

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

REVISÃO DE ORIGINALS

Aline Menezes

Pensar o Direito - São José do Rio Preto - SP

Ano 04/n.4 p. 1-97 - Janeiro - Dezembro 2007

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) 3203 - 6166

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

1 - OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL FACE AO TERRORISMO	9
MARCO, Carla Fernanda de.	
2 - DAS GARANTIAS	17
GUILHEN, Adriana de Jesus; DONAD, Elaine Perpetua.	
3 - COLMATAÇÃO DE LACUNAS PELO PODER JUDICIAL: FUNÇÃO JURISDICIONAL OU LEGISLATIVA	39
CHIARATO, Karina Alves Lemos; ALMEIDA, Daniela Maria Alves; ARAÚJO, Daniela Galvão de.	
4 - DA INDEPENDÊNCIA PROFISSIONAL NA ADVOCACIA E SUA ÉTICA - Análise da Lei nº 8.906/94	53
FERNANDES, Alessandra Regina; JUNIOR, Moacir Venâncio da Silva	
5 - DO ERRO MÉDICO	65
GRECCO, Gesus; OLIVEIRA, Antonio Dozinete de.	
6 - UM NOVO NOME, UMA NOVA IDENTIDADE SEXUAL: O DIREITO DO TRANSEXUAL RUMO A UMA SOCIEDADE SEM PRECONCEITOS	79
MENIN, Márcia Maria	
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA	97

OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL FACE AO TERRORISMO

Carla Fernanda de MARCO

Doutoranda em Direito do Estado pela PUC-SP

Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: Busca-se com este artigo fazer breves apontamentos à respeito do Direito Internacional Público. Procura-se analisá-lo no contexto atual, sob a ótica do direito encarregado de reger e buscar soluções aos problemas da sociedade internacional contemporânea, bem como apontar seus principais desafios. Destaca-se a questão do terrorismo, que tornou-se uma das principais prioridades do Direito Internacional no século XXI, como também o papel das Nações Unidas diante deste novo contexto, iniciado em 11 de setembro de 2001, que para muitos internacionalistas ficou marcado como um divisor de águas do Direito Internacional.

Palavras-chave: Terrorismo, Direito Internacional, Desafios, Sociedade Contemporânea, Nações Unidas.

1. Breves Considerações Acerca do Direito Internacional

O enquadramento jurídico da sociedade internacional presuppõe a compreensão do Direito Internacional, que existe antes do advento do Estado moderno. A noção de sociedade internacional nasce em 1815 no Congresso de Viena, porém a existência de um direito que disciplinava as relações entre Estados, remonta da Antigüidade.

O Direito Internacional Público, através da História, apresenta noções que embasam o Direito Internacional Contemporâneo.

Na Antigüidade, o direito natural (*jus naturae*) fundamentava o direito internacional no que tange às relações entre os Estados. Também foi na Antigüidade que surgiram os primeiros textos solenes ou acordos entre governantes.

O Estado Romano exerceu forte influência sobre a formação do Direito internacional. Roma foi o primeiro Estado a estabelecer regras precisas, de ordem interna, para regular suas relações com outros países. Havia um corpo de regras que regulamentava as relações entre os cidadãos romanos e estrangeiros – era o *jus gentium*. Nesta época havia fortes traços do direito natural tanto no *corpus juris civile* romano, quanto no *jus genitum*, que era o direito costumeiro aplicável nas relações entre romanos com estrangeiros. Com o tempo, surgem os princípios gerais do Direito internacional, como a autodeterminação dos povos e a cooperação internacional.

Na Idade Média prevalece o Direito Canônico, há alguns tratados internacionais desprovidos de obrigatoriedade; a arbitragem procura regular as diferenças entre as nações.

Profundas alterações ocorreram no Direito internacional desde o início do século XVI até a Primeira Guerra Mundial. Para muitos, o Direito internacional surge, potencialmente, com o Tratado da Vestfália (1648).

Após a Primeira Guerra Mundial, com o surgimento das Organizações Internacionais, ao Direito Internacional são propostos novos desafios. As Organizações Internacionais apresentam-se como sujeitos de Direito internacional, capazes de elaborar regras, assumir compromissos, bem como responder pelos seus atos perante a comunidade internacional.

A sociedade internacional sofre profundas transformações, com longo alcance para os direitos e liberdades fundamentais; devido ao seu caráter multilateral instituíram não apenas normas internacionais, mas regras supranacionais. Surge o direito comunitário. A garantia jurisdicional dos direitos e liberdades passaram a ser examinadas e praticadas tanto no direito interno quanto no direito internacional. A ordem jurídica internacional agora dá maior relevo à solução de conflitos, à soberania dos Estados, à globalização, bem como às relações internacionais.

As Nações Unidas constituíram importante instrumento de organização da comunidade internacional. Na Carta das Nações Unidas contém disposições e procedimentos concernentes à manutenção da paz e segurança internacionais.

Pode-se afirmar que o Direito Internacional Público é um direito de coordenação, que coordena uma sociedade internacional descentralizada, paritária, regida por princípios como o da igualdade soberana e o princípio da não intervenção. Os Estados cooperam a efetivação de uma sociedade internacional interdependente.

Dentre os desafios para o Direito internacional no século XXI será a busca dos mecanismos de implementação correspondentes ao extraordinário legado de regras internacionais do século XX.

Questões como o terrorismo internacional saem dos manuais para voltar às manchetes dos jornais e tenderão a ser questão central dos debates e preocupações, não somente de círculos especializados (...) como também da imprensa escrita, falada de virtual, além de preocupação e debate em todas as instâncias. (Accioly, 2002, p. 18).

Também são prioridades para o Direito internacional do século XXI matérias como a proteção ao meio ambiente, a repressão ao tráfico de drogas e crime organizado, a construção de espaços regionais economicamente integrados e a crescente interdependência entre as economias.

2. A Questão do Terrorismo na Sociedade Internacional Contemporânea

O dia 11 de setembro de 2001 ficou marcado como um divisor de águas no Direito Internacional. A partir do momento em que as

torres gêmeas do World Trade Center em Nova Iorque foram abaixo, a comunidade internacional se mobilizou e começou a procurar meios para combater a primeira grande ameaça a paz do século XXI: o terrorismo.

O conceito de terrorismo é muito amplo, há diversos autores que arriscam defini-lo. É importante ter em mente alguns pontos de terrorismo como 1. a violência contra um grupo de pessoas; 2. existências de danos, destruições e mortes; 3. a criação do terror em grupos determinados de pessoas; 4. a cobrança ameaçadora de uma determinada atitude por parte de um Estado, por exemplo.

Antonio Cassese define ato de terrorismo como: Qualquer ato violento contra pessoas inocentes com a intenção de forçar um Estado, ou qualquer outro sujeito internacional, para seguir uma linha de conduta que, de outro modo, não seguiria. (1990, p. 6)

A legislação britânica, através do Terrorism Act 2000 define terrorismo como:

[...] uma ação ou uma omissão quando o uso ou ameaça é feito com propósitos políticos, religiosos ou ideológicos e que esta ação ou omissão inclui "inter alia" séria violência contra uma pessoa, sérios danos a uma propriedade, ou cria um sério risco à saúde ou segurança do público ou uma parte do público. (Brant, 2003, p.16).

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, ocorre uma mudança de postural; passa-se de uma cultura de reação para uma cultura de prevenção.

Em 12/11/2001, o Conselho de Seguranças das Nações Unidas reúne-se, extraordinariamente, para votar a Resolução 1.368 que, diante dos ataques terroristas de 11 de setembro aos Estados Unidos, reconhece o direito à legítima defesa individual ou coletiva, ou seja, autoriza a resposta armada americana em nome do direito de legítima defesa.

Na Resolução 1.373 de 28/09/2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas criou um Comitê sobre o Terrorismo, com o intuito de assegurar que os Estados-membros das Nações Unidas tomem medidas contra o terrorismo, como a obrigação de recusar todo financiamento, apoio ou asilo aos terroristas e a obrigação de cooperar no

domínio policial, judiciário e de informação.

A Comissão Europeia elaborou uma Resolução sobre a luta contra o terrorismo que pretende reforçar as medidas de direito penal visando a combater o terrorismo, mediante a aproximação das legislações dos Estados-membros no que diz respeito às infrações terroristas, conforme o artigo 34 (2) (b), do Tratado da União Europeia.

2.1 As Nações Unidas e o Terrorismo

Logo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas lançaram duas resoluções, nº 1.368 e 1.373. A Resolução nº 1.373 amplia a atuação do Conselho de Segurança da ONU e inova o Direito internacional ao impor aos Estados-membros o respeito às Convenções sobre o assunto, principalmente aqueles que não as ratificaram.

A referida resolução traz uma discussão entre os internacionalistas, pois, em tese, desrespeita o princípio *pacta sunt servanda* presente no Direito internacional, ou seja, aquele em que os tratados só obrigam os Estados que o ratificaram. Observa-se assim, que ocorre uma espécie de “convocação” para que os Estados respeitem as normas anti-terrorismo, colaborando para a repressão de grupos fundamentalistas em seus territórios.

Mas isso não encerra as discussões dos internacionalistas acerca do terrorismo e o Direito Internacional.

Diz o artigo 2º, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas que os países membros deverão evitar o recurso à força contra a integridade territorial ou a independência política de todo Estado, ou toda outra forma incompatível com os objetivos das Nações Unidas, expressando, assim, o princípio da solução pacífica de controvérsias.

Porém, o art. 51 da mesma Carta de São Francisco expressa uma autorização a legítima defesa por parte de um Estado que tenha sofrido agressão:

Art. 51. Nada na presente Carta deverá impedir o direito natural à legítima defesa individual ou coletiva em caso de um ataque armado contra um Estado-Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha

tomado as medidas necessárias para manter a paz e a segurança nacionais. Medidas tomadas pelos Membros no exercício da legítima defesa deverão ser imediatamente comunicadas ao Conselho de Segurança e não deverão de nenhuma forma afetar a autoridade e a responsabilidade concedidas por essa presente Carta ao referido órgão de tomar, a qualquer momento, as providências que julgar necessárias para manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais.

Como pode ser observado, há necessidade de algumas condições para que o ato de legítima defesa ocorra. Trata-se de uma faculdade temporária que o Estado possui, monitorada pelo Conselho de Segurança, que, quando informado deverá decidir sobre a continuidade do exercício ao direito de legítima defesa do Estado. Por ser uma medida de exceção, a interpretação ao citado art. 51 deve ser feita de forma cautelosa.

Esse é um assunto que gera polêmica entre os internacionalistas, principalmente quanto ao enquadramento de medidas anti-terror ao art. 51 da Carta.

CONCLUSÕES

Verifica-se que o Direito internacional está passando por um desafio histórico. A denominada “guerra ao terrorismo” no ordenamento jurídico internacional representa o primeiro grande impasse desse século XXI. Neste contexto, observa-se que o Direito internacional desponta com a perspectiva de adaptar-se a este novo fenômeno político-jurídico.

Apesar do contexto político que cada época apresenta, há princípios inabaláveis do Direito internacional que não podem ser esquecidos. Há um ordenamento jurídico supra-estatal editado com o consentimento dos Estados que, por estes não deverá ser ignorado. A ordem jurídica deve sempre prevalecer sobre interesses conjunturais. É importante lembrar que à luz dos imperativos do Direito internacional é que se encontrará a justiça e a paz, tão almejadas pelas nações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. NASCIMENTO, Geraldo Eulálio do. **Manual de direito internacional público**. 15ª: ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASSESE, A . **Terrorism, politics and law: the achille lauro affair**. Princeton University Press: Princeton, New Jersey, 1990.

LUCENA, Gustavo Carvalho Lima de. **A recepção da chamada “guerra ao terror” pelo ordenamento jurídico internacional**. Jus navigandi, Teresina, a. 8, n.168, 21 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4676>>. Acesso em: 25 jan. 2005.

RESEK, J. F. **Direito internacional público**. 9ª: ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAS GARANTIAS

Adriana de Jesus GUILHEN

Advogada

Especialista em Direito Processual Civil

Mestre em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Elaine Perpetua DONADI

Discente do 9 ° período diurno do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: A presente obra trata da distinção entre garantia legal e contratual no código de defesa do consumidor, um aspecto muito importante diz respeito à responsabilidade solidária entre os fornecedores pelos vícios dos produtos na relação de consumo: fabricantes, comerciantes ou qualquer outro integrante do ciclo de produção do bem estão, igualmente, obrigados a efetuar os reparos nos produtos, proceder a devolução do dinheiro, substituir o produto ou efetuar abatimento proporcional do preço.

Palavras-chave: Garantia, Legal e Contratual e responsabilidade solidária

2.1 - Conceito

O conceito de garantia não se apresenta de forma uniforme na doutrina, o que traz dificuldades para defini-lo. A garantia, em tese é a segurança de qualidade dos produtos ou prestação de serviço visando a não ocorrência de danos ao consumidor, garantindo que os produtos e serviços serão próprios e adequados ao consumo e uso a que se destinam, não podendo acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor.

Neste sentido, segue a lição de Cláudia Lima Marques (2004, p.1018):

A garantia, enquanto responsabilização por determinado risco, no caso por vício de adequação do produto ou serviço, pode ser legal, oriunda do próprio CDC, ou contratual, oriunda da manifestação de vontade do fornecedor-diretor no contrato (garantia do comerciante), ou do fornecedor-indireto (garantia do fabricante, incluída no contrato como forma de estimular a venda de seus produtos).

Para o ilustre doutrinador Hélio Zaghetto Gama,

A garantia constitui uma forma de assistência pós-venda e é forçada pelos mecanismos do CDC que tratam das responsabilidades do fornecedor pelos vícios dos produtos e serviços (2006, p.131).

O CDC expressa duas espécies de garantia: a legal e a contratual, consoante expresso no art 24 e 50.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

De acordo com a garantia legal, o fornecedor precisa colocar no mercado de consumo produtos ou serviços de boa qualidade, sem vício ou defeitos que os tornem impróprios ao uso e consumo ou lhes

diminuem o valor. O não uso do produto não pode ser um fato que acabe extinguindo o direito de garantia, diferente da garantia contratual que é um “plus”, podendo ser perdida com o não uso.

2.2. – Garantia Legal no CDC.

A garantia legal de adequação dos produtos e serviços independe de qualquer manifestação do fornecedor, ficando este proibido de buscar desonerar-se de sua responsabilidade por essa garantia legal. Essa garantia, que visa a existência de qualidade suficiente para alcançar o fim a que se destina o produto ou serviço; segurança para não causar danos ao consumidor, durabilidade e desempenho. A garantia de adequação está prevista no art. 4º, II, d, do CDC.

Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor;

[...]

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidades, durabilidade e desempenho.

O art. 24 do CDC corrobora que a garantia legal de adequação impede que se estipulem cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerarem, ou mesmo atenuem as obrigações pelos vícios de inadequação.

“Art. 24 A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”.

A garantia de adequação, ou seja, garantia de funcionamento,

nasce com a atividade de produzir, de criar, de fabricar, de distribuir e de vender o produto ou serviço, atinge tanto o fornecedor direto como outros fornecedores da cadeia de produção, como as distribuidoras, fabricantes e comerciantes.

Neste sentido são os ensinamentos de Cláudia Lima Marques:

Neste sentido, parece-nos claro que o fim último da garantia de adequação instituída pelo CDC é o reequilíbrio da relação de consumo, especialmente da contratual, pois a garantia concentra-se no objeto do contrato, na sua prestação principal que é o produto ou o serviço adequado ao fim a que se destina.

[...] Mas parece-nos que o fundamento, a origem primeira da garantia legal de adequação não é contrato de consumo, mas a produção para o consumo, isto é, a participação do fornecedor na cadeia de produção de bens destinado ao consumidor e a confiança que qualquer produto colocado no mercado desperta legitimidade no consumidor, um dever legal, um novo ônus, com base na obrigatoria boa-fé do fornecedor no mercado (2004, p. 1011).

A garantia legal não depende de termo expresso entre as partes, a partir do momento que o consumidor retire o bem do mercado passa a vigorar o prazo da garantia legal por inadequação. O fabricante e o fornecedor respondem solidariamente pela garantia legal, independentemente do produto ser novo ou usado, porém o ordenamento jurídico não faz distinção.

O consumidor tem o direito de escolher a quem reclamar, poderá optar entre fornecedor ou fabricante, consoante previsão legal expressa no artigo 18 do CDC.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respei-

tadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Destacamos a responsabilidade solidária em julgados.

Ementa: Veículo. Defeito de fabricação. Concessionária. Solidariedade. Decadência. Inocorrência.

Tratando-se defeito de fabricação de veículo, a concessionária responde solidariamente com o fabricante pelos danos experimentados pelo consumidor.

A natureza dos danos descritos não se enquadra na previsão do art. 26 da Lei 8.078/90.

O consumidor não está impedido de utilizar o bem adquirido enquanto pendente a apreciação de sua pretensão de desfazimento do negócio.

Preliminarmente rejeitadas e ambas apelações não providas.

(ApCív 440.815-1 – 2.º Câmara. Cív. – TAMG (extinto) – j. 22.02.2005 – v.u. – rel. Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade).

Um aspecto importante diz respeito à responsabilidade solidária entre os fornecedores pelos vícios dos produtos: tanto o fabricante quanto o comerciante ou qualquer outro integrante do ciclo de produção do bem estão igualmente obrigados a efetuar os reparos nos produtos, proceder a devolução do dinheiro, substituir o produto ou efetuar o abatimento proporcional do preço. Portanto, eventual ação ou reclamação junto ao órgão de proteção do consumidor pode ser dirigida contra o lojista, fabricante, distribuidor ou qualquer outro fornecedor da cadeia de produção e circulação dos produtos ou contra ambos.

Assim, por exemplo, se o aparelho celular, por vício, deixar de funcionar, tanto o comerciante como o fabricante do produto, possuem o dever de atender diretamente o consumidor, fica sempre a critério do consumidor escolher a quem se dirigir.

É relevante instrumento de defesa do consumidor a responsabilidade solidária dos fornecedores, muitas vezes a satisfação do

consumidor se dá pela pluralidade de responsáveis, principalmente quando um comerciante encerra suas atividades, sem deixar qualquer patrimônio para responder pelas suas obrigações.

O art. 20, caput, do CDC expressa outra situação onde há a previsão de solidariedade dos fornecedores, uma vez que não distingue entre fornecedores direto; médicos ou hospitais e indiretos administradoras do plano ou seguro de saúde misto.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes das disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

Como expressa Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

A entidade privada de assistência à saúde, que associa ou credencia “interessados através de planos de saúde, e mantém hospitais ou credencia outros para a prestação dos serviços a que está obrigada, tem ela responsabilidade solidária pela reparação dos danos decorrentes de serviços médicos ou hospitalares credenciados” (MARQUES, 2006, p. 1012).

2.1 – Prazos na garantia legal.

O CDC estabelece no art. 26 prazos específicos para o consumidor reclamar dos vícios dos produtos e dos serviços.

Art. 26 O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – trinta dias, tratando se de fornecimento de serviços e de produtos não-duráveis;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviços e de produtos duráveis.

Estes prazos estabelecidos nos incisos do art. 26 do CDC são

relacionados à garantia legal, assim, não pode existir prazo contratual menor que o legal. No caso do fornecedor oferecer ao consumidor prazo inferior ou igual ao legal, nada está oferecendo, ainda, podendo o fornecedor ser punido por prática de publicidade ou informação enganosa.

Com o CDC surgiu a noção de prazo de validade, ou seja, o prazo de garantia, mas o legislador não definiu o que é produto durável, não durável ou perecível, existem inúmeros produtos que ficam numa zona nebulosa, precisando que seja analisado o fator tempo sobre o bem, a fim de se estabelecer o seu prazo de validade.

Inicia-se a contagem do prazo de garantia no ato de consumo, a partir da entrega do produto para o primeiro consumidor, que retira o bem da loja, conforme o art. 26, § 1º, do CDC.

Art. 26 O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

[...]

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

Existe uma discussão entre doutrinadores sobre o dia da efetiva entrega do produto, se é o dia que o consumidor teve efetivamente acesso ao serviço ou produto, ou o dia em que foi entregue o produto em sua residência.

Rizzatto Nunes, esclarece essa discussão:

Essa questão é de lógica básica e está ligada ontologicamente ao sentido de garantia. Quer a lei que o consumidor usufrua de um período no qual nenhum vício pode surgir. Para que isso ocorra, isto é, para que possa começar a contar esse período, é necessário que o consumidor tenha contato real, concreto, com o produto ou com o serviço (2006, p. 324).

Quanto ao vício, que impede a utilização do bem ou de serviço, este pode ser aparente ou oculto.

O vício aparente e de fácil constatação é, como o próprio

nome indica, o que pode ser notado imediatamente pelo consumidor, numa verificação inicial do produto, realizada, de regra, logo após a compra.

O vício oculto, ao contrário, só pode ser percebido após algum tempo de utilização do produto. O vício é oculto quando estiver impedindo o uso e consumo, não estiver em acionamento real, constatável pelo consumidor.

Analisamos julgado relativo ao vício oculto:

Ementa: Responsabilidade civil. Direito do consumidor. Computador. Vício oculto. Garantia legal. Prazo não expirado, Substituição do bem. Dano moral caracterizado.

A contagem do prazo decadencial estabelecido no art. 26 do CDC se dá a partir da ciência do vício, quando o defeito está oculto. Em se tratando de computador, bem de considerável durabilidade e valor financeiro, inadmissível que apresente problemas com apenas um ano e meio de uso. Não tendo a ré demonstrado a inexistência do defeito que tenha ocorrido por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, deve substituir o bem por outro de características semelhantes. Os transtornos sofridos pelo autor que adquiriu bem de elevado valor econômico e viu-se privado de seu uso até a presente data, em face de problema em questão, geram danos morais, cujo valor vai arbitrado de acordo com as peculiaridades do caso concreto de modo a atender o caráter pedagógico e reparatório da medida.

Apelo provido.

(ApCív 70014858997 – Comarca de Porto Alegre; 10.º Câm. Cív.; apelante: Wellerson Miranda Pereira; apelado: Dell Computadores do Brasil Ltda).

A contagem do prazo de garantia inicia-se no momento em que ficar constatado o vício, art. 26, § 3º, do CDC.

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

[...]

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Isso não quer dizer que fornecedores, comerciantes, distribuidores ou fabricantes tenham uma responsabilidade eterna pela qualidade, de seus produtos; os bens de consumo possuem uma vida limitada e sofrem um desgaste normal e previsível com o tempo, portanto, o fornecedor não está obrigado a reparar os vícios decorrentes do envelhecimento natural, mas de defeitos que venham a surgir, no prazo previsto em lei ou no contrato.

3 – Garantia Contratual no CDC

A garantia contratual é complementar à legal, constitui-se num “plus” em favor do consumidor, que será conferida mediante termo escrito, de acordo com o art. 50, do CDC, não excluindo a garantia legal.

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Esta garantia é uma mera faculdade que pode ser concedida por liberalidade do fornecedor não excluindo a garantia legal, portanto, em regra, fica ao livre arbítrio exclusivo do fornecedor que estipulará as cláusulas de acordo com sua conveniência, que precisa ser conferida mediante termo expresso em contrato.

Nas palavras de Nery Junior (1999, p.485).

Ao contrário da garantia legal que é sempre obrigatória, a garantia contratual é mera faculdade, que pode ser concedida por liberalidade do fornecedor. Portanto, os termos e os prazos dessa garantia contratual ficam ao alvedrio exclusivo do fornecedor, que os estipulará de acordo com sua conveniência, a fim de que seus produtos ou serviços possam ter competitividade no mercado, atendendo, portanto ao princípio da livre iniciativa.

Para o professor Hélio Zaghetto Gama,

As garantias, tanto a da lei, quanto a negociada entre as partes, têm a curiosa operacionalidade de constituir relações subordinadas do fornecedor. Fica ele subordinado aos bens e serviços no tocante às suas funcionalidades e às suas depreciações no prazo da garantia. Neste mesmo prazo fica ele subordinado às vontades e aos interesses – dos consumidores – de exigirem os reparos que a garantia proporciona (2006, p. 131).

A garantia contratual oriunda da vontade das partes, muitas vezes é usada para estimular uma venda de produtos ou uma prestação de serviço. Nesta forma de garantia o fornecedor não é obrigado a garantir o produto ou serviço como um todo, mas sim, estipular em termo os componentes que tem cobertura desta garantia.

Vejamos um exemplo de Nelson Nery Júnior:

Não raras vezes, o conteúdo da garantia se projeta como fator decisivo para o consumidor optar pela aquisição do produto ou serviço. Há, inclusive, empresas que promovem anúncios publicitários – como o do televisor Mitsubishi -, centrando sua estratégia de marketing exatamente na garantia. Muito melhor e mais abrangente do que a da concorrência, de sorte a sensibilizar o consumidor e dar preferência a seus produtos ou serviços.(NERY, p. 486).

O parágrafo único do art. 50, do CDC estabelece como-se deve proceder quanto à garantia contratual:

Art. 50 A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente

preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

O CDC não permite, de forma alguma, que a garantia contratual seja dada verbalmente, exige termo escrito para maior transparências nas relações entre fornecedor e consumidor. O fornecedor poderá estabelecer outras bases para esse tipo de garantia além das indicadas pelo CDC. A garantia contratual não é obrigatória, muitas vezes o fornecedor utiliza essa garantia em funcionamento positivo na concorrência, buscando conquistar o consumidor.

Ademais, o fornecedor não poderá deixar de entregar o termo de garantia ao consumidor. A omissão na entrega de termo de garantia configura o crime previsto no art. 74 do CDC, além de ensejar indenização por perdas e danos.

'Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo";

Pena-Detenção de um a seis meses ou multa.

Assim, não se admite a entrega simples do termo de garantia, sem que esteja devidamente preenchido.

A garantia contratual é muito conhecida no meio social, como garantia de fábrica, MARQUES, faz uma diferenciação entre garantia legal e contratual:

Enquanto a garantia legal refere-se ao funcionamento do produto, à adequação do produto ou serviço, sendo portanto total, a garantia contratual pode ser total ou parcial, pois depende da manifestação de vontade do fornecedor, quando da formação do contrato ou mesmo após, e é, portanto, limitada por esta mesma manifestação. Assim é possível imaginar, por exemplo, uma garantia concedida pelo fabricante de geladeiras, que exclua os problemas do motor ou das partes feitas de borracha. Já a garantia legal inclui necessariamente os vícios no motor, porque uma ge-

ladeira cujo motor não funcione, não é “adequada” ao seu uso normal, não gelará os alimentos como é a expectativa legítima do consumidor (2004, p. 1018).

Ainda na expressão de Marques:

A garantia contratual pode ser condicionada a determinadas hipóteses, como por exemplo, o comerciante de máquinas de lavar, que garante somente aquelas instaladas por seus técnicos, sendo vedado ao consumidor mesmo abrir a embalagem da máquina, de modo a não danificá-la ou a diminuir o número de peças enviadas pela fábrica para a instalação (2004, p.1018).

Por outro lado, não pode haver cláusula contratual que exonere ou atenuar o fornecedor da responsabilidade de reparar ou indenizar o consumidor em casos de defeitos dos produtos e serviços, conforme art. 25 do CDC.

'Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuar a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores'.

Essas estipulações exonerativas são mais freqüentes nos casos de fornecimento de serviços, como por exemplos, no caso das empresas de estacionamento de veículos que costumam informar seus usuários que não se responsabilizam pelos objetos e valores pessoais deixados no interior dos respectivos veículos; bem como os hotéis que costumam informar seus hóspedes que não se responsabilizam por furtos de bens ou valores deixados no guarda-volume.

Essas cláusulas são consideradas como não escritas e devem ser desconsideradas pelos respectivos usuários da prestação de serviços.

Confirmamos a proibição a exoneração do fornecedor quanto à garantia na expressão do professor Rizzatto Nunes;

Contudo, compreende-se a norma quando se adentra um

estacionamento que ostenta cartaz com os seguintes dizeres: “Não nos responsabilizamos pelo furto de veículo”. Às vezes esse aviso está no canhoto.

Ora, se o prestador do serviço de guarda de veículo em estacionamento pretende não se responsabilizar pelo veículo, então qual é o serviço que ele ganha para prestar? Se for para não ter garantias, o consumidor pode deixar o carro na rua. Se o prestador desse serviço pudesse fazer isso, o resultado jurídico seria esdrúxulo, pois o consumidor pagaria para o fornecedor guardar seu veículo e ele não ser responsabilizaria pela guarda (NUNES, 2006, p.330-331).

Observamos as diferenças do regime da garantia contratual e da garantia legal:

O regime da garantia contratual e da garantia legal são diversas. Na garantia contratual não se pergunta de o vício é oriundo de mau uso, ou de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não se pergunta pela vida útil do bem. Se a garantia contratual existe, se a garantia prevista abrange aquele detalhe do produto e se não transcorreu o seu prazo, o fornecedor conserta ou substitui o produto e o devolve ao consumidor. Já a garantia legal é de adequação, de funcionalidade do produto ou serviço, só poderá ser usada se a causa da inadequação é o próprio produto ou o serviço, não abrangendo os casos de mau uso ou de caso fortuito posterior ao contrato, que tornem o bem inadequado ao uso (MARQUES, 2004, p. 1019).

Ademais, os produtos precisam ser entregues ao consumidor em perfeitas condições de uso, com resistência de uso normal. Se um rádio não tem som, presume-se que o problema é interno, que o produto não está adequado, não importando onde nasceu o problema, se na fábrica, na loja ou durante o transporte. Nesse caso o consumidor deve se valer da garantia legal. Mas se o vício se originar e dado o mau uso do produto pelo consumidor, uso não razoável, não será aplicada a garantia legal e sim a garantia contratual, se houver cobertura para tanto.

3.1 – Prazos na garantia contratual.

Ao lado da garantia legal, muitos fornecedores, objetivando, principalmente a aumentar o número de consumidores dos seus produtos e serviços, oferecem garantia contratual, ou seja, se surgir vício em determinado produto ou serviço, contado da data de compra, o consumidor está assegurado por um prazo maior daquele em que o CDC estabelece. Além do prazo da garantia legal, concede prazos estendidos. Por exemplo, a garantia legal de 90 (noventa) dias para produtos duráveis, é comum às montadoras de veículos conceder garantia que variam de 01 a 05 anos, acirrando a concorrência entre elas.

Como se trata de garantia que depende da vontade do fornecedor, é possível estabelecer limites para o consumidor, condições e forma de utilização da garantia contratual, que poderá abranger apenas a substituição de algumas peças do bem ou parte do serviço, na maioria das vezes essa garantia é parcial.

A garantia contratual jamais pode afetar negativamente os direitos dos consumidores decorrentes da garantia legal, conforme estabelece o art. 50, caput, do CDC, ela possui o condão de complementar a garantia legal.

'Art. 50 A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito'.

Há duas maneiras de se definir o sentido de complementar: a) exceder o prazo de garantir contratual; b) somar o prazo de garantia legal ao prazo contratual.

Parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que os prazos de garantia legal e contratual devem ser somados. Há decisões de tribunais que determinam que a contagem do prazo de garantia deve se iniciar após o fim do prazo da garantia contratual.

Neste diapasão, salienta-se o professor Rizzato Nunes:

Na realidade a confusão e a disputa em torno das duas posições se estabelece pelo fato de a lei não ter colocado claramente um prazo de garantia legal. O que fez o legisla-

dor, como se viu no exame do art. 24, foi estabelecer tempo de reclamação (30 e 90 dias). A garantia legal é de adequação, mas sem prazo. O que o consumidor tem é tempo para apresentar reclamação contra essa garantia a partir do recebimento do produto ou do término do serviço.

[...] Se o fornecedor dá prazo de garantia contratual (até a Copa de 2002, um ou dois anos etc), dentro do tempo garantido até o fim (inclusive último dia) o produto não pode apresentar vício. Se apresentar, o consumidor tem o direito de reclamar, que se estende até 30 ou 90 dias após o término da garantia.

Se o fornecedor não dá prazo, então os 30 ou 90 dias correm do dia da aquisição ou término do serviço (2006, p. 550-551).

Ocorre que, para proteger adequadamente o consumidor, é suficiente que seja realizada a contagem do prazo decadencial utilizando-se do critério da vida útil, nesse sentido não temos dúvida em afirmar que a garantia complementar contratual vai até onde prever, ou seja, terminando a garantia contratual o consumidor tem a garantia do prazo legal para apresentar reclamação no caso de produtos ou serviços com vícios.

Independente da existência de qualquer garantia contratual, mesmo a concedida pelo fabricante, que normalmente é correspondente ao prazo de um ano, o consumidor, constatando qualquer vício no produto ou serviço, seja de qualidade ou quantidade, tem direito, conforme sua preferência, a exigir a substituição do produto por outro, a devolução dos valores pagos ou o abatimento proporcional do preço. Todavia, antes do consumidor escolher qualquer das alternativas indicadas, o fornecedor possui prazo de 30 (trinta) dias para sanar o vício, o qual se encontra dentro do período de garantia.

Observamos algumas situações: decorre do disposto no § 3º do art. 18 que afasta a aplicação do prazo, sempre que em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. Em outras palavras, o consumidor pode fazer uso imediato de uma das três opções: troca do bem; devolução do dinheiro ou abatimento proporcional do preço.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

Uma outra situação relativa ao prazo de 30 dias para o reparo do produto, se o mesmo ou outro vício surgir após o conserto, não se aplica mais o prazo.

Passado o prazo de trinta dias, o consumidor pode exigir alternativamente á sua escolha, conforme expresso no art. 18, § 1º, I, II e III do CDC.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III – o abatimento proporcional do preço.

Assim, o fornecedor só tem trinta dias corridos para sanar o vício, não há interrupção para recontagem deste prazo. Ademais, o consumidor não está obrigado a aguardar o prazo se o produto ou serviço for essencial ou se o vício diminuir o valor do produto ou serviço.

Do mesmo modo, o artigo 20 do CDC, relativo a vício do serviço, estabelece três alternativas em favor do consumidor.

Art. 20 O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha;

I – a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III – o abatimento proporcional do preço.

Na situação excepcional da aplicação do prazo de 30 dias, o fornecedor, em razão do direito básico do consumidor, art. 6º, VI, do CDC, possui o dever de indenizar os prejuízos sofridos pelo consumidor, pela privação do uso do produto ou serviço durante o prazo de reparo.

'Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;'

Em termos práticos, existe uma possível alternativa para o fornecedor de evitar-se a posteriori o dever de indenização ao consumidor, entregando outro produto para o consumidor até que seja feito o reparo.

4 – Possibilidade de alteração dos prazos.

O prazo de 30 dias estipulado no art. 18, § 1º do CDC poderá

ser reduzido ou ampliado por convenção das partes, não podendo ser inferior a 7 (sete), nem superior a 180 (cento e oitenta) dias, conforme previsto no § 2º do mesmo artigo.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Difícil de entender porque a norma limitou o prazo de 7 dias o mínimo, não podendo ser de 1 dia ou 24 hora o prazo para efetuar o reparo.

Como bem salienta o eminente Rizzatto Nunes:

[...] Quer dizer, então, que o fornecedor não poderia oferecer um serviço da melhor qualidade possível?

A resposta somente pode ser sim. O fornecedor pode diminuir o prazo oferecido para o saneamento do vício a quanto quiser. (O que não pode é aumentar, como veremos.)

Essa resposta decorre não só da lógica da prática do mercado como da relação coerente com o sistema de proteção ao consumidor. Mas, a par disso, decorre da própria interpretação da norma contida no parágrafo anterior.

Com efeito, o § 1º, como examinado, diz que o fornecedor tem o prazo máximo de 30 dias para efetuar o conserto, sem qualquer outra ressalva, nem indicação ou conexão com o § 2º (NUNES, p.240-241).

Conforme expresso no §1º do art. 18 do CDC, o tempo máximo

para o conserto é de 30 dias, mas nada impede que seja realizado em tempo menor. Ainda, poderá fazer a troca do produto com defeito por outro da mesma espécie, marca e modelo em perfeitas condições de uso, o que leva apenas alguns minutos.

A fim de evitar maiores prejuízos, sendo o bem de extrema necessidade, muitos comerciantes adotam o critério de emprestar outro produto ao consumidor enquanto aguarda o conserto do produto.

Agora vejamos nas palavras de Rizzatto Nunes o problema do prazo ser aumentado:

A norma o permite, infelizmente. Parece que essa norma foi escrita pelos fornecedores e para proteger os mais relapsos e relutantes em oferecer produtos de qualidade e que, após vendê-los, recebendo o dinheiro do consumidor, pretende adiar ao máximo possível seu perfeito funcionamento.

Por essa norma, o tempo para que um produto viciado fosse consertado poderia ser elevado para 180 dias! É algo inimaginável. O consumidor adquire um produto; paga por ele; ele não funciona; tem de ser levado para conserto; quando lá chega, o fornecedor responde: “volte daqui a 6 meses, que o produto estará novinho em folha”. Pareceria brincadeira, se não fosse norma. (NUNES, p. 241)

Para que evite abusos quanto ao prazo para conserto, precisa que a jurisprudência interprete de forma ampla o § 3º do art. 18 do CDC, pois o referido artigo e o ordenamento jurídico não define o que são produtos essenciais.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da

extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º do art. 18, do CDC sempre que, em razão do vício não puder ser desfeito ou não puder trazer o produto ao status quo ante, ou seja, no seu estado normal, ainda poderá fazer o uso das alternativas do § 1º do mesmo artigo em que a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produtos essenciais.

Art 18 [...]

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha;

I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III – o abatimento proporcional do preço.

A hipótese do art. 18, §1º, I, do CDC, quanto a substituição do produto é a mais conveniente e satisfatória para o consumidor em se tratando de bens duráveis, porém a maioria dos consumidores não concordam com prazo de 30 dias da assistência técnica, para que seja feito o reparo do seu produto.

Assim expressa MARQUES:

Por fim, quanto à identificação do fornecedor mais visado pelas reclamações de vícios dos produtos, cabe ainda mencionar que a hipótese do inciso I do § 1.º do art. 18, a da substituição do produto por outro da mesma espécie, parece-nos a que os consumidores mais utilizarão e se voltarão tanto contra o fabricante ou distribuidor quanto contra o seu parceiro contratual, o fornecedor-direto (2004, p. 991).

No caso em que o consumidor deixar de confiar na marca do produto viciado ou o fornecedor não tiver outro para fornecer será feita

à troca por outra espécie, marca ou modelo, mediante complementações ou restituição de eventuais diferenças de preço, sem prejuízo de ressarcimento de perdas e danos ou abatimento proporcional do preço, hipótese prevista no art. 18, § 4º, do CDC.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

COLMATAÇÃO DE LACUNAS PELO PODER JUDICIÁRIO: FUNÇÃO JURISDICIONAL OU LEGISLATIVA

Karina Alves Lemos CHIARATO

Aluna do 2º período diurno do Curso de Direito da UNILAGO

Daniela Maria Alves ALMEIDA

Aluna do 2º 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: O poder judiciário possui como função típica a jurisdicional, a função de solucionar os conflitos de interesse levados a seu conhecimento, assegurando ao titular do direito de ação uma resposta de mérito ao caso em análise. Contudo, o sistema constitucional exige que a resposta proferida pelo juiz seja fundamentado/motivada e o problema se apresenta quando a legislação possui falhas, lacunas ou imperfeições, gerando ao julgador a obrigação de colmata-las. Sendo assim, no momento em que integra a legislação o juiz esta legislando ou exercendo a sua função jurisdicional, visto que esta completando uma norma e impondo sua decisão.

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

1- Sistema Constitucional Brasileiro

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

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

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

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

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

A Constituição, em razão de sua posição hierárquico-normativa superior às outras normas, possui características especiais: a) auto-primazia normativa, b) fonte primária de produção jurídica, c) força

heterodeterminante e d) força normativa (CANOTILHO, 2002).

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

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

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

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

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

se acha presa (BONAVIDES, 2004, p. 95).

Verifica-se, portanto, que o sistema constitucional é aberto, não restrito ao direito constitucional escrito, é expresso por meio de regras jurídicas, mas também por princípios que dão flexibilidade ao constitucionalismo, permitindo a compreensão e adequação das regras aos novos fatos sociais, à evolução e ao desenvolvimento. Para a constituição adquirir eficácia não se deve restringir a um pensamento jurídico rigoroso, mas aproximar-se o quanto mais da realidade social (HESSE, 1991).

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

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

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

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

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

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

Identificar a vontade da constituição é tarefa do hermeneuta que deverá garantir sua eficácia fazendo-a adquirir efetividade, pois:

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

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

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

2- Função Jurisdicional

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

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

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

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

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

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

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

Conclui-se que, o juiz possui obrigação de apresentar uma resposta de mérito a lide que esta sendo apresentada, desde que o autor preencha as condições da ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes. Resposta motivada, ou seja, fundamentada segundo o princípio da constitucional da motivação das decisões judiciais, art. 93 da Constituição Federal de 1988.

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

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

3- O Problemas das Lacunas

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

Torna-se indispensável à identificação considerarmos que

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

Admitindo a existência de lacunas a doutrina apresenta uma classificação em três grupos: lacunas jurídicas, normativas e axiológicas. Sendo a primeira identificada com a existência de falhas constituintes no sistema normativo, dentre essas falhas, ocorrem às ausências de normas sobre um determinado caso, dando origem as lacunas normativas. A segunda, lacunas ontológicas, existirão quando as normas existentes não se adequarem as fatos sociais, devido o progresso e as variações nos relacionamentos. E, por fim a terceira, considerada quando as normas existem não forem consideradas justas, gerando assim, resultados insatisfatórios ou injustos (DINIZ, 2002).

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

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

4- Colmatação de Lacunas

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

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

casos que o progresso trará. (RODRIGUES, 2003, p.20).

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

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

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

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

A ordem jurídica constitucional assegura a completude do ordenamento jurídico, identificando mecanismos eficazes para a solução das lacunas, ou incompletudes quando localizadas pelo interprete/juiz.

Assim, quando a lei for omissa, devera o juiz recorrer a analogia, costumes, princípios gerais de direito, equidade, jurisprudência e a doutrina, dentre outras, como forma de integrar o ordenamento jurídico. Com isso o julgador quando colmata uma lacuna e apresenta solução a um caso concreto que lhe foi apresentado, esta legislando, porem com âmbito delimitado ao caso apresentado.

5- A Aplicabilidade da Colmatação

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

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

Assim, nas indenizações por danos morais, a legislação não previu critérios para fixar o quantum, ficando apenas ao prudente arbítrio do juiz. E para fundamentar tais decisões, o juiz recorre, analogicamente, a outras legislações, como, a Lei de Imprensa, nº 5250/67:

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

- I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;
- II – a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;
- III – a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

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

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

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

Assim, podemos afirmar que esta tarefa conferida ao julgador pela Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, não fere o principio da separação de poderes, visto que nesse momento o juiz esta exercendo uma função atípica, que é a legislativa, porem indispensável a sua função típica que é a jurisdicional. E, mesmo recorrendo as demais

fonte secundárias do direito, não está legislando, visto que a obrigatoriedade da decisão está restrita ao sujeitos do processo e não a toda a coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002.

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

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

_____. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar

Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

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

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

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

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

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

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

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

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

DA INDEPENDÊNCIA PROFISSIONAL NA ADVOCACIA E SUA ÉTICA - Análise da Lei nº 8.906/94

Alessandra Regina FERNANDES

Discente do 10º período diurno do Curso de Direito da UNILAGO

Moacir Venâncio da Silva JUNIOR

Advogado

Especialista em Direito Civil e Processo Civil

Assessor do Conselho de Ética da OAB São José do Rio Preto - SP

Docente do Curso de Administração e Direito da UNILAGO

Resumo: O tema em questão, em primeiro plano, reporta-se ao pleno exercício da advocacia e da respeitabilidade aos princípios éticos e morais elencados e devidamente dispostos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como no Código de Ética e Disciplina. O desempenho do Advogado e a adequação de sua operabilidade no real exercício do Direito, sendo este justo, correto, em suma, imparcial, respeitando a legislação aplicada, os seus clientes, enfim, a sociedade. Por conseguinte, da atuação inerente e independente do profissional do direito, quanto a sua liberdade de atuação.

Palavras-chave: advocacia, ética, moral, independência.

1. Da Ética na Advocacia

Em que pese discutir e discorrer, mais propriamente sobre o tema ora apresentado, qual seja, da independência profissional na advocacia e a ética daquele profissional, apesar de ser um aparente desafio é, na realidade, o resultado concreto de uma pesquisa, e acima de tudo, da atuação e direta deste Causídico, nas instâncias iniciais, onde os embates não ficam exclusivamente na retórica jurídica ou nos discursos filosóficos, mas, principalmente, em um determinado plano onde os homens se observam, se falam e trocam experiências.

Nesse ínterim, o pleno exercício da advocacia é uma fonte inesgotável de desafios, de entendimentos e conhecimentos, e que, inexoravelmente, forçam a adoção de posicionamentos, bem como de convencimentos contrários àqueles que até então estavam postos ou aceitos como verdades consolidadas.

A compreensão do papel do advogado passa necessariamente, em razão dos desafios dos novos tempos sociais e profissionais, pelo conhecimento e compreensão dos fundamentos éticos.

A velocidade das informações no atual patamar de nossa sociedade, que cada vez mais rapidamente se integra, trás consigo, neste movimento global, certas incertezas, certas diversidades de convicções, porque não devaneios, e até interpretações equivocadas e confusas de conceitos e condutas.

A sociedade acadêmica, de forma geral, após os grandes escândalos nacionais e internacionais, ficou visível que a obsessão pela idéia do sucesso e ganhos pessoais, sufocou a consciência ética.

Apesar de persistir o entendimento de que ética não se ensina nas escolas, a preocupação com a formação ética e moral, principalmente a de ordem profissional, não pode e não deve ser negligenciada, mas sim, amplamente buscada no dia a dia.

Nesse diapasão, conceituarmos ética, iremos sobre maneira, chocarmos com idéias de muitos autores, passados pelos conceitos históricos até os mais recentes entendimentos.

Para nós, operadores do Direito, o que seria **o tudo**? Este pode ser lido como felicidade ou como diz o pensador acima citado, **"é viver de acordo com tudo que é bom para o espírito racional"**.

A razão deve dirigir as ações do homem para que a ética vista, neste caso, por Aristóteles, seja plenamente alcançada.

Palavra de origem grega e tendo duas origens possíveis, segundo Moore GE., citado pelo GOLDIN (2000) ETHOS com E curto pode ser lido como costume. ETHOS com E longo é entendido como propriedade de caráter. Esta segunda é que orienta o atual entendimento de ética, no dizer do José Roberto Goldin.

Entretanto, e vale repisar, a compreensão da ética profissional, não pode ser observada e aceita sem o devido estudo da deontologia jurídica, ou seja, o estudo dos deveres profissionais. E, dicitologia, o estudo dos direito profissionais.

Este estudo, quando mais aprofundado, não pode, simultaneamente, afastar-se dos direitos do homem, frente a sua profissão e se assim o fizer, não haverá um crescimento harmônico junto ao caminho escolhido uma vez que o coletivo será abandonado em detrimento às limitações pessoais. Daí afirmar que a conduta ética profissional é, em parte, seifadora da liberdade individual, não é dizer nenhuma heresia, pois a liberdade absoluta não se verga às normas e condutas de ordem ética.

Nesta mesma situação, tais limitações, ou esta aparente falta de liberdade, sob o olhar da ética profissional, coloca o operador do direito, em especialmente o advogado (o que apresentamos no presente trabalho), diante de inúmeras oportunidades para exercitar a moral plena, não só a pessoal ou a de seu cliente, mas também lhe oportunizada a aprimorar e aperfeiçoar a liberdade social em busca de uma justiça íntegra que ao final, é a felicidade social tão almejada e sonhada.

Assim, no aspecto ético (Código de Ética e Disciplina da OAB, publicado em 01 de março de 1995, arts. 1º, 2º, caput, 3º e 5º), para o exercício da advocacia exige-se:

a) Conduta compatível com os preceitos do Código de Ética, com o Estatuto da Advocacia, do Regulamento Geral, dos Provimentos. O que observamos nos tempos atuais é que as Universidades e Faculdades Jurídicas, não destacam a disciplina diretamente à Deontologia Jurídica, contentando-se, unicamente, em ministrar, às pressas, uma mal dada aula do Estatuto;

b) Conduta que coadune com os princípios da moral indi-

vidual, social e profissional. O advogado, com base nos princípios éticos, necessariamente há de ser um:

- Defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social.

- Um profissional (acima dos demais) com plena consciência de que o Direito deve ser um meio de mitigar as desigualdades, com vistas ao encontro de soluções justas.

- Um profissional atento ao fato de que a Lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

c) Em suma, o pleno exercício da advocacia é inconciliável com qualquer procedimento de mercantilização.

Doutos Colegas, no que tange ao Estatuto (arts. 1º, § 3º, 4º, 'caput', e 10, §§ 1º a 3º), podemos assim elencar:

a) É obstado divulgar a advocacia em conjunto com outra atividade. Neste ponto tivemos a oportunidade de observar placas, tais como: "Escritório de Agrimensura e Advocacia", "Imobiliária e Advocacia".

b) Não pode advogar sem estar inscrito na OAB, bem como, não poderá patrocinar mais de cinco causas em outro Estado que não o da sua inscrição, salvo se tiver inscrição suplementar.

c) Em havendo mudança de endereço, o advogado haverá de providenciar a sua transferência de inscrição para a Seção a que ficará vinculado.

Ainda no que tange ao Código de Ética (arts. 1º, parágrafo unico, VIII, §§6º e 7º):

a) Usar de influência indevida a seu favor ou do cliente.

b) Patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atua.

c) Vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso.

d) Emprestar concurso em atividades que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana.

e) Entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o consentimento deste.

f) Expor os fatos em juízo falseando - deliberadamente- a verdade ou estribando-se na má-fé.

g) É defesa qualquer modalidade de inculcação ou captação de clientela, quanto ao oferecimento de serviços profissionais.

Partindo dessa premissa, persiste, de forma solene, os Direitos e Deveres do Advogado, que assim podemos analisar:

IV.1 - Dos direitos (arts. 6º e 7º, da Lei nº 8.906/94):

a) Não há hierarquia entre o advogado e os outros operadores do processo, devendo haver consideração e respeito recíprocos.

Os direitos vêm elencados no art. 7º, assim resumidos:

a) Ter liberdade de exercício profissional. Tendo o causídico que obedecer as duas vertentes: a Lei e à sua Consciência.

b) Inviolabilidade de seu escritório e demais bancos de dados, salvo ordem judicial e acompanhado o seu cumprimento por um representante da OAB.

c) Avistar-se com seu cliente, pessoal e reservadamente.

d) Se advogado for preso em flagrante, tem direito a um representante da OAB, para acompanhar a lavratura do mesmo, se por motivo ligado à sua função.

e) Ingressar livremente nas repartições que o seu mister exigir.

f) Dirigir-se diretamente ao magistrado.

g) Examinar quaisquer processos, mesmo sem procuração, se os mesmos não estiverem acobertados pelo sigilo, assegurada a obtenção de cópias.

h) Recusar-se a depor como testemunha sobre fatos que envolva sigilo profissional.

i) Retirar-se do recinto onde esteja aguardando pregão para ato judicial, após meia hora, se a autoridade que deve presidir a audiência não tiver chegado, mediante comunicação protocolizada em juízo.

j) O advogado tem imunidade profissional, não tipificando delito sua atuação no processo, ou fora dele, mas ligada à causa, podendo sofrer sanções pela OAB quanto à possíveis excessos.

l) Ter direito à uma sala privativa, nos recintos de sua atuação, sob controle da OAB.

m) Direito a desagravo, se ofendido em razão da profissão.

Por conseguinte, quanto aos deveres genéricos do advogado (Código de Ética, art. 1º, parágrafo único, I a VII) podemos assim observar:

a) Preservar a dignidade da profissão, zelando pela sua essencialidade.

b) Atuar com destemor, independência, etc.

c) Velar pela sua reputação pessoal e profissional.

d) Empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional.

e) Estimular a conciliação.

f) aconselhar o cliente em não ingressar com aventura judicial.

g) Contribuir para o aprimoramento das instituições do Direito e das Leis.

Quanto aos deveres específicos do Advogado - Da relação advogado/cliente Código de Ética, arts. 8º a 27):

a) Informar ao cliente sobre eventuais riscos da pretensão aviada em juízo.

b) Extinto o feito, o advogado deverá restituir valores, documentos, etc, do cliente e prestar contas.

c) Jamais aceitar procuração de quem já tenha advogado constituído, sem prévio conhecimento deste, salvo por motivo de urgência ou justo.

d) Não deve abandonar, sem motivo justo, os feitos que lhe foram confiados. Se pretender renunciar ao mandato, com certeza, deverá proceder nos limites estritos da lei processual, jamais deixando o seu ex-cliente ao desamparo.

e) Mandatos judicial ou extrajudicial devem ser outorgados aos advogados individualmente, caso eles integrem sociedade de advogados.

f) Advogados da mesma sociedade profissional não podem pugnar em lides de clientes antagônicos.

g) É direito e dever do advogado assumir a defesa penal, sem considerar a sua opinião sobre a culpa do cliente.

h) O advogado pode exigir do cliente, para aceitar a causa, nela participar sozinho.

i) Não pode funcionar como advogado e preposto, ao mesmo tempo.

j) O sigilo profissional somente será relativizado frente a risco do direito à vida, honra, etc.

k) As confidências (faladas, escritas, etc), reveladas pelo cliente, somente podem ser utilizadas na defesa se aquele consentir.

Nessa seara, a advocacia proporciona, por sua vez, ricas oportunidades de convivência com as mais variadas pessoas, como clientes, empregadores, superiores, serventuários, colegas advogados, juízes, promotores, e esta convivência, além de harmônica e respeitosa, **deve este pautar-se pela ética, pela independência e pela liberdade técnica-profissional.**

Contudo, e se faz necessário refrisar, que jamais o advogado deve esquecer que a sua atuação pode, por vezes, desagradar uns e agradar outros. Estes atritos, contudo, não podem e nem devem inibir a atuação do advogado, pois a maior preocupação deve ser a de cumprir o dever profissional e social, nos limites da lei, em busca do bem estar social e da plena justiça.

2. Do Advogado Empregado – Independência Profissional

Como tema proposto, passamos no presente momento, a discorrer sobre essa possibilidade de atuação do profissional, e sendo assim, após a edição da Lei 8.906/94, que em seu bojo já detectava um novo profissional, ou seja, está a profissão, ao ponto de vista já generalizado, deixando de ser, por excelência, a do profissional autônomo, liberal, para ser uma profissão que passou a ser a de empregado.

A nova realidade do mercado de trabalho levou a Ordem dos Advogados do Brasil, a tratar do assunto de modo diversificado e independente do texto legal jamais tem se afastado de uma dos basilares princípios da profissão que é a independência.

Assim, esta nova realidade e categoria profissional – por assim

dizendo, trouxe ao mundo da advocacia a figura do empregador (que também pode ser um advogado ou ainda uma sociedade de advogados) e a figura do advogado empregado, ficando esta relação de trabalho estritamente sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho.

Reveste-se agora, a contratualidade, com a prestação de serviços continuados, com o pagamento regular, apresentação da carteira de trabalho e todos e demais obrigações decorrentes deste tipo contrato.

A independência profissional e a sua isenção técnica, impedem que este advogado empregado se submeta, incondicionalmente, as ordens e a subordinação do advogado empregador.

Trata-se de um contrato diferenciado e que por isso, não pode se afastá-lo do artigo 18 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que diz: “a relação de emprego na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia”.

Por outro lado, o Código de Ética obriga este advogado a procurar e preservar a sua liberdade de independência, quando diz:

Art. 4. O advogado vinculado à cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviço, integrante de departamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência.

Parágrafo único. É legítima a recusa, pelo advogado, do patrocínio de pretensão concernente a lei ou direito que também lhe seja aplicável, ou contrarie expressa orientação sua, manifestada anteriormente.

Indo além, na árdua militância diária, este profissional empregado enfrenta, na verdade, situações que vêm colocar em choque estes princípios. Como, sem criar atritos, dizer ao empregador que não irá patrocinar as causas particulares deste, ou que as suas convicções pessoais e técnicas não lhe permitem o patrocínio de determinada demanda exigida pelo seu patrão?

Assim, e neste momento é que o conhecimento da eticidade profissional e seus fundamentos, aliados a uma personalidade bem

formada e amparado nos preceitos éticos, devem sobrepor-se de modo que possa estabelecer, sem conflitos maiores, os limites da sua atuação profissional, na qualidade de advogado empregado que é.

Por força do contrato de trabalho, referido profissional tem a seu favor as garantias constitucionais, como direito ao salário mínimo profissional, jornada de trabalho, pagamento de horas extras e todos os demais direitos previstos àqueles que se acham sob o manto da Consolidação das Leis do Trabalho.

Aspecto relevante que não deve ser omitido nesta relação é a questão dos honorários de sucumbência, ou seja, aqueles honorários devidos pelo vencido (art. 21 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e art. 14 do Regulamento Geral do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que devem ser revertidos integralmente ao advogado ou ao grupo de advogados, sem distinção ou favorecimento de quem quer que seja, (art. 22 a 26 do EOAB), como regra geral.

E por finalizar, e também como consequência desta figura contratual, ganharam espaços os sindicatos dos advogados empregados, abrindo assim mais um caminho no já confuso e ultrapassado sistema sindical brasileiro, transferindo a estes, parte do trato dos interesses trabalhistas, independentemente daquilo que acha-se previsto no art. 44, II do EOAB exigindo, desta forma, a coexistência entre a OAB e as entidades sindicais

Considerações Finais

Partindo da premissa da evolução da sociedade, no exato momento em que por força das transformações da informação, o mundo é quase que instantâneo, as instituições, de modo geral, também se vêem forçadas a rever posições e conceitos.

Logo, o profissional do direito, classificado como advogado, também não pode ficar a margem destas mudanças e necessariamente está forçado à tomada de novas posições e com isso vê-se na obrigatoriedade de ultrapassar tradicionais concepções tidas até então como óbvias e quase dogmáticas.

A busca de um sucesso rápido, glorioso, muitas vezes condi-

cionada a realização financeira a qualquer custo, tem criado equívocos de condutas. Estas por sua vez têm influenciado de maneira negativa, tanto na formação como no desempenho profissional que passou a ter uma imagem desacreditada do advogado junto à sociedade.

Cabe, sem qualquer dúvida, rever alguns conceitos, tanto de ordem moral como éticas na formação dos novos profissionais e operadores do direito. É sabido, por outro lado que comportamento ético não se adquire só nos bancos escolares e sem dúvida é algo muito, além disso, que, porém, não pode servir de escape e deixar que a formação acadêmica seja ignorada.

Necessária também uma reflexão sobre a formação deste profissional, que dentro da sociedade tem a obrigação de ser bem sucedido para ser reconhecido, decorrente da formação tradicional e dado à influência do sistema norte-americano de conduta moral. É grande o desafio, tanto dos estudantes e principalmente dos profissionais, que no caso em estudo, detém-se na profissão do advogado, para atentar para o desafio dos novos tempos, quando, principalmente em nosso mundo ocidental, valores tradicionais, em nome do progresso e da modernidade estão sendo esquecidos e desvirtuados.

A todos necessária e fundamental participação, para as mudanças exigidas nos atuais quadros para alcançar em futuro próximo, equilíbrio necessário e indispensável que dê ao ser humano o seu lugar destacado na cadeia da evolução social.

Nesse contexto, e diante das argumentações expostas resta a nós avivar a alma dos colegas para que tenham a consciência que exercemos um múnus público indispensável para a administração da justiça de tamanha importância e responsabilidade que até mesmo nosso desvio moral impede o exercício de nossa profissão conforme prevê o inciso XXVII do artigo 34 EAOAB e, por fim, fazer um último e tripartite pedido àqueles que detém a capacidade técnica e operacional, galgada após vários anos de estudo junto aos bancos acadêmicos:

Aos nobres e doutos colegas que exercem e que virão a exercer a advocacia para, que trilhem o caminho da honestidade, moralidade e respeito as normas ético-legais; a Ordem dos Advogados do Brasil, para continuar e intensificar o trabalho de fiscalização e punição dos advogados

que denigrem e mancham nossa profissão e, por fim, a sociedade que condene esses profissionais não mais se utilizando de seus serviços nessas condições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B.. **Curso de ética jurídica:ética geral profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Elementos do direito: ética profissional**. Premier, 2007

MAMEDE, Gladston. **Fundamentos da legislação do advogado**. São Paulo: Atlas, 2002.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SOUSA SILVA, José Carlos. **Ética na advocacia**. Sergio Antonio Fabris, 2000.

DO ERRO MÉDICO

Jesus GRECCO

Advogado,

Especialista em Direito Penal e Processual Penal

Mestre em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Antonio Dozinete de OLIVEIRA

Discente do 10º período do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: embora a ciência médica tenha evoluído consideravelmente, tanto no campo do diagnóstico quanto da medicina curativa, com o desenvolvimento de aparelhos e de alta tecnologia, paira sobre ela uma aura de romantismo, na qual o médico ainda é visto como um sacerdote, agraciado com o dom da perfeição. A figura do médico sempre foi vista como alguém que não podia ser responsabilizado por qualquer de seus atos, uma vez que, sua função era revestida de caráter religioso, dando-se a Deus tudo o que se referia à saúde e à morte. O médico era visto como um amigo e conselheiro da família, daí porque não se duvidar dos seus serviços prestados. Assim, caso ocorra algum erro durante um tratamento ou cirurgia, seja por imperícia, negligência ou imprudência, é dever desse profissional indenizar a vítima ou a sua família, quando ocorre o evento morte ou lesão grave, além de responder criminalmente por estes crimes.

Palavras-chave: medico; erro; diagnostico.

1.1 Conceito jurídico

Por ser um tema bastante controvertido no meio jurídico, no qual muitos estudiosos empregam esforços para a sua correta definição, o erro médico apresenta-se aos operadores do direito não somente como uma realidade de difícil definição, mas, ao mesmo tempo, como um fato que para ser provado requer uma difícil empreitada.

No vernáculo, o vocábulo erro apresenta grande sinonímia, a saber: “1. Ato ou efeito de errar. 2. Conceito errado ou juízo falso. 3. Incorreção. 4. Culpa, falta”.¹

Conforme lição de Júlio César Meirelles Gomes:

Erro médico é a conduta inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir dano à vida ou agravo à saúde de outrem, mediante imperícia, imprudência ou negligência. Erro do médico sugere qualquer desvio do médico das normas de conduta dentro ou fora da medicina, com dano ou sem ele. Não há erro médico sem dano ou agravo à saúde de terceiros. Isto é definitivo.²

Genival Veloso de França, define o erro médico como “uma forma atípica e inadequada de conduta profissional que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente”.³

Hildegard Taggesell Giostri define erro médico como sendo “[...] uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”.⁴

Temos que o erro médico é a falha do médico no exercício da profissão por inobservância de alguma norma. Do ponto de vista médico, pode-se dizer que o erro médico:

É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da língua portuguesa**, p. 217.

2 GOMES, Julio César Meirelles. **Erro médico**, p. 27.

3 FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**, p. 245.

4 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**, p. 156.

faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior.⁵

A conduta do médico profissional que gera a responsabilidade cível ou penal consiste em uma ação ou omissão culposas.

Para que se configure o erro médico, há que se que confrontar o ato realizado com as condutas recomendáveis pela literatura médica, a fim de se averiguar se houve ou não o perfeito enquadramento do primeiro às segundas. De acordo com Miguel Kfoury Neto, “rotineiramente, utilizam-se três autores consagrados. Se a técnica utilizada pelo médico foi semelhante à preconizada nos compêndios, não houve transgressão de normas técnicas; se for diferente, e o mau resultado decorreu dessa técnica, houve transgressão [...]”.⁶

Com base no escólio de Aníbal Bruno, Delton Croce e Delton Croce Júnior lecionam que o erro profissional ou escusável:

Não é devido à falta de observação das regras e princípios que a ciência sugere, e sim devido à imperfeição da Medicina – arte despida de precisão matemática – e à precariedade dos conhecimentos humanos: há erro escusável, e não imperícia, sempre que o profissional, empregando correta e oportunamente os conhecimentos e regras de sua ciência, chega a uma conclusão falsa, ainda que daí advenha um resultado de dano ou de perigo [...]. A não ser que se trate, evidentemente, de erro grosseiro.⁷

“Todavia, há que se considerar, desta forma, que o erro médico pode ser escusável ou não, o que pode, respectivamente, isentar ou gerar a responsabilidade civil ou penal”.⁸

Sobre a escusabilidade do erro, Orlando Gomes entende que:

O erro deve ser essencial e escusável [...] um erro inescusável seria equivalente à má-fé. Grande parte da doutrina

5 CRM – Conselho Regional de Medicina. **O erro médico**, p. 2.

6 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**, p. 73.

7 CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**, p. 24-25.

8 CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **Erro médico: responsabilidade civil médica em cirurgia plástica**, p. 35.

não considera a escusabilidade um requisito configurativo do erro, mas se procura justificá-la modernamente à proteção da confiança. A tutela da declarante deve ser restrita às hipóteses em que a falsa representação possa ser feita por uma pessoa de normal diligência.⁹

Assim sendo, segundo Delton Croce e Delton Croce Júnior, o erro escusável deve apresentar os seguintes elementos:

1. Que o médico assistente não se tenha havido com culpa em qualquer modalidade: negligência, imprudência, imperícia;
2. Que a má resultância seja conseqüente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico;
3. Que no estabelecimento desse diagnóstico tenham oportunamente sido utilizados meios e métodos amiudadamente empregados;
4. Que a terapia clínica e/ou cirúrgica seja habitualmente utilizada para o diagnóstico formulado;
5. Que o evoluir do caso tenha-se processado dentro das expectativas.¹⁰

Como exemplo de erro profissional ou escusável, pode-se citar a morte de parturiente em decorrência de acontecimento casual, fortuito, imprevisto, em anestesia geral ou em anestesia peridural, considerado inevitável pela literatura médica.

Há uma corrente doutrinária, liderada por Klotz, que entende que os erros médicos têm uma função de estímulo à pesquisa, as quais visam evitar que os mesmos se repitam no futuro, impedindo, deste modo, o que ele denomina de analgesia da rotina, mal que afeta a todos os profissionais médicos. Assim sendo, os erros levariam os profissionais a questionar as técnicas então existentes, muitas vezes consolidadas pelo costume, não obstante não serem benéficas, levando, dessa forma, ao aperfeiçoamento da ciência, o que sempre seria algo proveitoso.¹¹

No entanto, pela simples razão de o médico ter um diploma,

9 GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, p. 417.

10 CROCE, D.; CROCE JUNIOR, D. **Obra citada**, p. 25.

11 FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Responsabilidade civil dos médicos**, p. 116.

não é eximido do seu estado de falibilidade e os tribunais não são leigos nem incompetentes para julgar as falhas médicas, pois, quando os juizes as avaliam, manifestam-se depois de ouvirem os próprios médicos, os peritos, que são na verdade, os olhos da lei.¹²

De acordo com Delton Croce e Delton Croce Júnior:

Há um salutar princípio jurídico que, objetivando resguardar os interesses, os direitos e as obrigações do homem no seio da sociedade, estabelece a todo indivíduo mentalmente sadio e capaz a obrigação de responder por prejuízos cometidos a outrem, por meio de dolo ou da atuação negligente, imperita ou imprudente [...].¹³

Acerca da responsabilidade dos profissionais citados, Celso Beviláqua leciona que:

[...] o direito exige que esses profissionais exerçam sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e dos fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem; e esse dever de possuir sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a Lei, repressiva, lhe pune as infrações.¹⁴

Compete saber, conforme ensina Delton Croce e Delton Croce Júnior, que:

Para que o médico seja chamado à responsabilidade, civil ou criminal, é necessário que o dano ou prejuízo tenha advindo exclusivamente por culpa, ou seja, por negligência, imperícia ou imprudência, e não por dolo, que é a direta intenção de produzir o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, posto que, nesse caso, responderá ele fora

12 ZAMPIERI JÚNIOR, Sidney; ZAMPIERI, Alessandra Moreira. **Erro médico: semiologia e implicações legais**, p. 4.

13 CROCE, D.; CROCE JUNIOR, D. **Obra citada**, p. 2.

14 BEVILÁQUA, Celso. **Direito das obrigações**, p. 45.

de sua profissão, como qualquer cidadão seja qual for a natureza de seu mister.¹⁵

Genival Veloso de França adverte da necessidade de se distinguir o erro médico do acidente imprevisível e do resultado incontrollável. O autor ensina que:

O erro médico, no campo da responsabilidade, pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. É estritamente pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também o erro médico ser procedente de falhas estruturais, quando os meios ou condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória. No acidente imprevisível há um resultado lesivo, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente durante o ato médico ou em face dele, porém incapaz de ser previsto e evitado, não só pelo autor, mas por outro qualquer em seu lugar. Por outro lado, o resultado incontrollável é aquele decorrente de situação incontrollável, uma situação grave, ou seja, aquele resultado danoso proveniente de sua própria evolução em que as condições atuais não oferecem solução. Por isso o médico assume um compromisso de prestar meios adequados, de agir com diligência e de usar todos seus conhecimentos na busca de um êxito favorável, o qual nem sempre é certo. Assim nem todo mau resultado é um erro médico.¹⁶

Quando o erro médico for abordado do ponto de vista moral, ainda segundo Genival Veloso de França:

A responsabilidade é da competência dos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs), através de processos ético-disciplinares, segundo estipulam o art. 21 e seu parágrafo único da Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958.¹⁷

15 CROCE, D.; CROCE JUNIOR, D. **Obra citada**, p. 3.

16 FRANÇA, G. V. de. **Obra citada**, p. 21.

17 FRANÇA, G. V. de. **Idem**, p. 15.

Os processos ético-profissionais são os instrumentos de que dispõem os Conselhos Regionais de Medicina para punir moral e administrativamente os seus jurisdicionados, ainda que estes já estejam respondendo ou já tenham sofrido uma sanção civil pela condenação à reparação do dano causado ou da sanção penal via ação criminal regularmente instaurada e na qual venham a ser julgados culpados.

1.2 Tipos específicos de erro médico

Feitas as considerações iniciais acerca do tema em comento, passar-se-á, neste momento, a tratar sobre os tipos específicos de erro médico, a saber: erro de diagnóstico; erro de tratamento e erro do paciente.

1.2.1 Erro de diagnóstico

Os diagnósticos clínicos, de uma maneira geral, apresentam uma clara fragilidade no que tange à sua segurança, pois até hoje são desconhecidas as causas de um terço das doenças já catalogadas. Por esta razão, um diagnóstico para ser exato tem que ser genérico. Entretanto, mesmo não dispondo de uma certeza frente à etiologia da doença apresentada pelo paciente e, portanto, trabalhando com probabilidades, o médico não pode incorrer em erro de conduta.¹⁸

Segundo Miguel Kfoury Neto:

Diagnóstico consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente. Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado.¹⁹

Tal juízo, segundo o mesmo autor, deve ser precedido de algumas providências, reunidas em dois grupos e sem as quais não há

¹⁸ MORAES, Irani Novah. **Erro médico e justiça**, p. 203.

¹⁹ KFOURI NETO, M. **Obra citada**, p. 74.

que se falar em certeza diagnóstica, quais sejam:

a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença - e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela Ciência Médica.²⁰

Tecnicamente falando, diagnosticar é identificar e determinar a doença que o paciente possui. O adequado tratamento à moléstia que sofre o doente depende de um correto diagnóstico. Não obstante, o erro não intencional pode ocorrer durante o processo de elaboração diagnóstica ou na fase terapêutica.

A etapa diagnóstica pode ser dividida em três etapas: a primeira é a obtenção da história clínica; a segunda é a observação dos sinais do exame físico; e a terceira é a análise dos exames complementares. Assim, havendo erro no diagnóstico, a cura do paciente fica comprometida, podendo, conforme o caso, gerar danos irreversíveis ao mesmo.

O ato de diagnosticar não se configura em uma operação com precisão matemática. Por tal motivo, é de extrema dificuldade a avaliação da ocorrência de erro, posto adentrar em campo estritamente técnico, que sofre influência de diversos fatores, tais como os meios de que dispõe o facultativo para a análise do enfermo, as peculiaridades que envolvem cada paciente - posto que há inegáveis diferenças entre os seres humanos do ponto de vista orgânico, as quais podem influenciar na cura, como a reação a determinados medicamentos, a capacidade de convalescer de cada um, dentre outros -, bem como a própria fase evolutiva em que se encontra a ciência - haja vista existirem doenças que a ciência médica sequer pode, atualmente, identificar com precisão todos os seus sintomas. Isto, com certeza, dificulta enormemente a apreciação judicial, porque não se pode admitir em termos absolutos a infabilidade médica.²¹

20 KFOURI NETO, M. *Idem*, *ibidem*.

21 KFOURI NETO, M. *Obra citada*, p. 74-75.

Deste modo, Miguel Kfoury Neto conclui que erro de diagnóstico:

Caracteriza-se pela eleição do tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, com resultado danoso ao mesmo. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja por completo grosseiro. Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado.²²

Portanto, se o erro for grosseiro ou, se em virtude da alta especialidade do médico for dele esperado o conhecimento de determinada moléstia, deverá o mesmo ser responsabilizado pelo diagnóstico falho, o qual pode conduzir à não identificação da doença ou à identificação de doença inexistente ou distinta da existente.

Conforme Rui Stoco, “o erro de diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro”.²³

1.2.2 Erro do tratamento

O tratamento tem início após o diagnóstico, posto que é neste que a doença é identificada e determinada.

Consiste o tratamento na fase em que o médico utiliza-se dos meios a sua disposição “para conservar a vida, melhorar a saúde ou aliviar a dor”,²⁴ devendo ser redobradas a prudência e a assistência para com o enfermo, já que é nesse momento em que são realizadas as intervenções sobre o próprio corpo do paciente, seja através de cirurgias, seja por meio de medicamentos.

Para Francisco Carlos Távora de Albuquerque Caixeta:

O erro no tratamento sobrevirá tanto de forma direta, como o erro na execução de uma cirurgia, por exemplo, como também de maneira indireta, como é o caso das infecções

22 KFOURI NETO, M. *Idem*, p. 75.

23 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 409.

24 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 297.

hospitalares, provocadas por problemas com higiene e/ou descuido na utilização dos equipamentos.²⁵

De acordo com Luiz Augusto Coutinho, neste momento “[...] a imperícia ou imprudência podem ocorrer na escolha de uma terapêutica inadequada, como, por exemplo, o equívoco na prescrição de remédios, ou até mesmo a imprecisão no procedimento cirúrgico”.²⁶

A relação entre médico e paciente se faz pela obrigação de dar a este um tratamento adequado, ou seja, um tratamento de acordo com as condições específicas e circunstanciais de cada caso, além da obrigação de diligência, comum ao profissional da medicina. Nesse sentido, Francisco Carlos Távora de Albuquerque Caixeta aponta que:

O tratamento é a fase em que a perícia médica deve ser avaliada de forma objetiva, uma vez que, se o diagnóstico muitas vezes não pode ser perfeito pelo insuficiente grau de desenvolvimento da medicina, na fase de tratamento o facultativo tem o dever de observar constantemente como o paciente reage à intervenção médica, podendo comprovar que seu diagnóstico foi ou não correto, face à recuperação ou piora do estado de saúde do enfermo. Uma vez comprovado o erro profissional, seja de diagnóstico ou de tratamento, e se o mesmo acarretou ao paciente alguma espécie de dano, a responsabilidade civil do médico torna-se certa, cabendo ao doente ou aos seus familiares, se for o caso, pleitear judicialmente a reparação que o direito lhes assegura.²⁷

1.2.3 Erro imaginário do paciente

Vale ressaltar ainda a diferença entre o erro médico do resultado não satisfatório na concepção do paciente. Este é o denominado erro imaginário, ou seja, erro de interpretação ou erro do próprio paciente, vez que o erro médico é aquele que decorre de imperícia, imprudência

25 CAIXETA, F. C. T. de A. **Obra citada**, p. 36.

26 COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade penal do médico**, p. 64.

27 CAIXETA, F. C. T. de A. **Obra citada**, p. 36.

e negligência.

De acordo com Hildegard Taggesell Giostri:

Há, da parte do paciente, uma expectativa bastante grande em relação ao trabalho de seu médico, haja vista que ele está a laborar no que lhe é mais precioso: a sua vida e a sua saúde. Importa salientar, porém, [...], que freqüentemente o paciente confunde a não realização de suas expectativas com um erro médico, sendo que “uma grande parte dos casos tidos pelos pacientes ou familiares como erro, decorre da incompreensão sobre o que lhe foi dito, ou do que não foi adequadamente entendido”. [...] o relacionamento entre médico e paciente não foge das dificuldades normais do conviver, onde cada um imagina a si próprio de uma certa maneira, que é diferente daquela que realmente é, sendo também diversa da que o outro o imagina.²⁸

No erro imaginário o paciente não se conforma com o resultado, pois ao seu ver, tinha que ficar perfeito, do jeito que imaginava. É um inconformismo que não se funda na realidade. Nesse sentido, Irany Novah Moraes aponta que o malogro de resultado, às vezes atribuído como culpa do médico, decorre do inconformismo do paciente com a realidade e a limitação da medicina. O paciente, tendo em vista suas expectativas, tende a fantasiar um resultado e se o resultado não é obtido ele se sente frustrado. Quando os resultados não correspondem às expectativas do paciente, este fica cheio de dúvidas. O autor denomina, assim, de erro imaginário aquele que é atribuído equivocadamente ao médico, quando na realidade não é sequer erro.²⁹

Dos pacientes que buscam a perfeição no seu corpo, pode-se verificar que se encontram as pessoas com tendência a não aceitação do resultado de uma cirurgia plástica. Sendo assim, dentro deste grupo é que se encontram a maioria dos pacientes que se sentem vítimas de erro médico, sem o ser na verdade, pois são vítimas de sua própria mente que projeta um erro num resultado cirúrgico.

Nesse sentido, válida é a lição de Edmundo Machado Ferraz, ao dizer que:

28 GIOSTRI, H. T. *Obra citada*, p. 125.

29 MORAES, I. N. *Obra citada*, p. 485.

Quando um tratamento médico ou uma cirurgia realizada em um paciente não apresenta bons resultados é freqüente a dúvida seguida da indagação do paciente ou de sua família se o insucesso foi um mau resultado do procedimento ou decorrente de um erro médico. O tratamento médico, particularmente o cirúrgico não é isento de risco. Qualquer cirurgia realizada em um paciente tem um componente de risco, inclusive a cirurgia estética que tem um agravante de ser realizada em pessoa normal, que não é portadora de doença. O risco pode ser de mortalidade e/ou de morbidade, ou seja, complicações inerentes ao procedimento que podem ser classificadas em leves, moderadas ou graves quando importam em risco de vida do paciente. As complicações podem ainda ser consideradas como precoces ou tardias, independente de sua gravidade. Consideram-se complicações imediatas as que ocorrem até 30 dias do tratamento cirúrgico, mesmo que o paciente esteja em sua residência, e as tardias após esse prazo.³⁰

CONCLUSÃO

Por último, há que ser levado em consideração a importância dos dados fornecidos pelo cliente ao seu médico, no momento da anamnese, ou seja, do relato histórico de suas queixas. Se o diagnóstico consiste na emissão de um juízo acerca do estado do paciente, depois de efetuadas todas as avaliações, cumpre salientar que a primeira e importantíssima fase dessa avaliação se inicia com base nas informações dadas pelo paciente, o que vai determinar não só a medicação a ser prescrita, como os exames laboratoriais a serem pedidos, bem assim todo o procedimento do profissional a partir de então.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUIA, Celso. **Direito das obrigações**. 9 ed. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1957.

30 FERRAZ, Edmundo Machado. *Complicação ou erro médico*, p. 205

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **Erro médico: responsabilidade civil médica em cirurgia plástica**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4490>>. Acesso em: 16 out. 2007.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Responsabilidade penal do médico**. Curitiba: Juruá, 2006.

CRM – Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina. **O erro médico**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmsc/manual/parte3d.htm>>. Acesso em: 15 set. 2007.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERRAZ, Edmundo Machado. **Complicação ou erro médico?** Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões. Rio de Janeiro, v. 33, n. 4, p. 205-206, jul./ago. 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Responsabilidade civil dos médicos**. Ajuris, Porto Alegre, v. 55, p. 116-139, 1992.

FRANÇA, Genival Veloso de. **A perícia do erro médico**. Disponível em: <http://www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_10.htm>. Acesso em: 15 ago. 2007.

_____. **Anestesia: obrigação de meio ou de resultados?** Disponível em: <http://www.ibemol.com.br/sodime/artigos/obrigacao_meio_resultado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2007.

_____. **Comentários ao código de ética médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1994.

- _____. **Direito médico**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2007.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MORAES, Irani Novah. **Erro médico e justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e a interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAMPIERI JÚNIOR, Sidney; ZAMPIERI, Alessandra Moreira. **Erro médico: semiologia e implicações legais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1866>>. Acesso em: 16 set. 2007.

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

Márcia Maria MENIN

Advogada

Mestranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP - Universidade de São Paulo

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

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

Palavras-chave: nome, identidade.

1. A Decisão Judicial

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

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

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

2. O Sexo e a Identidade Sexual

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

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

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

elementos.

Roberto Farina, brilhantemente citado por Elimar Szaniawski¹, ensina:

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

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

O perfeito equilíbrio entre todos esses elementos acarreta um indivíduo com impulso sexual relativo ao seu sexo oposto. Nos dizeres de Farina:² “num indivíduo tido como protótipo de normalidade, existe um sincronismo perfeito das características tanto orgânicas como psicológicas de per si, como ainda no confronto delas entre si”.

2.1. Do sexo genético

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

2.1.1 Do sexo cromossômico

O sexo cromossômico determina se o indivíduo será do sexo masculino ou feminino por meio dos dois cromossomos que são determinantes da sexualidade: o cromossomo X – este poderá ser

1 SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33-34.

2 FARINA, Roberto. **Transexualismo; do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias**. São Paulo: Novolunar, 1982, p. 22.

proveniente do homem ou da mulher, já que o espermatozóide possui combinação cromossômica X e Y – e o cromossomo Y – este apenas pode ser proveniente do homem, pois os óvulos possuem a combinação cromossômica X e X.

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

2.1.2. Do sexo cromatínico

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

2.2. Do sexo endócrino

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

2.2.1. Do sexo gonadal

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

2.2.2. Do sexo extragonadal

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

2.3. Do sexo morfológico

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

2.4. Do sexo psíquico

Na definição de Matilde Josefina Sutter³,

o sexo psíquico consiste em uma série de características que poderiam ser descritas como a reação psicológica do indivíduo frente a determinados estímulos. Reação esta diferente em razão do sexo ao qual pertence, sendo que, de um modo geral, indivíduos de um mesmo sexo apresentam reação semelhante.

Odon Maranhão⁴ demonstra qual é o funcionamento do sexo psicológico em alguns indivíduos:

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

2.5. Do sexo civil

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

3. O CONCEITO DE TRANSEXUAL

H. Benjamim,⁵ o criador de tal nomenclatura no campo da Medicina, caracterizou o transexual como um “hermafrodita-psíquico”.

Para Aracy Klabin,⁶

3 SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo – Aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 43

4 RAMOS, Odon. Maranhão. *Manual de sexologia médico-legal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 105.

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

6 *Transexualismo*, cit., p. 27.

o transexual é um indivíduo anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Esta crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao “verdadeiro” sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

Elimar Szaniawski⁷ cita como sendo de sua preferência a definição de J. Penneau: “transexualismo é o sentimento experimentado por um indivíduo de pertencer ao sexo oposto, com o desejo intenso e obcedante de mudar de estado sexual, inclusive anatomicamente, para viver sob uma aparência conforme a idéia que faz de si mesmo”.

Merece especial destaque o conceito de Veiga de Carvalho em trabalho desenvolvido por Matilde Josefina Sutter.⁸ Aquele autor conceitua de maneira objetiva, e ao mesmo tempo completa, o indivíduo transexual:

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

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

4. Algumas Peculiaridades Relativas ao Indivíduo Transexual

A maioria dos especialistas em identidade sexual afirmam que os traços de transexualismo começam a surgir na infância, por volta dos

⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, cit., p. 51.

⁸ Sutter, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo : aspectos médico-legais.*, cit., p. 107

dois anos de idade. É a partir deste momento que a criança começa a demonstrar socialmente a sua identidade sexual: as brincadeiras, bem como o tipo de vestimenta, são protótipos do sexo oposto à sua realidade física.

Porém, é somente na adolescência que o transexual terá consciência de sua condição de pessoa diferente do comportamento da maioria heterossexual, o que o leva a deprimir-se e a não aceitar que possui um corpo motivo de tão profundo sofrimento. Começa a fazer uso de hormônios para a inversão de suas características físicas para as do sexo oposto ao seu, o que causa visível diminuição das pilosidades, aumento dos seios e aparecimento de gorduras localizadas.⁹

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

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

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

5. A Cirurgia de Transgenitalização

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

9 O presente trabalho refere-se apenas aos transexuais masculinos, dado que estudos da área científica comprovam que 95% dos transexuais são homens.

10 A Resolução n. 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina estendeu a possibilidade para realização da cirurgia em hospitais particulares, obedecendo aos mesmos requisitos exigidos e com acompanhamento de equipe multidisciplinar.

equilíbrio emocional voltadas à aceitação de sua condição sexual.

A cirurgia de transgenitalização, portanto, mostra-se como único método terapêutico capaz de inserir o transexual dentro do seu tão sonhado sexo real. O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 1.482/97, autorizou a realização da cirurgia em hospitais públicos¹⁰ sob caráter experimental, devendo o paciente submeter-se a rigorosa seleção realizada por equipe multidisciplinar para que fique claro tratar-se de transexual primário, impondo ainda a maioria do candidato e seu livre consentimento.

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

6. O Direito à Retificação do Registro Civil

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

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

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

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

Art. 129. [...]

Exclusão do crime

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

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

§ 1o. Quando for evidente erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como sua mudança, mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55 se o oficial não houver impugnado¹¹.

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

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

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

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

Houve ainda um acréscimo do § 4o feito pela Comissão de

11 O art. 58 da Lei de Registros Públicos teve nova redação dada pela Lei n. 9.708/98, o qual alterou essa antiga disposição.

12 Realmente, o Projeto de Lei n. 70-B/95, não resolve a questão dos direitos do transexual de maneira integral, omitindo-se, não raras vezes, com relação a algumas questões; entre elas, a necessidade ou não de autorização judicial para o procedimento cirúrgico, o estado civil do transexual candidato a cirurgia, bem como a ausência de expressa menção de que o tal projeto é específico para os casos de transexualismo.

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

Salvo exceções relativas a algumas omissões deixadas pelo projeto,¹² se com essa estrutura for transformado em lei, certamente retirará do transexual a marca que o perseguiria por toda sua existência, o que lhe possibilitará uma nova vida, com preservação do direito à intimidade e à privacidade que possui como cidadão, à semelhança de todos os demais membros da sociedade.

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

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

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

6.2.1. A imutabilidade do prenome

Alguns autores defendem a imutabilidade do prenome para os casos de transexuais redesignados, sob o fundamento de que o registro civil é fonte de prova fidedigna do estado de pessoa, e sua modificação importará em inverdade, descaracterizando-o de seu objetivo. Faz parte desse rol Luiz Flávio Borges D’Urso,¹³ o qual argumenta:

a determinação do sexo, como vimos, deve ser feita no momento do nascimento, por meio do registro civil, que é, segundo a melhor definição de registro, um conjunto de atos

13 D’URSO, Luiz Flávio Borges. O transexual, a cirurgia e o registro. Revista Jurídica. São Paulo, n. 229, p.90-95, novembro, 1996, p.23.

autênticos, tendentes a ministrar prova segura e certa do estado das pessoas; ele fornece meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhe é imanente, segundo Washington de Barros Monteiro.

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

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

O referido artigo poderá ser invocado para efetiva comprovação de que, pelo fato de o transexual carregar publicamente consigo o nome condizente com sua aparência física feminina, deverá ter seu registro civil alterado. Merecem atenção as palavras de Euclides de Oliveira:¹⁴

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

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

Essa também foi a opinião do legislador que dispôs no art. 17

14 OLIVERIA, Euclides de. **Direito ao nome**. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, n.11, p. 190-209, jan.-jun., 2003, p.202

15 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil. Parte geral: direito de família**. São Paulo: Saraiva, v.1, 1996, p. 85

do novo Código Civil: “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”.

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

O nome, a identidade sexual e a identidade pessoal são atributos dos direitos da personalidade, os quais são inerentes à pessoa humana, pois, sem eles, seria impossível a qualquer indivíduo manter uma existência digna. Conforme ensinamentos de Sílvio Rodrigues:¹⁵

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

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

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

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

6.2.2. O induzimento de terceiros em erro

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

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

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

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

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

O transexual não é portador de nenhuma doença mental, o seu

16 Nesse sentido, consta do preâmbulo da Carta Magna brasileira: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...”.

comportamento não é bizarro nem ao menos destoante dos indivíduos heterossexuais; sendo assim não poderia, em hipótese alguma, ser colocado à margem da sociedade como um ser que não tem condições de pertencer a ela de acordo com sua real identidade. Deve-se promover o bem-estar do transexual redesignado, colocando-o em pé de igualdade com os demais indivíduos, o que demonstra o valor supremo do Estado, qual seja, a felicidade dos membros que o compõem.¹⁶

6.2.3. A preservação do status sexual do transexual redesignado

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

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

Partilhando desses questionamentos, Elimar Szaniawski¹⁷ cita decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

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

Além disso, a já mencionada decisão proveniente do tribunal mineiro demonstra, sem subterfúgios, o seu conceito morfológico sobre sexo quando defende que: quem nasceu com formação genética do

¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação...*, cit., p.174.

sexo masculino será sempre integrante do sexo masculino; e quem nasce com a formação genética do sexo feminino será sempre desse sexo um integrante. É uma verdade imutável.

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

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

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

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

CONCLUSÕES

Ainda que haja argumentos contrários à concessão do pedido de retificação do registro civil pautados na idéia de uma efetiva segurança que o Estado deve proporcionar à coletividade e ainda na ausência de norma expressa disciplinadora do interesse do transexual redesignado, a dignidade da pessoa humana, inserida no inc. III, art. 1o, bem como no inc. IV, art. 3o, ambos da Constituição Federal brasileira, deverão servir como princípio geral na colmatação de lacunas a que

18 ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102

19 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, vol.06, n. 23, p. 318.

se refere o art. 4o da Lei de Introdução ao Código Civil. Logo, por ser a dignidade da pessoa humana “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida”,¹⁸ não pode ser atribuída somente a algumas pessoas inseridas no padrão heterossexual, considerado por muitos como o modelo correto de conduta. a dignidade pressupõe a igualdade entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais.¹⁹

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

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

É por tal motivo que, quando o operador da lei, ao deparar com o caso ora em comento, deve vivenciar a situação sob o referencial daquele que é considerado diferente dos demais, despindo-se de um juízo moral de valor, mas agregando tolerância como valor superior, integrando o transexual em uma sociedade que prima pelos valores voltados para repersonalização do Direito: uma sociedade livre de preconceitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo (intersexuali-**

dade, transexualidade, transplantes). 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NESTA REVISTA

A Revista Pensar o Direito da UNILAGO é uma publicação anual de artigos científicos produzidos por docente e discentes do curso Direito da Unilão das Faculdades dos Grandes Lagoas. Tem por objetivo disseminar o conhecimento e estimular à pesquisa e produção científica acadêmica, de modo a contribuir para o desenvolvimento regional.

Os interessados em publicar os seus artigos neste periódico deverão elaborar um texto entre 08 e 12 páginas, respeitada a seguinte formatação:

- a) formato A 5 ;
- b) margens: superior 1,5cm; inferior 1,5cm; esquerda 1,5cm, e direita 1,5cm ;
- c) fonte Arial ;
- d) corpo do texto 11 ;
- e) citação 10;
- f) espaçamento entre linhas 1,5;
- g) recuo 1,5 cm.

O texto do artigo deverá seguir a seguinte estrutura: título , nome(s) do(s) autor(es), com os seus principais títulos acadêmicos. O resumo poderá ter um máximo de 15 linhas e as palavras-chave, de três a seis vocábulos. A seguir, deve constar a introdução, o desenvolvimento do conteúdo e as conclusões. Ao final, eventuais notas e as referências, conforme as normas atuais da ABNT. As notas devem constar após as conclusões e antes das referências, ou seja, as citações não deverão ser registradas em rodapé.

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