculdade dos Grandes Lagos

DIRETORA GERAL

Prof^ª. Maria Lúcia Atique Gabriel

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO

Prof^ª. Me. Daniela Galvão Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Edmo Gabriel

Prof^ª. Me. Daniela Galvão Araújo

Prof^ª. Dr^a Patrícia Onofre Colombo

Prof. Me Adriana de Jesus Guilhen

Prof^ª. Dr^a José Theofilo Fleury

EDITOR DE PUBLICAÇÃO

Prof^º Alexandre Costa

PLANEJAMENTO VISUAL E GRÁFICO

Aline Menezes e Sílvio César da Silva

REVISÃO DE ORIGINALS

Aline Menezes

Pensar o Direito - São José do Rio Preto - SP
Ano 06/n.1 p. 1- 105- Janeiro - Dezembro 2009

ISSN 1807-1406

Periodicidade Anual - Tiragem 1.500 exemplares

Endereço para correspondência:

R. Eduardo Nielsen, 960 - Jd. Novo Aeroporto - São José do Rio Preto - SP

site: www.unilago.com.br

Telefone: (17) 3354 - 6000

Considerando a proposta didático pedagógica do Curso de Direito da UNILAGO, comprometido com a formação integral do aluno, com sólida postura ética, profundo comprometimento social e amplo domínio das peculiaridades que adquire na utilização das normas jurídicas. Uma das preocupações desta instituição é com a pesquisa científica, que faz com que o aluno do Curso de Direito da UNILAGO apresenta ao público a Revista de Ciências Jurídicas “Pensar o Direito”, que esta publicando o terceiro volume.

Com base na realidade regional de São José do Rio Preto/SP, a revista jurídica propõe inculir nos bacharelando em Direito a preocupação com os princípios éticos inerentes aos exercícios da advocacia, a efetiva preocupação com a eficácia dos Direitos Humanos, preceitos esses que norteiam a arquitetura de um profissional ético humanista. Esta é a principal finalidade deste terceiro volume da revista jurídica, refletir sobre o Direito.

A possibilidade de operacionalizar os conhecimentos adquiridos, numa perspectiva de integração com discentes de outras áreas, caracteriza-se como um recurso educacional voltado à formação em sintonia com o perfil do profissional apto a atender as necessidades do mercado de trabalho atual.

O trabalho científico presente nesta edição é resultado das atividades de ensino, pesquisa e extensão, desenvolvidos pelo Curso de Direito da UNILAO, que fixou este espaço como um local de diálogo sobre a diversidade de pensamento, projetos e posturas éticas relacionadas aos Direitos Humanos e à Cidadania. Sempre buscando atender aos anseios da sociedade que clama por justiça e igualdade.

Prof^a Me Daniela Galvão Araújo
Coordenadora do Curso de Direito

01. AMICUS CURIAE INTERVENÇÃO DE TERCEIRO OU ASSISTENCIA SIMPLES	9
ARAUJO, Daniela Galvão de;	
02. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	21
MARCO, Carla Fernanda de	
03. O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	39
SILVA, Nelson Finotti	
04. INQUÉRITO POLICIAL	51
ALMEIDA, Daniela Maria Alves; CHIARATO, Karina Alves Lemos; RACOLTI, Fábio Luís; ARAÚJO, Daniela Galvão de	
05. TRABALHADOR DOMÉSTICO: ORIGENS, CARACTERÍSTICAS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.	63
MARDEGAN, Fabiana Maria	
06. A CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE “MORTE DO AGENTE”	77
VIEIRA, Vanderson Roberto	
07. TUTELA E CURATELA NO DIREITO MODERNO	93
PANTALEÃO, Mateus de Souza	
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA	105

AMICUS CURIAE INTERVENÇÃO DE TERCEIRO OU ASSISTENCIA SIMPLES

Daniela Galvão de ARAUJO

Mestre em Teoria do Estado e do Direito pelo UNIVEN de Marília

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Por-graduanda em Direito Processual na UNILAGO

Resumo: Amicus curiae significa amigo da cúria ou amigo da justiça. É um instituto novo no cenário jurídico brasileiro, introduzido formalmente com a publicação da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, mas o instituto se polemiza com a análise de sua natureza jurídica processual, poder-se-ia compará-lo a intervenção de terceiro, a assistência simples, a atuação institucional do Ministério Público como custos legis ou não.

Palavras-chave: amigo da corte, assistência, intervenção de terceiro.

INTRODUÇÃO

Amicus curiae significa “amigo da cúria” ou “amigo da justiça”, mas com as características atuais, remonta o sistema encontrado na Inglaterra medieval, com papel de auxiliares dos julgadores, com função meramente informativa.

Segundo Patrícia Valente (2009, p.1) o instituto obteve destaque histórico no século XIX, diante da aceitação da Suprema Corte norte-americana.

É um instituto novo no cenário jurídico brasileiro, introduzido formalmente com a publicação da Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Suprem Tribunal Federal, enunciado no art. 7°, § 2°:

O relator, admitir, considerando a relevância da matéria e a responsabilidade dos postulantes, poderá, por despacho irrecurável, observando o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (grifo nosso).

A exposição de motivos da citada lei declara que a expressão “[...] outros órgãos ou entidades”, refere-se ao instituto inspirado no direito processual norte-americano para criar a figura do amicus curiae, no caso conhecido Brandies-Brief, uma manifestação popular utilizada pelo advogado Louis D. Brandies, no caso Muller Vs Oregon em 1908.

Segundo Edgard Silveira Bueno Filho apud Luis Fernando Martins da Silva (2009, p. 03), embora timidamente, o Supremo Tribunal Federal já havia admitido a participação de colaboradores, mesmo antes da edição da lei ora em análise:

[...] A Suprema Corte, já havia, embora timidamente, antes da lei, a sua presença no processo de controle da constitucionalidade. É o que se viu no julgamento de Agravo Regimental em ADIN n° 746-4, quando, por unanimidade de votos, o plenário do STF confirmou decisão monocrática do eminente Min. Celso de Melo e permitiu que um memorial, preparado por um colaborador informal, permanecesse juntado por linha ao processo.

Contudo, o instituto implanta no cenário nacional uma modalidade de interpretação constitucional, impedindo a conversão da jurisdição constitucional em nova instância autoritária do poder, admitindo a participação de órgãos e entidades de classe, de diversos setores da sociedade civil, do processo de persuasão jurisdicional.

Conforme enuncia BINENBOJIM há que se fomentar a idéia de sociedade aberta de interpretes da Constituição, formulada por Peter Heberle, segundo a qual o círculo de interpretes da Lei Fundamental deve ser elástico para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de ma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional (SILVA, 2009, p.03).

Instituto importante na luta dos grupos sociais que buscam reconhecimento de sua identidade, não havendo restrições quanto a sua implantação processual.

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém no processo, por convocação judicial ou por livre iniciativa, para auxiliar o juízo no julgamento, aproximando-se, ideologicamente, de uma justiça, visando à repercussão social, econômica e jurídica da decisão.

Grande parte da doutrina diverge quanto à natureza jurídica do instituto, auxiliar da justiça, intervenção de terceiro ou assistência simples.

Mas a ausência de expressa regulamentação específica torna-o ainda mais interessante.

Intervenção de terceiros e assistência.

São sujeitos do processo, o juiz e as partes. São partes no processo civil, autor e réu, o que pede e contra quem se pede a tutela jurisdicional. O conceito de terceiros é obtido por exclusão, sendo o que não é parte na relação jurídica processual.

O terceiro poderia participar do processo de forma voluntária, por convocação judicial ou das partes. Com a reforma processual de

1973, a intervenção *jussu judicis* (convocação do juiz) desaparece do sistema jurídico sendo admitida apenas a intervenção provocada pela parte ou a voluntária:

O ingresso de terceiro em relação processual em curso somente pode ocorrer nos casos expressamente previstos em lei. É providencia excepcional, só admissível nos casos taxativamente elencados pelo Código de Processo Civil. (DESTEFENNI, 2009, p. 200).

Sendo intervenção voluntária, a que ocorrer por iniciativa do terceiro e, a provocada quando precedida de pedido da parte.

O *amicus curiae* é uma forma de intervenção de terceiro, porém não o identificamos com nenhuma espécie de intervenção de terceiro prevista pela legislação processual civil pátria. Segundo a doutrina majoritária, tem-se um instituto que se assemelha a assistência.

Mas o instituto da assistência tem natureza jurídica complexa quanto ao aspecto de caracterizar ou não intervenção de terceiro. Segundo Marcos Destefenni (2009), Ernane Fidelis dos Santos (2008) e Carlos Scarpinella Bueno (2009), a assistência é uma forma de intervenção de terceiro.

Marcos Destefenni (2009) afirma que apesar da doutrina se manifestar aceitando a caracterização do *amicus curiae* como assistente, não é cabível esta comparação:

[...] Contudo, não o torna, ao contrário do que se lê em boa parte da doutrina que se manifestou sobre o assunto, um 'assistente', nem tampouco, um 'assistente *sui generis*' (p. 526).

Na assistência temos a intervenção de terceiro que possui interesse jurídico no andamento do processo, ao contrário do que ocorre no *amicus curiae*:

Na assistência, ocorre o ingresso de um terceiro em processo alheio embora venha a assistência disciplinada fora do capítulo atinente à intervenção de terceiros com a

finalidade de colaborar com vistas a melhorar o resultado a ser dado nesse litígio, tendo em vista a parte a que passa a assistir, seja porque tenha interesse próprio (art.50), ou seja porque seu próprio direito possa ser afetado (art. 54). (ALVIM, 2005, p.115).

Vale ressaltar que não se confunde a assistência com o recurso de terceiro prejudicado, é espécie diferente, apesar de citado às vezes por algumas doutrinas, os embargos de terceiros, são ações autônomas e não meramente uma intervenção em processo alheio.

O terceiro, nos termos da lei, apesar de integrar-se aos autos, pode continuar apenas como terceiro como é o caso do assistente e outros que, ao integrar-se aos autos passam a se tornar parte, exemplo claro, o denunciado à lide ou nomeado à autoria.

Assim, a intervenção do terceiro como amigo da corte, não caracteriza assistência simples ou litisconsorcial, visto não ser legítimo interessado no resultado final da demanda e sim institucional. Preocupando-se com os interesses meta-individuais e com os princípios da sociedade democrática, pluralista e dos grupos sociais.

Atuando em prol da sociedade, não visando interesse de uma das partes como faz o assistente e sim interesse de grupos que estão fora da relação processual, que dele conseguirão participar, apresentando considerações e informações sobre o impacto do que se será decidido.

A legitimação é adquirida, visto que auxiliará o poder judiciário, mais precisamente o juiz, na formação de seu livre convencimento, apresentando um retrato fiel da realidade social, aprimorando a justiça na decisão final, participando toda a sociedade da composição da decisão final.

Mesmo ausente um procedimento específico para a atuação do amigo da corte, não pode ser aplicado o previsto para a assistência regulamentado pelo Código de Processo Civil.

Conclui-se que é fundamental, para o que pretende intervir no processo como *amicus curiae*, que possua condições de demonstrar o interesse ou a razão de sua intervenção, viabilizando emanação de decisão judicial justa.

Amicus curiae como fiscal da lei.

O instituto em análise pode ser comparado ao Ministério Público, em sua atuação como fiscal da lei (custos legis), garantida a imparcialidade, mas fornecendo elementos relevantes para se proferir uma decisão justa.

Uma intervenção de terceiro atípica, visto que o terceiro intervém com o intuito de aprimorar e ampliar o objeto de conhecimento do juiz, mas esta decisão irá intervir nos interesses de grupos ou meta-individuais, sendo pois uma intervenção instrutória ou por inserção (BUENO, 2009, p. 528).

Conclui-se que o amicus curiae defende interesses institucionais, mas não possui atuação equiparada a do Ministério Público, mas sim como portador dos diferentes interesses existentes na sociedade civil, representando os interesses dos grupos que não participam do processo, mas se fazem presentes através dele, desde que comprove ser legítimo e adequado representante destes interesses em conflito.

Identificamos um elo entre processo civil individual e processo civil coletivo, visto que as decisões acabarão por afetar não somente as partes no processo e sim pessoas ou grupos, como se fossem os efeitos vinculantes ou precedentes jurisprudenciais da decisão proferida.

Assim, não há como negar ser o amicus curiae, agente do contraditório, por colaborar, cooperar com o novo modelo constitucional de um Estado pluralista.

Segundo Bueno (2009, p. 530):

O amicus curiae deve ser entendido como um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria (intervenção espontânea) ou por determinação judicial (intervenção provocada), intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões judiciais, portanto, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que, de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, legitimando e pluralizando, com a sua iniciativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

Atividade processual

A função processual do *amicus curiae* é a de apresentar, de forma espontânea ou provocada pelo Magistrado, fornecendo elementos que se relacionam com a matéria em análise e pendente de julgamento.

Se considerarmos como portador de interesses institucionais, deverá atuar com fiscal da lei, para assegurar a imparcialidade do magistrado, garantindo interesses dos que serão atingidos pela decisão, mas que não estão atuando no processo.

Tem sido admitida a atuação do *amicus curiae* pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de inconstitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, principalmente para revisão de súmulas que não tenham efeito vinculante.

Mas há corrente doutrinária no sentido do alargamento da admissão do *amicus curiae* para outros casos, com o fim de suprir o “[...] déficit democrático do Judiciário brasileiro” (BUENO, 2009, p. 533).

A ampla participação do *amicus curiae* a outros casos, facilitará o procedimento contraditório, como condição de legitimação das decisões judiciais futuras, atuando no contraditório presumido ou contraditório institucionalizado.

Com isso, os art. 536-A e o art. 543-C, § 4º do Código de Processo Civil precisam receber interpretação e legitimando a atuação perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, servindo de parâmetros para novas implantações no cenário processual brasileiro.

O Amicus curiae nas ações afirmativas para negros

Nos últimos anos, o cenário brasileiro enfrentou um acirrado debate sobre as ações afirmativas para negros na educação superior, questão importante para afirmação dos princípios democráticos e justiça social.

A partir de 2001, os principais canais de comunicação veicularam estatísticas identificadoras das desigualdades entre brancos e negros e a implantação das ações afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil, como forma de redução das desigualdades sociais.

Uma das sugestões, o sistema de cotas no ensino superior, para o ingresso nas grandes universidades públicas do país. Foram publicadas duas leis estaduais no Rio de Janeiro, Lei nº 3.524 de 2000 e a Lei nº 3.708 de 2001, implantando o sistema de cotas para a universidade do Rio de Janeiro (UERJ) e para a Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), com o sistema implantando no processo seletivo de 2003.

Após resultado do exame vestibular, 300 candidatos brancos reprovados, que obtiveram nota superior aos beneficiários pelo sistema de cotas, ajuizaram Mandado de Segurança requerendo às vagas que lhes foram negadas. Além desta, um deputado estadual propôs no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro duas representações por inconstitucionalidade contra as leis estaduais e a CONFENEM (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Neste cenário identificamos o *amicus curiae*, utilizado pelo Movimento Negro, em defesa da comunidade negra, perante as ações de inconstitucionalidade, buscando a permanência da vigência das leis estaduais.

Com isso, identificamos a importância do amigo da corte, que apresentará uma análise social real dos fatos para a formação do convencimento dos julgadores, buscando a preservação dos ideais democráticos e de justiça social.

Mas o Supremo Tribunal Federal não chegou apreciar as alegações das ações de inconstitucionalidade, por falta de objeto, sendo extinta sem resolução do mérito.

Mesmo após a extinção, a repercussão foi positiva, visto que a Advocacia Geral da União que participava do debate constitucional, emitiu parecer favorável a permanência das leis no ordenamento jurídico constitucional.

CONCLUSÃO

Analisando o instituto do *amicus curiae*, verificamos que não seria possível identificá-lo com a intervenção de terceiro, visto que o que intervém como amigo da corte não tem interesse no resultado final da

demanda e sim de fornecer elementos que irão ampliar o conhecimento do julgador sobre a demanda.

Não poderia caracterizar a assistência simples, visto que o terceiro que intervém como *amicus curiae* não tem vínculo com nenhuma das partes processuais.

Poderíamos dizer que as funções se equiparam as do Ministério Público quando o mesmo passar a atuar como fiscal da lei, porém com algumas restrições, visto que a função do amigo da corte é fiscal institucional do estado democrático de direito, assegurando garantias e direitos a pessoas ou grupos que irão sofrer as conseqüências da decisão a ser proferida.

Porém, não podemos deixar de reconhecer a importância do amigo da corte no cenário processual brasileiro, sua intervenção nas ações de inconstitucionalidade e nas de argüição de descumprimento de preceito fundamental, na revisão das súmulas do Supremo Tribunal Federal e nas do Superior Tribunal de Justiça, mas outras questões poderiam ser mais bem analisadas se houvesse a possibilidade da intervenção deste terceiros, atuando de forma representativa na defesa dos interesses de grupos menos favorecidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DESTEFENNI, Marcos. Curso de direito processual civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico. 2. ed. Tomo 1, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECCO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 20. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. 12. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Anotações sobre o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 598, 26 fev. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br-doutrina-texto.asp>>. Acesso em 9 abr. 2009.

VALENTE, Patricia Martins. Natureza jurídica do amicus curiae. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br-noticias>. Acesso em: 27 abr. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Curso Avançado de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Carla Fernanda de MARCO

Advogada

*Doutora e mestre em Direito pela PUC de São Paulo,
Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

Resumo: Com a intensificação das relações econômicas internacionais, muitos são os contratos internacionais que prevêm a arbitragem para solução de seus conflitos de natureza patrimonial disponível. O presente artigo jurídico aborda a questão da transmissibilidade da Arbitragem no direito brasileiro. Defende-se que, em regra, não há possibilidade de se transmitir uma obrigação arbitral sem a ciência ou anuência do adquirente que não participe da convenção de arbitragem, que não seja parte da mesma, ou que não tenha ciência da existência de uma cláusula arbitral. Na seqüência, a Arbitragem é analisada em comparação com a sistemática adotada pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Palavras-chave: arbitragem, internacional, litígio, transmissibilidade, Organização Mundial do Comércio.

INTRODUÇÃO

A arbitragem sempre foi um método importante de solução de conflitos no plano internacional.

O instituto jurídico da arbitragem é um meio de solução de controvérsias relativo a direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes escolhem um árbitro, ou grupo de árbitros, para que este possa colocar fim ao litígio através de uma sentença arbitral.

As arbitragens internacionais expressam-se como um instituto misto, apresentando características contratuais, bem como jurisdicionais.

Nos dias correntes, as arbitragens ganharam relevância no Direito Internacional, pois o comércio internacional tomou crescente importância, havendo, assim, a necessidade de soluções mais rápidas aos litígios, menos institucionalizadas, principalmente pela emergência dos fenômenos de integrações econômicas regionais e pelo dinamismo do comércio globalizado, onde se busca soluções para os litígios, mas evita-se, em diversos casos, os judiciários internos dos Estados-partes.

Será abordada no item I a possibilidade de, forçosamente, se transferir a terceiros a obrigação de levar a juízo arbitral algumas obrigações oriundas de casos consumados. Quando a parte demandada não se vinculou a obrigação de arbitrar eventuais futuros litígios, não tem ciência da existência de fato ou ato ilícito e se recusa a submeter-se à via arbitral.

No item II, traça-se algumas considerações acerca da Organização Mundial do Comércio que, é hoje a organização internacional que coordena e supervisiona as regras do comércio internacional. Na seqüência, são tecidas algumas considerações acerca da sistemática adotada pela Organização Mundial do Comércio, fazendo-se algumas alusões com a Arbitragem.

I. A QUESTÃO DA TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO DE ARBITRAR UM LITÍGIO

É polêmica a questão da possibilidade de, forçosamente, se transferir a terceiros a obrigação de levar a juízo arbitral algumas obri-

gações oriundas de casos consumados. Quando a parte demandada não se vinculou a obrigação de arbitrar eventuais futuros litígios, não tem ciência da existência de fato ou ato ilícito e se recusa a submeter-se à via arbitral.

Não se trata de analisar a questão da cessão de posição contratual ou responsabilidade derivada de sucessão empresarial, casos em que a escusa da obrigação de arbitrar seria inadmissível. Trata-se de analisar a questão da forma correta para resolver questões judiciais derivadas de obrigações personalíssimas.

1.1 Direitos Personalíssimos e seu Caráter Intransmissível

As obrigações de caráter personalíssimo, referem-se à prestação de conduta positiva ou negativa do agente, relativa a atributo inerente à pessoa, isto é, à personalidade civil.

A personalidade civil não se restringe à titularidade de direitos e obrigações do ser humano juridicamente considerado. Alcançando a pessoa jurídica que, modernamente, conquistou no Brasil, o reconhecimento pela doutrina e jurisprudência dos chamados “direitos da personalidade”, bem como ganhou um dispositivo legal no novo Código Civil.

Assim preceitua o art. 52 do Código Civil: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis e impenhoráveis.

Basicamente, os direitos da personalidade correspondem à esfera jurídica de interesses tutelados, fundamentais à existência da pessoa humana ou jurídica, que a ordem legal brasileira estampa no artigo 5o da Constituição Federal, sob o título de direitos e garantias fundamentais.

É pacífico no direito brasileiro, que o art. 5o, da Constituição Federal possa ser aplicado tanto às pessoas físicas, quanto jurídicas, cujo feixe de direitos estampados nos respectivos incisos, contempla, no inciso XXXV, o chamado “direito de acesso ao judiciário”, que expressamente garante que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito.”

Logo se vê que o “direito de acesso ao judiciário” corresponde

a interesse tutelado inerente à personalidade das pessoas, quer sejam elas físicas ou jurídicas, consagrado como fundamental pelo artigo 5o da Constituição Federal.

Acredita-se que o ato de vontade das partes em se submeter a arbitragem é personalíssimo. Trata-se de declaração volitiva, derivada da autonomia das vontades, é a confluência de vontades que se configura como direito pessoal das partes e que supostamente não se transfere por operação de vontade de estranhos. Assim, ou o sucessor concorda com a transferência ou esta se opera por decisão judicial.

A responsabilidade, se aferida pelo Judiciário (que seria supostamente a forma correta de resolver o litígio) pode ser transferida; o mesmo não acontece com a declaração de vontade ou seu conteúdo, desde que comprovada a caracterização de direito personalíssimo.

1.2 A Questão da Transmissibilidade da Arbitragem

A questão da transmissibilidade da obrigação arbitral é assunto ainda escasso, para não dizer omissivo, pela doutrina. É um assunto que precisa ser explorado.

Com relação a transmissão da arbitragem por testamento, CARMONA (1998, p. 88) assim posiciona-se:

No que se refere ao testamento, porém, a perspectiva é (...): muito embora o testador disponha sobre seus próprios bens, e ainda que se imaginem disposições de última vontade referentes apenas à parte disponível dos bens, a cláusula não poderia afetar terceiros, sob pena de violação à Constituição Federal. Em outros termos: a arbitragem nunca será inconstitucional (refiro-me aqui ao art. 5o, XXXV, da Carta Magna) se as partes decidiram levar 'suas próprias controvérsias', relativas a direitos disponíveis, à solução de árbitros; 'mutatis mutandis', feriria a garantia constitucional a disposição que determinasse que as controvérsias de terceiros devessem ser resolvidas através da via arbitral.

Hoje com a intensificação das relações econômicas internacionais, muitos são os contratos internacionais que prevêm a arbitragem para solução de seus conflitos de natureza patrimonial disponível. O

que precisa ser lembrado é a estipulação na convenção de arbitragem de uma eventual transmissão da obrigação de arbitrar, por parte da pessoa, física ou jurídica, pois, conforme os direitos da personalidade, estes são absolutos, intransmissíveis e indisponíveis.

Acredita-se que, em regra, não há a possibilidade de se transmitir uma obrigação arbitral sem a ciência ou anuência do adquirente que não participe da convenção de arbitragem, que não seja parte da mesma, ou que não tenha ciência da existência de uma cláusula arbitral.

O próprio Supremo Tribunal Federal posicionou-se a respeito da constitucionalidade do juízo arbitral pelo fato deste derivar da renunciabilidade do exercício do direito de ação, que é reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Conforme observado anteriormente, a lei de arbitragem realmente não infringiu a garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Nesse sentido, observa-se que a lei de arbitragem traz uma expansão para a liberdade contratual, atribuindo aos contratantes a faculdade de escolher a forma pela qual seus conflitos serão solucionados, uma vez que estão em tela apenas interesses passíveis de livre disposição dos envolvidos.

Apenas interesses passíveis de disposição estão amparados pela lei de arbitragem. Assim, se apenas interesses disponíveis são arbitráveis, “contrario sensu”, interesses indisponíveis não o são.

A arbitragem, enquanto instituto jurídico personalíssimo, traz consigo características fundamentais como a intransmissibilidade e a indisponibilidade, basicamente. Nesse sentido, a obrigação de arbitrar, por derivar de um direito da personalidade, não poderá ser transmitida.

É certo que, o objeto de uma arbitragem é um direito patrimonial disponível, porém, o direito de resolver os litígios através de arbitragem é um direito personalíssimo que não pode ser disponível, nem transmitido, sem a anuência dos interessados.

É certo arbitrar direito disponível, porém acredita-se não poder transferir este quando se tratar de direito inerente à parte que a convencionou, pois poderá haver fraude para a pessoa sucessora na responsabilidade. Eventual dever de indenizar deve sempre persistir. A forma de solucioná-la é que se discute.

Tamanha é a relevância desta garantia constitucional, pois percebe-se que o amplo e irrestrito direito de acesso ao judiciário é, inquestionavelmente, um dos pilares da democracia, sem o qual não há que se falar em Estado Democrático de Direito.

A supressão ou limitação do “direito de acesso ao judiciário” sempre teve uma conotação ditatorial, uma conotação de afastar a justiça, de modo que deve, necessariamente, quando possível, ser aplicada com todas as cautelas e, restritivamente, para que o exercício da liberdade contratual não se transforme em instrumento de nefasta imposição atentatória à garantia fundamental da personalidade civil.

Dessa forma, se uma pessoa física ou jurídica, for sucessora de um bem ou direito e este, estiver inequivocamente gravado por um compromisso arbitral, este será inescusável.

Importante observar-se aqui que, a impossibilidade de transmissão da arbitragem, pelos motivos anteriormente expostos, não poderá ter a finalidade de lesar alguém, causar prejuízos ou intencionar a fraude.

II. A ARBITRAGEM E O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

O comércio internacional vem se desenvolvendo ao longo dos anos dentro de um sistema de regras, que aos poucos foram concretizadas, inicialmente através de tratados bilaterais e, a partir do estabelecimento do GATT, em 1947, vêm sendo aprofundadas através de negociações multilaterais patrocinadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

A Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais iniciou-se em 1986 em “Punta del Este” e finalizou-se em abril de 1994 em Marraqueche, que foi a mais ampla e complexa das negociações sobre o comércio internacional, englobando todas as áreas anteriormente negociadas.

Assim, a Organização Mundial do Comércio, finalmente, começa a operar em janeiro de 1995. A criação da Organização Mundial do Comércio, como Organização Internacional, substituiu o GATT que era órgão internacional, sem uma institucionalização oficial.

Os resultados da Rodada Uruguai passaram a determinar as regras do comércio internacional, não só dos grandes parceiros internacionais, para dirimir os conflitos entre eles, mas também dos pequenos e médios parceiros, que passaram a ter na OMC a organização de supervisão e de apoio para assegurar o acesso aos mercados protegidos dos próprios países mais desenvolvidos, bem como dos grandes acordos regionais de comércio. (THORSTENSEN, 2001, p. 40).

A Organização Mundial do Comércio é hoje a organização internacional que coordena e supervisiona as regras do comércio internacional.

A idéia principal de sua criação, é a de ser o mecanismo que irá gerir e administrar as relações decorrentes do comércio internacional, por intermédio da coordenação dos interesses dos diversos Estados.

Neste contexto, o Órgão de solução de Controvérsias assume fundamental importância entre os Estados participantes da Organização Mundial do Comércio.

2.1 O Sistema de Solução de Controvérsias no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC)

A adoção de um sistema de solução de controvérsias foi, sem dúvida, o mais significativo resultado da Rodada Uruguai, pois trata da sensível questão de sanções em Direito Internacional Econômico, talvez o elo mais fraco das relações econômicas internacionais. Se não houvesse esse mecanismo eficiente para solucionar conflitos, o sistema de regras ficaria enfraquecido, uma vez que as regras não seriam cumpridas por determinados Estados.

Prioriza-se ainda, a solução de controvérsias diretamente entre os membros, através de consultas, e somente se o acordo não for possível é que se parte para o painel. Assim, permite-se a qualquer momento, a solução do conflito através de um acordo negociado entre as partes. Geralmente, a controvérsia surge quando um Estado adota uma determinada política ou prática comercial considerada como violadora dos tratados firmados por algum outro Estado contratante.

Assim o Estado que se sente prejudicado recorre ao OSC, iniciando, assim, a contenda com o Estado que esteja supostamente violando as normas estabelecidas.

Oportuna a explicação de Vera THORSTENSEN (2001, p. 372):

No caso do entendimento de painéis, o objetivo do mecanismo é fazer com que a parte afetada modifique sua política de comércio exterior, de acordo com as regras da OMC. Somente nos casos de recusa de tal cumprimento é que a OMC autoriza retaliações. (...) O Entendimento estabelece o Órgão de Solução de Controvérsias – OSC, para administrar os dispositivos sobre consultas e soluções de controvérsias entre dos demais acordos. (...) O OSC deve ter competência para estabelecer painéis, adotar relatórios de painéis e relatórios do Órgão de Apelação, acompanhar a implementação das decisões e recomendações e autorizar a suspensão de concessões e outras obrigações dentro dos acordos.

Importante destacar aqui que, somente Estados têm capacidade postulatória na Organização Mundial do Comércio, sendo que as indústrias ou setores atingidos por práticas comerciais abusivas ou ilícitas solicitam a interferência Estatal para pleitear em seu favor perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), podendo inclusive indicar assistentes especiais para acompanhar o caso, e auxiliar a defesa ou acusação do Estado. Sobre esse assunto, Welber Oliveira BARRAL (2000, p. 105) explica:

Apesar de propostas recentes e contínuas para uma maior participação dos particulares, o sistema de solução de controvérsias continua sendo baseado nos atores estatais. Tal situação se coaduna com o Direito Internacional clássico, e se justifica de certa forma pelo fato de que as obrigações assumidas deverão ser cumpridas pelos Estados-Membros. Entretanto, a abordagem legalista argumenta que uma maior atuação dos particulares serviria a legitimar o sistema, sobretudo no que se refere ao mecanismo de solução de controvérsias.

A primeira etapa do procedimento, de aproximadamente dois

meses, é reservada às conversações entre os países envolvidos na controvérsia, através da formulação de consultas, a fim de se tentar celebrar um acordo que coloque fim à mesma. Essas conversações podem ser conduzidas pelos próprios Estados envolvidos, ou, se necessário, com a intervenção e o auxílio de representantes da OMC.

Não havendo acordo, o Estado que se sentir prejudicado, poderá requerer a instauração de um procedimento, denominado de “painel” que analisará o pedido do Estado reclamante e as razões do Estado reclamado sob a ótica das normas contidas nos tratados.

O painel funciona como um autêntico processo, em que são concedidas às partes, tanto as diretamente envolvidas como as terceiras-interessadas, o pleno exercício do contraditório e a mais ampla possibilidade de produção de provas e alegações e, todas as etapas possuem um cronograma definido, com prazos e metas a serem cumpridos e respeitados.

A possibilidade de recurso ao Órgão de Apelação é um significativo avanço na sistemática implementada. No âmbito de um painel podem ser analisadas questões de fato e de direito, porém, uma apelação deve se limitar a temas legais tratados no relatório do painel bem como suas interpretações legais.

A instituição do Appellate body reforça a “judicialização” ocorrida no sistema de solução de controvérsias. Sua competência se restringe apenas ao reexame de questões de direito, tais como interpretações dadas às normas dos tratados.

A criação do referido Órgão de Apelação é um reflexo da importância dada às decisões dos painéis. Uma vez reconhecida a eficácia das decisões dos painéis, houve a necessidade de se instituir um mecanismo que garanta o direito de um Estado ver revisto o seu pedido.

Depois de concluído o exame da controvérsia, a parte vencida deve apresentar ao OSC o seu compromisso de corrigir a conduta que foi apontada como violadora das regras da OMC, oferecendo a parte vencedora, medidas compensatórias aos prejuízos causados; não o fazendo, estará sujeita às sanções a serem impostas pela parte vencedora, na medida do que for autorizado por parte do Órgão de Solução de Controvérsias.

Como visto, o principal objetivo da OMC é alcançar o entendi-

mento entre os Estados, buscando melhorar as relações internacionais no que tange ao comércio internacional.

2.2 Alguns Pontos de Diferenciação entre a Arbitragem e a Sistemática Adotada pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio

“A priori”, somente Estados podem litigar no âmbito da Organização Mundial do Comércio. O procedimento da arbitragem é mais flexível nesse sentido, pois há arbitragens entre Estados e arbitragens privadas nacionais e internacionais. Na arbitragem, as partes podem comparecer diretamente, e não por intermédio das representações diplomáticas de seus Estados.

Neste caso específico, há que se afirmar o benefício da participação do Estado na disputa, pois, em se tratando de Estado acusado de praticar atos discriminatórios ou fornecedor de subsídios, por exemplo, deverá o próprio Estado remediar esta situação ou retirar os subsídios, e não a própria indústria envolvida. Em questões comerciais internacionais, sempre haverá uma parte adotando práticas comerciais ilícitas, e a participação do Estado na solução da controvérsia garantirá o adimplemento da solução adotada.

Interessante no âmbito da Organização Mundial Comércio, é que os seus Estados-partes podem arbitrar aspectos importantes de casos que ordinariamente seriam de competência do Órgão de Solução de Controvérsias, como dar liquidez a decisões de aplicação de medidas compensatórias, ou mesmo determinar qual cronograma para que uma decisão seja implementada ou em que área deverão ser aplicadas as sanções aprovadas no bojo da Organização Mundial do Comércio.

O mecanismo da arbitragem não pressupõe a existência de um órgão preestabelecido. Em que pese a existência de diversas câmaras nacionais e internacionais de arbitragem, não há obrigatoriedade em acioná-las. Os árbitros podem ser escolhidos “ad hoc”. O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC conta com mecanismos próprios de solução de controvérsias, como visto, inclusive, conta com um suporte jurídico próprio e aplica somente as suas próprias regras (“Dispute Settlement Procedures”), não cabendo às partes decidirem

pela aplicação de outro conjunto de normas senão aquelas adotadas pela própria Organização Mundial do Comércio.

Antes da instauração de um painel no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, deve ocorrer necessariamente a fase das negociações diplomáticas. Trata-se do mecanismo de consultas entre os membros. São permitidos mecanismos dos bons ofícios, de mediação e conciliação; na arbitragem isso não se verifica necessariamente.

É importante mencionar que, a autonomia da vontade das partes presente nas arbitragens não se verifica no âmbito do procedimento dos painéis da OMC, o que existe são acordos que regulamentam a área envolvida no litígio, que, como mencionado anteriormente, não são disponíveis ou derogáveis por disposição das partes.

O Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio tem legitimidade para impor sanções ao Estado que descumpra suas decisões, mas na arbitragem não há possibilidade de imposição de sanções para o descumprimento de uma decisão arbitral. Enquanto a arbitragem vincula as partes somente naquilo que possa ser exigível no âmbito doméstico, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), através de suas decisões, vincula os membros (Estados) que, nos termos dos acordos de que são partes, se obrigam a cumprir com a decisão ou aceitar qualquer tipo de retaliação autorizada pela Organização Mundial do Comércio.

O Órgão de Solução de Controvérsias prevê a possibilidade de recurso da decisão adotada no painel, ao Órgão de Apelação, porém na arbitragem, geralmente o recurso não é possível.¹

Nada impede que Estados litigantes na OMC possam optar em solucionar suas controvérsias através de uma arbitragem, porém devem sempre implementar tal decisão arbitral para que o assunto não retorne ao Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio.

É importante lembrar que, enquanto as decisões arbitrais podem ser levadas a homologação dos judiciários locais, as decisões

1. Como tudo em matéria de arbitragem, ficaria à disposição da vontade das partes que, sempre podem autonomamente decidir se haverá ou não a possibilidade de se recorrer de uma decisão arbitral, e a quem enviar eventuais recursos.

proferidas no âmbito da Organização Mundial do Comércio são obrigatórias, vinculativas, sempre por força dos Tratados Constitutivos setoriais da própria organização, e não de uma suposta força executiva internacional auto-aplicável às decisões. Os Estados cumprem-nas temendo mais uma sanção econômica que, pelo caráter de obrigatoriedade das mesmas, ou pela imposição e responsabilização do Estado em Tribunais Internacionais pelo descumprimento de normas de Direito Internacional Público, o que não se exclui, mas simplesmente não é aplicado.

Em que pese as diferenças, ambos os procedimentos são imprescindíveis para o aperfeiçoamento e desenvolvimento do comércio internacional.

CONCLUSÕES

A arbitragem ganhou relevância no direito internacional, devido à necessidade do comércio internacional em obter soluções mais rápidas aos litígios, evitando-se os judiciários internos dos Estados-partes.

A arbitragem é internacional quando se destina a gerar efeitos em duas ou mais ordens jurídicas, ao mesmo tempo, por razão de domicílio das partes, sede das empresas, localização do contrato em questão.

Atualmente, nos contratos internacionais, é comum a tendência das partes em optar por uma lei e foro neutros, em razão do temor em litigar no Estado da parte contrária. Assim, a arbitragem afasta os problemas que podem ocorrer na hipótese de as soluções serem obtidas pela justiça estatal de um determinado Estado-parte.

Sabe-se que, tanto a arbitragem nacional quanto a arbitragem internacional privada no Brasil abrangem somente a esfera de direitos patrimoniais disponíveis. Acredita-se que o ato de vontade das partes em se submeter a arbitragem é personalíssimo.

Em regra, defende-se aqui que, não há possibilidade de se transmitir uma obrigação arbitral sem a ciência ou anuência do adquirente que não participe da convenção de arbitragem, que não seja parte da mesma, ou que não tenha ciência da existência de uma cláusula arbitral.

A adoção de um sistema de solução de controvérsias foi, sem dúvida, o mais significativo resultado da Rodada Uruguai. Em função

dessa sistemática implementada, a arbitragem tem pouca aplicabilidade no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Dentre algumas comparações estabelecidas acerca da arbitragem e dos mecanismos do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, é importante mencionar que, a autonomia da vontade das partes presente nas arbitragens não se verifica no âmbito do procedimento dos painéis da Organização Mundial do Comércio, o que existem são acordos que regulamentam a área envolvida no litígio, que, não são derogáveis por disposições das partes.

O Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio tem legitimidade para impor sanções ao Estado que descumpra suas decisões, mas na arbitragem não há possibilidade de imposição de sanções para o descumprimento de uma decisão arbitral.

Enquanto a arbitragem vincula as partes somente naquilo que possa ser exigível no âmbito doméstico, o Órgão de Solução de Controvérsias, através de suas decisões, vincula os membros, nos termos dos acordos de que são partes, se obrigam a cumprir a decisão ou aceitar qualquer tipo de retaliação autorizada pela Organização Mundial do Comércio.

Observa-se que, tanto a arbitragem quanto a sistemática implementada pela Organização Mundial do Comércio são imprescindíveis para o aperfeiçoamento e desenvolvimento do comércio internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (coord.). Direito do comércio internacional. São Paulo: Aduaneiras e Lex Editora S.A., 2004.

ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem brasileira e os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo UNIDROIT. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1996, p. 87-116.

_____. Direito internacional privado. Teoria e prática brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem internacional, pública e privada. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 207-219.

BARRAL, Welber Oliveira. Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, nº 09, p. 307-314, jul/set 2000.

BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; REDENSCHI, Ronaldo. A solução de controvérsias no Mercosul e na OMC. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
BRASIL. Código civil brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL. Código comercial. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 25. ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2005.

CARBONNEAU, Thomas E. Lex mercatoria and Arbitration: A discussion of the New Law Merchant. [s.l.]: Juris Publishing, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Manual da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FOSCHETE, Mozart. Relações econômicas internacionais. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Fundamentos da arbitragem do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1993.

HUGHES, Valerie. Arbitration within the WTO. In: Preparing the Doha development round: improvements and clarifications of the WTO dispute settlement understanding. Conference report. European University Institute. Edited by Ernst-Ulrich Petersmann. San Domenico, Itália, 2002, p. 100-118.

LEE, João Bosco. A lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 04, nº II, jan/mar 2001 p. 347-359.

LIMA, Cláudio Vianna de. Curso de introdução à arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.

MAGALHÃES, José Carlos. A convenção de Nova Iorque e a lei de arbitragem. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 05, nº 18, p. 309-318, out/dez 2002.

MAGALHÃES, José Carlos; BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MARCO, Carla Fernanda de. Arbitragem internacional no Brasil. São Paulo: RCS Editora, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Coletânea de direito internacional. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. I e II.

PUCCI, Adriana Noemi (coord.) Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RECHSTEINER, Beat Walter. Arbitragem privada internacional no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RESEK, Francisco. Direito internacional público. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHMITTHOFF, Clive M. Schmittohoff's export trade: the law and practice of international trade. 9. ed. London: Stevens and Sons, 1990.

SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de direito internacional público. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil. Vicissitudes. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1989, ano 78, v. 641, p. 29-57.

STRENGER, Irineu. Arbitragem comercial internacional. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Direito do comércio internacional e lex mercatoria. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Arbitragem no contexto regional: Mercosul. Revista brasileira de arbitragem. Ano I, jul-out-2003. São Paulo: Revista dos Tribunais,

1993, p. 91-103.

The WTO Dispute Settlement Procedures. Second Edition. WTO Secretariat. Cambridge, United Kingdom: University of Cambridge Press, 2001.

THORSTENSEN, Vera. OMC Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Nelson Finotti SILVA

Procurador do Estado de São Paulo

Doutor em Processo Civil pela PUC/SP

Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca/SP

Resumo: O presente tem por finalidade fazer uma reflexão sobre a participação do juiz no processo partindo da idéia da jurisdição não como simples função do Estado. A preocupação do juiz moderno não se restringe à mera condução do processo, mas garantir que ao final o provimento jurisdicional seja concedido conforme os valores da sociedade a decisão deve apenas depender dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que poderiam afetar a afirmação ou reivindicação dos direitos. O juiz é um cidadão e como tal é partícipe da sociedade, devendo conhecer de perto os valores por ela desejados, não pode deixar de discutir suas idéias, nem fechar os olhos às desigualdades e aos problemas sociais existentes. Portanto, o juiz ativo é imprescindível para a concretização dos direitos e garantias fundamentais o papel do juiz moderno no processo não é de mero espectador ou um “mero convidado de pedra”, na democracia participativa deve se preocupar em dar o rumo ao processo de modo que todos devam dele participar com as mesmas oportunidades.

Palavras-chave: juiz, Estado, democracia.

O instrumento do Estado estabelecido com a finalidade de solucionar o conflito é o processo e ao solucioná-lo acaba, afirmando, o seu próprio poder e autoridade, com participação (escopo político).¹

Entretanto, não basta ao Estado realizar a jurisdição com a participação popular através do processo, deve garantir uma adequada tutela jurisdicional, propiciando uma ordem jurídica justa através do acesso à justiça acessível a todos, assegurando às partes uma igualdade real e não formal, não o mero ingresso em juízo.

O acesso à justiça importa não só em um processo justo e imparcial como também garantir a igualdade de oportunidades com a participação efetiva e adequada das partes no processo.

Democracia significa acima de tudo participação com garantia a igualdade de oportunidades e participação efetiva e adequada, como uma decorrência natural do princípio da igualdade substancial, é o pleno exercício da cidadania.

O professor Kazuo Watanabe escreveu um estudo sobre o Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, e concluiu dizendo que o acesso não se limita à mera provocação do Poder Judiciário, mas, “é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa”, considerando-se como dados elementares do direito à ordem jurídica justa: a) o direito à informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.²

A preocupação do juiz moderno não se restringe à mera condução do processo, mas em garantir que ao final o provimento

1. Consoante José Roberto dos Santos Bedaque, “o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-lo através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político” (*Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 50.).

2. WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128/135.

3. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 15.

jurisdicional seja concedido conforme os valores da sociedade e como afirma Mauro Cappelletti,³ a decisão deve apenas depender dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que poderiam afetar a afirmação ou reivindicação dos direitos.

O juiz é um cidadão e como tal é partícipe da sociedade, devendo conhecer de perto os valores por ela desejados, não pode deixar de discutir suas idéias, nem fechar os olhos às desigualdades e aos problemas sociais existentes.

Portanto, o juiz ativo é imprescindível para a concretização dos direitos e garantias fundamentais,⁴ o papel do juiz moderno no processo não é de mero espectador ou um “mero convidado de pedra”, na democracia participativa deve se preocupar em dar o rumo ao processo de modo que todos devam dele participar com as mesmas oportunidades.

O processo não é um jogo onde vence o mais forte, o mais poderoso o mais esperto, o processo é um instrumento de justiça através do qual se espera entregar o direito a quem de direito, de modo que a inércia do julgador certamente poderá comprometer a pacificação social pretendida pela atividade jurisdicional.

Assim, é indispensável para que se observe o devido processo legal que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar do processo, não se omitindo dessa participação o próprio juiz a quem incumbe à condução do processo e o correto julgamento da causa.

O princípio da igualdade é sinônimo de justiça, não a igualdade formal, o mero reconhecimento de que todos são iguais perante a lei, mas o reconhecimento das desigualdades e sua igualização impõem-se promover a igualização diante da desigualdade.

A própria Constituição Cidadã ao mesmo tempo em que estabelece no artigo 5º, caput, e inciso I, a igualdade perante a lei, “todos

4. A advertência de Helenita Maria de Azevedo Coutinho, depois de ressaltar a descrença no Poder Judiciário pela sociedade é pertinente: “diante de tal quadro caótico, os juízes devem tomar consciência de sua responsabilidade e poder de intervenção social, rompendo a posição de conservadorismo e aparente neutralidade diante dos conflitos, sob pena de esvaziamento de sua autoridade e de seu poder estatal de ordenação da sociedade. Em tese, a máquina judicial e a preparação humanística do magistrado deveriam evoluir com a mesma celeridade que as constantes mudanças sócio-culturais, para se adaptar melhor a elas e realizar o ideal da justiça social”. COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. *O papel do juiz – agente político no Estado Democrático de Direito. Justiça e Democracia*, São Paulo, v. 1, n 1, p. 132-146, jan./jun. 1996.

são iguais perante a lei”, adota como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a igualização ao impor a necessidade de “reduzir as desigualdades sociais”. Nesse passo, a norma maior tratou de impor a todos os poderes a função de assegurar a igualização do indivíduo como objetivo fundamental do país.

Certamente a igualização que se procura efetivar não é só referente à igualdade material, até porque, a igualdade não é só perante a lei, mas perante o direito e como sinônimo de justiça, deve-se dar em todos os ramos do direito, inclusive no processo civil.

Ensina Ada Pellegrini Grinover, que o princípio da isonomia tem dimensão estática e dinâmica, a estática quando a lei anota a igualdade de todos perante a lei de modo formal, recusando o legislador à existência da desigualdade e a dinâmica, quando o Estado assume o compromisso de constatar as desigualdades e criar mecanismos para supri-las, transformando a igualdade em real e não formal.⁵

O princípio da isonomia não admite que o juiz contemporâneo tenha uma posição complacente, uma visão puramente formal do princípio, se constatar a existência de desigualdade entre as partes deve atuar de forma concreta e efetiva, promovendo a igualização, procurando, assim, manter o equilíbrio dos interessados, conferindo amplas

5. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 6: “A igualdade pode ser vista sob seu aspecto meramente formal, contrapondo-se à igualdade material. E pode ser vista sob o ângulo do esforço de transformação da igualdade formal em igualdade material. O que significa, em outras palavras, que a igualdade tem uma dimensão estática e outra dinâmica. Na dimensão estática, o axioma de que todos são iguais perante a lei parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transforma-las em igualdade real”.

6. Como bem anota Paulo Henrique dos Santos Lucon: “No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto”. (cf. *Garantia do tratamento paritário das partes*, in *Garantias constitucionais do processo civil*, coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999, p.97).

e iguais oportunidades para alegar e provar.

Em outras palavras, dar tratamento igualitário às partes é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades; efetivamente, trata-se de um princípio dinâmico.⁶

É comum dizer que o juiz não deve ter uma atuação muito ativa porque estaria a comprometer o princípio da imparcialidade.

Falar em juiz imparcial é quase um pleonasma, tal é situação inseparável entre juiz e imparcialidade, sendo direito fundamental um juiz imparcial e independente.

Imparcial é o juiz que não tenha interesse no objeto do processo nem queira favorecer uma das partes, o que não quer dizer que não tenha interesse que sua sentença seja justa e que atue com esse compromisso, e se necessário, deverá promover a igualização sem que isso venha a comprometer sua imparcialidade.

A direção do processo cabe ao juiz devendo intervir para propiciar o tratamento igualitário, mantendo o equilíbrio, entregando o direito a quem de direito, ou seja, a fé na justiça como máxima a ser alcançado pelo processo.

Em havendo desequilíbrio entre as partes, a justiça estará comprometida e, para que isso não ocorra, o julgador não deve ser um simples sujeito da relação processual, deverá atuar ativamente.

A atuação ativa do juiz não é motivo de violação da sua imparcialidade. Na fase atual, parcial é o juiz inerte que diante da desigualdade nada faz para afastar o desequilíbrio, principalmente, se tal desigualdade refletir no resultado do processo.

Portanto, se o juiz se expõe à censura da parcialidade por ter agido ativamente no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de ficar inerte, posto que a sua inércia poderia favorecer a outra parte. Ademais, a ninguém interessa mais do que ao juiz que se faça justiça, ou seja, que vença quem efetivamente tenha razão, trata-se do direito de acesso à ordem jurídica justa.

Como ensina João Batista Lopes: “a postura burocrática e protocolar do juiz entra em conflito aberto com as tendências atuais do processo civil e, por isso, deve ser afastada. Não se concebe, no

7. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 173.

estágio atual da doutrina processual, que a parte seja prejudicada pelo apego ao fetichismo das formas e à dogmática tradicional”.⁷

De todo o exposto, pode-se afirmar que o princípio da igualdade substancial impõe ao julgador, como detentor de uma parcela do poder do Estado, a necessidade de promover a igualização das partes, conferindo as mesmas oportunidades, fortalecendo, assim, o princípio da imparcialidade, eis que está impedindo que as desigualdades reflitam no resultado do processo, demonstrando, assim, que o julgador estará mais atento aos fins sociais e jurídicos do processo ⁸, o juiz deve ser imparcial, mas não neutro.

A inércia judicial importará em favorecimento da parte mais forte, violando, assim, o princípio da imparcialidade. O princípio da isonomia impõe que as partes estejam no mesmo pé de igualdade e existindo a desigualdade, cabe ao julgador, como elemento do poder estatal, promover a igualização.

Afirma Ada Pellegrini Grinover: “a plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. Como se notou, a quem age ou de se defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões”.⁹

Portanto, a igualdade de oportunidades na participação na relação jurídica processual está intimamente ligada ao contraditório

8. Para Rui Portanova, o próprio símbolo da justiça merece ser revisto: “Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há que negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las”. Princípios do processo civil. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 79.

9. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 11, acrescentando: “Eis o novo significado social do princípio da igualdade processual, atuando mediante adequados institutos e por força do reconhecimento de poderes de iniciativa judicial que, como lembra Calamandrei, ‘podem colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente à mais forte, e impedir que a igualdade de direitos se transforme em desigualdade de fato por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos.

estabelecido entre as partes.

Proporcionar a igualização entre as partes é permitir um acesso à ordem jurídica justa, permitindo um equilíbrio, dando a elas a possibilidade de efetiva defesa de seus direitos.

O direito processual, regido por princípios publicistas impõe ao juiz um papel ativo, próprio da sua função social, devendo estimular o contraditório, suprindo as deficiências das partes, superando as desigualdades.

Nem sempre é fácil constar situações ou pessoas que necessitem o mesmo tratamento, nem será fácil reconhecer as desigualdades que irá impor um tratamento diferenciado, mas é certo que é inadmissível creditar direitos e deveres iguais a todos os sujeitos, quando se sabe existir desigualdades entre pessoas.

É imprescindível manter o equilíbrio das partes na relação jurídica processual; o diálogo processual, representado pela tese e antítese, ação e defesa, devem ser garantido no seu mais amplo sentido, devendo o juiz ser mais participativo e não um simples sujeito com a finalidade de sentenciar.

Marcus Orione Gonçalves Correia, tratando da questão da paridade de armas afirma: “No que concerne à necessidade, para que exista realmente *due process of law*, de um juiz imparcial e independente, verifique-se o seguinte: atualmente, vem-se requerendo do juiz que este deixe de ser, um mero convidado de pedra do processo. Aliás, em contraposição à figura do juiz dos tempos do liberalismo, que conduzia o processo sem intervir de forma alguma – em consonância com a própria noção liberal da ausência de intervenção do Estado -, vem emergindo hodiernamente a figura dos poderes assistenciais do magistrado. Os poderes assistenciais do juiz defluem, em prestígio à noção de justiça material (em contraposição à mera idéia de justiça formal), de um princípio por alguns admitidos – que não vem expresso na Constituição -, conhecido como princípio da paridade das armas. Segundo desdobramento deste último princípio, é indispensável, para a própria garantia da igualdade das partes no processo, que em situações de desigualdade, o juiz atue conduzindo o processo e assistindo o mais frágil na relação jurídica deduzida em juízo”.¹⁰

10. CORREIA, M. O. G. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24.

Tem o juiz o dever de promover e preservar a igualdade substancial entre as partes, afastando as desigualdades, devendo de ofício adotar medidas, por exemplo, relacionadas com a instrução da causa, como os poderes instrutórios que em absoluto viola o princípio da imparcialidade, ressaltando que o poder instrutório não deve ser supletivo, pois se assim for, não atenderá os fins aqui almejados.

Deparando-se o julgador com situações que levem a um desequilíbrio deverá promover a igualização que, nem de longe, comprometerá sua imparcialidade. Ao contrário, esta restará fortalecida, na medida em que garanta às partes do processo a mesma igualdade de armas, ou seja, mantenham-as em equilíbrio, sendo este o verdadeiro sentido da expressão *par conditio, condiciones paritárias*.

O julgador deve ter a consciência de que a omissão no requerimento de uma prova, nem sempre se deve a fatores econômicos ou culturais, bem como, não tem a intenção de dispor do direito, daí ser o processo dotado de meios que garantam a igualdade das partes, como por exemplo, participar ativamente da produção da prova.¹¹

Quando o juiz determina a realização de uma prova, não tem condições de saber qual o seu resultado, portanto, não se sabe a quem irá favorecer.

Maior poder instrutório permite uma apuração mais completa dos fatos e aplicação do direito material mais correto. O juiz não está preocupado que sai vitorioso o autor ou o réu, sua preocupação deve residir em uma ordem jurídica justa, propiciando às partes as mesmas oportunidades, promovendo, inclusive, a igualização, a vitória deverá ser daquele que efetivamente tenha razão, realizando a atividade ju-

11. A propósito, vale lembrar a lição de José Roberto dos Santos Bedaque: “Essa interferência do magistrado não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o direito debatido incluir-se no rol dos chamados ‘direitos disponíveis’, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir. Todavia, enquanto a solução permanecer nas mãos do Estado, não pode o juiz se contentar apenas com a atividade das partes. A visão do ‘Estado-social’ não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas. Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual. Trata-se de uma visão essencialmente instrumentalista do processo. A real igualdade das partes no processo é um valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual.

risdicional plenamente sua função.

Ademais, não se pode olvidar que a atividade do juiz, por imposição constitucional, é submetida ao contraditório e a motivação das decisões. Assim, sua imparcialidade está devidamente garantida, ainda que participe ativamente da instrução¹², eis que suas decisões devem ser fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre as partes.

Falar em devido processo legal, juiz imparcial e independente, decisão justa, torna-se necessário que ele deixe de ser apenas um sujeito da relação jurídica processual, deixe de ser aquele juiz burocrata.

Não há dúvidas de que o julgador deve ser imparcial e manter-se equidistante para que possa proferir uma sentença justa, mas isso não quer dizer que tenha de fechar os olhos diante do desequilíbrio das partes, pois, se assim o fizer, será parcial e a igualdade estará comprometida. Por outro lado, equidistante não quer dizer distante da realidade dos fatos. O julgador moderno deve ser participativo, conhecer a sociedade em que vive e, principalmente, ter consciência do que ela espera dele.

O acesso a uma ordem jurídica justa e a efetividade do processo, só ocorrerão quando o Estado-Juiz, frente à complexidade do nosso modelo social e suas crises; a globalização da cultura e da economia, a pobreza; a falta de cultura da população, oferecer ao jurisdicionado pleno acesso ao Poder Judiciário, garantindo a eles condições materiais efetivas de que como cidadãos terão a solução de seus conflitos dentro de um processo onde será garantido o equilíbrio substancial – paridade de armas – de forma que ao comparecer a Juízo o faça tranqüilo de que terá as mesmas oportunidades ainda que contra o mais poderoso dos adversários.

12. Adverte Marinoni: “O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje”. (cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 102.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiro, 1997.

_____. Poderes instrutórios do juiz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O papel do juiz: agente político no estado democrático de direito. Justiça e democracia, São Paulo, v. 1, p. 132-146, jan./jul. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-150.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WATANABE, Kazuo, Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

INQUÉRITO POLICIAL

Daniela Maria Alves ALMEIDA

*Aluna do 4º período diurno do Curso de Direito da UNILAGO
União das Faculdades dos Grandes Lagos*

Karina Alves Lemos CHIARATO

Aluna do 4º período diurno do Curso de Direito da UNILAGO

Fábio Luís RACOLTI

Aluno do 4º período diurno do Curso de Direito da UNILAGO

Daniela Galvão de ARAÚJO

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

Resumo: A criminalidade é um dos temas de grande preocupação para os governos atuais, pois seu crescimento descomunal tem gerado insegurança e instabilidade social, econômica, política e administrativa, devendo ser combatida incontinenti. Diante de tal panorama, o presente artigo, de maneira singela, visa estudar um instrumento inquisitivo eficaz na repressão do crime, a saber, o inquérito policial, procedimento administrativo tendente à elucidação do fato criminoso e sua autoria.

Palavras-chave: Procedimento investigatório; persecução penal; autoria e materialidade delitiva; indiciamento e Ministério Público;

INTRODUÇÃO

Quando é praticado o crime ou contravenção penal, surge para o Estado a pretensão de punir, no qual impõe sanção penal correspondente. Para que haja a imposição de pena, é necessário o processo, respeitando assim, princípios como, do devido processo legal, da presunção de inocência, da individualização da pena, entre outros.

Para se indicar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, é necessária a análise de elementos probatórios, o meio mais comum para a análise desses elementos é o inquérito policial.

Segundo Nucci (2008, p. 66):

[...] a denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, encontrando-se no art. 42 daquela lei a seguinte definição: 'O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito'. (grifo do autor).

1 - DEFINIÇÃO E FINALIDADE

O inquérito policial é uma peça preparatória para a ação penal, de desempenho administrativo, feito pela polícia judiciária, que possui caráter repressivo, atuando após a prática do delito; diferente da polícia administrativa, que possui caráter preventivo, ou seja, que objetiva impedir a prática do delito.

Encontra-se regulamentado pelo Código de Processo Penal Brasileiro em seu art. 4º: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria".

A polícia judiciária é relacionada ao Poder Executivo, não possui contornos judiciais apesar do nome, sua função é auxiliar a justiça, atuando quando as infrações que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitadas.

O Inquérito policial é processual, preventivo e informativo, não

se trata de uma peça obrigatória, apenas acompanha a denúncia ou a queixa, podendo ser dispensado, desde que o Ministério Público tenha elementos para oferecer a denúncia.

É uma informação escrita do crime, cuja finalidade, é provar a autoria e materialidade do crime, ou seja, a prova da existência do mesmo.

Assim diz Nucci (2008, p. 67):

O inquérito é um meio de extirpar, logo de início, dúvidas frágeis, mentiras arditamente construídas para prejudicar alguém, evitando-se julgamentos indevidos de publicidade danosa. Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível (ex.: exame do cadáver ou do local do crime).

O Inquérito deve ser sigiloso (CPP, art. 20), no entanto, o sigilo não estende ao representante do Ministério Público, à autoridade judiciária, nem ao advogado, salvo se para este seja decretado judicialmente o sigilo na investigação (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIII a XV, e § 1º - Estatuto da OAB). Deve ser também, escrito (CPP, art. 9º); oficial, ou seja, feito por órgãos oficiais; indisponível (CPP, art. 17), não podendo ser arquivado pela autoridade policial; e inquisitivo.

Possui como características ainda, a oficiosidade, ou seja, as atividades das autoridades policiais independem de provocação, sendo obrigatório à instauração do inquérito diante do conhecimento da infração penal (CPP, art. 5º, I), salvo os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada (CPP, art. 5º, §§ 4º e 5º).

2- “NOTITIA CRIMINIS”

Conforme expõe CAPEZ (2008), é com base na notitia criminis que a autoridade policial dá início as investigações. Trata-se da notícia do crime que pode ser espontâneo ou provocado por parte da autoridade policial.

Na notitia criminis espontânea ou inqualificada (de cognição direta ou imediata), a autoridade policial toma conhecimento direto do delito por meio de suas atividades rotineiras. Já na notitia criminis pro-

vocada ou qualificada (de cognição indireta ou mediata), a autoridade policial se torna ciente por meio de comunicação formal do delito, como por exemplo, a delatio criminis, feita pela vítima, ou seu representante legal, ou por qualquer do povo.

Há ainda a notitia criminis de cognição coercitiva, que ocorre no caso de prisão em flagrante, no qual, a notícia do crime se dá com a apresentação do autor (CPP, art. 8º e art. 302 e incisos).

3 – PROVAS

No inquérito não há acusações ou defesas, há apenas o colhimento de provas. Não se constrói provas, colhe as que estão prontas, o fato já aconteceu, as provas já existem.

Toda prova material deve ser renovada em juízo, salvo as provas técnicas, pois estas são impossíveis de serem refeitas. Como exemplo, colher prova em cadáver já sepultado, salvo se DNA.

Portanto, o valor probatório do inquérito é relativo, já que as provas devem ser refeitas em juízo. Num inquérito bem realizado, no qual, se provou a autoria e a materialidade do crime, dificilmente as provas deverão ser refeitas.

Segundo Auffero (2006, p. 33):

Quanto ao valor probatório do inquérito, por ter caráter inquisitivo, só tem valor informativo para a instauração da ação penal. Assim, não pode o inquérito policial servir exclusivamente de prova para condenar o acusado sem outros elementos de convicção, conforme posição jurisprudencial.

Na investigação são analisadas as disposições gerais e específicas da prova, que se encontram nos art. 155 a 250 do CPP. Tais medidas não são taxativas, trata-se de um rol meramente exemplificativo.

4 - SISTEMAS DO PROCESSO PENAL

Há três sistemas que regem o processo penal, sendo eles, inquisitivo, acusatório e misto. No sistema inquisitivo verifica-se a concentração de poder para julgar, acusar e defender, nas mãos de uma

só pessoa. Ele é sigiloso, sempre escrito e não há contraditório.

No sistema acusatório nota-se a distinção entre acusador, defensor e julgador; sendo público, imparcial e nele são assegurados a ampla defesa e o contraditório. Já no sistema misto, há a divisão do processo em duas fases; sendo a primeira a investigação inicial, ou seja, a colheita de provas feita pelo delegado, obtendo todos os requisitos do sistema inquisitivo.

E na última fase se fazem presentes a oralidade, a publicidade, o contraditório, a reunião dos atos processuais, a intervenção de juízes e a livre análise das provas, obtendo, portanto, todas as garantias do sistema acusatório.

As correntes doutrinárias se divergem quanto ao sistema de processo penal no Brasil. Segundo Nucci (2008), nosso sistema é misto, já que possui características do sistema inquisitivo, inicialmente com o inquérito policial; e características do sistema acusatório, assegurando assim, os princípios constitucionais vigentes, como, contraditório, separação entre acusação e julgamento, publicidade, ampla defesa, entre outros. Sua fundamentação se baseia no fato de que o sistema inquisitivo fornece meios para o convencimento do juiz sobre a autoria e a materialidade do crime, havendo assim, um encadeamento ao sistema acusatório. Portanto, “confira-se que nosso sistema é misto, quando se leva em conta a prova produzida no inquérito para produzir decisão jurisdicional”. (NUCCI, 2008, p.69)

Diferentemente, Conalço (2006) reconhece a natureza do inquérito policial como inquisitiva, entretanto, afirma que o sistema penal brasileiro é o acusatório.

5 – DA ATRIBUIÇÃO

O termo competência é apenas utilizado ao juiz, que é quem diz o direito, quem dá a jurisdição. O delegado tem atribuição para a realização do inquérito policial.

Na antiga Lei de Falência havia o inquérito judicial, no qual, quem realizava era o Juiz. No entanto, atualmente têm-se apenas o inquérito policial.

Circunscrição policial, segundo Nucci (2008, p.21), “é a divisão

territorial existente em determinadas cidades onde a autoridade policial exerce as suas funções investigatórias”.

O delegado tem atribuição que se exerce dentro de sua circunscrição, em alguns casos, tem atribuição em função da matéria e não do local. Como exemplo, em caso de crime de tráfico internacional, crime contra moeda nacional, independente de onde ocorrerem, serão julgados pela União.

O prazo para o delegado finalizar o inquérito é de 10 dias se o réu estiver preso, não finalizando o réu é solto imediatamente; e 30 dias se o réu estiver solto se assim não o fizer, o prazo é prorrogável. Na lei n. 11.343/06, o prazo é diferente, é de 90 dias se o réu estiver solto, e 30 dias se estiver preso.

Não há apenas o inquérito policial, ele não é o único a anteceder a ação penal. E são exclusivas as pessoas capazes a realizá-los, assim como expõe Nucci (2008, p. 74):

São autoridades capazes de produzir provas pré-constituídas para fundamentar a ação penal os oficiais militares (inquérito militar), os chefes de repartições públicas ou corregedores permanentes (sindicâncias e processos administrativos), os promotores de justiça (inquérito civil, voltado a apurar lesões a interesses difusos e coletivos), os funcionários de repartição florestal e de autarquias com funções correlatas, designados para atividade de fiscalização (inquérito da polícia florestal), os parlamentares, durante os trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras possibilidades legais.

Encerrada a investigação, a autoridade policial deve fazer o relatório do que tiver sido verificado no inquérito policial, sem expor opiniões, fazer julgamentos, além disso, deve indicar as testemunhas que não foram ouvidas. Encaminha-se o inquérito policial ao Ministério Público, devendo este oferecer denúncia, pedir arquivamento, ou ainda pedir a realização de outras diligências.

O juiz ainda pode negar o arquivamento requerido pelo Ministério Público, que será solucionado pelo Procurador Geral de Justiça. Apenas o juiz pode arquivar um inquérito policial, e isso a pedido do Ministério Público, pois se não houver consentimento expresso deste,

o juiz por si só não poderá arquivar o inquérito.

Sendo arquivado poderá ser reaberto a qualquer momento caso surja novas provas (Súmula n.524 do STF). Não reabre inquérito no caso de extinção de punibilidade e de atipicidade do fato.

Destarte, o destinatário imediato é o Ministério Público (em ação penal pública) ou o querelante (ação penal privada). E o mediato é o juiz.

O Ministério Público tem a função de exercer o controle externo da atividade policial, fiscalizando a atuação da polícia judiciária, mas isso não significa que tenha atribuição para presidir o inquérito.

Nos Juizados Especiais, de acordo com a Lei n. 9.099/95 nos art. 69 e 77, § 1º, o inquérito policial é substituído por um simples boletim de ocorrência circunstanciado, lavrado pela autoridade policial, sendo encaminhado ao Juizado de Pequenas Causas Criminais, com competência para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo.

6 – INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, o inquérito pode ser instaurado de ofício, ou seja, o delegado tomando conhecimento da prática do delito pode determinar por meio de portaria a instauração do inquérito; e pode ser iniciado também, por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público.

No que se refere aos crimes de ação penal pública condicionada, o inquérito será instaurado mediante representação do ofendido ou de seu representante legal. A representação nada mais é do que a simples manifestação de vontade da vítima. Nesse caso, expõe Capez (2008, p.85) “a autoridade judiciária e o Ministério Público só poderão requisitar a instauração do inquérito se fizerem encaminhar, junto com o ofício requisitório, a representação”.

E ainda pode ser iniciado mediante requisição do ministro de justiça, em ocorrência de crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro.

Nos casos de crimes de ação penal privada, a iniciativa do inquérito policial depende de requerimento do ofendido ou de seu representante legal. O Ministério Público e a autoridade judiciária, nesse

caso, não podem requisitar a abertura às investigações. Finalizado o inquérito policial, é encaminhado ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal (CPP, art. 19).

7 – TESTEMUNHAS

As testemunhas instrumentárias são aquelas testemunhas de leitura, que tenham escutado a leitura da peça. As testemunhas instrumentais são as de apresentação, que estavam presentes. Se não houver testemunhas instrumentárias ou instrumentais pode-se verificar a impropriedade do ato.

Não há vícios no inquérito policial, por isso, contra ele não discutem nulidades, lembrando que é uma peça informativa e não judicial. As nulidades são argüidas somente com relação ao processo, no qual se jurisdicionizam os atos.

Pode ocorrer apenas a perda da eficácia de um ato, quando feito em absoluta desconformidade com sua forma, ou seja, não respeitando as características que o inquérito deve conter. Há instruções que devem ser seguidas e se encontram no art. 6º do CPP.

Ressaltando que, a verdade do inquérito prossegue, ocorre é que apenas a forma como foi feito pode conter alguma ineficácia.

8 – INDICIAMENTO

Ocorre o indiciamento quando o agente passa de suspeito a acusado. O indiciamento é uma acusação formal do Estado, com relação à determinada pessoa, passando ela de mero suspeito a acusado pela prática do crime.

O indiciado não é obrigado a comparecer para reconstituição do crime, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si.

A autoridade policial deve proceder a identificação criminal do indiciado pelo processo datiloscópico, assim assegurado pelo art. 6º, VIII, do CPP. No entanto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII, dispõe que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

A Lei n. 10.054/2000, em seu art. 3º, regula as hipóteses em

que o indiciado deverá ser identificado criminalmente, ainda que civilmente identificado, nos casos de homicídio doloso, nos crimes contra o patrimônio praticado mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsidade de documento público.

Há também a exceção da Lei n. 9034/1995, que trata do crime organizado, e em seu art. 5º, determina a identificação criminal de pessoas envolvidas em crimes organizados, independente de haver ou não identificação civil.

Os indiciamentos e ajuizamentos de ações penais dão ensejo às anotações na folha de antecedentes (F.A.), onde consta a vida pregressa criminal de todos os indivíduos. O que permite ao Poder Judiciário, por meio de requisição do Juiz, ter conhecimento de tudo o que aconteceu com o investigado.

Porém, para o conhecimento de outras pessoas a folha de antecedentes exhibe apenas condenações com trânsito em julgado, cumprimento de pena e inquéritos ou processos em andamento. Tendo cumprida a pena desaparece o registro, podendo o indivíduo retornar ao convívio social normalmente.

9 – INCOMUNICABILIDADE DO PRESO

A incomunicabilidade do preso visa impedir que a comunicação do preso com terceiros possa prejudicar a apuração dos fatos. Porém, ela não se estende ao seu advogado, que sempre poderá ter contato com o preso.

Depende de despacho fundamentado do juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, e não poderá exceder três dias. Somente será permitida a incomunicabilidade do indiciado quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigirem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse ínterim, pode-se dizer que o inquérito policial segue sua finalidade, qual seja a de esclarecer o fato criminoso e sua autoria, por

meio da colheita de provas, juntada de documentos, oitiva de testemunhas, etc; isso sem deixar de lado a forma prescrita em lei.

Consoante dispõe o art. 144, § 4º da Constituição Federal de 1988, e art. 4º do CPP, o inquérito policial deve ser presidido pela autoridade policial, que possui a função investigativa. Todavia, quem o fiscaliza é o Ministério Público, que intervém em tal procedimento, dando pareceres e requerendo diligências, a fim de que as investigações sigam o rumo correto e evite arbitrariedades.

A autoridade policial, durante a fase inquisitiva, concluindo que restou comprovada a materialidade e autoria delitiva, procederá ao indiciamento do investigado e, finalizando as investigações, fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará o feito ao Juiz competente. Este, antes de analisar o inquérito, dará vista ao Ministério Público que, oferecerá a denúncia ou pedirá o arquivamento. Todavia, havendo necessidade de produção de provas indispensáveis ao oferecimento da denúncia, poderá o parquet requerer a devolução dos autos à autoridade policial para o cumprimento do ato.

Apesar de o inquérito policial ser de natureza discricionária, ou seja, a autoridade policial possuir certo grau de liberdade para conduzir as investigações da melhor maneira possível, esta nunca terá o arbítrio de mandar arquivá-lo, somente o Juiz poderá fazer tal determinação.

Outra característica digna de nota é a do sigilo das investigações. Conforme o art. 20 do CPP: “A autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Isto é necessário, pois o que adiantaria, por exemplo, uma interceptação telefônica de um investigado, se o alvo das investigações fique sabendo da diligência antes mesmo que ela aconteça? Com certeza não atingiria o resultado, porque o averiguado iria se precaver para não ser enlaçado.

Pode-se afirmar também que o inquérito policial é uma peça fundamental para a formação do convencimento do Juiz e, conseqüentemente, para a efetiva aplicação da justiça; é nessa fase que são escolhidas e ouvidas as testemunhas, são juntados documentos, elaborado os laudos periciais, enfim, são lançados os alicerces para o julgamento justo. Todavia, não é raro observarmos no meio forense réus serem absolvidos ou condenados injustamente. Isso acontece, amiúde,

por causa de uma colheita de provas frágeis, sensíveis, incapazes de sustentar uma sentença condenatória, ou ainda, por causa de abusos de autoridades ou funcionários da polícia judiciária que, conforme se sabe, apesar de ser algo ilegal, mas na ansiedade de “acharem culpados” para o fato criminoso, utilizam métodos escusos para forçarem uma eventual confissão, o que acaba sendo sopesado no momento da decisão do Juiz.

Diante do exposto, concluímos que o inquérito é um procedimento investigatório de persecução penal extrajudicial importante para apuração da autoria e materialidade delitiva, a fim de embasar o início da ação penal, influenciando na formação do convencimento do Juiz e, por conseguinte, contribuir para a justa aplicação da lei penal.

Porém, para que alcance plena eficácia, deve ser bem elaborado, as provas devem ser produzidas com perspicácia, a autoridade policial deve respeitar as regras previstas em lei e o Ministério Público cumprir seu mister, qual fiscal da lei.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AUFIERO, Aniello Miranda. Teoria e prática de processo penal para exame de Ordem. Manaus: Ed. Autor, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COLNAGO, Rodrigo. Coleção estudos direcionados: processo penal. Coordenador Fernando Capez. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Ângela C. Cangiano, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Paulo Henrique Aranda Fuller. Elementos do direito: processo penal. 5. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TRABALHADOR DOMÉSTICO: ORIGENS, CARACTERÍSTICAS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

Fabiana Maria Mardegan

Advogada

Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho

Mestre em Direito Privado pela Universidade de Franca

Docente no Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O presente trabalho visa demonstrar as origens e características do trabalhador doméstico, como forma de explicar os motivos da discriminação que os mesmos sofrem da sociedade. Visa ainda demonstrar os direitos sociais e legislação aplicável à categoria.

Palavras-chave: trabalho, sociedade, legislação.

TRABALHO: ORIGEM E CONCEITO

Relatos históricos demonstram que o trabalho sempre fez parte da rotina diária do homem.

No início, o trabalho realizado se dava apenas com o intuito de obter alimentos como forma de prover sua subsistência, posteriormente, iniciou-se a fabricação de armas para defesa de animais ferozes e de outros homens pertencentes a tribos rivais.

Nos combates travados, acabava por matar os adversários feridos para devorá-los ou para libertar-se de futuros incômodos que estes poderiam lhe causar.

O homem percebeu que ao invés de matar o seu algoz seria mais útil escravizá-lo.

O trabalho constitui de ato de vontade do homem. Possibilita sua subsistência, acesso à propriedade, e cumpre um conjunto de funções sociais.

Do ponto de vista filosófico, o trabalho pode ser entendido como uma atividade consciente praticada pelo homem, que depende de um esforço.

Sob o prisma econômico, o trabalho é considerado como toda energia humana empregada com sentido produtivo.

Do ponto de vista jurídico, o trabalho é uma prestação de serviço não eventual, subordinada e onerosa, devida pelo empregado em favor do empregador.

O termo trabalho, segundo alguns dicionários etimológicos, deriva do latim *tripaliare*, que significa “martirizar com o *tripalium* (instrumento de tortura de três paus)”. (BARROS, 2008)

TRABALHO DOMÉSTICO

O trabalhador doméstico, quando empregado, é uma figura jurídica especial, derivada da modalidade genérica de empregado.

A palavra doméstico deriva do latim “*domus*”, referente à casa, à vida da família. Trabalhador doméstico é aquele que presta serviços à família, ao lar.

O entendimento acerca de sua origem é divergente.

Alguns autores sustentam que a figura do empregado doméstico surgiu em decorrência da escravidão, em que as escravas serviam dentro das casas de seus senhores fazendo todo o serviço doméstico.

A escravidão se inicia, em batalhas onde o a tribo perdedora era escravizada pela vencedora, para se utilizar de seu trabalho. Quando já possuíam grande número de escravos, os chefes das tribos acabavam vendendo, trocando ou alugando os seus, que eram utilizados em serviços manuais exaustivos.

Com o nascimento do Cristianismo, o trabalho ganhou expressivo respeito. Mesmo não pregando claramente o término da escravidão, defendia-se um tratamento justo e digno aos trabalhadores.

Outros doutrinadores entendem que a origem do trabalho doméstico não é a escravidão, pois este já existia em outras situações que não obrigatoriamente na condição de escravo.

Tal entendimento apregoa que o trabalho doméstico se desenvolveu em cortes de reis, como tarefa nobre, pois no período medieval, os pagens e escudeiros eram agraciados com graus das ordens de cavalaria.

A possibilidade de exercer a função de aia de uma dama de estirpe era honraria disputadíssima.

Conforme ensina Dayse Coelho de Almeida:

Os domésticos não eram, na colonização, escravos. Eram livres e possuíam direitos como quaisquer outros cidadãos. Desta sorte, o emprego doméstico não nasceu da escravidão, como afirmado por muitos. Todavia, foi consideravelmente destituído de valor social com a cultura escravagista, que considerava o negro como ser inferior e delegava-lhe as funções consideradas “indignas” à época, o que seguramente contribuiu para a discriminação atual.

Os trabalhadores domésticos, apesar de livres, eram trazidos para dentro das casas dos Senhores de Escravos para que não fossem aplicadas leis que protegiam os trabalhadores domésticos na época, como a Ordenações Manuelinas, de 1512.

No Brasil a atividade doméstica se deu por meio da interferência dos colonizadores que aqui chegavam com o objetivo descobrir riquezas e fazer a vida, tinham que se alimentar através da pesca, da

caça, e do cultivo de algumas roças. Com o tempo foram se fixando aqui, constituindo suas famílias e residência. A atuação dos colonos dentro dos lares nos mostra a origem do trabalho doméstico no Brasil.

Apesar dessa celeuma acerca da origem do trabalho doméstico, inegável é que tal categoria de trabalhadores sofre discriminação pelo trabalho que realizam, sendo certo que o preconceito com os empregados domésticos já se encontra arraigado em nossa cultura, fazendo com que até os próprios não valorizem a atividade.

Nos dizeres de Dayse Colelho de Almeida:

Os domésticos não eram, na colonização, escravos. Eram livres e possuíam direitos como quaisquer outros cidadãos. Desta sorte, o emprego doméstico não nasceu da escravidão, como afirmado por muitos. Todavia, foi consideravelmente destituído de valor social com a cultura escravagista, que considerava o negro como ser inferior e delegava-lhe as funções consideradas “indignas” à época, o que seguramente contribuiu para a discriminação atual.

DEFINIÇÃO

A Lei nº 5.859/72, no seu artigo 1º define o empregado doméstico como: “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”. O artigo 7º da CLT define empregado doméstico da mesma forma que a Lei nº 605/49 “... empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços da natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

A Lei nº 8.212/91, no artigo 12, inciso II, define empregado doméstico como “aquele que presta serviços de natureza contínua à pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos”.

Pode-se também conceituar trabalhador doméstico como sendo “a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou família, em função do âmbito residencial destas” (DELGADO, 2004)

ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO TRABALHO COMO DOMÉSTICO

O tipo legal do empregado doméstico é composto pelos mesmos elementos que caracterizam o empregado, de maneira genérica, quais sejam:

Pessoa física: Empregado doméstico sempre será pessoa física uma vez que as leis trabalhistas têm caráter protetor, destinando-se a manter o equilíbrio na relação de emprego, entre as partes contratantes. Mais do que isso, objetivam as normas trabalhistas a melhoria da condição social do trabalhador, donde não haver a possibilidade de que se coloque como empregado a pessoa jurídica.

Pessoalidade: É requisito essencial do contrato de trabalho, já que o empregado é contratado para prestar certos serviços, não podendo ser substituído em suas tarefas. Se houver possibilidade de substituição.

Não eventualidade: A idéia de permanência contrapõe-se à de eventualidade. Daí extrai-se que empregado é trabalhador que presta serviços continuamente, sem que haja interrupções.

Subordinação: A maioria da doutrina evidencia que a subordinação do empregado às ordens e comandos do empregado é a mais evidente característica do contrato de trabalho.

Onerosidade: O contrato de trabalho é o contrato com pagamento de salário. Dessa maneira, se prestação de serviços ocorrer a título gratuito, o contrato não será de trabalho. Assim, o salário é uma das razões de ser do próprio contrato de trabalho.

Além desses elementos básicos caracterizadores, para que se verifique a ocorrência do trabalho doméstico é necessária a observância de algumas condições.

Uma das condições para que uma empregada doméstica seja considerada como tal, é que seu trabalho não seja aproveitado pelo beneficiário com finalidade de lucro, é isto o que caracteriza a relação de trabalho doméstico, ou seja, a finalidade não econômica do trabalho. Não econômica é a utilização dos serviços domésticos por quem contrata, ou seja, os serviços domésticos não constituem fator de produção

para quem deles se utiliza, mas unicamente para quem os presta.

A prestação de trabalho à pessoa ou à família é outra condição para que se caracterize o trabalho doméstico, mas essa condição não pode ser considerada unicamente, mas sim em conjunção com a primeira condição.

Porém, a doméstica pode prestar serviços também nos locais que são tidos como extensão da residência do empregador, como a chácara destinada ao seu lazer e de sua família, a casa da praia, sem perder, contudo, o caráter de empregada doméstica.

MODALIDADES DE TRABALHO DOMÉSTICO

Ao contrário do que se possa imaginar, o trabalho doméstico não é apenas aquele realizado no interior da residência do empregador, como por exemplo, serviços de limpeza.

Considera-se trabalhador doméstico aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não-lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

Assim, a principal diferença entre o empregado doméstico e os demais tipos de trabalhadores é o caráter não-econômico da atividade exercida no âmbito residencial do empregador.

Nesses termos, integram a categoria a cozinheira, governanta, babá, lavadeira, faxineira.

Cumprе esclarecer que o serviço prestado não ocorre apenas no interior de residências, mas pode acontecer também, externamente, como no caso do motorista particular, desde que, evidentemente, o seja, para pessoa ou família. Daí pode-se fazer uma análise mais acurada acerca do que preceitua o artigo 1º da Lei nº 5.859/72, o qual determina que o serviço deve ser prestado no âmbito residencial, contudo o motorista não presta serviços no âmbito residencial, mas sim, externamente, presta serviços para o âmbito residencial. Assim, mister se faz o emprego da expressão “para o âmbito residencial”, para se verificar a situação dos domésticos que prestam serviço externamente como o motorista.

Também são considerados como domésticos o jardineiro e piscineiro que cuidam da área externa da residência, desde que pre-

encham os 05 elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego.

O caseiro da chácara de laser do empregador, desde que nesse local não seja desenvolvida atividade produtiva gere lucro, pode ser considerado como empregado doméstico.

Os serviços de acompanhamentos ou enfermagem em âmbito residencial também podem ser caracterizados como trabalho doméstico.

Cabe ressaltar também, que os empregados como porteiros, zeladores, faxineiros, e serventes de prédios e apartamentos residenciais são regidos pela CLT e por legislação específica, desde que a serviço da administração do edifício e não de cada condomínio particular.

Porém, se a empregada doméstica presta serviços contínuos à pessoa ou família, passando posteriormente a trabalhar para a empresa de seu patrão, pode deixar de ser trabalhadora doméstica, para ser empregada regida pela CLT.

A conseqüência na mudança do enquadramento do legal do empregado ocasiona para o mesmo um aumento nos direitos que a legislação lhe destina, tendo em vista que o trabalhador doméstico é regido por legislação especial que restringe algumas verbas e direitos trabalhistas.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TRABALHADOR DOMÉSTICO.

A Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, regulamentada pelo Decreto nº 71.885, de 9 de março de 1973, dispõe sobre a profissão do empregado doméstico, conceituando e atribuindo-lhe direitos.

Importante esclarecer que a CLT não é aplicável aos empregados domésticos, conforme se extrai de seu art. 7º, onde se lê:

Art. 7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família no âmbito residencial destas;

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º parágrafo único, por sua vez, concedeu outros direitos aos empregados domésticos, tais como: salário mínimo; irredutibilidade salarial; repouso semanal remunerado; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; licença-paternidade; aviso prévio; aposentadoria e integração à Previdência Social.

A Lei n.º 11.324, de 19 de julho de 2006, que alterou artigos da Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro de 1972, trouxe inovações e progressos als direitos trabalhistas dos domésticos que passaram a ter direito a férias de 30 dias, a estabilidade para gestantes, direito aos feriados civis e religiosos, além da proibição de descontos de moradia, alimentação e produtos de higiene pessoal utilizados no local de trabalho.

DIREITOS DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS

De acordo com a legislação acima mencionada, verifica-se que os trabalhadores domésticos, atualmente, gozam dos seguintes direitos trabalhistas:

1. Carteira de Trabalho e Previdência Social – Devidamente anotada, especificando-se as data de admissão, salário ajustado e condições especiais, se houver. As anotações devem ser efetuadas no prazo de 48 horas, após entregue a Carteira de Trabalho pelo empregado, quando da sua admissão. A data de admissão a ser anotada corresponde à do primeiro dia de trabalho, mesmo em contrato de experiência (art. 13 e art. 29 da CLT).
2. Salário mínimo – Fixado em lei (art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal).
3. Irredutibilidade salarial – (Art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal).
4. Décimo terceiro salário – Esta gratificação é concedida anualmente, em duas parcelas. A primeira, entre os meses de

fevereiro e novembro, no valor correspondente à metade do salário do mês anterior, e a segunda, até o dia 20 de dezembro, no valor da remuneração de dezembro, descontado o adiantamento feito. Se o empregado desejar receber o adiantamento, por ocasião de suas férias, deverá requerer no mês de janeiro do ano correspondente (art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal, Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, e Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965, regulamentada pelo Decreto nº 57.155, de 3 de novembro de 1965).

5. Repouso semanal remunerado – Preferencialmente aos domingos (art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal).

6. Feriados civis e religiosos – Com a publicação da Lei n.º 11.324, de 19 de julho de 2006, que revogou a alínea “a” do art. 5º da Lei n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, os trabalhadores domésticos passaram a ter direito aos feriados civis e religiosos. Portanto, a partir de 20 de julho de 2006, data da publicação da Lei n.º 11.324/06, caso haja trabalho em feriado civil ou religioso o empregador deve proceder com o pagamento do dia em dobro ou conceder uma folga compensatória em outro dia da semana (art. 9º da Lei n.º 605/49).

7. Férias de 30 (trinta) dias – Remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais que o salário normal, após cada período de 12 meses de serviço prestado à mesma pessoa ou família, contado da data da admissão. Tal período, fixado a critério do empregador, deverá ser concedido nos 12 meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. O empregado poderá requerer a conversão de 1/3 do valor das férias em abono pecuniário, desde que requeira até 15 dias antes do término do período aquisitivo (art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal, art. 129 e seguintes da CLT). O pagamento da remuneração das férias será efetuado até 2 dias antes do início do respectivo período de gozo (art. 145, CLT).

8. Férias proporcionais – No término do contrato de trabalho. Em razão da Convenção nº 132 da OIT, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.197, de 5 de outubro de 1999, a qual tem força de

lei e assegurou a todos os empregados, inclusive os domésticos, o direito a férias proporcionais, independentemente da forma de desligamento (arts. 146 a 148, CLT), mesmo que incompleto o período aquisitivo de 12 meses.

9. Estabilidade no emprego em razão da gravidez – Por força da Lei n.º 11.324, de 19 de julho de 2006, foi estendida às trabalhadoras domésticas a estabilidade da gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

10. Licença à gestante – Sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal). O art. 73, I, da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe que o salário-maternidade será pago diretamente pela Previdência Social à empregada doméstica, em valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, que não será inferior ao salário mínimo. O salário-maternidade é devido à empregada doméstica, independentemente de carência (art. 30, II, do Decreto nº 3.048/99). A licença-gestante também será devida à segurada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, nos seguintes termos: criança até 1 ano (120 dias); de 1 a 4 anos (60 dias); e de 4 a 8 anos (30 dias), de acordo com o art. 93-A, do mencionado Decreto e artigo 392 A da CLT. Para requerer o benefício, a doméstica gestante deverá apresentar, em uma Agência da Previdência Social (APS), o atestado médico declarando o mês da gestação, a Carteira de Trabalho e o comprovante de recolhimento da contribuição previdenciária.

11. Licença-paternidade – De 5 dias corridos, para o empregado, a contar da data do nascimento do filho (art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal, e art. 10, § 1º, das Disposições Constitucionais Transitórias).

12. Auxílio-doença – Será pago pelo INSS a partir do primeiro dia de afastamento. Este benefício deverá ser requerido, no máximo, até 30 dias do início da incapacidade. Caso o requerimento seja feito após o 30º dia do afastamento da atividade, o auxílio-doença só será concedido a contar da data de entrada do requerimento, conforme

art. 72 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

13. Aviso prévio – De, no mínimo, 30 dias (art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal). Quando uma das partes quiser rescindir o contrato de trabalho, deverá comunicar à outra sua decisão, com antecedência mínima de 30 dias. No caso de aviso prévio indenizado, o empregador deverá efetuar o pagamento relativo aos 30 dias, computando-o como tempo de serviço para efeito de férias e 13º salário (art. 487, § 1º, CLT). A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao respectivo prazo (art. 487, § 2º, CLT). Quando o empregador dispensar o empregado do cumprimento do aviso prévio, deverá fazer constar, expressamente, do texto do aviso, indenizando o período de 30 dias.

14. Aposentadoria – (Art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal). A aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS. Será automaticamente cancelada quando o aposentado retornar ao trabalho (arts. 29, I, 43, 44, § 1º, II, § 2º, 45, 46, 47 e 48, do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999). A aposentadoria por idade será devida ao segurado que completar 65 anos e à segurada com 60 anos, uma vez cumprida a carência de 180 contribuições mensais (arts. 29, II, 51, 52, I, do referido Decreto).

15. Integração à Previdência Social – (Art. 7º, parágrafo único, Constituição Federal).

16. Vale-transporte – Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, é devido ao empregado doméstico quando da utilização de meios de transporte coletivo urbano, intermunicipal ou interestadual com características semelhantes ao urbano, para deslocamento residência - trabalho e vice-versa. Para tanto, o empregado deverá declarar a quantidade de vales necessária para o efetivo deslocamento.

17. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) – Benefício opcional para o empregador, instituído pelo art. 1º, da Lei nº 10.208, de 23 de março de 2001, resultante de negociação entre empregado e empregador. A despeito da inclusão do trabalhador doméstico no

sistema do FGTS ser facultativa, se efetivada, reveste-se de caráter irretratável em relação ao respectivo vínculo empregatício. O benefício do seguro-desemprego ao(à) doméstico(a) consiste no pagamento, no valor de 1 salário mínimo, por um período máximo de 3 meses, de forma contínua ou alternada, a cada período aquisitivo de 16 meses.

O empregado doméstico poderá ser contratado em caráter experimental, de modo a que suas aptidões possam ser melhor avaliadas. O contrato de experiência deverá ser anotado na CTPS do empregado e recomenda-se que seja firmada por escrito entre empregado e empregador, podendo ser prorrogado uma única vez, desde que a soma desses períodos não exceda 90 dias.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que o trabalhador doméstico é uma modalidade específica da figura genérica de empregado, que é carregada de grande preconceito e discriminação por causa de suas remotas origens na escravidão, mas que com o passar do tempo vem pouco a pouco ganhando o devido respeito das pessoas.

Possui legislação específica e se encontra excluído das normas inseridas na CLT.

É certo que a categoria ainda precisa trilhar muitos caminhos e travar muitas lutas para conseguir equiparar-se aos outros tipos de empregados, no que diz respeito aos direitos trabalhistas, mas a evolução da lei que trata do assunto tem melhorado a situação do trabalhador e estendendo a ele os demais direitos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARROS, Maria Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

DELGADO, Marcos Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do trabalho. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. Manual de direito individual e coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do trabalho. 34. ed. São Paulo: LTr, 2001.

TRABALHO DOMÉSTICO: ASPECTOS DA LEI Nº 11.324/2006 - Dayse Coelho de Almeida (Publicada no Juris Síntese nº 65 - MAI/JUN de 2007).

A CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE “MORTE DO AGENTE”

Vanderson Roberto Vieira

Advogado

Mestre em Direito pela Universidade de Franca

Docente no Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O art. 107, inciso I, do Código Penal elenca a “morte do agente” como causa de extinção da punibilidade. Essa causa de extinção não possui momento específico de incidência, como é natural, podendo ocorrer em qualquer momento da pretensão punitiva ou da pretensão executória.

Palavras-chave: extinção, punibilidade, agente, morte.

1- PREVISÃO LEGAL, CONCEITO E MOMENTO DE OCORRÊNCIA

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

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

Sendo assim, já se vislumbra um defeito técnico de terminologia denominação morte do ‘agente’, pois não se pode afirmar antes de uma decisão condenatória irrecorrível que determinada pessoa seja efetivamente o agente do crime. Ainda mais, não se deve afirmar que a morte foi do agente do crime, mas sim do suposto autor do delito, em prol da consagração do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88)¹. Nem se poderia dizer que “morte do agente” quer somente significar agente do “fato material”, sem entrar em discussão se esse fato material teria todo o contorno de fato típico, já que, também, antes de uma decisão irrecorrível, condenatória ou absolutória, não se pode afirmar que o agente foi o autor do “fato material” (denominamos de fato material a situação concreta formada pela conduta-nexo causal-resultado).

O termo agente constante da presente causa de extinção deve ser entendido em sentido amplíssimo, abrangendo a figura do sujeito ativo em qualquer momento do *ius puniendi* em concreto, desde a ocorrência da investigação (inquérito policial, termo circunstanciado, CPI ou investigação pelo MP) até o fim da execução penal: indiciado, acusado (réu), sentenciado, preso ou beneficiário².

2- EFEITOS

A morte do agente, qualquer que seja o instante em que acon-

1. Muitos autores, no entanto, dizem “morte do autor da infração penal”. Dentre eles: Delmanto (DELMANTO, Celso; et al. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203). Ou de modo similar “morte do autor do fato punível” (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal – Parte Geral*. V. 1. Tomo 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 2055).

2. Assim, cf.: Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal - parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 741).

teça, extinguirá a punibilidade, colocando um ponto final na pretensão punitiva ou na pretensão executória. É a aplicação da máxima *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga).

Ensina Walter Coelho que “somente o homem, enquanto pessoa viva, poderá ser responsabilizado pela prática de crime, já que, com a morte, deixa ele de ser sujeito de direitos e obrigações, ocorrendo a extinção da punibilidade. Conquanto isso pareça óbvio, convém lembrar que nem sempre foi assim. Nem as pessoas mortas escapavam à fúria repressiva da fase que antecedeu o período humanitário do Direito Penal, como muito bem salienta Edmond Picard, em sua obra ‘Le droit pur’: ‘Um morto é também, às vezes, considerado sujeito de direito. Na Idade Média, promoviam-se processos criminais contra cadáveres; a inquisição exumava-os, fazia-os citar, pronunciava contra eles penas póstumas e o confisco de bens que, antes do decesso, constituíam o patrimônio do defunto³”.

O Concílio de Praga (ano de 563) aplicava sanção penal ao cadáver do suicida, proibindo atos religiosos em sua memória. Durante toda Idade Média, arraizada nos princípios do direito canônico, o suicídio continuou sendo crime e pecado contra Deus. Aplicava-se pena ao cadáver, que devia ser suspenso pelos pés e arrastado pelas ruas, com o rosto voltado para o chão⁴.

Comenta Magalhães Noronha que a máxima *mors omnia solvit* (a morte tudo apaga) “nem sempre foi assim. A História conta-nos casos de pessoas julgadas mesmo depois da morte. Além disso, houve as penas infamantes, que não só atingiam a memória do morto, como também seus descendentes. Na Idade Média, ao lado da *damnatio memoriae*, conheceram-se a condenação em efígie e a execução de cadáver⁵”.

A morte do agente como causa de extinção da punibilidade é corolário do art. 5º, XLV, da CF/88, que consagra o princípio da pessoalidade da sanção penal, dispondo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a

3. COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. V. 1. p. 48. grifo do autor.

4. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. V. 5. p. 224.

5. NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1972. V. 1. p. 374.

decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”⁶ .

Sobre o princípio da pessoalidade da sanção penal, também conhecido como princípio da intranscendência ou personalidade da sanção penal, comentam Zaffaroni e Pierangeli que “nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros”⁷ .

Já dizia Beccaria o seguinte: “se a pena é aplicada à família inocente, ela é odiosa e tirânica, porque já não há liberdade quando as penas não são puramente pessoais”⁸ .

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

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

Existe divergência sobre o significado de “perdimento de bens”. Alguns juristas entendem que esse “perdimento de bens” constante da norma constitucional é a sanção penal restritiva de direitos “perda de

6. O art. 5º, 3, do Pacto de San José dispõe que “a pena não pode passar da pessoa do delinqüente”.

7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 178.

8. BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997. p. 165.

bens e valores”, prevista no art. 43, II e 45, § 3º do CP. Com isso, poderia essa sanção penal ser estendida aos sucessores⁹. Outra corrente, que entendemos mais adequada, sustenta que esse “perdimento de bens” é o que consta no art. 91, II, b, do CP (confisco).

Entendendo desta última forma, em comentário ao art. 45, § 3º, do CP, Delmanto explica claramente que “a perda de bens e valores é modalidade de pena, prevista no art. 5º, XLVI, b, da CR/88. Como tal, jamais, poderá passar da pessoa do condenado, dispondo expressamente o art. 5º, XLV, da Magna Carta: ‘Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’. O perdimento de bens mencionado [...] refere-se, a nosso ver, ao efeito extrapenal genérico da condenação disciplinado pelo art. 91, II, b, do CP e não à pena de perda de bens e valores estatuída pelos arts. 43, II e 45 § 3º do CP. Sendo a perda de bens modalidade de sanção penal, é ela ‘pessoal, individuada, intransferível, adstrita à pessoa do delinqüente’; ‘a morte do condenado rompe o vínculo jurídico entre o Estado-condenador e o morto-réu’, e ‘a família, quanto aos descendentes, ascendentes e colaterais, não fica sob a incidência da pena, exaurida para sempre com a morte do réu’ (José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988, 3ª ed., Forense Universitária, v.1, p. 497). Já a perda de bens mencionada pelo art. 91, II, b, do CP, é efeito civil e não penal da condenação (STF, RTJ 101/516), podendo, portanto, ser estendida aos sucessores e contra eles executada, nos termos do art. 5º, XLV, da CR/88”¹⁰.

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

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

9. Nesse sentido, cf.: Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 138).

10. DELMANTO, Celso; et al. *Código...*, cit., p. 93. grifo do autor.

de direito perda de bens e valores.

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

3- ALCANCE

A morte do agente é uma causa de extinção da punibilidade geral, ou seja, aplicável a qualquer tipo penal incriminador que se impute a alguém. Também, é causa pessoal (personalíssima) de extinção da punibilidade e, por isso, não se comunica entre os co-autores e partícipes. Mesmo nos crimes próprios, como, v.g., o peculato, a morte do funcionário não beneficia o extraneus com a extinção da punibilidade¹¹ e nem gera a “desclassificação para o crime patrimonial comum”¹².

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

Aloysio de Carvalho Filho entende que a morte da mulher acusada de adultério extingue a ação em relação ao co-réu. Entendemos que essa solução não tem fundamento jurídico suficiente. Afirmo o autor que “admite-se, entretanto, por exceção, que a morte da mulher acusada de adultério extingue a ação, também, em relação ao co-réu. A norma é salutar, atendendo-se à delicadeza da situação criada e entretida por

11. Assim, cf.: Paulo José da Costa Júnior (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal - curso completo*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 226).

12. NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito...*, cit., p. 375.

ação dessa natureza. Acresce que, ocorrendo o falecimento da mulher antes de uma sentença que a condenasse, é justo milite a seu favor a presunção de inocência. A continuação do processo contra o cúmplice, terminando, quiçá, pela sua condenação, viria, sem nenhuma dúvida, lançar de novo sobre a mulher o labéu de culpada, rompendo, pela inevitável repercussão social dessa sentença, o silêncio em torno do crime, a que, por morte, tinha inconcusso direito”¹³.

Acompanhamos a posição dos que afirmam que, não havendo disposição expressa em sentido contrário, a ação penal no crime de adultério também prossegue contra o co-autor¹⁴. Recentemente, essa discussão perdeu o sentido, pois o crime de adultério foi revogado pela lei 11.106/05, ocorrendo a abolitio criminis.

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

Prova-se a morte com a certidão de óbito. Para que o juiz possa decretar extinta a punibilidade é preciso a juntada aos autos da certidão de óbito, julgando-se com base nela a extinção da punibilidade. O art. 62 do CPP ordena que “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”¹⁵. Desta forma, não basta a mera notícia do falecimento ou o simples atestado de óbito assinado pelo médico, sendo necessária a certidão de óbito expedida pelo Cartório de Registro Civil. A certidão de óbito é documento público e tem validade até que se demonstre a sua falsidade pelos meios previstos na legislação, em processo separado.

Mostra a prática que não é incomum que o agente falseando a sua morte consiga obter a declaração de extinção da punibilidade

13. CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. V. 4. p. 79.

14. Nesse sentido, cf.: Romão Côrtes de Lacerda (*CÔRTEZ DE LACERDA, Romão. Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V. 8. p. 350); Basileu Garcia (*GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1954. V. 1. T. 2. p. 665); Mirabete (*MIRABETE, Júlio Fabrinni. Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 2000. V. 1. p. 384).

15. Cf. - TJSP: RT 615/272.

através do emprego de certidão de óbito falsa.¹⁶

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

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

Nessa linha, sustenta Fragoso que “se se demonstra que a extinção da punibilidade foi declarada com falsa certidão de óbito, tendo transitado em julgado a decisão, nenhuma possibilidade existe de reabrir o processo. O CPP italiano tem disposição expressa em contrário (art. 89)¹⁷ , inaplicável ao nosso direito. Não existe revisão criminal contra o réu”¹⁸.

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

16. Nos tribunais: - TACrimSP: RT 580/350.

17. Esse art. 89, que corresponde ao art. 69 do atual CPP italiano, dispõe: “Se for pronunciada em qualquer fase do procedimento uma sentença de extinção, tornada irrecorrível, por morte do acusado, provando-se que tal morte foi erroneamente declarada, considerar-se-á a sentença como não proferida e ela não impedirá a ação penal pelo mesmo fato e contra a mesma pessoa, se não sobreveio uma causa extintiva do crime ou pela qual não mais se pode proceder”.

18. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal - a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. 1. p. 400. Também com essa opinião: Damásio de Jesus (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal - parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 1. p. 692); Mirabete (MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual...*, cit., p. 385). Apesar de Mirabete professar essa primeira opinião, expõe que “deveria o legislador ter incluído a ressalva da possibilidade de revisão nessa hipótese, tal como ocorre na legislação italiana” (Idem, *ibidem*, p. 385); Basileu Garcia (GARCIA, Basileu. *Instituições...*, cit., V. 1. T. 2. p. 665); Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 169); Carlos Nogueira (NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao código de processo penal*. São Paulo: Edipro, 2002. V. 1. p. 760-761).

A segunda corrente, que parece ser a melhor, pois supera o mero formalismo processual em prol da justiça, afirma que a decisão não faz coisa julgada (ou, se faz, seria esta inconstitucional), pois fundada em fato inexistente: a não ocorrência do falecimento. A extinção da punibilidade se dá pela morte real (salvo o caso de morte presumida vista mais a frente), devendo o processo prosseguir mediante simples despacho do juiz, salvo se ocorreu uma outra causa de extinção da punibilidade, como, por exemplo, a prescrição. Essa posição é bastante sólida nos Tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal¹⁹. Na doutrina, esta opinião é professada por Florêncio de Abreu²⁰.

Defendendo esta opinião, Soares Muñoz, Ministro do STF, com grande sabedoria afirmou: “não obstante o direito positivo pátrio seja omissivo sobre as consequências da extinção da punibilidade pelo falecimento de réu que, mais tarde, se verifica estar vivo, a única solução possível, porque inspirada na boa razão, é a que considera ineficaz a decisão em tela, diante da falsidade que lhe deu causa. Não é viável a conciliação da duplicidade que outra solução ensejaria: a de uma pessoa ser considerada morta e viva ao mesmo tempo. Morto em relação ao crime de estelionato e vivo para responder pela falsificação da certidão de óbito com base na qual lhe fora extinta a punibilidade daquele delito. Isso seria dar razão a Bentham quando, ironicamente, dizia que o processo é a arte de ignorar metodicamente aquilo que todo o mundo sabe”²¹.

Solução diferente desta última levaria ao total descrédito da

19.- STF: RTJ 93/986, 104/1063; RT 573/445; HC 60.095, DJU 17.12.82, p. 13203; - TJSP: RJTJSP 98/485; - TAMG: RJTAMG 54-55/526. STF - RTJ 93/986: “Revo-gação de despacho que julgou extinta a punibilidade do réu, à vista do atestado de óbito baseado em registro comprovadamente falso; sua admissibilidade, vez que referido despacho, além de não fazer coisa julgada em sentido estrito, fundou-se exclusivamente em fato juridicamente inexistente, não produzindo quaisquer efeitos”. STF - RTJ 104/1063: “O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou extinta a punibilidade, não constitui ofensa à coisa jul-gada”.

20. ABREU, Florêncio de. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. V. 5. p. 422. O “Projeto Frederico Marques” (projeto 1.655/83) esta-belecia que era cabível a revisão da sentença declaratória de extinção da punibili-dade por morte, quando fundada em atestado falso.

21. Cf. ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal - parte geral*. São Paulo: Re-vista dos Tribunais, 1995. V. 1. p. 545.

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

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

5- MORTE DO CONDENADO E REVISÃO CRIMINAL

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

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

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ressaltam que “no caso de falecimento do réu após a condenação, mas antes do trânsito em julgado da sentença, não têm as pessoas do art. 623 do CPP, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, legitimidade para recorrer, ou mesmo para continuar no recurso já apresentado pelo imputado. Esse dispositivo só lhes permite pedir a revisão criminal quando há condenação, tendo em vista o interesse em apagar os efeitos negativos que dela decorrem. No caso, como a sentença não chegou a transitar em julgado, não trará qualquer reflexo para aquelas pessoas. Deverá o juiz, com base no art. 61 do CPP, declarar simplesmente extinta a punibilidade”²².

22. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.

6- MORTE PRESUMIDA. MORTE DA VÍTIMA

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

No Novo Código Civil (lei 10.406/2002) o assunto da morte presumida é regulado nos artigos 6º e 7º. O art. 6º trata da morte presumida do ausente²³, dizendo que a morte é presumida “quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

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

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

Por um lado, entende Fragoso que “a presunção legal da morte, em virtude da ausência (art. 10, Cód. Civil) [correspondente ao art. 6º do CC/2002] é bastante para extinguir a punibilidade”²⁴. Adotam também essa posição Nélson Hungria²⁵ e Magalhães Noronha²⁶.

Por outro lado, afirma Damásio de Jesus que “a morte do agente deve ser provada por meio de certidão de óbito (CPP, art. 62), não tendo validade a presunção legal do art. 10 do CC”²⁷. Também Mirabete ao dizer que “exigindo-se, entretanto, a certidão de óbito e valendo a presunção legal apenas para efeitos civis, deve-se concluir que não há extinção da punibilidade nessa hipótese. Poderá ocorrer apenas outra causa de extinção como a prescrição, por exemplo”²⁸. Esta é a posição

23. *A definição de ausente está nos arts. 22 e 23.*

24. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...*, cit., p. 400.

25. HUNGRIA, Nélson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945. p. 108.

26. NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito...*, cit., p. 375.

27. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito...*, cit., p. 691.

28. MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual...*, cit., p. 384. MIRABETE, Júlio Fabrinni.

Código de processo penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1997. p. 126.

de Guilherme de Souza Nucci, que, no entanto, menciona que exceção “se faz à morte trágica, ocorrida em acidente, cujo procedimento de reconhecimento de sua existência, na Vara dos Registros Públicos, tem o condão de fazer expedir a certidão de óbito (art. 88 da Lei 6.015/73). É certo que a lei 10.406/2002 (novo Código Civil) acrescentou outras hipóteses de declaração de morte presumida, como ocorre no art. 7º (“Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”). Nesses casos, diversamente da ausência, em que se presume a morte somente pelo fato de alguém desaparecer por certo tempo de seu domicílio, sem deixar notícia ou paradeiro, busca o juiz cível - como se faz, aliás, na vara de registros públicos em caso de morte trágica - o paradeiro de pessoas que estavam em perigo de vida, cuja morte é extremamente provável ou quando desapareceram em campanha ou foram feitas prisioneiras, sem que fossem encontradas até 2 anos após a guerra, fixando a sentença a provável data do falecimento. Parece-nos, pois, que, registrada a decisão, pode-se dar o mesmo efeito da certidão de óbito, declarando-se extinta a punibilidade”²⁹ .

No tocante à morte da suposta vítima, como regra, esse fato não ocasiona a extinção da punibilidade em relação suposto autor do delito. No entanto, existem exceções: 1) morte da vítima titular de ação penal privada personalíssima. Pela previsão contida no CP (art. 236, parágrafo único e art. 240, § 2º) a morte da vítima nos crimes de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento e adultério³⁰ extingue a punibilidade, pois trata-se no caso de ação penal privada personalíssima, que só pode ser intentada pelo ofendido. Quando for caso de ação já iniciada, como ninguém pode prosseguir na ação, dá-se a perempção. Neste caso é hipótese de perempção; e 2) a perempção do art. 60, II, do CPP, onde a extinção da punibilidade poderá ocorrer se

29. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código...*, cit., p. 169. grifo do autor.

30. O adultério foi revogado pela lei 11.106, de 28 de março de 2005.

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

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. São Paulo: Max Limon-
90

nad, 1954. V. 1. T. 2.

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

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

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

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

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

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

_____. Código de processo penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1997.

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

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

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

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

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

TUTELA E CURATELA NO DIREITO MODERNO

Mateus PANTALEÃO de Souza

Advogado, especialista em direito de Família e Sucessões

Docente do curso de Direito da UNILAGO

Resumo: A pesquisa aqui apresentada tem como escopo apresentar o Direito Assistencial no que tangge à Tutela e Curatela nos tempos atuais, passando primeiramente por suas definições, diferenças, sua atuação junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente e sua aplicação prática e geral no direito Moderno, sendo um trabalho de pesquisa elaborado com observância a textos da internet juntamente com doutrinas renomadas.

Palavras chave: incapacidade, criança, adolescente, assistência, proteção.

INTRODUÇÃO

A tutela e a curatela são institutos que objetivam suprir incapacidade de fato e de direito de pessoas que não as tem e que necessitam de proteção. Para agir na vida civil, reclamam a presença de outrem que atue por elas.

Para assistência e proteção de menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela, instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a proteção de menor. A tutela é utilizada quando o menor não tem pais conhecidos ou forem falecidos e quando os genitores forem suspensos ou destituídos do pátrio poder. É disciplinada a matéria não somente nos arts. 1728 a 1766 do código civil, mas também no Estatuto da criança e do Adolescente e no código de processo civil. A proteção dos incapazes em geral, em nosso direito, é feita pela tutela, curatela, adoção e guarda.

A tutela, deferida nas hipóteses do Estatuto da Criança e do Adolescente, implica necessariamente o dever de guarda (art. 36, parágrafo único), com obrigação de assistência moral e educacional.

Os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil são compatíveis. O juiz da infância e da juventude será competente para os casos de menores sob as condições relatadas; menores com patrimônio que se vêm em estado de orfandade terão a tutela regulada, em princípio, pelo juizes das varas de família. A atual lei civil, como se sabe, faz com que a tutela abranja os menores até 18 anos, em face da nova idade para a maioridade.

Vale lembrar que a curatela também é instituto de interesse público, destinada, em sentido geral, a reger a pessoa ou administrar bens de pessoas maiores, porém incapazes de regerem sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência. Temos que nos referir também á curatela dos bens dos ainda por nascer, mas já concebidos, os nascituros. Conforme o instituto, disciplinado nos arts. 1767 ss, no entanto, é a proteção aos que não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; aos que por outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade; aos deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aos excepcionais sem completo

desenvolvimento mental e aos pródigos (art. 1767). A nomenclatura dessas pessoas sujeita à curatela está consentânea com o rol das incapacidades enunciadas no mais recente Código, nos arts. 3º e 4º.

A finalidade da curatela é principalmente conceder proteção aos incapazes no tocante aos seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros. Enquanto a tutela é sucedâneo do pátrio poder, a curatela constitui um poder assistencial ao incapaz maior, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade. Conforme enunciado no capítulo respectivo do Código, são sete as espécies de curatela, cinco enunciadas no art. 1767, a curatela do nascituro (art. 1779) e a curatela do enfermo ou portador de deficiência física (art. 1780), do Código Civil de 2002.

Segundo a doutrina o termo curador deriva da raiz latina curare, que significa cuidar: quem exerce a curatela cuida dos interesses do incapaz. No novo diploma, há referência a outras curatelas, como para a herança jacente (art. 1819); as instituídas para proteger o vínculo nas ações de nulidade e anulação de casamento no Código de 1916, todas com sentido mais processual do material.

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

TUTELA

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A medida jurídica da tutela tem sua criação vinda dos tempos da antiga Roma, possuindo um caráter jurídico-familiar, no qual tem como fim suprir a falta de capacidade de menores aos quais tenham os pais falecido, encontram-se ausentes ou estejam destituídos do pátrio poder.

Portanto, ao criar esse instituto, o legislador teve como meta dar assistência e representatividade ao menor não emancipado e ao seu patrimônio, tendo por finalidade substituir o pátrio poder.

Segundo Silvio Rodrigues, podemos conceituar tutela como o "instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir o pátrio poder em face das pessoas cujo pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal." 7

Para Caio Mário da Silva Pereira, o instituto é definido como um encargo um " encargo conferido a alguém para que dirija a pessoa e administre os bens do menor que não incide no pátrio poder do pai ou da mãe." 8

ESPÉCIES DE TUTELA

No atual direito existem três espécies de tutela: a testamentaria, legítima e dativa.

A testamentaria ocorre quando o pai e a mãe deixam testamento ou documento autenticado, tendo que respeitar os requisitos do art. 384, inc. IV do CC, ao qual já foi comentado quando foi tratado dos aspectos pessoais do pátrio poder.

A legítima acontece na falta da testamentaria, incumbindo a nomeação de tutor conforme a ordem consangüínea descrita no art. 409 do CC: avô paterno, avô materno, avó paterna, avó materna, irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, os de sexo masculino aos de sexo feminino, o mais velhos ao mais novos, tios, preferindo os de sexo masculino aos de sexo feminino, o mais velhos ao mais novos.

A dativa é a correspondente a sentença judicial, aonde compete ao juiz a escolha do tutor quando não ocorrer a tutela testamentaria e a legítima.

Incapazes de exercerem a Tutela

São considerados incapazes de serem nomeados como tutores as pessoas descritas nos incisos do art. 413 do CC, como por exemplo os inimigos do menor ou os condenados por crime de furto.

Dessa maneira, o art. 413 tem a função de enumerar as pessoas que não podem administrar os bens de terceiros, seja em virtude de serem pessoas desonestas, ao qual seria uma imprudência confiar a administração ou pelo motivo da relação que tem com o menor.

Portanto, para exercer a tutela é necessário que não se tenha dúvida da idoneidade da pessoa.

DA ESCUSA DE TUTORES

A tutela em regra é um munus público ao qual não pode existir

recusa, igualmente a obrigação de trabalhar em eleição ou de prestar serviço militar.

Porém, como toda regra existe uma exceção, a tutela não poderia ser diferente. Assim o legislador enumerou no art. 414 do CC as hipóteses em que poderá existir escusa.

Do exercício da Tutela

Com relação ao exercício da tutela, o tutor é considerado com poderes, indivisíveis e indelegáveis. Nessa missão, o tutor é incumbido de zelar pela pessoa do menor; seja através da orientação da sua educação, da proteção ou de prestar-lhe alimentos.

Na prática dos atos referente a tutela, o tutor poderá em alguns deles se eximir de autorização judicial, conforme o art. 426 do CC. Porém em outros será necessário essa autorização do poder judiciário, como na ocasião de ter de fazer despesas necessárias com a conservação ou melhoramento dos bens.

DA CESSAÇÃO DA TUTELA

A tutela cessa em relação ao menor quando ocorrer a morte, emancipação, maioridade, superveniência do pátrio poder e serviço militar. Já com relação ao tutor cessará com o termino do prazo da tutela, superveniência da escusa ou remoção.

CURATELA

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A curatela foi criado com o objetivo de proteger o incapaz maior, passando a alguém a obrigação de defender e administrar os seus bens, uma vez que estes não estão em condição de fazê-lo, em virtude de enfermidade ou deficiência.

O Código Civil vigente, regulamentou o instituto na Parte Geral, Livro I, Título IV, Cap. II, do art. 446 ao art. 462.

Segundo Maria Helena Diniz, a curatela é definida como "o encargo público, cometido, por lei, a alguém para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em

condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental." 9

Para Silvio Rodrigues, é adotado o conceito de Belaqua e Lafayette, no qual a "curatela é o encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possam fazê-lo." 10

Dessa maneira, encontramos com os dois principais pressupostos da curatela a incapacidade e uma decisão judicial prolatada em processo de interdição, uma vez que a regra geral é que a curatela está destinada aos maiores de idade que por situações patológicas não podem gerenciar seus bens, como por exemplo os loucos de todos os gêneros, os pródigos e etc.. Porém existem situações que ela é deferida para menores de idade, como na hipótese da curatela do nascituro.

Espécies de Curatela

Atualmente existem três tipos de curatela: curatela de adultos incapazes, a curatela destacada da disciplina legal do instituto devido a suas particularidades e as curatelas especiais.

A curatela dos adultos pode ser através do processo judicial de interdição dos psicopatas, toxicômanos, surdos-mudos e dos pródigos, no qual estão regulados no atual CC nos art. 446, dec. Lei 891/38 e Lei n.º: 5.726/71.

Com relação a segunda espécie, mais precisamente a curatela destacada da disciplina legal do instituto devido a suas particularidades, podemos encontrar duas sub-divisões: a curatela do nascituro (462 do CC), ao qual ocorre na hipótese do falecimento do pai com a mãe grávida, e que a mãe não tenha o exercício do pátrio poder, e, a curatela dos ausentes, com o dispositivo transcrito no art. 463 do CC.

A terceira espécie é conhecida por curatelas especiais ou oficiais ao qual se nota facilmente a diferença, uma vez que está visada somente a administração do patrimônio e a defesa dos interesses, e, nunca os cuidados com a pessoa. Dentre elas encontramos várias hipóteses como a que se dá na herança jacente (art. 1591 do CC) e a conferida ao réu preso ou ao revel citado por edital (art. 9, inciso I e II do CPC).

Com relação ao exercício da curatela aplicam-se as regras concernentes a tutela no qual não contrariem a sua essência.

DA TUTELA E A FAMÍLIA SUBSTITUTA NO ECA.

O ECA trata da Família Substituta em seus arts. 28 a 32 e 165 a 170. Esta, como o nome já a define, consiste em uma célula familiar que substituirá a família original, ou melhor, os benefícios que uma família deveria estar proporcionando ao menor, lhe oferecendo educação, lazer, alimentação, segurança, enfim, todo o bem-estar geral da criança e do adolescente, evitando assim, a internação do menor.

A colocação em família substituta far-se-á, como já dito, mediante guarda, tutela ou adoção. O interessado em receber um menor sob qualquer uma destas três formas de colocações deverá apresentar, como requisitos, dados completos de qualificação, tais como: nome, estado civil, profissão, endereço, grau de escolaridade, religião,... além dos dados do cônjuge ou companheiro, se em regime de concubinato.

A família substituta pode ser provisória, em casos como o da Guarda, temporária como na Tutela, ou definitiva, como na Adoção. É a recomposição de uma família a um abandonado, a um menor órfão, que passará a ser cuidado por uma família que o queira, inclusive estrangeira, desde que tenha autorização judicial para isto; ou por um parente do menor.

Impotante ressaltar também, o preceito dos parágrafos do art. 28:

“§1º Sempre que possível a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido, e a sua opinião devidamente considerada”.

“§2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco, a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida”.

O menor é o centro das discussões, desta feita, a sua opinião deve merecer todo o valor e consideração possível, ressalvado os casos de impossibilidade mental, de discernimento, ou outro impedimento. Note-se também que o grau de parentesco sem a presença de afetividade junto à criança não justificam o deferimento da medida.

A família substituta deverá estar habilitada a oferecer os requisitos inerentes de uma célula familiar, isto é, a família acolhedora do menor deve estar fraternalmente unida e em condições de receber este novo pequeno membro, de modo que não venha, por falta organi-

zacional e administrativa familiar, ter que transferir o menor às entidade públicas ou privadas, exceto se por autorização judicial (art. 30).

A família substituta também pode ser estrangeira, conforme menciona o art. 31 do ECA:

“A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

A família substituta estrangeira, que reside no Brasil, será tratada como se brasileira fosse, dado ao direito constitucional isonômico do art. 5º da Constituição Cidadã vigente. Todavia, os residentes fora do país perdem sua preferência perante a família substituta brasileira, e só podem adotar crianças abandonadas. Os tutores e guardiões, que devem ser brasileiros, deverão prestar compromisso de bem executar suas funções, mediante termo nos autos.

Tratemos, singelamente, do instituto da Guarda, subdivisão da Família Substitua.

GUARDA DO MENOR.

O instituto da Guarda é disciplinado no ECA em seus arts. 33 a 35, trata-se da regularização da posse de fato, segundo Edgard de Moura Bittencourt, “provém a guarda do fato, se alguém, sem intervenção do juiz, toma a seu cargo a criação e educação do menor. Semelhante ocorrência tem lugar quando a criança, em situação irregular ou entregue provisoriamente pelos pais, permanece com terceiro durante tempo e condições suficientes para integrar-se no lar que a acolheu. A guarda, como situação de fato, pode gerar um vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial em benefício do menor.”

É a forma preliminar de se proteger o menor entregando-o a uma família substituta. Um menor pode se ver envolvido na separação de seus pais, sendo que apenas um será o seu guardião, o que não impede contudo, que seja privado da companhia do outro. Pode ainda se ver órfão, sem parentes próximos, ou simplesmente abandonado. Em tais casos, a guarda pode servir como um meio de evitar a internação do menor, bem como ser o primeiro passo para a tutela ou adoção.

Desta forma, a guarda pode ser concedida, por exemplo, quando os pais ou responsáveis pelo menor estiverem provisoriamente

impossibilitados de exercer as atribuições do pátrio poder, como no caso do pai preso.

A grande vantagem da guarda é de poder ser um instituto provisório, ou seja, o juiz, de ofício ou a requerimento, defere a concessão da guarda provisória a uma família, ou mesmo instituição, havendo posterior investigação quanto à aptidão desta família em recepcionar o menor. Ressalte-se que se o menor for capacitado, deverá sempre ser ouvido antes do deferimento da guarda a uma família substituta.

A guarda também pode ser definitiva, isto é, destinando a criança ou adolescente a uma família substitua, a um guardião. Entretanto, a concessão da guarda não faz coisa julgada, tanto na provisória quanto na definitiva, podendo ser modificada a qualquer tempo, pois prioriza-se o interesse do menor. A guarda pode ainda ser deferida liminar ou incidentalmente, nos casos de tutela e adoção por brasileiros.

O guardião assume o menor como uma "posse", segundo Bittencourt, tendo a tarefa indelegável de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, na qualidade de responsável legal. O guardião possui as funções de um verdadeiro pai, excetuando-se apenas a atribuição do pátrio poder, assim, o menor é considerado legalmente dependente do seu defensor.

A concessão da guarda autoriza ao defensor a manutenção desta em juízo, ainda que contra os pais legítimos, isto é, contra o detentor do pátrio poder. O menor que é albergado por pais de criação em tenra idade dificilmente será entregue, anos após a quebra do laço familiar, aos pais genitores. A manutenção da situação de fato deve ser discutida em juízo, devendo observar-se sempre o interesse do menor.

A guarda pode ser modificada, em casos como os de separação, onde o menor passa da mãe para o pai ou vice-versa, devendo tal modificação ser apreciada, segundo Paulo Lúcio Nogueira, pelo juízo onde esteja residindo o menor e seu guardião, o que nos aparenta ser razoável, uma vez ressaltado que o menor é o escopo da discussão, devendo tudo agir em seu favor.

Os guardiões que albergarem menor abandonado, de difícil colocação ou dado ao desinteresse em serem tutelados ou adotados, terão assegurado benefícios fiscais, subsídios, assistência jurídica, conforme preceitua o art. 227, §3º, VI da CF/88, art. 34 do ECA e art.

218 da CE/PR(89), trata-se de uma guarda especial.

A guarda se extingue quando o menor adquire 18 anos, e pode ser revogada a qualquer momento, caso se constate o descumprimento pelo guardião de suas obrigações compromissadas em juízo.

CONCLUSÃO.

As mudanças sociais havidas nas últimas décadas se mostraram reflexas no Direito de Família contemporâneo, sendo este um dos institutos jurídicos mais evolucionistas, com o advindo da Constituição Federal de 1988 e a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, veio também toda uma nova forma de se pensar as relações familiares e as garantias dos menores e dos demais incapazes, moldando inclusive a codificação civilista aos novos tempos.

Entretanto, não estamos diante de um texto que se possa traduzir em “conclusões” no sentido técnico científico, visto que não foi minha finalidade a sustentação de teses jurídicas, mas sim uma exposição, em linhas gerais e em extensão.

Importa é registrar que, apesar de suas falhas, em geral o novo Código Civil avançou em direção a um direito de família mais moderno, e, portanto, solidário, igualitário, libertário. Um direito de família mais regido pela afetividade e autenticidade nas relações.

A concretização destas qualidades na órbita familiar, saindo-se da pura retórica, produzirá, ainda que a longo prazo, um aperfeiçoamento nas relações sociais, sempre influenciadas pelo que acontece na família. É uma das formas eficazes de diminuir o impacto nocivo de um pensamento econômico dominante que impregna toda a convivência, estruturando-a em função apenas de intenções de lucro e de consumo, custe o que custar, e da propaganda alucinada e massacrante, dos valores da concorrência e da competição, ou seja, todos pisotear em busca do sucesso. Depois não querem que dia a dia cresça a violência em suas mais variadas formas.

A infeliz constatação que verificamos é a de que o ideal, de famílias bem estruturadas, o pilar de sustentação do estado, que deveria fornecer às crianças e adolescentes e demais incapazes as

condições necessárias para uma sólida e reta formação de caráter, ou uma vida digna, não vem sendo alcançada, aliás o contrário, é alvo de sucessivos embates contra a mídia e a tecnologia e pelas condições sócio-econômicas, além das drogas, interesses particulares patrimoniais acima dos interesses dos tutelados ou curatelados.

O modelo de famílias substitutas amenizam o sofrimento de milhares de menores pelo país continental, mas apenas refletem o caos em que vive a família brasileira, que não apresenta condições financeiras, morais e educacionais de manterem seus filhos.

Apesar deste triste panorama, concluímos que o instituto da tutela e da curatela, em especial na sua modalidade 'Guarda', vem minimizando o sofrimento de crianças, adolescentes e demais incapazes que iniciam a vida desprovidas do alicerce maior do ser humano: a família constituída, e a plena capacidade física e mental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Textos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2003

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

VENOSA, Sílvio de Salva Venosa, Direito Civil, 9ª edição, ed. Atlas S/A 2009.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA

Os trabalhos devem ser apresentados em texto claro e conciso. Não devem conter menos de 5 e mais que 25 páginas com as seguintes formatações: papel A5; margens: superior 2,5 cm, inferior 1.5 cm, esquerda 2 cm e direito 1 cm; fonte Times New Roman 10; espaçamento de um e meio entre linhas.

O original do trabalho deve ser apresentado na seguinte seqüência: TÍTULO DO TRABALHO (máximo de 40 caracteres), NOME(S) DO(S) AUTOR (ES), RESUMO (máximo de 200 palavras), PALAVRAS-CHAVE (três a seis palavras), TEXTO E REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS (relacionar somente obras efetivamente citadas no texto e de acordo com as normas da ABNT).