

## APRESENTAÇÃO

A procura crescente pelos cursos de Direito, em todo Brasil, tem demonstrado a busca pela vasta gama de oportunidades profissionais que essa carreira pode proporcionar. Uma delas é a pesquisa científica, que faz com que o aluno de Direito passe a analisar a sociedade e buscar soluções justas e igualitárias. Por isso, a Faculdade de Direito da UNILAGO apresenta ao público a Revista de Ciências Jurídicas **“Pensar o Direito”**.

Com base nessas premissas, a UNILAGO prepara seus alunos para o estudo da pesquisa científica, buscando excelência e liderança nos novos contornos do direito moderno sem perder o vínculo com a história e as bases das Ciências Jurídicas e Sociais, que norteiam a arquitetura de um profissional ético humanista. Esta é a finalidade primordial da revista jurídica, refletir sobre o Direito.

O trabalho científico presente nestas edições é resultado das atividades de pesquisa e extensão realizadas nesta instituição, por docentes e discentes.

A revista pretende constituir-se como um espaço 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.

Maria Lúcia Atique Gabriel  
Diretora Geral

## **UNILAGO**

União das Faculdades dos Grandes Lagos

### **Diretora Geral**

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

### **Coordenadora do Curso de Direito**

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

### **Conselho Editorial**

Prof. Edmo Gabriel

Prof<sup>a</sup> Daniela Galvão Araújo

Prof<sup>a</sup> Patrícia Onofre Colombo

Prof. Leonardo Grecco

Prof<sup>a</sup> Riva Sobrado de Freitas

### **Editor de Publicações**

Prof. Alexandre Costa

### **Planejamento Visual e Gráfico**

Marcos Costa Monteiro

Sílvio César da Silva

### **Impressão**

Editora Unilago

Pensar o Direito - São José do Rio Preto - SP      Ano 01/n.1 p. 1-58  
janeiro - dezembro 2004

ISSN 1807-1406

Periodicidade Semestral -

Tiragem: 1.500 exemplares

### **Endereço para correspondência**

R. Eduardo Nielsen, 960 - Jardim Novo Aeroporto - CEP 15030-070

São José do Rio Preto - SP

**Site:** <http://www.unilago.com.br>

**E-mail:** [unilago@unilago.com.br](mailto:unilago@unilago.com.br)

**Telefone:** (17) 230-6166

**Fax:** (17) 230-6154

# SUMÁRIO

ARTIGO 1	05
<b>A Eutanásia através dos tempos</b> Daniela Galvão de Araújo	
ARTIGO 2	17
<b>A reforma da Previdência e os servidores públicos</b> Leonardo Grecco	
ARTIGO 3	23
<b>O Brasil e o Sistema Geral de Preferências</b> Amélia Regina Mussi Gabriel	
ARTIGO 4	29
<b>O Controle Externo na Justiça Constitucional</b> Ivana Mussi Gabriel	
ARTIGO 5	39
<b>Erro sobre elementos constitutivos essenciais do tipo e erro sobre a antijuridicidade do fato</b> Paulo Antoine Pereira Younes	
ARTIGO 6	45
<b>O direito da redesignação do estado sexual - considerações bioéticas e jurídicas</b> Maria Cristina Pereira da Costa Velani	
<b>Normas para apresentação de originais</b>	57



# A EUTANÁSIA ATRAVÉS DOS TEMPOS

**Daniela Galvão de ARAÚJO**

*Advogada, mestranda em Direito*

*Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

**Resumo:** A pesquisa histórica sobre a eutanásia é de suma importância porque, para sua realização, objetiva-se destacar as motivações e as concepções de vida que estão subjacentes à prática de eutanásia. Vários estudiosos em antropologia (cultural e histórica) e em etnologia iniciaram esse estudo, cuja continuidade possui como foco é descobrir as várias concepções de morte nas diversas civilizações.

**Palavras-chave:** autonomia, eutanásia, morte, medicalizada e ritualizada.

## Introdução

Para este estudo fez-se necessário definir melhor os termos envolvidos. A palavra eutanásia deriva de dois vocábulos gregos, “eu” (bom) e “thánatos” (morte), significando a boa morte, suave e sem sofrimento, praticada com o intuito de abreviar a dor e vida de alguém que se encontra em estado incurável. A eutanásia tem como espécie a ortotanásia, também de origem grega, formada por “orthós” (justo) e “thánatos” (morte), melhor conceituada como morte justa.

Contudo, o significado originário desses termos de há muito se diversificou, passando a abranger novas situações e, modernamente, a eutanásia não se restringe aos casos terminais, associa-se a situações menos complexas quanto aos aspectos médicos e econômicos, tais como a dos recém-nascidos com malformação congênita, aos pacientes em estado vegetativo, enfim e aos incapazes de manifestarem a sua própria vontade.

O termo foi empregado pela primeira vez por Francis Bacon no século XVII em 1616, que denominou eutanásia como estudo das enfermidades tidas como incuráveis. Segundo Bacon, o findar da vida precisava ser aceito com serenidade pela razão e, a medicina deveria esforçar-se para isso. Era assíduo defensor da eutanásia terapêutica ou ortotanásia, na qual referia-se à ação do médico que, ao ser procurado pelo doente, se o caso fosse incurável, devia dar-lhe morte doce e tranqüila (VIEIRA, 1999). Argumentava Bacon: “[...] a meu ver eles (médicos) deveriam possuir a habilidade necessária a dulcificar com suas mãos os sofrimentos e a agonia da morte” (SILVA, 2003, p.2).

Com o passar do tempo, o vocábulo “eutanásia” ganhou as mais diversas interpretações, traduzindo-se em “morte rápida e sem sofrimento”, “morte digna, honesta e com glória”, “morte tranqüila e fácil”, “morte misericordiosa ou piedosa”, entre outras. A doutrina moderna compreende o termo desde a “agonia boa” até o conceito amplo de eutanásia que compreende a morte natural súbita, o suicídio, o auxílio à boa morte e o homicídio piedoso.

A eutanásia é praticada desde os tempos remotos e por diversas civilizações. As sociedades antigas não empregavam o conceito aqui enunciado, porque estavam orientadas por escopos eugênicos e econômicos; diante disso, difícil se faz a conceituação do termo através dos tempos, visto que deparar-se-á com inúmeras situações que farão refletir sobre o conceito de eutanásia utilizado por aquelas sociedades naquela época.

Citando o Prof. Diego Gracia, catedrático em história da Medicina (Espanha), Pessini (2002) apresenta uma conceituação da eutanásia de acordo com o emprego nos diferentes povos: a eutanásia ritualizada, a medicalizada e a autônoma.

## Histórico

Todos os acontecimentos da vida humana possuem uma ritualização, ou seja, tem-se uma seqüência de caminhos a serem percorridos, os quais não se separam da morte. Considerando-se que no início das civilizações a vida humana não possuía valor absoluto, tanto que ao Estado era dado o direito de tirá-la em algumas situações. Assim se conceitua a eutanásia ritualizada, como o conjunto de cerimônias e de regras, de uma religião ou de uma sociedade, indispensáveis para a morte em paz, sem dores e sofrimento (FERREIRA, 1977).

O escritor Suetônio, também citado por Pessini, relata a morte de César Augusto dizendo que o imperador teve “a eutanásia que sempre desejou”, ou seja, uma morte sem dor ou sofrimento. (2002, p.280).

Com características ritualísticas também na Grécia e em Roma, a eutanásia, nestes locais, era prática corrente. Em Roma, lançava-se ao mar os deficientes mentais. Fustel de Coulanges, citado por Rodrigues (1999, p.26), tecendo comentários a Roma, observa que: “O Estado tinha o direito de não permitir cidadãos disformes ou monstruosos. Por consequência, ordenava ao pai a quem nascesse semelhante filho que o matasse”.

Gregos e romanos recorriam à utilização de um vinho de Moriani, extraído das raízes da mandrágora, que causava adormecimento aos condenados à morte, evitando desta forma os últimos sofrimentos. Durante a ocupação romana na Palestina, o método de execução era a crucificação para amenizar os crucificados das atrozes dores da morte era fornecida uma infusão que os fazia cair em estado de letargia. Afirma-se que esta infusão foi oferecida a Cristo por um ato de verdadeira piedade (CARVALHO, 2001) e que tal infusão provavelmente seja o vinho de Moriani.

Em Atenas, na Ilha de Cós, todo habitante que completasse sessenta anos de idade era envenenado, pois não era mais útil aos propósitos bélicos, representando uma carga a sociedade. A prática de matar anciãos também foi encontrada em algumas tribos de Arakan (Índia), do Sian inferior, entre os cachimbas e os tupis no Brasil. O mesmo ocorria na Europa entre os antigos wendí, povo eslavo, e na Rússia na seita pseudo-religiosa dos “estranguladores”. Ação também encontrada em algumas ilhas do Pacífico, era hábito o estrangulamento de anciãos sobre a sepultura aberta onde mais tarde seriam depositados seus restos mortais.

Na Germânia antiga, os velhos e demais inválidos eram abandonados na selva para serem devorados pela feras (BRITTO, 2000). As tribos nômades, quando não conseguiam transportar os enfermos do clã, realizavam a opção de sacrificá-los a terem que os abandonar. Por volta de 1600, na Suécia, era

de práxis que velhos e enfermos incuráveis fossem mortos solenemente por seus familiares. Ou seja, o filho tinha a obrigação de dar boa morte ao pai, visto que viviam em uma época em que se lutava pela sobrevivência e, guiados por práticas utilitaristas, seria inútil alimentá-los.

Entre os batak da Sumatra era costume eliminar o pai ancião que convidava os filhos a lhe comerem a carne. O pai se deixava cair de uma árvore e sentia-se abençoado e satisfeito, pois, teria sepultura e iria sobreviver dentro do corpo de seus familiares (SGRECCIA, 1996, p.602) (RODRIGUES, 1993, p.23). Ainda no século XIX, entre alguns povos antropófagos, a morte de velhos impotentes era corriqueira e preparavam banquetes e festas para a realização da cerimônia. Segundo Jiménez de Asúa, citado por Carvalho:

Os velhos pais achavam tudo muito natural, e pensavam que não poderiam encontrar sepultura mais honrosa que o estômago de seus filhos, pois nessas tribos o princípio utilitarista estava desenvolvido ao máximo (2001, p.33).

Os rituais para sacrifícios humanos a pessoas jovens ou primogênitos também se encontram entre as civilizações antigas. Os celtas abandonavam os recém-nascidos que apresentassem características monstruosas. Os brâmanes abandonavam na selva as crianças consideradas de má índole. Em Esparta, era costume atirar do alto do monte “Tajeto” as crianças pobres e as consideradas raquíticas, porque este fardo não poderia ser suportado pelo Estado, ao qual interessavam apenas as crianças sadias, visto que poderiam se tornar grandes guerreiros e defender a polis, e Aristóteles em sua obra “Política” aprova essa prática por razões de ordem política (SGRECCIA, 1996, p.602).

Entre os Karen, da Birmânia, bastava a informação de que se estava padecendo por alguma enfermidade e manifestar o desejo de morte que o doente era imediatamente convidado ao enforcamento. Entre os esquimós era tradição o abandono ou o isolamento, em iglus fechados, de anciãos e enfermos incuráveis e até mesmo de crianças recém-nascidas do sexo feminino.

Nos tempos de Numa Pompílio, na Roma antiga, apesar de o delito de homicídio ser punido com o extremo suplício, em algumas situações era permitido que um homem desse a morte a outro sem receber punição alguma. Tal hipótese remete-se ao direito do ascendente dar morte boa ao descendente. Um desdobramento deste direito seria o pátrio poder, que consistia no direito do pai dar a boa morte ao filho que nascesse com alguma debilidade - o costume era que a família não o alimentasse - .Esse direito estava assegurado na Lei das XII Tábuas:

Tábua IV – de jure pátrio- “1. É permitido ao pai matar o filho que nasce

disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos”.

Nos tempos do Imperador Valério Máximo, o senado de Marselha guardava um “veneno de estado”: a cicuta, que se encontrava à disposição de quem mostrasse à corte o desejo de abandonar a própria vida (SGRECCIA, 1996, p.602). apesar de ser classificada com eutanásia, essa situação retrata uma maneira de se auxiliar o suicídio e não propriamente um homicídio eutanásico.

O filósofo Sócrates, diante do tribunal popular foi acusado, pelo poeta Meleto, pelo rico curtidor de peles e político Ânito e por Líncon, de não reconhecer os deuses do Estado, introduzir novas divindades e corromper a juventude. Condenado, é convidado, como de práxis, a fixar a sua pena e escolhe a morte. Condenado a morrer bebendo cicuta, Sócrates morre sustentando que “mais difícil que evitar a morte é evitar o mal, porque ele corre mais depressa que a morte” (SOCRATES, 1999, p.10).

Até a Idade Média, era costume dar morte ao combatente ferido gravemente; o culto era denominado “misericórdia” e o ritual consistia na introdução da lâmina de um curto e afiado punhal pela falha da armadura, abaixo do gorjal, com o intuito de matar aqueles que, uma vez gravemente feridos, preferiam morrer a serem capturados.

Do mesmo modo, Napoleão Bonaparte, durante sua campanha no Egito, na ilha de Elba, ordenou ao médico Degenettes, que matasse com doses de ópio os soldados atacados de peste, considerando que os mesmos estavam moribundos e poderiam contaminar toda a tropa, mas o médico recusou-se a cumprir as ordens de Napoleão, alegando que o seu dever era manter os doentes vivos e não mata-los. Eis o relato de Napoleão:

[...] três ou quatro homens estavam atacados pela peste e não lhes restava mais de vinte e quatro horas de vida. Devia pôr-me em marcha, e consultei o Doutor Degenettes sobre os meios para transportá-los. Informou-me ele sobre o contágio da enfermidade, constitutivo de um real perigo para o exército e expressou-me que os mesmos enfermos estavam irreversivelmente perdidos e já moribundos. Propus então que Degenettes os matasse, subministrando-lhes fortes doses de ópio a fim de que não caíssem vivos em poder dos turcos. Mon devoir c'est de conserver, foi a resposta do médico (RODRIGUES, 1993, p. 26-27).

Esses relatos mostram os procedimentos utilizados pelos antigos para eliminar o sofrimento do moribundo, do idoso, do doente incurável e das crianças de má-formação e do sexo feminino. Elenca-se como ritualizada pelo fato de que para cada morte existiu um ritual próprio, traçado pela sociedade, para atribuir a morte suave e sem sofrimento. Diante disso cada população tinha uma forma peculiar de dar a morte aos seus cidadãos.

Na história das civilizações, também se encontram relatos vinculados a critérios traçados pela medicina para a eliminação do ser humano que estivesse acometido por enfermidade e, assim, conceitua-se a eutanásia medicalizada que nasce com o advento da medicina na Grécia e perdura até a Segunda Guerra Mundial.

Em Atenas, 400 anos a.C., Platão pregava no terceiro livro de sua obra “A República” o sacrifício dos velhos, fracos e inválidos sob o argumento do bem estar social e econômico (SILVA, S. 2003, p.4) e confessa que:

Estabelecerá em nossa república uma medicina e uma jurisprudência que se limite ao cuidado dos que receberam da natureza corpo são e alma formosa; e pelo que toca aos que receberam corpo mal organizado, deixá-los morrer e que sejam castigados com pena de morte os de alma incorrigível (RODRIGUES, 1993, p. 25-26).

Platão considerava que, o que não fosse capaz de viver desempenhando as funções que lhe são próprias, não é merecedor de receber cuidados médicos, considerado inútil para si e para a sociedade. Portanto a função do médico estaria unida à eutanásia.

Assim, Platão compara o ser humano ao animal irracional, considerando que da mesma forma que os animais eram selecionados para poderem ter as melhores crias, os magistrados deveriam promover o casamento entre homens e mulheres aptos a gerarem filhos robustos para que fossem úteis aos propósitos do Estado. Sendo que, ao Estado, caberia evitar o casamento entre débeis mentais, visto que os de má formação seriam eliminados.

Na Índia antiga, os doentes incuráveis eram conduzidos por seus parentes até o rio Ganges, onde eram asfixiados. Os parentes enchiam as narinas e a boca de barro e depois os abandonavam no leito do rio considerado sagrado.

Era freqüente a prática da eutanásia na Grécia antiga, mesmo assim, estabelecia Hipócrates (460-337 a.C.), considerado o pai da Medicina, em seu juramento: “a ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à perdição” (NOGUEIRA, 1995, p. 42), porque nesta época os médicos eram procurados pelos doentes que estavam fartos de suportar as dores da vida e, requeriam aos médicos algum tóxico para induzir a morte. Porém várias interpretações podem-se extrair deste juramento, visto que não se tem uma tradução exata dos termos.

No livro *Peri technés*, citado por Pessini e que traz alguns escritos de Hipócrates relacionados a medicina, tem-se um capítulo sobre as práticas médicas: “a medicina consiste em afastar as dores de sua enfermidade, e não tratar os já dominados por enfermidades, conscientes de que em tais casos a

medicina não tem poder”(2002, p.282). Isso retrata que a cultura grega estava centrada no culto do belo e do são, logo o doente deveria ser eliminado e, ainda, que o Juramento de Hipócrates não retrata a forma de se praticar a medicina na Grécia clássica, visto ser contra a prática da eutanásia.

O povo estóico representou um dos maiores expoentes éticos da Antiguidade que admitia a prática da eutanásia, ou seja, havia cinco motivos pelos quais o homem poderia se livrar da própria vida: para salvar a pátria ou os amigos; quando estivesse tomado por dores demasiado cruéis; quando se encontrasse em estado de extrema pobreza ou, ainda, em casos de mutilações ou de enfermidades incuráveis (CARVALHO, 2001).

É possível afirmar que na antiguidade pré-cristã não se tinha um respeito pela vida humana, porém na Idade Média e início da Idade Moderna, os cristãos defendiam que a idéia de matar por compaixão era repugnante, visto que a dor era enviada por Deus e deveria ser aceita como expressão da vontade divina. A expressão “não matarás” era o mandamento mais importante e homem nenhum, ainda que por motivo piedoso ou por dores atrozes, poderia ferir este mandamento. Sendo que este ensinamento ainda está presente na Igreja Católica.

Na antiguidade greco-romana o entendimento era o de que as enfermidades eram castigos injustos infligidos pelos deuses aos inocentes, porém com o advento do Cristianismo a morte adquire uma nova interpretação: aos enfermos incuráveis e moribundos são reservadas vida nova e saúde no reino dos céus. E a morte passa a ser aceita como forma de passagem para o reino espiritual, sendo que a preocupação com a morte assume caráter secundário diante da doutrina que prega a vida como absoluta.

Na Suma Teológica, São Tomás de Aquino afirma que a prática da eutanásia representa um atentado contra o amor devida a si mesma, sendo uma falta para consigo mesmo e para com a sociedade e, principalmente, contra o Direito de Deus sobre a vida humana. Para o filósofo esta prática seria um atentado ao poder divino e é nesta postura que encontrar-se-à a doutrina católica que condenava o suicídio e a proibição da própria morte aos doentes terminais. São Tomás cita que:

O homem é constituído senhor de si mesmo pelo livre arbítrio. E, portanto, pode dispor livremente de si mesmo, no que respeita aos bens desta vida, governada pelo livre arbítrio humano. Mas desse livre arbítrio não depende o trânsito desta vida para outra mais feliz. Do mesmo modo, nem para fugir a quaisquer misérias da vida presente. Porque, como claro está no Filósofo, o último dos males desta vida e o mais terrível é a morte. Logo, dar-se a si mesmo a morte para fugir às misérias desta vida é praticar um mal maior para evitar um menor(CARVALHO, 2001).

Pessini afirma que a Bíblia não retrata a aprovação ou proibição à eutanásia, nem conhece a eutanásia (2002, p.283). Porém, segundo Rodrigues(1993) e CARVALHO (2001), a Bíblia menciona um caso de homicídio piedoso. No Segundo Livro dos Reis, Capítulo 1, versículos 1 a 16, há um relato em que uma amalecita vem em busca de Davi para anunciar a morte do rei Saul no alto do monte Gelboé. O rei Saul, gravemente ferido na batalha contra os filisteus, pede a um de seus escudeiros que lhe cravasse uma espada para impedir que o inimigo lhe tirasse a vida. Diante da recusa do escudeiro ele mesmo pratica o ato, mas não vêm a óbito, então apareceu o amalecita e o rei suplicou para que ele lhe abreviasse a morte e assim o fez. Todavia Davi ordenou a morte do amalecita por ter matado um “ungido de Jeová”, visto que nestes tempos a morte de um homem por outro era punida com a própria morte – pena capital, porque estava em vigência o princípio de Talião.

Também tem-se a questão da eutanásia justa, ou seja, é melhor a morte do que ser capturado pelos inimigos judeus (incircuncidados).

Com o Renascimento, a eutanásia retorna ao cenário histórico, principalmente com o filósofo Francis Bacon (1561-1626), que enfatizar ser a função do médico a de amenizar as dores e livrar o doente das enfermidades, não visando somente à cura mas também ao amparo quando a recuperação se tornar inviável, ou seja, auxiliar o paciente a minorar as dores da enfermidade.

Diante deste cenário, o termo “eutanásia” adquire o significado que conhecemos na atualidade: o doente incurável poderá abandonar a vida de forma boa, suave e sem sofrimentos, diferente dos conceitos usados até o momento, ou seja a preocupação era com a realização da justiça social ou com a seleção da espécie humana, livrando a sociedade do moribundo, do idoso e das crianças com má-formação moral ou física. Conclui-se que Francis Bacon é o precursor da eutanásia como forma de amenizar o sofrimento do doente que está agonizando e deseja morrer sem dores, de forma suave e sem sofrimentos.

Thomas Morus (1478-1535), Santo da Igreja Católica, em sua obra “Utopia” (1516), defende a eutanásia, visto que idealizou uma cidade cujos enfermos não poderiam passar por grandes tormentos e, se a enfermidade fosse incurável, devia-se alertar a este que ele tornou-se um peso para a sociedade e para si mesmo, portanto deve desejar a morte a viver em tormento. Porém nesta cidade ideal a morte não é imposta como nos demais relatos expostos, tais como na Grécia e em Roma, mas sim induziu-se o paciente a pensar que a morte eliminaria o sofrimento. Um dos meios aconselhados por Thomas era a privação de alimentos e o outro, o uso de veneno que para se evitar o uso exagerado, era solicitado ao sacerdote ou a alguma autoridade.

Quando aos males incuráveis se juntam sofrimentos atrozes, que ninguém pode suprir ou suavizar, os padres e magistrados se apresentam ao paciente e lhe levam a exortação suprema (RODRIGUES, 1993, p.27).

Outro fato histórico de grande repercussão foi a eutanásia nazista ou selecionadora, praticada para a seleção da espécie “ariana”. O seu percussor foi Hitler que proclamou a existência de uma lei da natureza, mais antiga do que a origem da humanidade, determinando a espécie superior (a ariana) que deveria prevalecer neste mundo e as demais seriam eliminados.

A eutanásia nazista só findou com a publicação da Lei de Prevenção das Enfermidades Hereditárias, em 1933, que determinava técnicas para esterilização obrigatória como forma de evitar a difusão de doenças consideradas hereditárias e graves, tais como: loucura, epilepsia, surdez, cegueira, alcoolismo e anomalias mentais e, somente em 1939, passaram por este procedimento 375.000 mulheres.

Terminando a divisão realizada por Diego Gracia, tem-se a eutanásia autônoma definida como forma de amenizar a dor do paciente que se encontra em estado terminal, prevalecendo, porém, a vontade do enfermo. Logo, serão autônoma as formas de abreviar a vida por vontade do próprio paciente em estado incurável, dando-lhe boa morte, suave e sem sofrimentos.

Na antiguidade, o enfermo ficava à mercê de seus familiares ou responsáveis. Nas tribos ou clãs havia regras de que era a família que decidia o momento exato de a pessoa vir a óbito em benefício das outras, ou seja, para evitar o sofrimento dos familiares. Pouco tempo depois, a discussão está centrada na questão médica e passa a ser analisada e discutida por esses profissionais. Na atualidade, tem-se o tema voltado aos direitos e garantias fundamentais, isto é, os direitos do enfermo. A autonomia da vontade significa o direito de decidir sobre o findar de sua vida.

Pode-se identificar a questão do suicídio como eutanásia autônoma e entre gregos e romanos, o fato era punível, visto que se estava violando um dever do Estado, cuja pena era a de infâmia ou de mutilação do cadáver do suicida. A prática do suicídio era defendida pelos estóicos, Marco Aurélio e Schopenhauer, que defendiam ser direito do homem o de dispor da própria vida. Mas, Platão e Aristóteles condenavam tal prática sob fundamentação utilitarista, pois era a perda de um cidadão pelo Estado.

Os cristãos, por pregarem que a vida pertence a Deus e não ao homem, condenavam o suicídio e por influência de Santo Agostinho o Direito Canônico equipara o suicídio ao homicídio e priva o suicida até de sepultamento. Conforme citado por Carvalho (2001), o Concílio de Arles (452) considera

o suicídio crime de furor diabólico, assim como os Consílios de Orleans (533) e Braga (563) estabeleceram sanções aos suicidas. Porém a sanção de não sepultamento aparece no Concílio de Toledo (693), que surge no Direito Canônico a partir de 1917 (cânon 1240), e permanece até 1983 (cânon 1184), excluindo a pena de não sepultamento, visto o suicida não ser mais um pecador.

Em 1764, Cesare Beccaria inicia a doutrina contra a punição do suicídio, porém vincula-se aos ideais utilitários:

O suicídio é um crime que parece não poder estar submetido a qualquer tipo de pena; pois esse castigo recairia apenas sobre um corpo sem sensibilidade, ou sobre pessoas inocentes. Ora, o castigo que fosse aplicado contra os restos sem vida do culpado não produziria nenhuma impressão sobre os espectadores senão a que eles sentiriam vendo fustigar uma estátua. [...] aquele que se mata produz menos mal à sociedade do que aquele que renuncia para sempre à sua pátria. O primeiro abandona tudo ao seu país, enquanto que o outro lhe rouba a sua pessoa e uma parte de seus bens (BECCARIA, 2004).

Os iluministas condenavam inútil a punição ao suicídio, sendo que grande influência resultou sobre os julgadores da época, que começaram a abandonar a legislação escrita e a seguir a despenalização. O filósofo Kant foi o único a desejar a punição ao suicida, por considerar a mais grave ofensa contra si mesmo. Para Köenigsberg, a liberdade era indispensável à vida, porém não poderia ser usada pelo homem para a sua autodestruição (CARVALHO, 2001).

A despenalização surge na lei escrita, na Prússia, em 1790, na França em 1791, na Áustria em 1850, na Itália em 1889 e na Inglaterra em 1961.

No século XIX, o suicídio era ato condenável e imoral, contrário aos dogmas cristãos, porém o Direito Penal não é o instrumento hábil para reprimi-lo ou impedi-lo. Por sua vez, o representante da escola clássica, Carrara, citado por Carvalho, determina em sua doutrina a indisponibilidade da própria vida, sendo o suicídio ato punível por ser proibido pela lei natural e sua despenalização poderia ser fruto apenas da lei política.

As novas tecnologias trouxeram para a medicina a alternativa de se acompanhar o paciente até os últimos instantes de sua vida, ou seja, a medicalização faz prolongar o processo de morrer. Por meio da medicalização, institutos jurídicos foram criados visando proteger os direitos do enfermo, tais como a elaboração, em 1973, pela Associação Americana de Hospitais privados, de um documento com os direitos dos pacientes, o primeiro a regular a relação médico-paciente terminal.

## **Conclusão**

No cenário atual, tem-se a eutanásia autônoma, e a preocupação central está na autonomia da vontade do paciente de decidir a sua morte. O único problema é que o paciente transforma-se em mero objeto do direito, abandonando a sua posição de sujeito de direito.

O questionamento que se faz está atrelado aos poderes outorgados ao Estado, discutindo-se até que ponto o Estado tem o Direito de eliminar os doentes e se existe a possibilidade ética do profissional da saúde “dar uma resposta positiva a quem deseja morrer e pede ajuda para tanto” (PESSINI, 2002, p.285).

Com base na história, percebe-se que em cada época tem-se um conceito de eutanásia, vinculado sempre aos anseios da sociedade. Com a nova era de direitos, o cenário mundial estuda e discute os direitos humanos, o homem se conscientiza de que é capaz de ser sujeito de direitos e obrigações e passa a questionar e exigir do Estado, o direito de decidir sobre a sua própria morte, quando esta vida se tornar inviável.

Este é o grito da sociedade diante da medicalização e do medo do retorno dos rituais de seleção que marcaram a história mundial.

### **Referências bibliográficas**

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRITO, António José dos Santos Lopes de; RIJO, José Manuel Subtil Lopes. *Estudos jurídicos da Eutanásia em Portugal: direito sobre a vida ou direito de viver?* Portugal: Almedina, 2000.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídicos-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 1º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência e linchamento*. São Paulo: Saraiva, 1995.

PESSINI, Leo; BACHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais*

*de bioética*. 6.ed. São Paulo: Loyola, 2002.

RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. *Eutanásia*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1863>. Acesso em: 09/06/03.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

SÓCRATES.- Vida e Obra. Trad. Enrico Covisieri e Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Os Pensadores).

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

# A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E OS SERVIDORES PÚBLICOS

**Leonardo GRECCO**

*Advogado, Mestrando em Direito  
Docente do curso de Direito da UNILAGO*

**Resumo:** A reforma da previdência veio no lume de uma emenda constitucional e no esteio trouxe muita confusão àqueles que utilizam, ou pretendem entender o instituto. A história da previdência social no Brasil é digna de um estudo mais acurado com o fito de se delinear contornos teleológicos e axiológicos do mesmo, diante dos novos anseios sociais. Referidos anseios deveriam coincidir com os implementos governamentais. Isso não é o que se tem visto hodiernamente, mas são essas rugas sociais que impelem o presente estudo a uma breve abordagem histórica do instituto da Previdência Social no Brasil e o destaque dos novos contornos da previdência insertos na Constituição Federal no último ano.

**Palavras-chave:** Previdência Social, Emenda Constitucional e aposentadoria.

## **1-Escorço Histórico.**

No ano de 2003 uma senhora bem conhecida dos brasileiros completou os seus 80 anos de existência. Essa senhora, também chamada de Previdência Social, aproveitou a apoteose de seu aniversário natalício para promover uma “festa” à moda governista. As comemorações foram regadas com mais uma alteração legislativa que calhou influir na vida de um sem número de brasileiros.

As indigitadas alterações, que vieram para animar a festa da Previdência Social, mostraram-se ora muito futurísticas, caminhando em conformidade com as tendências mundiais legislativas, ora em confronto solar com a legislação constitucional brasileira. Esse semblante assumido hodiernamente Previdência Social será objeto desse pequeno estudo, que terá como único mote informar os leitor de como anda a previdência no Brasil e nada mais.

Mas, antes de enfrentar o tema passo a verificar como eram os traços dessa formosa senhora quando de seu nascimento.

A previdência nasceu como forma de promover a igualdade social no Brasil. Tudo começou em 1923 quando o Decreto 4.682 de autoria do deputado Eloy Chaves acolheu os anseios dos operários brasileiros que clamavam por um sistema que garantisse a sobrevivência daqueles que não mais estivessem (ou que não pudessem) servindo o mercado de trabalho. Neste Decreto, o deputado Chaves previa a criação da Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados em empresas de estrada de ferro, os quais passavam a ter direitos a assistência médica, medicamentos por preços especiais, aposentadoria e pensões.

Apesar de pecar pela pouca abrangência e pela aderência tímida de filiados, o decreto Chaves traçou com nitidez os princípios gerais do sistema previdenciário, quais sejam: o caráter contributivo e o limite de idade.

Tudo estava caminhando para o aprimoramento, com alguns revezes é verdade, mas o tempo estava tratando de solidificar o sistema previdenciário criado. Mas no ano de 1930 o sistema previdenciário experimentou sua primeira crise financeira, causada por um número elevado de fraudes e corrupção (“meu Brasil, meu Brasil brasileiro”). Essa situação fez com que o presidente Getúlio Vargas baixasse o Decreto 1.954 que suspendeu por seis meses toda aposentadoria em vigor. Não precisa ser previdente para perceber que essa medida nada teve de populista e não caiu nas graças do povo.

Com o passar do tempo a Previdência Social amargou diversas outras crises, entretanto com solução diversa da tomada por Vargas. Com base no primeiro princípio universal acima citado, o da “contributividade”, os diversos governos brasileiros que provaram crises no sistema de previdência

usaram uma única medida para enfrentar o mal: aumentar a contribuição. Parecia ser essa a solução mágica para os problemas do rombo. MÁRCIO PESTANA traz dados mais objetivos:

No ano de 1934, o recolhimento dos empregados, que era de 3% desde 1923, passou para 4%. Em 1956, pulou para 7%, um aumento que quase dobrou o percentual. Em 1966, foi para 8%, Ainda na ditadura militar, o desconto foi, então, escalonado da seguinte forma: trabalhadores que recebiam até três salários mínimos recolhiam 8,5%. Entre três e cinco, 8,75%. De cinco a dez, 9%. Entre dez e quinze, 9,5%. E, acima disso, 10%”

Nesse trajeto da previdência, alterações deveras salutares foram inseridas no sistema, tais como inclusão dos trabalhadores rurais e dos trabalhadores temporários, entre outras. Nesse mesmo sentido, entretanto, foram observadas também máculas incontornáveis como a aplicação de recursos da previdência na construção da usina de Itaipu, o descaso do governo em criar formas para cobrir os déficits inevitáveis que causam rombos no setor, entre outros.

Foi com base nesses erros e acertos, inclusive reincidindo nos mesmos, é que a Constituição Federal de 1988 e as legislações posteriores foram criadas. Essas legislações se viram alterar no crepúsculo dos anos de 1998 e de 2003 com as Emendas Constitucionais 20 e 41 respectivamente, as quais passo a analisar doravante, com a brevidade que a ocasião requer. Ademais, face à exigüidade do tempo e do espaço, restringe-se nessa sede o estudo do sistema previdenciário em face dos servidores públicos. Bem se sabe que os regimes de previdência, pública e privada, guardam dissonantes diferenças entre si. Volvo assim a atenção desse estudo apenas no concernente aos servidores públicos.

Ainda é importante frisar que neste trabalho não haverá qualquer preocupação mais pura de se distinguir as diversas espécies de agentes públicos e incluir os servidores públicos nessa chave, pois bem se sabe que estes são espécies do gênero agentes públicos, ocupando lugar ao lado dos agentes políticos e dos particulares em colaboração, tema que se relega a outra senda.

## **2-As alterações na previdência de 1998 e 2003 e suas influencias para os servidores públicos.**

Como se procurou esclarecer, as duas mais recentes alterações da previdência social foram percebidas no Brasil com o advento da Emenda Constitucional 20 de 16 de dezembro de 1998 e com a 41 de 31 de dezembro de 2003. Com isso houve um divisor de águas no que tange às regras de be-

nefícios e deveres previdenciários dos servidores públicos. Logo, podemos distinguir quatro hipóteses que, obedecidas as regras das citadas Emendas Constitucionais, servem de metodologia para este estudo: (a) regras atinentes àqueles que se tornaram servidores antes de 16 de dezembro de 1998 (EC 20); (b) regras atinentes àqueles que se tornaram servidores até 31 de dezembro de 2003 (EC 41) e (c) regras atinentes àqueles que se tornaram servidores após 31 de dezembro de 2003 (*idem*).

### **2.1 – Os que se tornaram servidores antes de 16 de dezembro de 1998.**

Aos servidores públicos que ingressaram no serviço público antes da data da vigência da EC 20/98 as condições para a aposentadoria são as listadas a seguir e que devem ocorrer cumulativamente:

- Ter 53 anos de idade, se homem e 48 anos de idade se mulher;
- Contar 5 anos de efetivo exercício do cargo em que se der a aposentadoria;
- Possuir tempo de contribuição igual, no mínimo à soma de 35 anos se homem e 30 anos se mulher;

Esses os requisitos gerais que devem ser respondidos pelo pretendente à aposentadoria. Mas ao lado dessas condições existe ainda uma quarta que não foi citada acima. É um período adicional trazido pela Emenda 20 que se consubstancia em 20% do tempo que na data da publicação da epigrafada emenda faltaria para atingir o tempo de contribuição de 35 anos para os homens e de 30 para as mulheres.

Ademais, para casos que se enquadram nessa perspectiva, explica ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ que:

(...) o artigo 8º, assegurou aos servidores que haviam ingressado no serviço público antes de 16/12/1998 a aposentadoria, com rendimentos correspondentes à totalidade da remuneração, sendo os seus reajustes na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, estendendo-lhes quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos a estes servidores. (2004)

### **2.2 – Os que se tornaram servidores até 31 de dezembro de 2003.**

As condições para a aposentadoria do servidor que se aposentou até a data do vigor da Emenda Constitucional 41 deve obedecer as seguintes regras, a ser observadas também cumulativamente:

- 60 anos de idade, se homem e 55, se mulher;
- 35 anos de contribuição se homem e 30 anos, se mulher;
- 20 anos de efetivo exercício no serviço público e
- 10 anos de carreira e 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Importante frisar que está em tramitação a Proposta de Emenda Constitucional 77, também chamada de PEC/Paralela que prevê a extensão de alguns benefícios dos servidores ativos para os inativos como fazia a antiga emenda.

Algumas outras mudanças são previstas pela PEC/Paralela mas deve-se considerar que esta proposta ainda tramita no Congresso Nacional e não trouxe para o mundo jurídico qualquer diploma legal certo a ser seguido.

### **2.3 – Os que se tornarem servidores depois de 31 de dezembro de 2003.**

Esses são os totalmente abrangidos pela reforma previdenciária. Para eles os requisitos cumulativos para a aposentadoria são os seguintes:

- 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria;
- 60 ano de idade e 35 de contribuição se homem e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher.

A emenda 41 trouxe como novidade ainda a taxaçaõ dos aposentados e pensionista que percebam quantia maior que R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais).

### **3 – Conclusão.**

Os contornos gerais de taxaçaõ dos inativos e pensionistas, serão deixados para um próximo estudo. A presente proposta era apenas informa o que de mais básico foi trazido pela reforma da previdência e uma breve comparação com o que estava previsto anteriormente pela EC 20/98.

Outro ponto relevante é a questão da constitucionalidade de muitos dos pontos apresentados pela Emenda 41. Enfim, ao meu ver há inconstitucionalidade na taxaçaõ dos inativos tendo em vista a agressão ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. Entretanto, não se pode deixar de fazer alusão a tese muito bem delineada que diz que a Constituição Federal permite a instituição de um tributo, que preveja uma situação já alicerçada, contato que seja por emenda constitucional e que, em tese, derrubaria qualquer alegação de inconstitucionalidade.

Esses os temas que devem ser analisados numa abordagem mais profunda do tema. Abordagem essa que não se faz nesse roteiro apenas elucidativo e comparativo das condições de aposentadoria do servidor público de acordo com as novas regras da previdência social.

## **Referências bibliográficas**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

PESTANA, Márcio. *Nova Lei da Previdência*. São Paulo: Escala, 2004.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Reforma da Previdência e Tributária*. São Paulo: On Line, 2004.

# O BRASIL E O SISTEMA GERAL DE PREFERÊNCIAS

**Amélia Regina Mussi GABRIEL**

*Advogada, mestre em Direito Comercial pela Unesp-Franca,  
Docente do Curso de Direito da Unilago*

**Resumo:** O Sistema Geral de Preferências (SGP), criado sob os auspícios da UNCTAD através da Resolução n. 21 de 1968, consiste num sistema de tratamento preferencial através do qual vários países concedem reduções parciais ou totais de tarifas de importação a países em desenvolvimento, sobre determinados produtos. Dados revelam que o sistema é sub-aproveitado pelo exportador brasileiro, dado o desconhecimento do benefício e de suas regras de concessão.

**Palavras-chave:** Comércio Internacional, Sistema Geral de Preferências, exportação, OMC, Brasil.

## **Introdução**

A regulação do comércio internacional, com vistas a sua crescente liberalização, tem o objetivo de criar igualdade de condições de competição entre os países do globo, proporcionando ganhos a todos os envolvidos.

Neste sentido, o sistema multilateral de comércio, proposto pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) desde 1947 e incorporado nos Acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), têm justamente como finalidade responder a esses objetivos de natureza econômica. Através desses Acordos, criam-se obrigações, para os países signatários, de zelarem pela existência desse ambiente teoricamente neutro, livre de distorções, em que ninguém seja indevidamente privilegiado.

O fundamento dessa concepção está na suposição de que todos devem ser tratados igualmente, não devendo haver discriminação. Não é por outro motivo que a cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional foram erigidos à condição de pedras angulares desse sistema.

Vale mencionar que, conforme os ensinamentos do embaixador Samuel Pinheiro Guimarães, na cláusula da nação mais favorecida, um país se compromete a estender a outro, qualquer melhor tratamento tarifário que viesse a conceder a um terceiro país em decorrência de futuros acordos. Já o tratamento nacional estabelece que, após a tributação na fronteira, o produto importado deve ter o mesmo tratamento que o produto concorrente produzido no país, o que impede o tratamento discriminatório disfarçado após a fronteira.

Assim, a igualdade de condições fica estabelecida e o objetivo de liberalização comercial fortalecido.

Contudo, a igualdade proposta pelo GATT foi alvo de freqüentes críticas por parte dos países menos desenvolvidos, tendo em vista que as negociações conduzidas sob a égide daquele Acordo raramente envolviam questões do interesse desses países, no caso, a exportação de produtos primários. Era cediço que a isonomia adotada não levava em consideração as diferenças existentes entre as partes envolvidas nas negociações.

Em virtude destas críticas, em 1964 foi criada a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), com sede na Suíça, com a importante missão de reestruturar o sistema multilateral de comércio, de forma a propiciar o real desenvolvimento dos países pobres do globo.

Assim, ao tratar da integração dos países não desenvolvidos no comércio internacional, Rubens Ricupero afirma que:

O sistema de comércio internacional às vezes atua pautado em impressões equivocadas de que o melhor para os países em desenvolvimento seja integrarem-se o mais rápido e da forma mais completa possíveis. Trata-se de um erro, pois o que contra não é a quantidade da integração, mas a sua qualidade.

Neste sentido, o princípio da nação mais desenvolvida ou da não discriminação, já mencionado, falhava em não prever preferências aos países menos desenvolvidos, tendo em vista possuírem piores condições no comércio internacional. Surgiu, então, a idéia de se estabelecer um sistema de preferências tarifárias que fosse aplicado apenas em relação aos países menos desenvolvidos, o qual será analisado, infra.

### **O Sistema Geral de Preferências (SGP)**

Criado sob os auspícios da UNCTAD, através da Resolução n. 21 de 1968, o SGP consiste num sistema de tratamento preferencial através do qual vários países concedem reduções parciais ou totais de tarifas de importação a países em desenvolvimento (onde se inclui o Brasil), sobre determinados produtos.

Sem exigir qualquer reciprocidade de tratamento por parte dos países emergentes, o SGP propicia melhores condições de competitividade aos seus produtos no cenário internacional pelo fato de que a redução de tributação possibilita que seus preços se tornem mais atraentes.

Aliás, nada mais coerente do que a não exigência de reciprocidade, já que os países outorgantes do benefício tiveram suas indústrias fortalecidas com o apoio estatal quando os auxílios não eram proibidos pelas regras multilaterais de comércio .

Contudo, para que um país seja beneficiado pelo sistema, não basta exportar. O primeiro passo é verificar se o produto a ser exportado está contemplado pelo benefício. O segundo passo é providenciar um “certificado de origem” para o produto, de forma a identifica-lo em sua procedência exportadora, além de certificar as características do produto, evitando possíveis fraudes.

Há de se notar, ainda, algumas regras específicas de cada país outorgante do benefício, a exemplo dos EUA, que estabelecem “limites de competitividade” a serem seguidos. Assim, a) as importações de um único produto com as isenções do programa não podem ser superior à metade do total das compras externas americanas deste produto, e b) o valor da importação de uma única mercadoria não pode ultrapassar o limite máximo de US\$ 110 milhões. Este limite estabelecido na norma americana indica que, uma vez ultrapas-

sado, não há que valer os benefícios do SGP, pois o país exportador passa a demonstrar competitividade suficiente dentro do mercado norte-americano que não justifique qualquer tipo de privilégio.

Assim, uma vez conhecidas as regras do SGP, os benefícios se refletirão no aumento das exportações dos países não desenvolvidos e nos ganhos daí advindos.

### **A participação brasileira no Comércio Internacional**

Embora o Brasil já tenha representado 1,5% do comércio internacional há duas décadas, e 2% num passado um pouco mais distante, hoje participa com o diminuto 1% das exportações globais, o que significa que exportamos US\$ 1,00 a cada US\$ 100,00 de exportação mundial. É por este motivo que a meta nacional consiste em aumentarmos drasticamente as exportações brasileiras face ao cenário global, certo de que os ganhos alcançarão todos os envolvidos no processo – tanto o governo e o exportador nacionais quanto o comprador estrangeiro.

Contudo, para alterar este quadro, é necessário ampliar o leque de mercados importadores, aumentar o volume das nossas exportações e incrementar a pauta dos produtos ofertados com valores agregados (ainda hoje 80% de nossa pauta de exportação corresponde a apenas 100 produtos, em sua maioria sem valores agregados), o que não será possível se não houver redução da carga tributária em todas as fases de produção.

Fato é que muitas empresas são desencorajadas a exportarem, tendo em vista as barreiras comerciais que estes países estabelecem aos produtos brasileiros, em especial as altas tarifas de importação para alguns itens de nosso especial interesse.

Assim, é oportuno mencionar a importância do Sistema Geral de Preferências para o Brasil, na medida em que representa privilégios a determinados produtos, ainda que de baixo valor agregado e, portanto, sem maior expressividade econômica.

### **O BRASIL E O SISTEMA GERAL DE PREFERÊNCIAS COMERCIAIS (SGP)**

O Brasil é beneficiado pelo SGP, outorgado a ele por cerca de 36 países, incluindo os EUA e a União Européia, que são os dois principais parceiros comerciais do Brasil.

As “listas das concessões”, contendo as mercadorias com direito ao SGP são divulgadas periodicamente pelos países outorgantes, e no Brasil são disponibilizadas por meio de Circulares da Secretaria de Comércio Exterior

(SECEX), vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC).

Segundo dados da US International Trade Commission, em 2002 o Brasil exportou US\$ 2,1 bilhões via SGP, ao passo que US\$ 7,6 bilhões foram gravados com imposto de importação, o que denota o baixo grau de utilização do sistema – apenas 32,90% de utilização. Não obstante, a renúncia fiscal americana decorrente das importações de produtos brasileiros cobertos pelo SGP foi de US\$ 28 milhões.

Vale notar que parte significativa dos produtos listados tanto pelo programa dos EUA (Circular SECEX 52/2003) quanto pelo da União Européia (Circular SECEX 27/2004), constam da pauta exportadora brasileira para aqueles mercados (por exemplo, sementes, frutos, grãos, carnes, especiarias, madeira, etc), ou seja, não se justifica, senão pela falta de conhecimento por parte das empresas, a baixa utilização do sistema preferencial.

Com o alargamento da União Européia, novas oportunidades de beneficiamento através do SGP serão criadas, sendo prudente que o exportador brasileiro esteja atento para estes benefícios. Por exemplo, um dos principais produtos brasileiros exportados para a Polônia, Hungria e Letônia, o maquinário agrícola, consta da lista de benefícios da União Européia.

## **Conclusões**

A UNCTAD, ao criar o mecanismo do Sistema Geral de Preferências, procurou atenuar os efeitos nocivos do comércio multilateral liberalizante à época lançado, buscando alternativas que embora não solucionassem, ao menos diminuíssem as dificuldades comerciais das nações menos favorecidas.

Ao lado de políticas estruturais de desenvolvimento e da diversificação de sua pauta exportadora, o Brasil pode e deve lançar mão dos acordos preferenciais de comércio, por refletir a máxima aristotélica de tratar os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades.

Assim, embora “deitado eternamente em berço esplêndido”, como há tempos preconiza o hino da Independência, não impede o “desigual” Brasil de levantar e mostrar ao mundo a sua força.

## Referências bibliográficas

BRASIL. Circular SECEX 52, de 2003.

\_\_\_\_\_. Circular SECEX 27, de 2004.

GABRIEL, Amélia Regina Mussi; CARVALHO, Carolina Monteiro. *O sistema geral de preferências*. Gazeta Mercantil, 24 de janeiro de 2003.

\_\_\_\_\_. *Defesa Comercial e a prática do subsídio no direito brasileiro*. Dissertação de mestrado, UNESP, Franca, 2002.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Prefácio. In: NORONHA, GABRIEL et al. *Tratado de defesa comercial: antidumping, compensatórias e salvaguardas*. São Paulo: Observador Legal Editora, 2003.

RICUPERO, Rubens. *The World Trading System: Seattle and beyond*. In: SCHOTT, Jeffrey J. *The WTO after Seattle*. Washington: Institute for International Economics, 2000.

SECRETARIA DE COMÉRCIO EXTERIOR. *Relatório Estatístico 2004*. SECEX/MDIC, abril de 2004.

\_\_\_\_\_. *Alargamento da União Européia – Impacto no Sistema Geral de Preferências*. SECEX/MDIC, maio de 2004.

U.S. International Trade Commission – USITC. Disponível em: <<http://dataweb.ustic.gov/scripts/userset.asp>> e <<http://www.ustic.gov/taffairs.htm>>. Acesso em: 5 de julho de 2004.

# O CONTROLE EXTERNO NA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**Ivana Mussi GABRIEL**

*Advogada, Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

*Pós-graduada em Direito Público.*

**Resumo:** Os reclamos de maior presteza e transparência na prestação jurisdicional vêm exigindo uma efêmera Reforma do Poder Judiciário. O controle de Poderes torna-se legítimo dentro do sistema de freios e contrapesos, que exige uma correlação entre os órgãos, de acordo com o melhor entendimento da Teoria da Separação dos Poderes. Contudo, a proposta de criação e constituição de um órgão de controle externo macula importantes princípios fundamentais, incidindo, portanto, em flagrante inconstitucionalidade e desrespeito ao Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Controle externo. Teoria da Separação dos Poderes. Legitimidade. Legalidade. Conselho Nacional de Justiça.

## 1-Introdução

No Estado de Direito, há um sério compromisso em consagrar a supremacia constitucional, em afirmar certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como em exigir a organização e funcionamento do Estado para a proteção daqueles valores. Contudo, é grande a dificuldade para ajustar a idéia de Estado de Direito às modificações da vida contemporânea. A tendência ao abuso do poder acaba por transformá-lo num dogma político, distante dos preceitos democráticos.

De fato, o que verificamos é a busca renitente do fortalecimento do poder político, uma produção acelerada de leis técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental e um deficiente sistema judicial. Definitivamente, os abusos cometidos pelos poderes estatais continuam sem reparação, o que evidencia a crise no Estado de Direito. O cidadão comum, verdadeiro titular do poder soberano, sofre, pois não tem seus direitos fundamentais respeitados, nem reconhecidos.

A idéia de representação da vontade do cidadão pelo eleito tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles. O cidadão, ante a avalanche de leis, cada vez mais completas, cada vez mais técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade (RIVERO, 1984, p. 677).

Neste moderno cenário institucional, o Poder Judiciário, responsável pela prestação jurisdicional, encontra-se distante do ideal de justiça. Isso ocorre porque há uma deficiência na Administração Judiciária, em razão da morosidade no andamento dos processos judiciais, do déficit cumulativo da prestação jurisdicional e do acesso mais restrito à justiça. A burocracia pesada, repleta de formalismos e a corrupção de magistrados também contribuem para afastar o cidadão comum da tutela jurisdicional. Como assegurar a todos uma justiça mais célere, precisa e imparcial?

Tramita no Congresso Nacional, há mais de uma década, a Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, que estabelece amplas modificações no desenho institucional e atributivo do Poder Judiciário, incorrendo numa verdadeira “reforma estrutural”. A PEC nº 96/92 prevê um sistema de controle externo da atividade judicial, no sentido de garantir a transparência das decisões judiciais e, por conseguinte, salvaguarda do Estado de Direito contra os abusos de poder.

Para melhor entendimento do conceito de controle externo, Hely Lopes Meirelles define-o como a “faculdade de vigilância, orientação e correção

que um poder ou órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro, com objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico” .

A previsão de um sistema de controle externo para os Poderes é legitimada pela própria Teoria da Separação dos Poderes. O Direito Constitucional contemporâneo reconhece que a Teoria da Separação dos Poderes, defendida por Montesquieu e adotada no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, prevê a existência dos Poderes do Estado para cada função estatal (legislar, executar e julgar), porém dentro de mecanismos de controles recíprocos, denominados “freios e contrapesos”.

De fato, no entendimento de Eugênio Zaffaroni, “não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade de controles recíprocos, nem que afirme absurda compartimentalização que acabe em algo parecido como três governos”.

A expressão separação de poderes não foi empregada por Montesquieu, nem entende que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, acometidos de parte da soberania, absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leve ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implica separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração” (BARACHO, 1984, p.29).

Contudo, a grande celeuma reside na Proposta de Emenda Constitucional nº112/95, que prevê a criação de um órgão , denominado de Conselho de Justiça, para exercício do controle externo das atividades administrativas, orçamentárias e funcionais do Poder Judiciário. De acordo com a PEC nº112/95 tal órgão deverá ser constituído por magistrados, membros do Ministério Público e cidadão eleitos pelo Congresso Nacional ou Assembléia Legislativa, conforme o caso.

Nota-se que a maioria da doutrina e jurisprudência entende ser inconstitucional a criação e composição dos Conselhos de Justiça, por afrontarem importantes princípios constitucionais, como da segurança jurídica (artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988) e da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (artigo 99 da Constituição Federal de 1988). Tal Reforma do Judiciário, embora essencial, não pode conduzir à criação de novo órgão de controle, que acabe por estabelecer um vínculo de dominação institucional através da violação de importantes preceitos constitucionais.

## **2- Legitimidade e legalidade do controle externo**

Inicialmente, pode-se afirmar que existe uma temerária tendência a implantar o Estado de Poder no Brasil, em razão do insuficiente controle externo exercido na Justiça Constitucional, que rompe com toda a ordem jurídica e institucional vigente, violando importantes direitos fundamentais do cidadão comum.

Ora, o Estado deve se preocupar com a retidão dos mecanismos de controle externos no Poder Judiciário, pois no Estado de Direito, a constitucionalização dos direitos fundamentais do indivíduo não significa mera enunciação formal de princípios, mas plena positivação de direitos, legitimando os indivíduos a insurgirem-se contra qualquer arbitrariedade de poder.

Oreste Ranelletti define o Estado de Direito como “aquele que disciplina, com regras jurídicas, na maior medida possível, sua própria organização e atividade nas relações com os cidadãos e assegura, também através do Direito, a atuação em relação a si próprio, mediante institutos jurídicos adequados”.

O Estado de Direito se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça Constitucional e a necessidade da existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais (REYES, 1997, p. 16-19).

Na Justiça Constitucional, o mecanismo de controle externo encontra sua legitimação na Teoria da Separação dos Poderes, em especial, no sistema dos pesos e contrapesos (checks and balances), que propõe um interrelacionamento das atividades desenvolvidas pelos órgãos especializados, para melhor eficiência do Estado. Afinal, de acordo com Montesquieu: “É necessário que, pela natureza das coisas, o poder detenha o poder”.

Como sabemos, a divisão clássica dos Poderes foi exposta por John Locke, porém sistematizada no século XVIII, com a obra O Espírito das Leis (1748), do filósofo iluminista Montesquieu, que estabeleceu para cada função estatal existente um grupo de órgãos distintos e independentes. Tais agrupamentos se corporificaram nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A teoria da Separação dos Poderes acabou se transformando em dogma na Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 e inspirando o nosso artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que assim determina: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O mérito da doutrina, especialmente de Montesquieu, no seu Espírito das Leis, não foi de propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis. O valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades, é a fórmula dos freios e contrapesos a que alude a doutrina americana (TEMER, 2003, p.119).

Contudo, na obra O Federalista, de Hamilton, Madison e Jay, consolidou-se a idéia da tripartição de funções, mediante a construção doutrinária do sistema de freios e contrapesos (checks and balances), com a finalidade de estabelecer limitação recíproca entre os poderes. Diziam: “A tripartição dos poderes consiste em dar aos que administram cada poder, os meios necessários e motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros”.

Assim, é perfeitamente legal o controle externo do Poder Judiciário, pois não ofende o princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, que determina absoluta observância dos ditames legais por governantes e governados. Ao contrário, tal controle busca assegurar o equilíbrio entre as funções estatais para evitar o abuso de poder e, assim, preservar incólumes os direitos fundamentais do homem e os preceitos constitucionais.

Balladore Pallieri já afirmava, “o Estado de Direito é aquele que se submete à lei e à jurisdição independente e imparcial” . Significa dizer que o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder estatal para proteção da maioria.

### **3-Órgãos de controle externo**

Embora defensável a possibilidade de controle externo do Poder Judiciário, a proposta legislativa de criação de um órgão para tal fim, denominado Conselho de Justiça, definitivamente é inconstitucional, por representar flagrante violação ao princípio da autonomia, inerente ao Poder Judiciário e com previsão expressa no artigo 99 da Constituição Federal (“Ao Poder Judiciário é assegurada a autonomia administrativa e financeira”). É que a Constituição confere ao Poder Judiciário a competência para planejar e dispor sobre a organização administrativa e orçamentária, no interesse próprio da instituição. O Ministro José Nery da SILVEIRA conceitua o princípio da autonomia como uma “regra de autogoverno do Poder Judiciário”.

De fato, o princípio da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário deve ser concebido como algo que realça a prerrogativa de inde-

pendência desse Poder, imprescindível para correta distribuição da justiça. Retirar a independência do Poder Judiciário significa macular sua grandeza, sua força moral, sua dignidade, transformando os magistrados em meros instrumentos ou escravos de outro Poder.

Além disso, a criação do Conselho de Justiça Nacional acaba também por violar o princípio da segurança jurídica, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que busca promover e proteger os valores fundamentais da sociedade, através da edição e boa aplicação das leis, tornando segura a vida das pessoas e das instituições contra surpresas nas relações jurídicas e os abusos de poder. Ora, a instituição do órgão de controle externo ao Poder Judiciário fere princípios constitucionais, maculando a imagem da justiça e a segurança social na prestação jurisdicional.

Nesse sentido, dizia Antonio-Enrique Pérez Luño, “ la seguridad es el cariz que la vida entera Del hombre toma cuando se desenvuelve en un Estado de Derecho. El alcance de la seguridad supone la realización plena de las garantías y los valores del Estado de Derecho”.

Note-se que as decisões proferidas pelos Conselhos de Justiça não podem admitir revisão, pois já existem, dentro do Poder Judiciário, órgãos competentes para revisão das decisões judiciais e, inclusive, administrativas e orçamentárias. Afinal, os tribunais já realizam o reexame dos recursos interpostos contra as decisões judiciais, de acordo com a garantia do duplo grau de jurisdição.

Além disso, o Ministério Público (artigo 127, caput, da CF/88) e o Tribunal de Contas (artigo 71, caput, da CF/88) são órgãos legitimados pela Carta Magna para a fiscalização administrativa, financeira e funcional do Poder Judiciário. A Ordem dos Advogados do Brasil também realiza controle externo para os concursos públicos de magistrados. E a sociedade, inclusive, fiscaliza o Judiciário através da garantia de fundamentação das decisões judiciais e publicidades dos julgamentos (artigo 93, IX, da Constituição Federal).

Enfim, se o controle externo do Poder Judiciário tornou-se deficiente, entendemos que a melhor solução não está em criar novos órgãos de fiscalização, mas buscar a modernização e aprimoramento dos que já existem, para a transparência da atividade jurisdicional e maior segurança jurídica ao cidadão comum, que não se cansa de lutar por respeito e reconhecimento aos seus direitos fundamentais e preceitos constitucionais.

#### **4-Conclusão**

No Estado de Direito, os entes federativos, ao exercerem suas competências, são obrigados a respeitar os princípios e as normas constitucionais,

que asseguram os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sob pena de abuso de poder. Afinal, os direitos e garantias do cidadão contribuinte não foram positivados na Constituição para serem formalmente reconhecidos, mas para serem concretamente efetivados.

CAPPELLETTI corrobora esse entendimento afirmando que “somente nos sistemas democráticos de governo existe oportunidade para que se respeitem os direitos fundamentais, de maneira que a democracia não pode sobreviver em um sistema em que os direitos e garantias fundamentais careçam de uma proteção eficaz”. Nesse sentido, a preservação das liberdades públicas exige a eliminação da concentração de poder e sua distribuição num sistema de equilíbrio de poderes.

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização, a perpetuidade e a efetividade desses requisitos (MORAES, p.52).

O direito constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional idéia de tripartição de poderes, entende que essa teoria, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominados “freios e contrapesos” (checks and balances). A idéia de controle, conforme afirma Norberto Bobbio, está vinculada a democracia, enquanto a incontrolabilidade, ao arbítrio.

Neste momento de reformas, imprescindível o controle das ações despóticas das autoridades que, através do abuso de poder, ofende os direitos e garantias do indivíduo, a separação dos poderes, usurpa a função social inerente ao Estado de Direito, além de provocar o empobrecimento da democracia. Afinal, como observa Madison, em O Federalista, “os homens não são governados por anjos, mas sim por outros homens, sendo, pois, necessário controlá-los”.

## Referências Bibliográficas

ABRAHAM, Henry. *A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Ensaios sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ARAGÓN REYES, Manuel. *El juez ordinario entre legalidade y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 13ªed, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *Necessidad y legitimidad de la justicia constitucional*. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ªed., Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ªed., São Paulo: Forense Universitária, 1993, vol. VI.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 15ªed., São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, Celso de. *Reforma do Judiciário*. Correio Brasiliense, Brasília, 30 de jun. 1997.

- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Marin Claret, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 2ªed, São Paulo: Atlas, 1997.  
\_\_\_\_\_. *Legitimidade da Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n.159, p.47-59, jul./set. 2003.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. *A Doutrina do Estado*. Coimbra: Coimbra, 1969.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Manual de Informática y Derecho*. 1ªed., Barcelona: Ariel, 1996.
- RANELETTI, Oreste. *Instituzioni di Diritto Pubblico*. 1ªed. Milão, Giuffrè, 1948.
- RIVERO, Jean. *A modo de síntesis*. In: *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- SILVEIRA, José Néry da. *Aspectos Institucionais da independência do Poder Judiciário*. Revista da AJUFE, Rio de Janeiro, n.39, dez. 1993.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.



## **ERRO SOBRE ELEMENTOS CONSTITUTIVOS ESSENCIAIS DO TIPO E ERRO SOBRE A ANTIJURIDICIDADE DO FATO**

**Paulo Antoine Pereira YOUNES**

*Advogado, Mestre em Direito Penal pela PUC/SP*

*Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

**Resumo:** O tema proposto é motivo de preocupação nos bancos acadêmicos, gerando enorme confusão na mente dos futuros bacharéis de Direito. A finalidade primeira em desenvolvê-lo, foi por mim idealizada, visando aclarar dúvidas dos acadêmicos, acerca, inicialmente, do significado de cada um dos institutos propostos e, finalmente, da principal diferença existente entre eles. Vamos ao trabalho!

**Palavras-chave:** erro, erro de tipo, erro de proibição, culpabilidade, fato típico e tipicidade.

A opção pela temática acima, talvez torne menos árdua a tarefa deste Advogado, em querer definir e distinguir aquilo que conhecemos como erro de tipo e erro de proibição, não apenas em razão da economia nas palavras nessa segunda opção, e sim, pela facilidade de compreensão proporcionada, por si só, pelo tema mais extenso.

Para tanto, prometo me ater à conceituação e distinção de ambos os institutos, na sua essência, sem mais delongas quanto às classificações, teorias adotadas e variações pertinentes ao tema, em que pese a grande relevância, sob pena de desvirtuamento.

## **Conceitos**

As ciências jurídicas e, de modo especial a ciência penal, cuida, dentre outras atribuições, dos acontecimentos humanos. Errare humanum est, diz o antigo provérbio latino, demonstrando que o erro faz parte do cotidiano do homem.

Inicialmente, faz-se mister distinguirmos erro e ignorância. O erro é o falso conhecimento do objeto ou a falsa representação da realidade. Já a ignorância é o desconhecimento total do objeto ou a falta de representação da realidade. Guilherme de Souza Nucci, com propriedade, exemplifica:

Erra o agente que pensa estar vendo, parado na esquina, seu amigo, quando na realidade é um estranho que ali se encontra; ignora quem está parado na esquina a pessoa que não tem idéia do outro que ali se encontra.

Juridicamente, prevalece a unidade dos dois conceitos.

Ocorre o erro de tipo quando o agente se engana sobre os elementos da figura típica. Tipo penal incriminador é a descrição legal da norma proibitiva, vale dizer, a norma que descreve condutas criminosas abstratamente previstas.

Tipificado no artigo 20, caput, do atual Código Penal, vislumbra-se concretamente, quando o agente não tem plena consciência do que faz, imaginando estar praticando uma conduta lícita, quando na verdade, está a praticar uma conduta ilícita, acreditando, erroneamente, na sua licitude.

Tal erro, deverá recair sobre um dos elementos constitutivos essenciais do tipo legal, seja ele descritivo ou normativo. Jair Leonardo Lopes exemplifica:

se o agente manteve conjunção carnal com mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, mas supondo que fosse maior de dezoito, em razão de seu desenvolvimento físico e mental e crendo na idade que ela mesmo se atribuía, não pratica o crime de sedução, por erro de tipo.

Como consequência, o engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo, podendo levar à punição por crime culposo, diante da inevitabilidade do comportamento.

Todavia, a punição por crime culposo só ocorrerá se o fato, na modalidade culposa, estiver previsto em lei. Exemplificando, imaginemos que numa sala de aula, uma aluna se apossa do exemplar de Código Penal de sua colega, imaginando ser o de sua propriedade. São livros iguais, mesma capa, sem identificação que os distinga, num primeiro momento. A subtração deveu-se a um erro sobre um dos elementos do tipo legal de furto, tipificado no artigo 155 do CP: ser a coisa alheia. Tal erro poderia ter sido evitado, pois, numa sala de aula, onde dezenas de alunos possuem livros idênticos, é provável que, na pressa de irem todos embora, não chequem a verdadeira propriedade dos livros. Sendo provável, poderia ter sido evitado tal erro. Trata-se de um erro de tipo evitável, todavia, a aluna não será punida, porque não existe a previsão legal de punição do furto praticado culposamente.

O erro de proibição, por sua vez, incide sobre a ilicitude do fato. O agente atua sem consciência da ilicitude, uma vez que é possível que o mesmo, deseje praticar uma conduta típica, sem ter noção de que é proibida. A consciência da ilicitude é, assim, a consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao ordenamento jurídico. Luis Augusto Freire Teotônio, ressalta a desnecessidade de que o sujeito tenha conhecimentos jurídicos, bastando possa, com esforço devido de sua consciência e com um mínimo de juízo geral de sua própria esfera de pensamentos, conhecer a injustiça de seu atuar.

A lei é obrigatória, erga omnes, tenham ou não os cidadãos conhecimento dela. Sua validade independe do conhecimento. Todavia, ressalta Paulo José da Costa Jr.,

(...) nada tem que ver a obrigatoriedade da lei penal, que é genérica e abstrata, com o conhecimento profano acerca da ilicitude do fato, que é pessoal e concreto.

Walter Marcilgil Coelho escreve que a obrigatoriedade da lei penal, se refere “à estrutura e aplicação do Direito; o nosso dever de conhecer a lei e de nos comportarmos de acordo com ela é subjetivo e pessoal e diz respeito à culpabilidade. O primeiro problema é de ordem objetiva, delimitando o campo do justo e do injusto, do lícito e do ilícito; a segunda questão, porém, é de ordem subjetiva e moral e diz respeito, essencialmente, à reprovabilidade ou não de uma ação humana que já é ilícita.”

Apesar de inescusável a alegação do desconhecimento da lei penal, como definido na primeira parte do artigo 21, do Código Penal atual, nada

impede que se reconheça a circunstância atenuante contemplada no artigo 65, inciso II, do mesmo diploma legal.

Enfim, no erro de proibição, o agente acredita que nada faz de ilícito, quando, na realidade, trata-se de um delito.

### **Diferença.**

Luiz Flávio Gomes, em obra específica, revela a principal distinção entre ambos os institutos, vejamos:

(...)o erro de tipo incriminador, exclui o dolo (e a culpa) ou só o dolo; seu reflexo projeta-se, assim, para o âmbito do fato típico, para excluí-lo totalmente por falta de dolo e de culpa (na hipótese de erro essencial inevitável) ou para excluir o fato doloso, subsistindo o crime culposo, quando previsto em lei (na hipótese de erro essencial evitável). Diferentemente, o erro de proibição projeta seus reflexos para o âmbito da culpabilidade, permanecendo íntegro o injusto penal doloso ou culposo: se inevitável exclui a consciência da ilicitude (...); de outro lado, se evitável, não exclui a consciência da ilicitude nem a culpabilidade nem a responsabilidade penal, devendo o agente nesta hipótese responder penalmente pelo injusto que cometeu, com a pena diminuída de um sexto a um terço (CP, art. 21).

A diferença decisiva entre as duas classes de erro, portanto, não se refere, destarte, ao antagonismo fato-conceito jurídico, mas como podemos observar, à distinção entre tipo e antijuridicidade. Explico: como já definido anteriormente, o erro de tipo, incidente sobre os elementos da figura delitosa, impede o agente de ter a representação de estar, em concreto realizando a conduta abstratamente descrita em lei, podendo decorrer de equivocada percepção dos fatos, bem como da falsa compreensão do direito. O agente não tem consciência de cometer bigamia, ao casar supondo morta a primeira mulher ou casa-se de boa fé, por julgar inválido o matrimônio anterior, são alguns exemplos colhidos da doutrina.

O erro de proibição, de idêntico modo, pode decorrer de erro de fato ou erro de direito, o que demonstra, em termos, uma certa semelhança entre ambos os institutos. No entanto, diferencia-se drasticamente daquele, por projetar seus efeitos no terreno da culpabilidade, excluindo-a, por consequência, ante a impossibilidade de conhecimento do sujeito ativo, quanto à ilicitude de sua conduta.

A inconsciência da ilicitude, enfim, é demonstrada pela convicção do agente de estar atuando conforme o ordenamento direito, apoiado na crença positiva de que sua conduta está autorizada, é permitida pela lei.

Sintetizando, Asúa conclui que no erro de tipo, o agente “no sabe lo que hace”, ao passo que no erro de proibição “no sabe que su hecho es antijurídico o cree que está exculpado.”

### **Referências Bibliográficas.**

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal. tomo V.* Buenos Aires: Lousada, 1963.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal., tomo 1.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal.* 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2, 3 e 4, 1978.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal.* Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1942.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: Parte Geral.* 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. I., 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 358.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal.* São Paulo: Saraiva, v. I, 1989.



# O DIREITO DE REDESIGNAÇÃO DO ESTADO SEXUAL CONSIDERAÇÕES BIOÉTICAS E JURÍDICAS

**Maria Cristina Pereira da Costa VELANI**

*Advogada, especialista em Biodireito*

*Membro da Comissão Regional de Bioética e Biodireito da OAB/SP, da Sociedade Brasileira de Bioética e da International Association of Bioethics*

**Resumo:** As cirurgias de adequação sexual estão sendo realizadas no Brasil a margem de legislação específica. A inexistência de norma regulamentadora enseja ações judiciais e formação de jurisprudência sobre o tema, principalmente no que se refere a adequação do nome ao estado sexual. O procedimento é realizado com base em resolução do Conselho Federal de Medicina que estabelece critérios para definição dos transexuais e realização do ato cirúrgico. Essa intervenção sobre a personalidade humana deve ser pautada em preceitos éticos e morais. Além dos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal os princípios bioéticos também podem ser utilizados para fundamentar o direito dos Transexuais.

**Palavras-chave:** Transexualidade, Bioética, Biodireito.

## 1- Introdução

O fantástico avanço científico e tecnológico ocorrido nas últimas décadas provocam situações e fatos até então nunca vistos ou discutidos pelo direito.

Essas situações resultam na inevitável e decepcionante comparação freqüentemente citada em congressos médicos e jurídicos de que enquanto a ciência se transporta para o futuro de avião a jato, o direito vai de carruagem.

A mesma comparação poderia ser aplicada quando compara-se a ciência com a ética. Segundo a professora e sexóloga Jerusa Figueiredo Netto: “Na corrida para a descoberta científica a ética ficou para trás, sendo hoje inclusive difícil defini-la”.

Para enfrentar o progresso da ciência é imprescindível que o direito alie-se a outros ramos como a filosofia, medicina, bioética, psicologia, etc., a fim de redirecionar os seus conceitos e adequá-los a nova realidade.

O direito e o limite à redesignação do estado sexual não pode ser definido no mundo jurídico sem uma reflexão bioética.

Tanto é que para regulamentar o procedimento e amparar o beneficiado com a técnica de transgenitalização, bem como outros temas considerados pela bioética como emergentes, se multiplicam as Comissões de Bioética por todo o país.

No Estado de São Paulo, por exemplo, temas polêmicos e atuais como Transexualidade e Intersexualidade estão sendo discutidos pela Comissão Especial de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo e por suas Comissões Regionais distribuídas por todo território paulista.

A Comissão Regional de São José do Rio Preto, cidade que se destaca pelo trabalho pioneiro do urologista Carlos Abib Cury, conta com um núcleo de estudos específico para o tema Transexualidade, do qual participa este conceituado especialista e sua equipe de psicólogos, psiquiatra, assistente social, além de outros profissionais.

A Sociedade Brasileira de Bioética, trouxe para o Brasil, no ano de 2002, o VI Congresso Mundial de Bioética que enriqueceu os bioeticistas com inúmeros temas relacionados a área. Palestras, painéis, apresentação de trabalhos e outras tantas atividades situaram os congressistas da atual realidade da bioética no mundo.

Em apresentação concomitante o IV Congresso Brasileiro de Bioética também contribuiu muito para elucidar os mais polêmicos assuntos abrangidos pela bioética.

Diante do cenário mundial não resta outra saída senão a reflexão e discussão bioética, pois, como afirmam estudiosos dessa área, o tempo de amadurecimento moral nos está sendo roubado pela ciência.

A visão bioética sobre as chamadas anomalias sexuais possibilita ao homem moderno o abandono de todo o tipo de preconceito para a aplicação do direito com consciência e igualdade.

## **2 - Transexualidade**

A professora Maria Helena Diniz destaca em sua obra conceitos de diversos autores sobre transexualidade.

Dentre eles o de Aldo Pereira de que a transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto.

No conceito psicológico essa condição sexual seria a inversão de identidade psicossocial que leva a neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral ou uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente a um determinado sexo Ter consciência de pertencer ao sexo oposto.

O transexual é aquele que se sente aprisionado em um corpo que não lhe pertence. Seu corpo físico apresenta um sexo enquanto que o seu espírito é de outro.

O professor Elimar Szaniawski expõe que vulgarmente denomina-se o transexual como o indivíduo que, portador de órgãos definidos, tem toda a disposição psíquica e afetiva do sexo oposto.

Para a professora Teresa Rodrigues Vieira, transexualidade é a convicção absoluta de uma pessoa, de sexo fisicamente determinado ao nascer, de pertencer psicologicamente ao outro sexo. Este indivíduo, completa a autora, não quer simplesmente mudar de sexo; tal adequação lhe é importa de forma irresistível, portanto ele não mais reclama que a colocação de sua aparência física em concordância com seu verdadeiro sexo, ou seja, o sexo psicológico.

Segundo a transexual Guta Silveira existia algo “sobrando” no seu corpo e que lhe causava pavor e desconforto.

O médico urologista Carlos Abib Cury relatou casos em que os transexuais masculinos chegaram a mutilar o órgão genital ou mesmo a se descuidar totalmente de sua higiene íntima a ponto de provocar graves e persistentes infecções que, em alguns casos, podem levar a morte. A rejeição pelo órgão é total numa nítida revelação de que quem habita aquele corpo não é um homem e sim uma mulher.

O médico psiquiatra e sexólogo Sergio J. Almeida em palestra promovida pela Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/SP expôs que antes da cirurgia de adequação sexual o transexual deve ser muito bem avaliado sob pena de ao invés da intervenção lhe causar felicidade lhe cause arrependimento. Ressaltou ainda que em muitos casos o indivíduo que comparece ao hospital a procura de uma cirurgia é um homossexual ou um travesti que passa por depressão e, por isso, antes de intervenção cirúrgica é necessário um acompanhamento por uma equipe de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais a fim de caracterizar o verdadeiro estado sexual daquele ser.

### **3 - Homossexualidade e Travestismo**

A diferenciação entre os conceitos de homossexualidade, travestismo e transexualidade é de suma importância. Frequentemente depara-se com profissionais, em especial da área jurídica, que desconhecem totalmente os conceitos desses temas.

A tendência das pessoas é a generalização dos diferentes distúrbios psicológicos identificando-os como homossexualidade.

A homossexualidade para Roberto Farina teria origem endócrina, psíquica, ambiental, etc. O homossexual não possui conflitos oriundos de sua condição pois a orientação erótica é precisa e seus órgãos sexuais são para ele fonte de prazer.

No Dicionário Aurélio encontra-se a seguinte definição para a palavra homossexual: “relativo à afinidade., atração e/ou comportamentos sexuais entre indivíduos do mesmo sexo.

O homossexual diferencia-se do transexual porque aquele prefere uma relação com uma pessoa do mesmo sexo, enquanto que este se sente atraído por pessoa do sexo oposto.

Já o travestismo não se caracteriza por desejar uma mudança do seu estado sexual mas apenas por sentir atração pelos trajes típicos do sexo oposto.

A definição do dicionário para a palavra travesti é: “disfarce no trajar. Indivíduo que geralmente em espetáculos teatrais, se traja com roupas do sexo oposto.”

O travesti pode ser um indivíduo homossexual ou heterossexual enquanto que o transexual caracteriza-se por ser heterossexual.

### **4 - Bioética e Transexualidade**

O ilustre professor Dalmo de Abreu Dalari leciona:

Qualquer intervenção sobre a pessoa humana, suas características fundamentais,

sua vida, integridade física e saúde mental deve subordinar-se a preceitos éticos. As práticas e os avanços nas áreas das ciências biológicas e da medicina, que podem proporcionar grandes benefícios à humanidade, têm riscos potenciais muito graves, o que exige permanente vigilância dos próprios agentes e de toda a sociedade para que se mantenham dentro dos limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana, à sua vida, e à sua dignidade”.

O transexual sente-se totalmente excluído da sociedade. Ele não se sente feliz e realizado com o seu corpo físico que é para ele um motivo de repúdio.

Ao se sentir totalmente dono do seu corpo e independente, o transexual procura o amparo de uma equipe médica para iniciar o processo de transformação.

O médico e professor Carlos Abib Cury esclareceu que a cirurgia para adequação sexual para o transexual masculino é a última providência a ser tomada. Inicialmente o indivíduo faz implante de silicone nas mamas, ingere hormônios femininos, etc.

Essas transformações nada mais são do que intervenções nas características fundamentais de um ser humano e como salientou o mestre Dalari, devem ser acompanhadas por preceitos éticos.

A bioética está inserida na conquista da consciência dos direitos humanos e, segundo Dalari, é um instrumento valioso para dar efetividade aos seus preceitos numa esfera dos conhecimentos e das ações humanas diretamente relacionadas com a vida e direito fundamental da pessoa humana.

Os princípios bioéticos norteiam e amparam a intervenção do homem sobre o homem.

Princípios como a autonomia, a Justiça, a beneficência podem ser considerados como que a base para o direito do transexual de optar por uma cirurgia para adequação de seu sexo físico ao psíquico.

## **5- Biodireito e Transexualidade**

### **A. Do direito de Adequação Sexual**

O primeiro e talvez mais importante conflito jurídico enfrentado perante o tema transexualidade é o de se estabelecer o direito e o limite do direito de adequação sexual.

O Conselho Federal de Medicina, desde 1997, através da Resolução 1.482/97, permitiu a realização de cirurgia de transgenitalização ou adequação sexual desde que observados os requisitos instituídos por aquela norma,

restringindo-as somente aos hospitais universitários ou públicos em atividades de pesquisa.

Em 02 de dezembro de 2002 foi publicada a Resolução 1.654 de 06/11/2002 que revogou a Resolução 1.482/97 possibilitando as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para o feminino fossem praticadas em hospitais públicos ou privados, independentemente das atividades de pesquisa.

A cirurgia do fenótipo feminino para o masculino ainda continua restrita aos hospitais universitários ou públicos adequados para a pesquisa.

Essa Resolução, que é uma grande conquista para os transexuais e equipes médicas, define no artigo 3º os critérios a serem observados para definição do transexualidade:

Art. 3º. Que a definição do transexualidade obedecerá, no mínimo aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar aos do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente, por no mínimo dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais

O artigo 4º da Resolução estabelece que o paciente só poderá ser submetido a cirurgia após a avaliação de no mínimo dois anos por uma equipe multidisciplinar, constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, que diagnosticará o estado de transgenitalismo no maior de 21 (vinte e um) anos com ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Apesar de alguns estudiosos ainda censurarem a realização da cirurgia de redesignação sexual ou mudança de sexo, mesmo com o consentimento do transexual, as equipes médicas, desde 1997 amparadas na Resolução do CFM, realizam o procedimento nos hospitais brasileiros.

O nosso ordenamento jurídico silencia sobre a matéria mas o direito do transexual está amparado pela nossa Carta Magna nos artigos 6º caput e 196 que garantem o direito à saúde à todo o cidadão e artigo 1º inciso III que estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

A discussão sobre a existência ou não de um direito legalmente constituído, no entanto, é inócua pois as intervenções cirúrgicas são realizadas. e provocam inúmeros reflexos no Direito.

## **B- Efeitos jurídicos da Cirurgia de adequação sexual.**

### **B.1 - Reflexos no âmbito penal**

No âmbito penal há quem entenda, que o paciente submetido a transgenitalização sofre a perda dos órgãos sexuais e suas respectivas funções e, mesmo com o consentimento esclarecido do paciente, existe uma mutilação e uma ofensa à integridade física por causar deformidade permanente e perda da função genética e sexual. Por haver ablação de órgãos sadios constitui lesão corporal gravíssima.

Contudo, conforme define a resolução 1652/02 do CFM, a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, por Ter fins terapêuticos de adequar a genitália ao sexo psíquico.

Inexistindo crime, vez que a intervenção do médico foi com o intuito de reduzir o sofrimento psicológico do seu paciente ao adequá-lo ao seu verdadeiro sexo, não há responsabilidade penal do médico.

Para a professora Teresa Rodrigues Vieira a licitude da intervenção deve ser admitida diante da comprovação da perturbação patológica e da imperatividade do tratamento.

Cita a professora a decisão de uma ação ajuizada em 1975, em que o médico Roberto Farina foi acusado pelo representante do Ministério Público de haver realizado mutilação em um paciente ao remover seus órgãos genitais e confeccionar uma vagina artificial.

Em 1978, segundo a autora, o médico foi condenado a dois anos de reclusão sob a alegação de haver infringido o disposto no artigo 129, § 2º, III, do Código Penal mas, a decisão foi reformada em segunda instância pela 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que, por votação majoritária, deu provimento ao apelo e absolveu o acusado.

O acórdão, de 1979, vem sedimentar a posição de que a cirurgia de adequação sexual visa curar ou reduzir o sofrimento físico ou mental e, embora não seja regulamentada em lei, não é vedada por ela e nem tão pouco pelo Código de Ética Médica.

Não existe assim responsabilidade penal do médico vez que a cirurgia de adequação sexual decorre do exercício regular de sua profissão.

### **B.2 - Reflexos no âmbito Civil**

O estado sexual é um direito de personalidade e se assim o é, como ficaria o transexual perante o direito brasileiro?

A professora Maria Helena Diniz ao discorrer sobre o assunto elaborou

muitas perguntas que conduzem à uma profunda reflexão sobre os conflitos provocados pela cirurgia de adequação sexual para o direito, principalmente no direito de família e no que diz respeito ao estado da pessoa.

É possível a adequação do prenome ao sexo? Se possível, seria justo colocar no lugar reservado ao sexo o termo “transexual”?

O transexual após a cirurgia de transgenitalização poderia convolar nupcias?

Existindo engano o casamento poderá ser anulado por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge? Ou seria matrimônio inexistente?

O julgador diante de tais casos não pode se omitir sob o argumento de que inexistente legislação. Terá que julgar e dar a sua posição que será interpretada como a vontade do Estado.

### **B.2.1 Reflexos no Registro Civil**

O transexual finalmente realizou o seu sonho e conseguiu através da cirurgia adequar o seu sexo morfológico ao psíquico.

Está feliz e realizado. Não enfrenta mais preconceitos ao caminhar pelas ruas, etc.

Mas, como se sentiria uma mulher ao apresentar o documento de identidade ou qualquer outro com um nome masculino?

A adequação do prenome, contudo, encontra uma barreira no artigo 58 da Lei nº 6.015/73 que impõe a imutabilidade do prenome, com exceção do exposto no parágrafo único.

O cumprimento estrito dessa Lei dos Registros Públicos exporia o transexual a situações extremamente vexatórias e feriria o seu direito de personalidade e integridade, dignidade e tantos outros que lhe são assegurados pela Constituição Federal.

A jurisprudência, felizmente, tem entendido que os artigos da Lei acima citada estão obsoletos e, embora timidamente, tem consentido a alteração do prenome.

A designação do sexo, no entanto, é motivo de muita polêmica entre os doutrinadores.

Enquanto uns defendem a inserção nos documentos da palavra “transexual” no lugar destinado ao sexo, outros consideram que essa atitude exporia o transexual a inúmeros preconceitos além de ferir sua dignidade.

Há os que aderem a posição de que o termo transexual deve vir apostado numa averbação sigilosa na certidão de nascimento a fim de não induzir terceiros a erros. Outros que consideram ainda assim uma ofensa e que por isso, não deveria constar em nenhum local.

Considerando que existem apenas dois sexos, o masculino e o feminino, a opinião das professoras Maria Helena Diniz e Teresa Rodrigues Vieira, da qual me filio, é a de que deve haver a adequação do prenome ao novo sexo do transexual operado sem qualquer referência discriminatória em seus documentos ou averbação sigilosa no registro de nascimento porque isso o impediria sua plena integração social e afetiva e obstaria ao esquecimento do estado anterior, que lhe causou tanto sofrimento.

### **B.2.2- Reflexos no casamento**

O casamento é definido pelo professor Washington de Barros Monteiro, como uma união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente de criarem os seus filhos.

No que se refere ao transexual, existem inúmeras questões como por exemplo: o transexual casado pode se submeter a cirurgia e se pode, como fica o casamento anteriormente consolidado entre seres de sexo oposto? O transexual solteiro que se submete a cirurgia de adequação sexual poderá casar-se normalmente? O casamento poderá ser anulado?

Há os que sustentam que o transexual casado não poderia se submeter a cirurgia porque uma vez alterado seu estado sexual o casamento, que seria entre pessoas do mesmo sexo, será inexistente. Outros entendem que o casamento poderia até ser válido se o cônjuge expressamente consentisse e que se não houvesse esse consentimento a melhor saída fosse o divórcio.

Entendemos que as coisas são resolvidas naturalmente. O transexual do sexo masculino casado que deseja mudar a sua condição sexual não deve Ter (e nem sua esposa) o mínimo desejo de permanecer casado e, logo, antes de passar por uma cirurgia dessa natureza, certamente já providenciou a separação legal.

Uma lei nesse sentido poderia dispor, para que não restasse nenhuma dúvida, que a cirurgia de transgenitalização só poderia ser realizada em transexual solteiro, viúvo ou divorciado.

Quanto a possibilidade do transexual que sofreu a transformação contrair núpcias o entendimento é unânime no sentido de que é perfeitamente possível o casamento. Não existe impedimento se admitir a alteração nos documentos do paciente operado, inclusive no que se refere ao seu estado sexual.

Ressalta o professor Elimar Szaniawski que a jurisprudência demonstra que os casamentos que se realizaram tiveram, na maioria dos casos, pleno êxito.

Outra questão discutida é se o casamento do transexual redesignado que não comunica ao seu cônjuge sua situação pode ser anulado.

O artigo 1556 do Código Civil dispõe que o casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Assim, se o transexual não informar a sua condição, o cônjuge prejudicado tem todo o direito de requerer a anulação do casamento.

## **6 - CONCLUSÃO**

Já é tempo dos legisladores e aplicadores do direito acordarem para a evolução científica e tecnológica e, conseqüentemente, do novo ser humano existente na nossa sociedade.

Temas como o transexualidade, reprodução humana assistida, eutanásia e tantos outros são enfrentados diariamente nos hospitais brasileiros e com muito mais freqüência, terão que ser enfrentados nos Tribunais.

Urge que as leis humanas se adaptem a ciência e as tecnologias avançadas sob pena de passarmos a viver num mundo sem lei, com prevalência da lei dos mais ricos e poderosos. Um mundo de desigualdades, exclusões, preconceitos e discriminações.

Os cirurgiões, amparados pela resolução de classe, continuam realizando as cirurgias de transgenitalização.

Esses cidadãos brasileiros não podem ficar a margem da sociedade. Eles merecem amparo e proteção da legislação pátria.

É inconcebível que um país tão evoluído na Medicina ainda seja tão atrasado na elaboração de suas leis.

Felizmente muitos já estão acordando, embora um pouco tarde, para essa realidade e lutando em favor dos chamados pela bioética de vulneráveis.

Quiçá a próxima geração conseguirá viver num mundo sem preconceitos e com leis justas.

## **Referências Bibliográficas**

ALMEIDA.S.J, *Transexualidade, Conceitos Básicos*. Palestra, 26 de agosto 2002, sede OAB/SP - São José do Rio Preto – SP.

CURY, C. A., *Bioética e Transexualidade, Aspectos Cirúrgicos*, Palestra, 26.ago. 2002, sede da OAB/SP. São José do Rio Preto – SP

DALLARI, D.A., *Bioédica e Direitos Humanos, Iniciação à Bioética*,

CFM, 1998.

DINIZ, M.H., *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

FERREIRA, A. B. H., *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1995.

FIGUEIREDO NETO, J., *Ética e Sexualidade, Desafios Éticos*, CFM, 1993.

FARINA, R., *Transexualidade. Do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo, Novaluna, 1982.

IMPRESA NACIONAL, *Resolução nº 1652/02*, [www.in.gov.br](http://www.in.gov.br), 02.dez.2002.

MONTEIRO, W.B., *Curso de Direito Civil, v. Direito de Família*, ed. 20, São Paulo, 1982.

PEREIRA, A., *Dicionário da vida sexual*, São Paulo, Abril Cultural, v. 2.

SILVEIRA, G., *Transexualidade*, 28.nov.2002, Rede TV, Programa Luciana Gimenez.

SEGATO, C., *Nasce uma mulher*, Revista Época, v.236, 25.out.2002. Medicina, p.60-67.

SZANIAVWSKI, E., *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*, São Paulo, 1999.

VIEIRA, T.R., *Bioética e Biodireito*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1999.



## Normas para apresentação de originais

---

**Pensar o Direito** é uma publicação anual de revisões e artigos científicos, os quais englobam as diversas áreas de interesse do Direito. A revista tem como objetivo:

- proporcionar aos docentes a divulgação de trabalhos de pesquisa relacionados com seus programas de qualificação (especialização, mestrado, doutorado e pós-doutorado);
- proporcionar aos discentes a publicação de trabalhos resultantes do programa de iniciação científica da **UNILAGO**;
- possibilitar um maior intercâmbio e discussões entre os pesquisadores de outras Instituições Nacionais;
- Mostrar o interesse da **UNILAGO** em incentivar a pesquisa e em realizar convênios com instituições de pesquisa do país.

### POLÍTICA EDITORIAL

A **UNILAGO** aceita trabalhos sobre revisão de temas de atualidade e/ou trabalhos originais exclusivamente brasileiros que mostrem contribuição técnica, na forma de artigos, escritos em português.

Os trabalhos devem ser apresentados em texto claro, conciso. Não devem conter menos que 5 e mais que 15 páginas com as seguintes formatações: formato A-5; margens: superior 1,5 cm, inferior 1,5 cm, esquerda 1,5 cm e direita 1,5 cm; fonte Arial 10; espaçamento de um e meio entre as linhas. Em citações, usar fonte Arial 9.

Enviar cópia em disquete para o editor até o dia 25/10 do ano letivo em vigor.

O original deve ser apresentado na seguinte seqüência : TÍTULO DO TRABALHO (máximo de 40 caracteres), NOME(S) DO (S) AUTOR (ES), RESUMO (máximo de 200 palavras), PALAVRAS-CHAVE (três a seis palavras), TEXTO e REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (relacionar somente obras efetivamente citadas no texto e de acordo com as normas ABNT). Figuras (tabelas e gráficos) devem ser apresentados em formato JPG, com resolução mínima de 300 dpi, em escala de cinza.

