

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano VI – Número 10 – jan./jun. de 2014



Belo Horizonte
2014

AMAGIS JURÍDICA

DIRETORIA TRIÊNIO 2013-2015

Desembargador Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

Juíza Luzia Divina de Paula Peixoto
Vice-Presidente Administrativa

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos
Vice-presidente Financeiro

Juiz Maurício Torres Soares
Vice-Presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira
Vice-Presidente dos Aposentados e Pensionistas

Juíza Ivone Campos Guillarducci Cerqueira
Vice-Presidente do Interior

Desembargador Tiago Pinto
Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juiz Morvan Rabêlo de Rezende
Diretor-Secretário

Juíza Maria das Graças Rocha Santos
Diretora-Subsecretária

Juíza Aldina Soares de Lima
Juíza Rosimere das Graças do Couto
Diretoras de Comunicação Social

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Diretora do Centro de Estudos da Magistratura
Juiz Luiz Guilherme Marques
Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais

Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes
Desembargadora Mariângela Meyer Pires Faleiro
Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo

Juiz José Aluísio Neves da Silva
Presidente

Juiz José Roberto Sterse

Vice-presidente

Juiz Antônio Carlos Parreira
Secretário

Assessores Especiais da Presidência

Desembargador Tiago Pinto
Juiz Lailson Braga Baeta Neves
Desembargador Nelson Missias de Moraes
Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro
Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada
Desembargador Marcio Aristeu Monteiro de Barros
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães
Juiz Carlos Donizetti Ferreira da Silva

Conselho Editorial da Revista

Juiz Gilson Soares Lemes - Diretor da Revista
Desembargadora Jane Ribeiro Silva - Diretora da Revista
Juiz Antônio José Pêcego
Desembargador Antônio Carlos Cruvinel
Desembargador Belizário Antônio de Lacerda
Juiz Bruno Teixeira Lino
Juiz Bruno Terra Dias
Desembargador Caetano Levi Lopes
Juiz Carlos Frederico Braga da Silva
Juiz Carlos José Cordeiro
Juíza Eveline Mendonça Félix Gonçalves
Juiz Geraldo Claret de Arantes
Juiz Gilson Fonseca
Juiz Luís Fernando Nigro Corrêa
Juiz Luiz Guilherme Marques
Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães
Juiz Maurício Torres Soares
Juiz Ramom Tácio de Oliveira
Juíza Rosimere das Graças do Couto
Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenador de Comunicação da Amagis

Bruno Gontijo – MTB-MG: 11008

Jornalistas

Adriano Boaventura – MTB-MG: 09181
Fernanda Marques – MTB-MG: 12188
Georgia Baçvaroff – MTB-MG: 08441
Tiago Parrela – MTB-MG:14634

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Judge of the International Court of Justice; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; President of the Latin American Society of International Law.

GILSON SOARES LEMES

Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor Universitário e Ex-Promotor de Justiça de MG.

JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

Desembargador do TJMG. Professor de Direito Processual Civil da FDUFMG.

NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG.

RAMOM TÁCIO DE OLIVEIRA

Juiz Auxiliar da Presidência do TJMG/Precatórios. Mestre (UNIFRAN/SP) e Doutor em Direito Público (PUC/MG). Professor da Faculdade Arnaldo (BH). Aprovado em Concurso para Juiz Federal. Ex-Promotor de Justiça. Ex-Delegado de Polícia. Autor de artigos e obras jurídicas.

ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

TÚLIO MÁRCIO LEMOS MOTA NAVES

Juiz de Direito do estado de Minas Gerais em exercício na Comarca de Governador Valadares. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora-MG

TARCÍSIO JOSÉ MARTINS COSTA

Desembargador. Mestre em Direito Penal pela UFMG, professor licenciado de Processo Penal da Faculdade de Direito Milton Campos. Ex-presidente da Associação Brasileira do Magistrados da Infância e da Juventude. Fundador e ex-Tesoureiro da Associação Mercosul dos Juizes da Infância e da Juventude. Ex-Conselheiro da Association Internationale des Magistrats de La Jeunesse e da Famille (Genève-Suisse). Autor do livro Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.

THIAGO COLNAGO CABRAL

Juiz de Direito em Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

THIAGO GRAZZIANE GANDRA

Juiz de Direito. Professor de Direito Penal e Processual Penal. Pós-graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho/RJ. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Membro do Conselho Deliberativo da AMAGIS.

MARINA FRANCO LOPES MAVROS FILIZZOLA

Mestre e especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Advogada. Professora de Direito Penal na Universidade de Itaúna-MG.

RENATA APOLINÁRIO DE CASTRO LIMA

Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Pós Graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Vale do Rio Doce – FADIVALE. Gerente Jurídica da Procuradoria Geral do Município de Governador Valadares.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	xi
COMPLIANCE WITH JUDGMENTS AND DECISIONS – THE EXPERIENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: A REASSESSMENT <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i> (Escritor convidado)	1
RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR DÍVIDA DO SÓCIO COM DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA <i>Gilson Soares Lemes</i>	17
DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE CPC DA <i>DUBITATIO À FIDES</i> <i>José Marcos Rodrigues Vieira</i>	31
A ADMISSÃO DA FAMÍLIA ISOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEIO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. A PRE- VALÊNCIA DOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTER- PRETAÇÃO <i>Newton Teixeira Carvalho</i>	47
COMPREENSÃO VITAL PARA ELABORAÇÃO DE UMA SENTENÇA <i>Ramom Tácio de Oliveira</i>	71
LITERATURA E DIREITO <i>Rogério Medeiros Garcia de Lima</i>	85

O AFETO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE HABITAÇÃO

Túlio Márcio Lemos Mota Naves 105

PROSTITUIÇÃO, EXPLORAÇÃO SEXUAL E CORRUPÇÃO INFANTO- JUVENIL: POSSÍVEL CONFLITO DE NORMAS ENTRE O CÓDIGO PENAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Tarcísio José Martins Costa..... 119

A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Thiago Colnago Cabral.....137

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

Thiago Grazziane Gandra153

ESPAÇO ABERTO

A FIGURA DO GARANTIDOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marina Franco Lopes Mavros Filizzola 169

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: INTERFACES DO INSTITUTO PERANTE OS AVANÇOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Renata Apolinário de Castro Lima181

1

COMPLIANCE WITH JUDGMENTS AND DECISIONS – THE EXPERIENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: A REASSESSMENT¹

Antônio Augusto Cançado Trindade²

SUMMARY: I. Preliminary Observations.. II. Referral of Non-Compliance to the Main Organs of the OAS.. III. Supervision of Compliance with IACtHR Judgments and Decisions. IV. Supervision Motu Proprio by the IACtHR Itself: the Leading Case of Baena Ricardo and Others (270 Workers versus Panama, 2003). V. A Setback in the Practice of the IACtHR: “Partial Compliances”. VI. Final Observations.

¹ Address delivered by the Author in the Seminar of the opening of the Judicial Year of 2014 of the European Court of Human Rights, held at the *Palais des Droits de l’Homme*, in Strasbourg, on 31.01.2014. Originally published in: *Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights: A Shared Judicial Responsibility? - Dialogue between Judges 2014 / La mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme: Une responsabilité judiciaire partagée? - Dialogue entre juges 2014*, Strasbourg, European Court of Human Rights / Cour européenne des droits de l’homme, 2014, pp. 10-17.

² Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Judge of the International Court of Justice; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; President of the Latin American Society of International Law.

I. PRELIMINARY OBSERVATIONS

1. It is a source of great satisfaction to me to participate in this Seminar of the European Court of Human Rights (ECtHR): it affords me the occasion to renew the expression of my links of affection with the Tribunal, which go back to the early seventies. I keep a live and good memory of the two previous occasions I took the floor herein, namely, in the ceremony of the opening of the Judicial Year of 2004, under the Presidency of Judge Luzius Wildhaber, and then in the first joint meeting of the three international human rights tribunals (the ECtHR, the Inter-American Court of Human Rights [IACtHR], and the African Court of Human and Peoples' Rights) in 2008, under the Presidency of Judge Jean-Paul Costa. It is a great pleasure to me to come back to the *siège* of the ECtHR, now under the Presidency of Judge Dean Spielmann, to participate in the present Seminar on a subject of great relevance and topicality, – the *Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights*, and to share this panel with Judge Linos-Alexandre Sicilianos.

2. May I start with a note of gratitude to the organizers of this Seminar. When I was approached by them and suggested, as the topic of my contribution, the experience on the matter of the sister institution, the IACtHR, so that lessons could perhaps be extracted therefrom by my colleagues of the ECtHR in order to tackle the dilemmas they face today, I was touched by their receptiveness. Being engaged in the dialogue between international tribunals already for many years, and being a strong believer in it, I wish to express my deep appreciation for the open-mindedness of the ECtHR in taking into account the experience of its homologue Court in Latin America on the subject-matter under reassessment in this Seminar.

3. To start with, it may be recalled that, unlike the ECtHR, the homologue IACtHR does not count on a Committee of Ministers for the implementation of its Judgments. Given this gap in the mechanism under the American Convention on Human Rights (ACHR), I deemed it fit to insist, during my years of Presidency of the IACtHR (1999-2004), on the need to establish a *permanent* mechanism of supervision of the execution of, or compliance with, the judgments and decisions of the IACtHR. In successive *Reports* that I presented to the main organs of the Organization of American States (OAS), I advanced

concrete proposals to that effect. In my *Report* of 17.03.2000, for example, I warned that, in case of “non-compliance with a Judgment of the Court, the State concerned incurred into an additional violation of the Convention”³.

4. Despite the attention with which the Delegations of member States of the OAS listened to me, the gap has persisted up to date. On one particular occasion, a respondent State (which had denounced the ACHR), availing itself of the gap, felt free not to provide any information at all concerning compliance with Judgments in the case of *Hilaire, Benjamin and Constantine versus Trinidad and Tobago* (2001-2002). This omission occurred despite the fact that, as President of the IACtHR, I had communicated such non-compliance to the OAS General Assembly (held in Santiago of Chile in 2003), – just as I had done, three years earlier, in relation to the *Peruvian cases*, in the General Assembly of 2000 of Windsor in Canada⁴, in conformity with Article 65 of the ACHR.

II. REFERRAL OF NON-COMPLIANCE TO THE MAIN ORGANS OF THE OAS

5. Within the IACtHR, I constantly insisted on the pressing need of having the non-compliance with Judgments (partial or total) by the respondent States submitted to the consideration of the *competent organs of the OAS*, in order to take due measures so as to preserve the integrity of the mechanism of protection of the IACtHR. The supervision of the execution of the Judgments of the IACtHR could not keep on taking place only once a year, and in a very rapid way, by the OAS General Assembly itself.

6. A proposal which I advanced and insisted upon, during my Presidency of the IACtHR (1999-2004), was the creation, within the

³ *Report* presented to the Commission on Legal and Political Affairs (CAJP) of the Permanent Council of the OAS, reproduced in: A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2nd. ed., San José of Costa Rica, IACtHR, 2003, p. 125.

⁴ As documented in the OAS General Assembly's *Annual Reports of* 2000 and 2003.

Commission on Legal and Political Affairs (CAJP) of the OAS, of a nuclear Commission, composed of representatives of the States Parties to the ACHR, to be in charge of the supervision, on a *permanent* basis, within the OAS, of the execution of the Judgments of the IACtHR, so as to secure compliance with them, and, thereby, the realization of justice⁵. In successive *Reports* to the main organs of the OAS, I stressed the pressing need of providing mechanisms – of both domestic and international law – tending to secure the faithful and full execution of the Judgments of the IACtHR at domestic law level.

7. The ACHR expressly provides that the part of the Judgments of the IACtHR, pertaining to indemnizations, can be executed in the respective State by the domestic process in force for the execution of Judgments against the State (Article 68(2)); the Convention adds that States Parties are bound to comply with decisions of the IACtHR in every contentious case to which they are parties (Article 68(1) of the ACHR). By the end of the last decade, at *domestic law* level, only two States Parties to the ACHR had in effect adopted *permanent* mechanisms for the execution of international Judgments⁶. Throughout the last decade, five other States Parties have adopted norms relating to the execution of the Judgments of the IACtHR⁷.

⁵ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos...*, *op. cit. supra* n. (1), pp. 47-49, 111, 125, 234-235, 664, 793-795 y 918-921, esp. pp. 793-794.

⁶ They are, respectively, Peru, which attributes to the highest judicial organ in domestic law (the Supreme Court of Justice) the faculty to determine the execution of, and compliance with, the decisions of organs international protection to the jurisdiction of which Peru has engaged itself (judicial model); and Colombia, which has opted for the attribution to a Committee of Ministers of the same function (executive model).

⁷ Namely, Costa Rica, Guatemala, Brazil, Venezuela and Honduras. - Moreover, the duty of compliance with the judgments and decisions of the IACtHR has been expressly acknowledged by the Supreme Courts of a couple of States Parties: it was done so, e.g., in 2007, by the Supreme Court of Justice of Argentina, as well as the Constitutional Tribunal of Peru, among others. - Despite these advances, there subsists to date the problem of *undue delays* in the full compliance by respondent States with the IACtHR's judgments and decisions.

III. SUPERVISION OF COMPLIANCE WITH IACtHR JUDGMENTS AND DECISIONS

8. In the other States, the Judgments of the IACtHR kept on being executed pursuant to empirical – or even casuistic – criteria, in the absence of a permanent mechanism of domestic law to that end. Given the absence of legislative or other measures to that effect, in my *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, I expressed the hope that States Parties seek to equip themselves to secure the faithful execution of the Judgments of the IACtHR in their domestic legal orders⁸. And even if a given State Party to the ACHR has adopted a procedure of domestic law to this effect, it cannot be inferred that the execution of the Judgments of the IACtHR is *ipso jure* secured, in the ambit of its domestic legal order. The measures of domestic law are to be complemented by those of international law, particularly by the creation of a permanent mechanism of international supervision of the execution of the Judgments of the IACtHR, – as I sustained throughout the whole period of my Presidency of that Court (1999-2004).

9. Thus, in my extensive *Report* of 05.04.2001, in which I presented to CAJP (of the OAS Permanent Council) the document I had prepared, as *rapporteur* of the Court, containing the “*Bases for a Draft Protocol to the American Convention on Human Rights, to Strengthen Its Mechanism of Protection*”, I proposed the creation of a mechanism of international supervision, in the ambit of the OAS (in the form of a Working Group of CAJP), of the Judgments of the IACtHR, to operate on a *permanent* basis, so as to overcome a gap in the inter-American system of human rights protection⁹. Such supervision, – I pointed out, – is incumbent upon all the States Parties to the ACHR, in the exercise of their *collective guarantee*, so as to give due application to the basic principle *pacta sunt servanda*¹⁰.

⁸ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 184.

⁹ A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo...*, *op. cit. supra* n. (1), pp. 369. For a recent reassessment of that and other proposals, cf. A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 169-214.

¹⁰ *Ibid.*, p. 378.

10. Subsequently, in my *Report* of 19.04.2002, to the CAJP of the Permanent Council of the OAS, I insisted on my proposal (which I had taken to the consideration of the Permanent Council itself and of the General Assembly of the OAS in 2001), aiming at filling a gap in the inter-American system of human rights, and thus strengthening the mechanism of protection of the ACHR¹¹. Once again the matter was taken to the attention of the OAS Permanent Council in 2002, and also in 2003. Faced with the immobilism of the OAS in this respect, I retook the subject with special emphasis in my *Report* of 16.10.2002 to the Permanent Council of the OAS, on “*The Right of Access to International Justice and the Conditions for Its Realization in the Inter-American System of Protection of Human Rights*”; on that occasion, I again pondered that States Parties are *individually* bound to comply with the Judgments and decisions of the IACtHR, “as established by Article 68 of the ACHR in application of the principle *pacta sunt servanda*, and, moreover, as an obligation of their own domestic law”. They are likewise *jointly* bound to guarantee the integrity of the ACHR; “the supervision of the faithful execution of the sentences of the Court is a task that falls upon all the States Parties to the Convention”¹².

11. I then recalled that the ACHR, in creating obligations for States Parties *vis-à-vis* all human beings under their respective jurisdictions, requires the exercise of the *collective guarantee* for the full realization of its object and purpose, whereby its mechanism of protection can be enhanced. “The faithful compliance with, or execution of, their judgments is a legitimate preoccupation of all international tribunals”, and is a “special concern” of the IACtHR¹³. It so happens that, in general, States Parties have been satisfactorily complying with the determinations of reparations in the forms of indemnizations, satisfaction to the victims, and harmonization of their domestic laws with the provisions of the ACHR; but the same has not happened in respect of the duty to investigate the facts and to sanction those responsible for grave violations of the protected human

¹¹ Cf. *ibid.*, pp. 794-795.

¹² *Ibid.*, pp. 919-920.

¹³ *Ibid.*, pp. 919-920.

rights (as the *cycle of cases of massacres* was to disclose clearly along the last decade)¹⁴. This remains cause for concern, as one cannot prescind from such investigation and sanction in order to put an end to impunity (with its negative and corrosive consequences for the social tissue as a whole).

12. Still in my aforementioned *Report* of 19.04.2002, I observed that, in view of the persisting institutional gap in the inter-American system of protection in this domain, the IACtHR took the initiative of supervising, *motu proprio*, the execution of its judgments, in the course of its periods of sessions. Yet this was without prejudice to the *collective guarantee* – by all States Parties to the ACHR – of the faithful execution of judgments and decisions of the Court. My reiterated proposal to the OAS for the creation of a “nuclear Commission” of CAJP to undertake the supervision of compliance with the IACtHR’s judgments and decisions on a *permanent* basis did not, unfortunately, see the light of the day. Such measure was to be complemented by measures to be taken by States Parties at domestic law level; the principle *pacta sunt servanda* would thus become effective with measures that were to be taken, *pari passu*, at both international and national levels¹⁵.

13. The gap persists to date (beginning of 2014). The OAS took note of my proposal in successive resolutions till early 2007. The only point which materialized was another proposal I had made to create a fund of free legal assistance to petitioners in need of it. The other points have remained presumably “under study”, – and the IACtHR keeps on taking nowadays the additional task of supervision of execution of its Judgments at the domestic law level of the respondent States. It has been doing so by means of successive resolutions (on State compliance), at times preceded by post-adjudicative public hearings.

14. Earlier examples – and remarkable ones – of compliance with IACtHR’s judgments can be found, e.g., in the cases of *Barrios Altos*

¹⁴ Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, ch. X, pp. 179-191; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 919-921.

(2001), *cas célèbre* on the incompatibility of amnesties with the ACHR, and of *Loayza Tamayo* (1997), both concerning Peru. In this latter, the respondent State promptly complied (on 20.10.1997) with the Court's determination (Judgment of 17.09.1997) to set free a political prisoner. In the case of *Juan Humberto Sánchez versus Honduras* (Judgment of 07.06.2003), the IACtHR recalled its own case-law to the effect that acts or omissions in breach of the protected rights can be committed by any power of the State (Executive, Legislative or Judicial), or any public authority.

IV. SUPERVISION *MOTU PROPIO* BY THE IACtHR ITSELF: THE LEADING CASE OF *BAENA RICARDO AND OTHERS (270 WORKERS VERSUS PANAMA, 2003)*

15. The supervision, assumed *motu proprio* by the IACtHR, of the execution of its Judgments, is what has been occurring in successive cases in recent years. As a pertinent illustration, may I again recall the leading case of *Baena Ricardo and Others (270 Workers) versus Panama* (cf. *supra*). In its memorable Judgment on competence (of 28.11.2003) to supervise the compliance with its previous Judgment (on merits and reparations, of 02.02.2001) in that case, the IACtHR determined that

“(...) The jurisdiction comprises the faculty of imparting justice; it is not limited to declaring the law, but also encompasses the supervision of compliance with the judgment. (...) The supervision of compliance with the judgments is one of the elements which compose the jurisdiction. (...) Compliance with the reparations ordered by the Court in its decisions is the materialization of justice for the concrete case and, thereby, of the jurisdiction (...).

Compliance with the Judgments is strongly linked to the right of access to justice, which is set forth in Articles 8 (judicial guarantees) and 25 (judicial protection) of the ACHR” (pars. 72-74).

16. And the IACtHR lucidly added, in the same line of thinking, that to guarantee the right of access to justice, it was not sufficient to have only the final decision, declaring rights and obligations and

extending protection to the persons concerned. It was, moreover, necessary to count on the existence of

“effective mechanisms to execute the decisions or judgments, so as to protect effectively the declared rights. The execution of such decisions and judgments is to be considered as an integral part of the right of access to justice, this latter understood *lato sensu*, comprising also full compliance with the respective decision. The contrary would assume the denial itself of this right.

(...) If the responsible State does not execute at national level the measures of reparation determined by the Court, it would be denying the right of access to international justice” (pars. 82-83).

17. Next, in the same Judgment on competence in the case of *Baena Ricardo and Others (270 Workers) versus Panama* (cf. *supra*), the IACtHR, to my particular satisfaction, endorsed the understanding that I had expressed in my Concurring Opinion in its Advisory Opinion n. 18 (del 17.09.2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, – even expressly citing my Individual Opinion (n. 70)¹⁶, – in the sense that the faculty of the IACtHR of supervision of execution of its Judgments was grounded on its “constant and uniform practice” (keeping in mind Articles 33, 62(1) and (3), and 65 of the ACHR, and 30 of the Statute) and the “resulting *opinio juris communis* of the States Parties to the Convention” (reflected in its several resolutions on compliance by them with the IACtHR’s judgments). And the IACtHR added, retaking my own doctrine on the *universal juridical conscience* as the ultimate *material* source of international law and of all Law¹⁷ (cf. *infra*):

¹⁶ For the complete text of my aforementioned Opinion, cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, Mexico, Edit. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2007, pp. 52-87.

¹⁷ Cf., on this issue: A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law

“The *opinio juris communis* means the manifestation of the universal juridical conscience¹⁸ by means of the observance, by the generality of the members of the international community, of a given practice as obligatory. The aforementioned *opinio juris communis* has manifested itself in the generalized and reiterated attitude shown by [such] States of acceptance of the supervising function of the Court, what has been clearly and widely demonstrated by the presentation on their part of reports requested to them by the Court, as well as the observance of what was resolved by the Tribunal in addressing them instructions or identifying aspects on which there existed controversy between the parties, pertaining to the compliance with the reparations” (par. 102)¹⁹.

18. In effect, – the Court proceeded, – the sanction foreseen in Article 65 of the ACHR assumes the free exercise by the IACtHR of its inherent faculty of supervision of the execution of its Judgments in the ambit of the domestic law of the respondent States (pars. 90, 113 and 115). Such exercise corresponds to its constant practice, from 1989 until the end of 2003 (pars. 103-104 and 107). In the concrete case of *Baena Ricardo and Others (270 Workers) versus Panama*, the IACtHR recalled that the respondent State had not questioned its competence of supervision earlier on, and already in its Judgment of 02.02.2001 the Court had pointed out that it would supervise compliance with it (par. 121).

19. And it concluded, in this respect, that the conduct itself of the State showed “beyond doubt” that this latter had recognized the competence of the IACtHR to supervise “the compliance with its

- Part I”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 177-202; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-106 and 394-409.

¹⁸ Cf. IACtHR, *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion n. 18 (of 17.09.2003), Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, par. 81.

¹⁹ The IACtHR added that its function of supervision has been accepted by the States and the Inter-American Commission of Human Rights (IACoMHR), as well as by the victims or the legal representatives; the IACtHR has thus been able to exercise regularly and consistently its function of supervision of compliance with its own judgments (par. 103).

decisions”, along “the whole process of supervision” (par. 127). After summarizing its conclusions on the question at issue (pars. 128-137), the IACtHR firmly reasserted that it was endowed with competence to “keep on supervising” the “full compliance” with the Judgment of 02.02.2001 in the *cas d’espèce* (pars. 138-139). It thereby thus discharged, categorically, the challenge of the State concerned, which was never again formulated before the IACtHR. And the respondent State then proceeded to give compliance with the respective Judgment.

V. A SETBACK IN THE PRACTICE OF THE IACTHR: “PARTIAL COMPLIANCES”

20. Despite the earlier application (in 2000 and 2003) of Article 65 of the ACHR in cases of manifest non-compliance with judgments of IACtHR (*supra*), from 2004 onwards, up to now, the IACtHR has no longer applied Article 65 of the ACHR (as it should), thus rendering it impossible in the last decade the exercise of the *collective guarantee* (underlying the ACHR). This, in my perception, is affecting ultimately the inter-American system of protection as a whole. It reveals that there is no linear progress in the operation of an international tribunal (or of any other institution of domestic public law or of international law).

21. If the non-compliance (total or parcial) by States of the judgments of the IACtHR is not discussed and considered in the ambit of the competent organs of the OAS, – as it is happening in the present, – this generates a mistaken impression or assumption that there is a satisfactory degree of compliance with judgments of the IACtHR on the part of respondent States. Regrettably, currently there is not, – to the detriment of the victims. I thus very much hope that the IACtHR will return to its earlier practice, of principle, of applying, in cases of manifest non-compliance of its judgments, Article 65 of the ACHR.

22. The new majority viewpoint prevailing in the IACtHR in recent years (since the end of 2004), avoiding the application of the sanction foreseen in Article 65, has been a “pragmatic” one, in the sense of avoiding “undesirable” clashes with the respondent States, and of “stimulating” these latter to keep on giving compliance, gradually, with the judgments of the IACtHR. Hence the current practice of adoption, on the part of the IACtHR, of successive resolutions of

supervision of compliance with Judgments of the IACtHR, taking note of one or other measure taken by the States concerned, and “closing” the respective cases partially in respect of such measure(s) taken, and in this way avoiding discussions on the matter within the OAS.

23. In effect, this gives the wrong impression of efficacy of the “system” of protection, as the cases cannot be definitively “closed” because the degree of partial compliance is very high, just as is also the degree of partial non-compliance. And all this is taking place to the detriment of the victims. The cases already decided by the IACtHR are thus kept in the Court’s list, for an indeterminate period of time, waiting for definitive “closing”, when full compliance is met, – pursuant to a “pragmatic” approach, seeking to foster “good relations” with the States concerned, and thus eluding the problem. The IACtHR is an international tribunal, not an organ of conciliation, which tries to “persuade” or “stimulate” States to comply fully with its judgments.

VI. FINAL OBSERVATIONS

24. If there is a point in relation to which there persists in the inter-American protection system a very high degree of non-compliance with judgments, it lies precisely – as already indicated – on the investigation of the facts and sanction of those responsible for grave violations of human rights. In my times in the Presidency of the IACtHR, I gave due application to Article 65 of the ACHR (in the OAS General Assemblies of Windsor/Canada, 2000, and of Santiago de Chile, 2003), – the last times the Court applied that provision until today, – having held a position of principle and not a “pragmatic” one in this respect. The system of protection exists for the safeguard of the victims, and this consideration ought to have primacy over any others.

25. On the last two occasions (in 2000 and 2003), under my Presidency of the IACtHR, in which the sanction of Article 65 of the ACHR was applied, the concrete results on behalf of the effective protection of human rights under the ACHR were immediate²⁰. In

²⁰ For an account, cf. A.A. Cançado Trindade, - *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3rd. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2013, pp. 29-45.

sum, on this jurisdictional point of major importance, the norms of the ACHR exist to be complied with, even if this generates problems with one or another State Party. In ratifying the ACHR, States Parties assumed obligations to be complied with (*pacta sunt servanda*), which are obligations of international *ordre public*. The ACHR calls for a position of principle in this matter; after all, for the safeguard of the protected rights, it sets forth prohibitions which belong to the domain of imperative law, of international *jus cogens*.

26. A remarkable illustration of full compliance with conventional obligations is provided by the case of the “*Last Temptation of Christ*” (*Olmedo Bustos and Others versus Chile*, Judgment of 05.02.2001), wherein the IACtHR ordered the end of movie censorship, – a measure that required the reform of a constitutional provision²¹. On 07.04.2003 the respondent State reported to the Court its full compliance with the Court’s Judgment, and added that the movie at issue was already being exhibited (since 11.03.2003) in the *Cine Arte Alameda* in Santiago. In its resolution of 28.11.2003, the IACtHR declared that the case was thereby terminated, as Chile had fully complied with its Judgment of 05.02.2001.

27. This Judgment, delivered under my Presidency of the IACtHR, was not only the first pronouncement of the Court in a contentious case on the right to freedom of thinking and of expression, but likewise of full compliance with the Judgment which required the modification of a provision of the national Constitution itself. And this was not an isolated episode. Another one, of similar historical significance, – having also occurred under my Presidency, – was that of the case of the *Constitutional Tribunal versus Peru*, culminating likewise in the full compliance, by the respondent State, with the Court’s Judgment (merits and reparations, of 31.01.2001), with deep implications for the consideration of the relations between international and domestic law in the present domain of compliance with Judgments concerning the safeguard of the rights of the human person.

28. In that particular Judgment, the IACtHR had condemned the destitution of the three magistrates of the Peruvian Constitutional Tribunal as a breach of the ACHR, and determined that such violation

²¹ Namely, Article 19(12) of the Chilean Constitution of 1980.

of the right to an effective remedy and to the judicial guarantees and the due process of law under the ACHR required the *restitutio in integrum* of the three magistrates (their effective reinstallment into their posts), given the nature of their function and the need to safeguard them from any “external pressures” (par. 75). The resolution of destitution of the three magistrates was annulled by the Peruvian Congress even before the aforementioned Judgment of 31.01.2001 of the IACtHR.

29. In effect, the National Congress did so on 17.09.2000, before the holding of the public hearing before the Court on 22.11.2000 in the case of the *Constitutional Tribunal*. The three magistrates were reinstalled in their posts in the Peruvian Constitutional Tribunal, which came to be presided by one of them. On the two subsequent occasions – after the reinstallment of the three magistrates – when I visited the plenary of the Constitutional Tribunal in Lima (on 12.09.2001 and on 18.11.2003), its magistrates expressed to me their gratitude to the IACtHR. The episode reveals the relevance of the international jurisdiction. In a subsequent letter (of 04.12.2003) that, as President of the IACtHR, I sent to the Constitutional Tribunal, I observed *inter alia* that the IACtHR’s unprecedented Judgment had repercussions “not only in our region but also in other continents”, and marked “a starting-point of a remarkable and reassuring approximation between the Judiciary at national and international levels, which nowadays serves as example to other countries”²².

30. This precedent is furthermore reflected in the convergence which has followed between their respective jurisprudences (of the IACtHR and of the Constitutional Tribunal). In the same line of thinking, throughout my long period as Judge of the IACtHR, I sustained the view that the *corpus juris* of protection of the ACHR is directly applicable, and States Parties ought to give full execution to the Judgments of the IACtHR. This is not to be confused with “homologation” of sentences, as the IACtHR is an international, and not a “foreign”, tribunal; States Parties are bound to comply directly with the IACtHR’s judgments, without the need of “homologation”.

²² Text of the letter reproduced in: OAS, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2003*, San José of Costa Rica, IACtHR, 2004, Annex LVII, pp. 1459-1460, and cf. pp. 1457-1458.

31. Contrary to what is still largely assumed in several countries, international and national jurisdictions are not conflictual, but rather complementary, in constant *interaction* in the protection of the rights of the human person²³. In the case of the *Constitutional Tribunal*, the international jurisdiction effectively intervened in defense of the national one, contributing decisively to the restoration of the rule of law (*état de Droit, Estado de Derecho*), besides safeguarding the rights of the victimized.

32. In the history of the relations between the national and international jurisdictions, this is a remarkable precedent, which will keep on being studied for years to come. The two historical episodes that I herein recall, of the closing of the cases of the “*Last Temptation of Christ*” and of the *Constitutional Tribunal*, pertaining to Chile and to Peru, respectively, after due compliance by them with the IACtHR’s Judgments, reveal that, in the present domain of protection, the interaction between international and domestic law takes place to safeguard the rights inherent to the human person.

33. In conclusion, the IACtHR, which does not count on an organ such as a Committee of Ministers to assist it in the supervision of the execution of its judgments and decisions, has taken upon itself that task. It has done so in the exercise of its *inherent faculty* of that supervision. Much has been achieved, but it has also experienced a setback (of “partial compliances”), as we have seen. Its homologue ECtHR counts on the Committee of Ministers, and has reckoned the *complementarity* of its own functions and those of the Committee in this particular domain. I hope the present reassessment of the accumulated experience of the IACtHR to date may prove useful to the colleagues and friends of the ECtHR currently dedicated to the examination of this matter. After all, compliance with the

²³ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals...*, *op. cit. supra* n. (12), ch. V, pp. 76-112 (on the interaction between international law and domestic law in human rights protection).

judgments and decisions of contemporary international human rights tribunals is directly related not only to the *rule of law*, but also, and ultimately, to the *realization of justice* at national and international levels.

Strasbourg, 31 January 2014.

A.A.C.T.

2

RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR DÍVIDA DO SÓCIO COM DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Gilson Soares Lemes¹

RESUMO

Neste artigo, Responsabilização da Pessoa Jurídica por Dívida do Sócio com Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica, pode se verificar que a pessoa jurídica foi uma estratégia criada pelo direito para o surgimento de um ente diverso da pessoa física, facilitando as relações entre os homens em sociedade. Contudo, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica pode dar ensejo à realização de fraudes e abusos de direito, contrariando o objetivo de facilitar a realização de negócios jurídicos lícitos pelos sócios. A desconsideração da personalidade jurídica permite a intervenção no patrimônio pessoal do sócio por dívidas da empresa. A doutrina e a jurisprudência criaram a denominada desconsideração inversa, a qual autoriza, excepcionalmente, em caso de abuso de direito, seja retirado o véu da pessoa jurídica, responsabilizando-a pelas dívidas do sócio.

Palavras-Chave: Pessoa Jurídica. Abuso de Direito. Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. Responsabilidade.

¹ Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor Universitário e Ex-Promotor de Justiça de MG.

ABSTRACT

In this article, the Corporate Accountability for the Divide Partner with Reverse piercing the corporate veil, it can be seen that the legal entity is a strategy created by law for the emergence of a diverse entity of individuals, facilitating relations between men in society. However, the autonomy of the legal entity sheet may give rise to the realization of fraud and abuse of law, contrary to the purpose of facilitating the realization of the legitimate legal business partners. The piercing the corporate veil allows the intervention on the personal assets of a partner for debts of the company. The doctrine and jurisprudence have created the so-called inverse disregard, which authorizes exceptionally in case of abuse of rights, the veil of corporate entity is removed, assuming responsibility for the debts of the partner.

Keywords: Corporations. Abuse of law. Reverse piercing the corporate veil. Liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Personalização das Sociedades. 3. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 4. A Teoria Incorporada na Legislação Pátria. 5. A Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. 6. Requisitos Para Aplicação da Teoria da Desconsideração. 6.1 Desvio de Finalidade. 6.2 Confusão Patrimonial. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de fazer uma breve análise do tormentoso tema relativo à desconsideração inversa da personalidade jurídica, com interpretação teleológica da lei civil que prevê apenas a desconsideração direta.

Desde a década de 1960, foi introduzida pela doutrina no direito pátrio a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine* ou *Disregard of Legal Entity*).

Atualmente, há previsão expressa no Código Civil brasileiro, desde que atendidos todos os requisitos legais, da possibilidade de se deferir o requerimento do credor para a responsabilização do sócio por dívidas da pessoa jurídica.

Contudo, a desconsideração inversa é tema mais recente, que prevê a o afastamento da personalidade jurídica de uma sociedade com objetivo de responsabilizá-la por dívida de sócio.

Os Tribunais do país têm aceitado a medida como forma de se evitar o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, objetivando o pagamento de dívidas contraídas pelo sócio.

Devem ser analisados os aspectos processuais para decretação da medida, bem dos requisitos imprescindíveis para a responsabilização da sociedade, com seus principais reflexos.

Em que pese a falta de regulamentação legal dessa desconsideração inversa, percebe-se que a medida vem sendo constantemente aplicada em face da interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil brasileiro, sempre com o objetivo de se evitar a fraude e o uso malicioso da personalidade jurídica.

2. PERSONALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES

É natural evitar-se, em sede de trabalhos pontuais como este, a discussão sobre o conceito e natureza jurídica da pessoa jurídica, porquanto o tema é cenário para as mais acirradas discussões e polêmicas entre doutrinadores de diversas áreas.

Para alguns autores, o exame do complicado tema não é imprescindível à compreensão do direito positivo aplicável às sociedades (REQUIÃO, 1971, p. 1:278/279), para outros, tal exame pertence a capítulos distintos do conhecimento jurídico, como o direito civil ou a filosofia do direito (BORGES, 1959, p. 267). Não deixam de ter razão, em certo sentido. (COELHO, 2007, p. 7)

Pessoa jurídica é uma forma que o direito criou para surgimento de um sujeito de direitos diverso da pessoa natural, facilitando as relações entre os homens em sociedade. Assim, a pessoa jurídica pode praticar atos jurídicos e ter patrimônio próprio independentemente da pessoa física, com responsabilidade autônoma. Sem dúvida, sua principal característica é autonomia patrimonial.

O que distingue o sujeito de direito despersonalizado do personalizado é o regime jurídico a que ele está submetido, em termos de au-

torização genérica para a prática dos atos jurídicos. (COELHO, 2003, p. 112)

Tendo regime jurídico próprio, o ente personalizado pode realizar negócios jurídicos com plena eficácia de forma autônoma, tendo responsabilidade própria.

Deve considerar-se como uma pessoa jurídica quem tem direitos e obrigações patrimoniais e um fim especial para que tende com as suas forças econômicas.(OLIVEIRA, 2004, p. 10)

Contudo, para Coelho (2003, p. 126), a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, princípio que a distingue de seus integrantes como sujeito autônomo de direitos e obrigações, pode dar ensejo à realização de fraudes e abusos de direito.

Contudo, a personalização tem o objetivo de facilitar a realização de negócios jurídicos pelos homens em sociedade, não podendo se prestar a encobrir ou dissimular situações jurídicas. A pessoa jurídica não pode ser utilizada como aparato jurídico facilitador de fraudes e conluios, em evidentes prejuízos a terceiros que confiaram na lisura do ente personalizado, dos seus atos constitutivos e da sua administração.

Conforme o escólio do renomado Tullio Ascarelli, a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito. (REQUIÃO, 1977, p. 295)

Assim, em face das possibilidades de desvio de finalidade da personalidade jurídica ou mesmo em caso de confusão patrimonial, necessário que a legislação dê respaldo para a penetração no manto que reveste a pessoa jurídica, objetivando coibir as ilegalidades.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A tese da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*) foi introduzida em nosso direito no final da década de 1960, pelo eminente Professor paranaense Rubens Requião, sendo que teve como principais formuladores o alemão Rolf Serick e o italiano Piero Verrucolio, da Universidade de Pisa.

Segundo Requião, consiste na possibilidade de descortinar o véu da personalidade jurídica, com a consequente responsabilização de

um ou mais sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade. (1977, p. 69)

A pessoa jurídica tem autonomia patrimonial e administrativa, entretanto o sócio que simula atos e pratica fraudes no uso da personalidade jurídica está, ele mesmo, desrespeitando essa distinção de patrimônios. Portanto, a desconconsideração surge para restabelecer os direitos violados, sendo que o próprio sócio foi quem buscou realizar a confusão patrimonial ou o abuso de direitos.

Diante das ilegalidades praticadas por meio da personalização da sociedade, a teoria veio como uma solução ética que fornece ferramenta adequada ao magistrado para colocar fim aos abusos no uso da pessoa jurídica.

Assim, se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada ou, se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconSIDERAR sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica. (NERY JUNIOR, 2007, p. 234)

Deve ser ressaltado, contudo, que não há uma despersonalização da sociedade, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinados atos jurídicos que foram praticados com abuso de direito e com a finalidade de prejudicar terceiros de boa-fé.

Com a aplicação da teoria da desconSIDERação jurídica, há penetração no patrimônio do sócio para restabelecer direitos violados, com exaurimento da medida volta, em seguida, a sociedade a funcionar regularmente, porquanto não há uma despersonalização ou anulação, mas apenas uma desconSIDERação momentânea da pessoa jurídica.

Registre-se, ainda, que a medida é de caráter excepcional, não basta que haja prejuízo a um credor e tenha se esgotado o patrimônio social para que se penetre no patrimônio individual de sócio com responsabilidade limitada.

A medida deve ser requerida e deferida pelo magistrado em casos devidamente comprovados, onde se constate a utilização intencional da personalidade jurídica de forma fraudulenta, com abuso de direito, caso contrário não se pode olvidar da autonomia societária.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a partir de seu acolhimento doutrinário, passou a ter aplicações discretas nos Tribunais do país, até ser incorporada em algumas leis nacionais, o que facilitou a sua compreensão e seu uso mais constante.

4. A TEORIA INCORPORADA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A desconsideração teve a primeira introdução legislativa no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, em seu art. 28, da seguinte forma:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (*Vetado*).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O *caput* do art. 28 exige alguns requisitos, mas a desconsideração prevista no § 5º permite que seja tomada a medida de forma genérica, sempre que houver obstáculo ao ressarcimento de prejuízos ao consumidor, com reconhecimento da chamada Teoria Menor da desconsideração, onde não se exige os requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, esse tido como Teoria Maior da desconsideração.

O Código Civil, editado em 2002, estabeleceu a desconsideração da personalidade jurídica no seu art. 50, nos seguintes termos:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juízo de-

cidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Aqui, na forma de Teoria Maior da desconconsideração, restou expresso a necessidade de abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade e a confusão patrimonial, não sendo suficiente apenas mero embaraço para o credor na tentativa de receber o que lhe é devido.

Haverá a desconconsideração em casos excepcionais, sempre a requerimento da parte ou do Ministério Público, se for o caso, desde que sobejamente demonstrados os requisitos legais.

Existe também a previsão da desconconsideração, nos moldes da Teoria Menor, no art. 4º da Lei n. 9.605/98 (Lei do Meio Ambiente), o qual estabelece que, para a desconconsideração da personalidade da sociedade, é suficiente a ausência de bens em seu patrimônio a fim de ressarcir prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Por fim, a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, da mesma forma prevê, em seu art. 34, que personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

5. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconconsideração inversa da personalidade jurídica ocorrerá quando o magistrado determinar o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, diversamente do que ocorre na desconconsideração direta da personalidade, atingir a sociedade e seu patrimônio social, com o objetivo precípua de responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio.

Um dos primeiros autores a tratar do tema foi Fábio Konder Comparato, o qual destacou que a desconconsideração da personalidade

jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em direção inversa, ou seja, no sentido da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. (1977, p. 272)

Apesar de a lei não regular expressamente o assunto, a doutrina, já há algum tempo, vem admitindo a existência do instituto, o qual se convencionou denominar de “desconsideração inversa da personalidade jurídica”, em face da interpretação teleológica das regras expressas no art. 50 do novo Código Civil.

A necessidade de aplicação da teoria aparece, v.g., quando o devedor esvazia o seu patrimônio e transfere os seus bens para a titularidade da pessoa jurídica da qual participa. Ocorre com sócios que estão sendo acionados na justiça individualmente para pagamento de dívidas.

Da mesma forma, pode ocorrer com os cônjuges em vias de separação ou divórcio, que, de forma fraudulenta e antecipadamente, extraem do patrimônio do casal bens que seriam objeto de partilha, integralizando-os rapidamente no patrimônio da sociedade da qual participam.

Nessas situações, compete ao magistrado afastar então a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e determinar que seja realizada a constrição dos bens que estão em nome da sociedade, mas para responder por dívidas do sócio.

Segundo o Professor J. Lamartine Correa de Oliveira, há uma penetração invertida, pretendida por credores do sócio, de modo a atingir bens da sociedade. (1979, p. 342)

Ainda não existe nenhuma legislação com a previsão específica da desconsideração inversa, contudo a jurisprudência vem admitindo a aplicação da teoria em situações onde há a devida comprovação do desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Em decisão do Superior Tribunal de Justiça, a eminente relatora Ministra Nancy Andrighi registrou:

considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador es-

vazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. (STJ, 3ª Turma, REsp 948.117-MS).

Em outra decisão, de grande repercussão, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Des. Rel. Pereira Calças ao deferir a desconsideração inversa para penetração no patrimônio de grande empresa de nosso país, citou Comparato que fez remissão ao então Desembargador daquela Corte, Edgard de Moura Bittencourt:

A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito. (TJSP, Agr. Instr. 1.198.103-0/0)

Portanto, a aplicação da tese da desconsideração inversa tem por finalidade sejam rechaçadas eventuais fraudes e simulações no uso da personalidade jurídica, para que prevaleça o ato lícito, a ordem jurídica e a justiça.

Na mesma decisão acima citada, o relator Des. Pereira Calças destacou que a desconsideração inversa pode ser aplicada independentemente de ter sido demonstrada a transferência dos bens do patrimônio do sócio controlador-devedor para a pessoa jurídica, haja vista que frustradas as diligências realizadas com o escopo de bloquear ativos financeiros do sócio devedor, exsurge evidente que, na condição de “dono” ou “sócio de fato” ou “controlador” das sociedades, retira do caixa das empresas, mediante expedientes lícitos ou ilícitos, formais ou informais, o necessário para sua manutenção e de sua família.

Destarte, se o sócio não possui dinheiro em suas contas pessoais, mas está a usufruir dos benefícios derivados da retirada que faz na sociedade, deve ser coibida sua atitude, impedindo a confusão patrimonial.

Eventualmente surgem discussões se há necessidade de ação própria para a declaração da desconsideração e para as medidas tomadas

pelo magistrado, ou se podem ser decretadas no curso de eventual execução ou processo de falência.

A jurisprudência pátria já firmou posição no sentido de que a desconsideração pode ser declarada de forma incidente no processo de execução singular ou coletiva, desde que haja respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Cumprе ressaltar, que o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em face das recentes decisões, prevê em seu art. 63, parágrafo único, a possibilidade de se aplicar o procedimento previsto naquela Seção aos casos em que a desconsideração é requerida em virtude de abuso de direito por parte dos sócios.

6. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO

Como visto, a desconsideração inversa da personalidade jurídica é medida excepcional e somente deve ser aplicada quando preenchidos os requisitos legais previstos no art. 50 do Código Civil brasileiro, relacionados com o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

Portanto, se o devedor utiliza da personalidade jurídica para praticar atos ilícitos ou incompatíveis com a finalidade da sociedade ou mesmo se toma providências que geram a confusão entre o patrimônio pessoal e o da pessoa jurídica, é necessária a intervenção judicial para a constrição de bens e o restabelecimento da ordem jurídica.

6.1 Desvio de Finalidade

A sociedade ao ser constituída tem um objeto social, uma finalidade precisa e detalhada que consta de seus atos constitutivos. Deve ser especificado o que será executado como atividade econômica para gerar receitas. Essa é a razão de se criar a pessoa jurídica, sendo que os sócios administradores devem cumprir com as metas traçadas buscando atingir seus objetivos.

A identificação do desvio de finalidade nas atividades da pessoa jurídica deve partir da constatação da efetiva desenvoltura com que

o ente personalizado produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica. (NERY JUNIOR, 2007, p. 234)

Assim, os administradores devem agir apenas nos limites dos atos constitutivos, porquanto o que for praticado em contradição ou de forma ilícita poderá ser revisto judicialmente e eventuais constrições poderão recair sobre o seu patrimônio individual.

Dessa forma, se é certo que a sociedade tem sua autonomia plena para gerir todos os negócios e praticar atos jurídicos de forma independente de seus sócios, não é menos certo que os sócios devem estar atrelados aos objetivos registrados, sem desvio da finalidade precípua que fez surgir a personalização de um novo ente.

6.2 Confusão Patrimonial

A pessoa jurídica terá capital social definido em seus atos constitutivos, competindo aos sócios realizarem esse capital por meio de moeda, bens ou serviços, na exata definição da lei civil.

Portanto, com o surgimento da pessoa jurídica cria-se um patrimônio próprio da sociedade, o qual será administrado exclusivamente pelos sócios e administradores e não terá relação com o patrimônio pessoal de qualquer dos sócios.

Nesse sentido, compete aos administradores zelarem por esse patrimônio, com escrituração própria que definirá a alocação de cada bem, de cada recurso ou dívidas.

E toda negociação que se realizar com fornecedores, clientes e empregados será feita com os recursos e meios disponíveis na pessoa jurídica, não sendo permitido qualquer integração entre o patrimônio da empresa e o dos sócios, pois a razão maior da personalização da empresa é a autonomia patrimonial.

Quando ocorrer a confusão patrimonial é perfeitamente possível que seja declarada judicialmente a desconsideração da personalidade, haja vista que estará ocorrendo o abuso da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil brasileiro.

7. CONCLUSÃO

De todo o exposto, verifica-se que a pessoa jurídica foi uma estratégia criada pelo direito para surgimento de um novo ente, diverso da pessoa física, facilitando as relações entre os homens em sociedade. Permitiu-se, assim, à pessoa jurídica praticar atos jurídicos e ter patrimônio próprio independentemente da pessoa física, com responsabilidade autônoma.

Entretanto, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica pode dar ensejo à realização de fraudes e abusos de direito, alcançando escopo ilícito e contrariando o objetivo de facilitar a realização de negócios jurídicos pelos sócios.

Em face dessa possibilidade de desvio de finalidade da personalidade jurídica ou mesmo em caso de confusão patrimonial, surge a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), introduzida em nosso direito no final da década de 1960.

O objetivo da medida é descortinar o véu da personalidade jurídica, com a consequente responsabilização de um ou mais sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade. A pessoa jurídica não pode praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada.

Não ocorrerá uma despersonalização da sociedade, mas apenas a declaração de ineficácia de determinados atos jurídicos, praticados com abuso de direito com a finalidade de prejudicar terceiros de boa-fé, exaurindo-se aí a medida, voltando em seguida a sociedade a funcionar regularmente.

O julgador só em caráter excepcional, em casos devidamente comprovados, deverá aplicar a teoria, respeitando, caso contrário, a autonomia societária.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos poucos foi introduzida em nossa legislação, primeiro no **Código de Defesa do Consumidor**, e depois em outras leis até ser consagrada no **art. 50 do atual Código Civil**.

Com a evolução da teoria, surgiu, então, a desconsideração inversa da personalidade jurídica, a qual ocorre quando o magistrado determinar o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, diversamente do que ocorre na desconsideração direta da personali-

dade, atingir a sociedade e seu patrimônio social, com interpretação teleológica da norma expressa no art. 50 do Código Civil e visando à responsabilização da pessoa jurídica por obrigações do sócio.

A aplicação da teoria ocorrerá quando houver abuso de direito, consubstanciado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou confusão patrimonial. O Judiciário, então, deverá anular eventuais fraudes e simulações no uso da personalidade jurídica, de forma incidente no processo de execução singular ou coletiva, desde que haja respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme já previsto no anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Por fim, deve ser ressaltado que a desconsideração inversa da personalidade jurídica é medida excepcional e somente deve ser aplicada quando preenchidos os requisitos legais previstos no art. 50 do Código Civil brasileiro.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestres*. 5. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1975.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2014.

BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor, Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

BRASIL. *Lei n. 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Institui a Lei do Meio Ambiente, Brasília, 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

BRASIL. *Lei n. 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, Brasília, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

BRASIL. *Recurso Especial n. 948.117-MS*. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Relator Ministra Fátima Nancy Andri ghi. Julgamento em

22.06.2010. Disponível em : <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2014.

BRASIL. *Agravo de Instrumento n. 1.198.103-0/0*. Tribunal de Justiça de São Paulo. Seção de Direito Privado. 29ª Câmara. Relator Desembargador Pereira Calças. Julgamento em 26.11.2008. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 14 de julho de 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 1. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade NERY. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de Direito Empresarial Brasileiro*. 1. ed. Campinas-SP: Ed. LZN, 2004, v. I.

OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. 1. ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 1979.

REQUIAO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 20. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1971, v. 2.

REQUIAO, Rubens. *A desconsideração da Personalidade Jurídica no agrupamento de empresas. Sociedades Comerciais (Aspectos Modernos do Direito Comercial)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977, v. 1.

3

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE CPC DA *DUBITATIO À FIDES*¹.

José Marcos Rodrigues Vieira²

RESUMO

Por força da fixação dos pontos controvertidos e sob aplicação do princípio de cooperação entre os sujeitos do contraditório, a distribuição dinâmica do ônus da prova permite a vinda aos autos de todos os fatos relevantes, ainda os não alegados, para a completude da jurisdição. O saneamento, se necessário em audiência própria, destina-se também a isolar as questões principais, bem como, sob garantia de recurso, a impor a quem de direito, a prova do fato técnico controvertido.

Palavras-chave: Projeto de novo CPC brasileiro. Prova. Ônus. Distribuição dinâmica.

ABSTRACT

By the setting of disputed evidences and under the principle of cooperation between adversary parts, the dynamic allocation of the burden of proof allows the presence of all relevant facts in the records, even if not alleged, in order to fulfill the jurisdiction.

¹ Revivescência da terminologia da “escala” de BARTOLUS, cf. ROSONI, I. – *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria dela prova indiziarla nell’età medievale e moderna*, Milano, 1995, p. 73 e ss., apud CAVANNA, Adriano – *A Consciência do Juiz no Stylus Iudicandi do Senado de Milão*, in *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídico Européia*, Jean Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride (Coord.), 1. ed., Tempus, Belo Horizonte, 2010.

² Desembargador do TJMG. Professor de Direito Processual Civil da FDUFG.

The corrective decision, if necessary, performed in the due hearing, also intends to clarify the main issues in the suit, as well as, under certainty of appeal, to impose the burden of proof of controversial technical facts to the rightful ones.

Keywords: Evidence. Burden of proof. Dynamic allocation. Brazilian New Code of Civil Procedure Bill.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Prova: instituto processual e substancial. 3. Fixação dos pontos controvertidos. 4. A prova equívoca e a Distribuição dinâmica. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O justo processo legal importa em revisão dos princípios dispositivo e inquisitivo. Nenhum deles sendo absoluto, como sempre se admitiu, haveria influência direta da distribuição do ônus da prova, por ter de ser revisto o próprio ônus da alegação. Não se justifica a submissão do Juiz ao recorte incompleto e tendencioso de qualquer das partes, cumprindo exercer seu poder, na dimensão plena do respeito ao contraditório, para que venha aos autos a integridade da pretensão resistida, não servindo o processo à verdade formal, porque transformado em forma de atração da verdade real.

2. PROVA: INSTITUTO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL

O Projeto de CPC introduz a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova (§ 1º, do art. 380), ao lado de regra geral (*caput*, do art. 380), repetitiva da tradicional disposição constante do art. 333, do atual CPC. Destina-se a novidade à solução das dificuldades que, não raro, podem decorrer das limitações da regra geral – e que restam, em breve alusão, contidas nos dizeres do referido § 1º. Cuida, porém, o § 2º, do referido art. 380, de impedir que da distribuição dinâmica resulte extremamente difícil a produção da prova: seja para não se adotar o critério, seja para subsidiá-lo com alguma medida de apoio. Já o § 3º do art. 380, avança com a distribuição dinâmica convencional, que o Projeto admite (§ 4º) em caráter pré ou endoprocessual.

Para comodidade de leitura, transcrevem-se os Parágrafos (trata-se de regras da versão emergente do Senado e atualmente submetida à Câmara dos Deputados):

Art. 380. (*omissis*).

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do ‘caput’ ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o §3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Cabe confrontar diversos dispositivos do sistema do Projeto com os ora transcritos, por isso que o confronto é revelador da função dos dispositivos em comento, vale dizer, da superação da distribuição estática, segundo a qual a prova se atém ao critério da posição processual das partes e da natureza dos fatos objeto de prova.

De início, ressalte-se que o § 1º, do art. 380, tem dimensão duplamente exauriente – de identificação dos fatos probandos e de determinação dos meios da respectiva prova. A primeira, ao proclamar as *peculiaridades da causa*: que deduz dos pontos controvertidos (arts. 6º e 364, II e IV) e faz resultante necessária da técnica de fixação respectiva (no que mesclada a aplicação dos princípios dispositivo e inquisitivo), a substituição da impossibilidade de prova do fato diretamente afirmado, pela imposição do ônus da prova do fato a ele contrário; a segunda, ao referir *os casos previstos em lei*, já que a natureza do direito material induz determinantes necessárias dos meios de prova e, por conseguinte, da posição da parte que melhor possa produzi-la.

Fácil verificar-se que a distribuição estática levaria à coisa julgada injusta, a rebuscar a justificativa formalista do caráter processual ou constitutivo da coisa julgada. Não por outra razão, a evolução da ciência processual desenvolveu a crença no sentido de superação do processo como puro jogo, como disputa puramente estratégica, tornando-o não mais permeável à sonegação de fatos. Deve-se dizer que tal perspectiva havia sido iniciada (e logo abandonada) em época inaugural de vigência do atual CPC, quando o respectivo art. 17, III, em sua redação original, reprimia como litigante de má-fé a parte que omitisse intencionalmente fato essencial ao julgamento da causa.

Dir-se-á que não se possa impor à parte declinar em juízo o que lhe seja nefasto. Todavia, há de se considerar que a jurisdicionalização da espécie não é algo cuja integridade possa ser truncada – quer por ação, quer por omissão das partes. É verdade que a lide não tem de ser esgotada, já que admissível o não exercício de alguma das pretensões cumuláveis. Daí, entretanto, a se admitir que possa ser deduzida com supressão de questões essenciais ao conflito existente, vai uma grande distancia. É que não é dado à parte – na estrutura de justo processo legal, inaugurada pelo Projeto de CPC e apenas esboçada anteriormente – conquistar a consciência do juiz, mediante a deterioração da respectiva ciência, ainda que se deva admitir que “a certeza é fracionável e que se pode obtê-la enquanto ‘firma opinio’, adicionando os segmentos indiciários que a compõem”.³

Tem posição de destaque no Projeto de CPC, a regra do art. 499, §1º, IV, que exige da fundamentação da sentença o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada (dir-se-á, também, da que projete o julgador, em sua consciência). Aí vem ter o elenco variável dos chamados argumentos de prova.

Os argumentos, em cotejo com a parcialidade da prova produzida pelas partes, configuram indícios, os aludidos segmentos indiciários.

Estamos em perseguir a conceituação adequada do fato jurídico. Não nos convence, na estrutura dinâmica do processo – relação de ação – a dimensão estática do fato jurídico. O Juiz há de verificar

³ CAVANNA, Adriano. *A Consciência do Juiz no Styllus...*, cit., p. 295.

o complexo factual, o conjunto de circunstâncias que lhe permita, a salvo de erro, aplicar o direito. A cognição tem de reunir a totalidade das regras legais aplicáveis. Julgar é enquadrar o caso no sistema juspositivo, o que supõe o confronto, mediante a fixação bilateral da matéria de fato – redução à unidade das alegações contrapostas – em soma, justaposição, subtração, exclusão, modificação, conversão ou qualificação de fatos, uns por outros, na composição do fato jurídico. O fato jurídico, imponível às partes e não apenas o estaticamente declinado nas peças postulatórias, é resultado recíproco das alegações e da interinfluência das questões que suscita o recíproco enfrentamento.

É esta imponibilidade bilateral, em *reductio ad unum*, inicialmente técnica e, a seguir, lógico-jurídica, do fato probando, que permite, sem violação de direitos, a distribuição dinâmica do ônus da prova – despersonalizada a alegação, desde a fixação dos fatos probandos, ante a reconstrução dialética dos pontos controvertidos, os de fato (pelas respectivas circunstâncias) e os de direito (pelos respectivos fatos jurídicos): reconstrução que se dá pela identificação das *questões principais*, a que alude o art. 499, III, do Projeto.

De outra coisa não se fala – mediante a técnica da fixação dos pontos controvertidos (sobre que, adiante, iremos discorrer) – que de articulações de interesses, mercê do que se engendra a composição do conflito, de que tratam os arts. 364, II e III, e 514, do Projeto: a sentença de mérito faz coisa julgada nos limites da *questão principal* expressamente decidida (aí incluída a questão prejudicial que não sofra limitação probatória, dentre outras limitações à cognição, conforme o § 2º, do referido art. 514).

E, força é reconhecê-lo, as normas sobre prova são retiradas tanto do direito processual quanto do direito material, havendo interação entre fatos alegados e fatos jurídicos descritos no molde legal. A aplicação do direito, que se dá mediante a subsunção dos fatos ao ordenamento juspositivo, percorre procedimento de comprovação unívoca, quando opera por indução e dedução, segundo sugerido por HERBERT SPENCER⁴, na idéia de que “o acordo da indução e da dedução proporciona sempre uma prova de uma solidez inexpug-

⁴ SPENCER, Herbert. *La Justicia*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 137.

nável; e quando (...) se realiza entre deduções e induções numerosas , pode-se dizer que temos alcançado a certeza mais sólida que se pode imaginar”.

3. FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

O Projeto busca viabilizar o justo processo legal, como dito. Aqui, tratamos de invocar, primeiramente, o respectivo art. 364, seus incisos e parágrafos, relativo à fixação dos pontos controvertidos, *sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção*. Outrossim, cabe lembrar a remissão expressa da fixação dos pontos controvertidos à criação de precedentes e à respectiva invocação como motivação de súmula – regra importantíssima constante do § 2º, do art. 520, e do art. 521. Busca-se a exatidão do concerto fático inerente ao precedente, atento o Projeto à mesma necessidade de identificação integral e essencial do conflito de interesses, a fim de que possam os institutos do *Common Law* ganhar equivalentes juspositivados.

Insta considerar que o Projeto, como assinalado, ao determinar o exame, na sentença, de todos os argumentos (art. 499, § 1º, IV), quer que a jurisdição, individual, coletiva ou transindividual importe sempre em exaustão da controvérsia e, portanto, em perquirição adequada das alegações e da competente prova.

Todo o destaque, por conseguinte, é dado ao esforço de descoberta das circunstâncias a partir das alegações, mediante a colaboração entre as partes e o órgão jurisdicional (declarada analiticamente nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 364), como operação inerente ao saneamento. O saneamento superará não apenas a insuficiência da adstrição do juiz às alegações, erguendo-o a cavaleiro de excessos e omissões, como também libertará o processo judiciário da classificação dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado na inicial. (Desnecessário, neste passo, repassar a crítica doutrinária, sabido e ressabido que a prática do foro faça deparar, a todo instante, tipos híbridos).

A experiência da carga probatória dinâmica, concebida na Argentina por um grupo de processualistas ao redor do Professor Jorge

Peyrano⁵ – com as modificações que nosso sistema impõe – é, pois, uma das sensíveis inovações do Projeto de CPC brasileiro.

Inovação? Pergunta-se. Não exatamente. Creio que a experiência argentina apenas nos confirma a validade de raciocínio antigo, já pontualmente empreendido por juízes.

Não custa observar a recomendação do (hoje) Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti,⁶ como técnica extraída de sua experiência e sugerida em duas passagens de sua “Palestra aos Juízes Substitutos e de Investidura Temporária aprovados no 148º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo”, *in verbis*:

O juiz pode manter a iniciativa no andamento do processo por intermédio da determinação da prova necessária, autorizado pelo art. 130 do Código de Processo Civil, atribuindo às partes o ônus de provar algum ponto, e alertando-as para a necessidade de trazer a prova decisiva e possível, sob pena de, não a trazendo, a omissão acarretar desequilíbrio no embate probatório em seu desfavor.

(...).

Podemos também induzir as partes à prática de atos processuais, estabelecendo que quem não o fizer será prejudicado. (...) bastará deixar claro que esta falta será interpretada em detrimento dele, pois detentor da prova [*refere-se, exemplificativamente, ao INSS, ante o pleito relativo a direito a benefício previdenciário ou acidentário, bem como aos bancos e instituições financeiras, nas revisionais de contratos ou repetitórias*], sentenciando-se fazendo de conta que a parte contrária provou tudo o que ele não trouxe aos autos.

É conhecida a regra de alguns Códigos europeus, como o *Codice di Procedura Civile* italiano, que autoriza o Juiz a inferir argumentos de prova da conduta das partes durante todo o processo (art. 116). Também a revogada *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (arts. 340 a 342 e 507), com suas *diligencias para mejor prover*, oferecia mobilidade ao julgador, ante as omissões das partes e das provas.

⁵ PEYRANO, Jorge; LÉFORI WHITE, Inés (Coord.) *Cargas Probatorias Dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, *passim*.

⁶ BENETI, Sidney Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17-8 e 21.

Cuida-se de necessária limitação (ou crítica) ao princípio dispositivo, não se justificando – no justo processo legal, colimado pelo Projeto de CPC – que seja literalmente jungido o julgador ao estratagema fático-causal deduzido pelas partes, ora o autor, ora o réu.

O autor, pelo princípio dispositivo (levado a extremo), põe nos autos os fatos que quer (e retira os que não quer), com a prova que possui (e lhe interessa). O réu, pelo mesmo princípio (exacerbado) retira da causa, em juízo, os fatos que lhe acarretam responsabilidade. E o juiz, por não ter (não poder ter?) iniciativa processual (sequer, endoprocessual), mantém-se neutro, senão alheio, mesmo que perceba algo mais, algo menos, de possível deslize na narrativa factual ou na conclusão jurídica extraída pelas partes, em evidente quebra de verossimilhança.

Entre nós, José Roberto dos Santos Bedaque⁷ sugere a resultante dispositivo-inquisitiva:

Para que a decisão seja substancial e qualitativamente justa, não basta assegurar às partes exclusividade de iniciativa (...) é preciso buscar, pelo processo, a aplicação correta e racionalmente justificada do direito [*para o que*] fundamental é a preocupação com a verdade dos fatos, [*pois*] somente a solução baseada em fatos verdadeiros pode ser considerada justa.

Em mãos do Juiz, o *discrímen* – carregadamente técnico – no contraditório (de que é um dos sujeitos, à maneira do disposto no art. 16, do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês) entre o verossímil e o inverossímil, o aparente e o real, o efêmero e o fundamental, o permanente e o contingente, o essencial e o acidental, o absoluto e o relativo, o principal e o secundário, o comum e o específico, o natural e o artificial, o são e o vicioso, o espontâneo e o injuntivo, o causal e o consequencial, o completo e o incompleto, o acabado e o inacabado, o simples e o complexo, o atual e o extemporâneo, o condicionado e o incondicionado. Tais bipolaridades são assentes às alegações das partes. E seu discernimento (ao incremento da atividade jurisdiccional) revela o trâmite da *res in iudicium deducta* à *res judicata*, no que

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 107.

se descobre o bem jurídico tutelável, noutras palavras, tematiza-se a composição da lide.

Ninguém duvidará, por exemplo, da conveniência da atitude do Juiz que formule quesitos de esclarecimento à perícia, ou mesmo a de determinar segunda perícia. Nem se duvidará da pertinência da ordem de comparecimento às partes, a qualquer tempo, para prestação de depoimento pessoal. Cabe, agora sim, demonstrar que as razões de tais diligências judiciais são mais amplas e podem pertencer a instituto processual mais abrangente.

É o que se teve no processo espanhol, com suas *diligencias para mejor prover*, que o legislador quis antecipadas à produção de provas e, pois, a qualquer resultado de instrução processual, exatamente no escopo de direcioná-la, de orientá-la, de torná-la útil à justa solução do litígio.

Jaime Guasp,⁸ em um livro precioso, carregado de profundidade, formula acerba crítica ao princípio dispositivo, tradicionalmente tomado como conducente a não poder o juiz trazer para os autos os fatos – embora relevantes – não alegados. É o que reclama(va) para o conteúdo das *diligencias para mejor prover*, da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola (a anterior à última grande reforma). O mestre catalão destaca a posição do juiz, entre os argumentos contrapostos, a exercer ato de vontade para a solução das dúvidas acerca das circunstâncias fáticas, no que deve conceder à parte, na prática da prova ordenada pela *diligencia*, uma intervenção bastante a evitar que seu interesse (substancial) quede indefeso. A concepção de ato de vontade (que completa, na sentença, o ato de inteligência) não se compadece com exercício apenas terminal. Viria em apoio de tal raciocínio a consciência arguta de Amílcar de Castro,⁹ para quem (*modus in rebus*), onde não haja substituição de atividade das partes, não há jurisdição (p. 240), o que implica dizer que as situações de fato, submetidas à apreciação judicial, nem ao menos serão julgadas tal como aconteceram, mas como reconstituídas perante o julgador e este, exercendo poder soberano, é quem vai decidir como ficarão reconstituídas (p. 241).

⁸ GUASP, Jaime. *O Juiz e os Fatos*, Bosch, Barcelona, s/d, p. 100 e 163 *passim*.

⁹ CASTRO, Amílcar de. *Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Ed. do Brasil, 2000, p. 241.

Observe-se a seguinte passagem de Barbosa Moreira:¹⁰

(...) será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva.

Reencontramos a sede de tal explicação em tema de nosso estudo e produção escrita,¹¹ a tutela antecipada.

Em momento anterior à publicação do mestre carioca, asserimos a prova inequívoca (ou unívoca) como a que sirva tanto a confirmação do fato constitutivo do direito do autor, quanto a rebater o fato porventura impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, fato constitutivo da exceção. Víamos a bilateralidade do litígio a comandar a função bilateral da prova.

Pode-se buscar a Lopes da Costa¹² a união dos dois raciocínios:

Na avaliação da prova, os elementos que ela fornecer não podem ser considerados separadamente, mas em conjunto, a ver-se a influência recíproca de uns sobre outros, a verificar-se se formam sistema.

Já o instituto da tutela antecipada punha em evidência a consabida insuficiência do critério geral de distribuição do ônus da prova. Ali, o deslocamento da prova (pelo menos em nossa concepção, que preserva a utilidade do contraditório) se dá mediante a transferência ao autor do ônus de prévia contraprova das possíveis objeções e exceções substanciais do réu – tanto quanto ao Juiz, desde a era dos glosadores, se impunham poderes, “quando uma das partes em causa tivesse omitido ‘alguma coisa’(e entende-se por isso uma argumentação jurídica errônea, ou uma prova omitida ou falsa)”¹³.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação de Tutela. Algumas questões controvertidas, *Revista de Processo*, RT, n. 104, São Paulo, 2001, p. 104.

¹¹ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Tutela Antecipatória. In: *Boletim Técnico da Escola de Advocacia da OAB-MG*, v. 2, n. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 99/111.

¹² LOPES DA COSTA, Alfredo de Araujo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1943, v. II, p. 429.

¹³ PADOA-SCHIOPPA, Antonio. Sobre a consciência do juiz no ‘ius commune’ europeu. In: CARBASSE, Jean-Maie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Coords.). *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia*, op. cit., p. 117.

À guisa de exemplo, toda a amplitude do tema da responsabilidade civil, em sua natural destinação à pesquisa das causas, ao influxo da causalidade eficiente ou da causalidade adequada, como superação da *conditio sine qua non*. O mesmo percurso teórico serve à distribuição dinâmica da prova: busca-se a remissão ao destinatário do ônus de excluir a causalidade jurídica, a partir da causa de pedir mediata, quando não possa a parte que alega o fato causal prová-lo.

Tomem-se os exemplos de erro médico, quer no campo das obrigações de meio, quer (excepcionalmente) nas de resultado, como nas cirurgias estéticas. E, apesar da necessidade de alteração do critério de distribuição, não se pode perder de vista que, não raro, a parte que se apresente em melhores condições de produzir a prova necessária é, coincidentemente a que está em iguais condições de deturpá-la, desvirtuá-la ou fraudá-la. E assim, ainda quando faleçam os poderes instrutórios do juiz, serve-se ele da distribuição dinâmica – pelo Projeto, a ser feita como técnica de instrução e, por isso, necessariamente no saneamento (art. 364, III, com remissão textual ao art. 380).

Ainda quando o Juiz decida com base nas regras de distribuição do ônus da prova, que o faça de maneira justa, impondo o referido encargo probatório a quem esteja ao corrente da matéria fática e da possibilidade de trazê-la integralmente aos autos. Esquiva-se o novel instituto processual da pecha de persecução da verdade formal.

O Projeto de CPC brasileiro não quis adotar de modo puro a tese argentina, por isso que prefere compor – a modo de amálgama com o sistema tradicional – um sistema de auto-exclusão da conveniência da distribuição dinâmica. A impossibilidade porventura ocorrente do deslocamento da prova é tutelada pelo § 2º, do art. 380, em tipificada situação que conduz, no sistema do futuro Código, sob o pleno respeito ao contraditório, à interposição de Agravo de instrumento (art. 1.028, XIII).

4. A PROVA EQUÍVOCA E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

A razão de ser da distribuição dinâmica vai-se buscar ao trabalho do Juiz, em meio às chamadas questões técnicas (fatos técnicos controvertidos). Por serem técnicos, a experiência comum, aplicável pelo

Juiz, os degradaria a indícios. Para transitar de indícios equívocos a indícios unívocos, de discordantes a concordantes, para sair, portanto, do impreciso âmbito das cogitações, da *dubitatio*. Podemos tomar a discussão em juízo acerca do erro médico – hipótese clássica de distribuição dinâmica, sabido que quem conhece as regras profissionais não é a parte que demanda a reparação do dano, material, moral ou estético.

A técnica sugerirá, do procedimento médico, ação ou omissão tomada a risco. Mas o estreitamento da discussão irá de um a outro indício, na série de atos de que se compõe o procedimento clínico, a ponto de eliminar conclusões paralelas ou discordantes, reduzindo as possibilidades a um ponto em que se reduzam a tese e não mais a hipóteses. É a confirmação das induções pela dedução, ditada pelo raciocínio de HERBERT SPENCER, acima referido.

Distribuir dinamicamente o ônus da prova implica delimitar o espaço de prova deslocada, bem podendo o Juiz pedir explicações, no contraditório, sobre as hipóteses excludentes, reduzindo-as, ante a prova, a concludentes. Basta que se considere que o Juiz distribui a prova (inciso III, do art. 364), depois de fixar os pontos controvertidos, mas no próprio momento em que o faz (inciso II, do art. 364) – no que vai a excelência da técnica processual adotada no Projeto de CPC, que elimina o risco da decisão surpresa e da supressão de prova com que a parte pudesse evitar o julgado desfavorável. É que o Projeto adota o princípio de colaboração entre os sujeitos processuais, superando a dispositividade e a inquisitividade, de modo a permitir, sem violação ao contraditório, em forma aproximada da do §139 da ZPO alemã, a ordem às partes para manifestar-se, de modo completo, sobre os fatos da causa, aí abrangidos todos os relevantes e a complementação das declarações insuficientes, de modo a discutir com as partes a relação litigiosa, quer sobre os fatos, quer sobre os direitos.

O Projeto adota – quando se faça necessária – a audiência de saneamento (§ 3º, do art. 364), exatamente para, em cooperação com as partes, convidadas a integrar ou esclarecer suas alegações. Eis construído, no sistema do direito processual civil, o ônus da alegação.

Não interessa mais sejam os fatos tratados como dados pelas partes: *da mihi factum, dabo tibi ius*. Nem que sejam constitutivos, im-

peditivos, modificativos ou extintivos, já que a constituição dos fatos jurídicos é compartilhada entre os sujeitos do contraditório, aí incluído o Juiz. O deslocamento do ônus da prova a quem apresente, *in concreto*, melhores condições não só técnicas ou profissionais, mas mesmo fáticas, é imperativo de coerência do princípio da solidariedade processual. Ao que se soma a valoração, porque se tem de descontar o risco do desvirtuamento da prova pela parte circunstancialmente mais dotada de meios processuais e materiais. Além do juízo de simulação, quanto o risco de consequências legais inadequadas tem de ser ponderado, pela sobreconfiguração do fato jurídico, nova dimensão do fato jurídico, a depender do controle da postulação em juízo.

O Projeto corrigiu, com maestria, a inconsistência da audiência preliminar obrigatória, tanto quanto da sua conversão em facultativa. Criou, como dito, quando necessária (em face da complexidade da matéria de fato ou de direito), a audiência de saneamento. Deve a fixação dos pontos controvertidos ocorrer, tanto quanto a distribuição do ônus da prova, antecipadamente à instrução, ressalvada a prova documental indispensável à propositura ou à defesa. Já o Projeto retoma experiência tentada nas alterações do CPC vigente e que se vira superada, ante a resistência dos Juízes à realização de duas audiências no mesmo processo. Não impôs sempre duas audiências. Nem impôs sempre uma única. Impôs, sim, o que é diverso, a cognição prévia ao saneamento. E eliminou a praxe viciosa de o Juiz postergar para a audiência de instrução o exame de preliminares, prejudiciais ou a fixação dos pontos controvertidos.

Dir-se-á, talvez, que o Projeto exija muito mais do Juiz, que já não dispõe de horários em sua atribulada jornada e em sua preenchida agenda, atento ao conjunto metas de produtividade a que tem de fazer face.

A expectativa, neste sentido, altamente assustadora, quando o Projeto, transformado em futuro Código e posto em vigência, impõe metas qualitativas ao Juiz (ademais das quantitativas que o extenuam), se vê compensada em duas frentes: igual receio hão de ter os Advogados, de quem se exige trabalho redobrado, mas, sobretudo, a quem se impede o exercício das lides temerárias; crescente diminuição da carga de trabalho derivará do uso dos precedentes, da formação jurisprudencial do direito, com o incidente de resolução de de-

mandas repetitivas, os recursos especial e extraordinário repetitivos, as súmulas e a repercussão geral, institutos grandemente aproveitados e aprimorados.

O Projeto elimina o procedimento sumário, no qual a preclusão antecipada da prova relativamente ao conhecimento da controvérsia faria inviável a distribuição dinâmica. Haverá de lograr-se a completude factual, tão necessária à essência do julgado de mérito, à identificação das questões principais (a que se refere o art. 499, III, do Projeto), almejada resultante da ciência do direito processual: a solidariedade, efeito processual manifesto nas cargas compartilhadas, inspira a estrutura dialética das questões principais. Alcança-se a exaustão do contraditório, mas não se restringe a coisa julgada às questões que o Juiz quis decidir, como sugeria LOPES DA COSTA¹⁴, ao desejar que a lei abandonasse ao Juiz a escolha dos elementos que devam ser examinados, ainda quando a percepção do processualista apontasse para as questões do dispositivo sentencial.

A conduta das partes, na substanciação do processo, é algo que agora será submetido a controle. O Projeto consegue trazer para a discussão e para a prova, vale dizer, para a convicção do julgador, todos os pontos relevantes, de fato e de direito.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, como técnica de instrução, tornada obrigatória, para a superação das injunções do dispositivo e do inquisitivo, princípios que nunca se poderiam tomar como absolutos, permite o diálogo entre as teorias concretista e abstracionista da ação em juízo. A revelha preocupação de se dar ação a quem tenha direito (e não a quem não o tenha), que ocupou os teóricos e não a *praxis* romana, tem sua retomada em evolução criadora: a *jurisdictio* do pretor romano, prévia à *actio* ante o magistrado, tornou-se compatível com o procedimento comum do Projeto, vale dizer que com o equivalente moderno da *extraordinaria cognitio*, da ação gênero, com a *ordinariedade*: é que o Projeto adota o caráter dúplice das ações (art. 344), tanto quanto o magistrado operará, na *ordinariedade*, com a dimensão da *actio in factum*, corrigindo, por vezes, a insuficiência da alegação.

¹⁴ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Op. cit., v. III, p. 143.

Haverá dois espaços de cognição. O primeiro, de discussão das alegações. O segundo, de discussão da prova.

Irá a Juízo quem tiver direito (estiver disposto a ter contra si imposto o ônus dinâmico). Defender-se-á, mediante *exceptio*, quem tiver direito (igualmente).

O instituto sob exame neste estudo assume, por assim dizer, a função de intersticial necessário de toda a cadeia conceitual da ciência que nos ocupa o dia-a-dia. Unificam-se “Anspruch” e “Klage”, no evoluído percurso histórico da publicização bilateral do conceito de ação. O direito autônomo pode, enfim, ser concreto, alcançado, na estrutura progressiva de preclusões (de questões), com o equilíbrio entre liberdade e autoridade.

As questões (que compõem a lide) são um amálgama entre fato e direito, tanto que a relação processual, dinâmica por excelência, apropriada a cadeia evolutiva dos fatos e os fatos jurídicos não se desprendem do comando reafirmado na sentença.

A distribuição dinâmica da prova é, em última análise, a evolução da dimensão carneluttiana da tríade ponto-questão-lide. É a forma de identificação e de resolução das controvérsias, dos conflitos de questões, com a redução destas às questões principais (art. 499, III), estabilizadas no saneamento (§1º, do art. 364).

5. CONCLUSÃO

As idas e vindas das reformas processuais, quando, após frustradas inovações, se rebusca o fio evolutivo e se identifica o ponto de desvio, trazem, retomada a evolução com direcionamento aperfeiçoado, o novo direito.

O princípio de solidariedade processual é o resultado da atividade judicial de adequação das alegações, ao influxo do contraditório; com o que o Projeto de CPC, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, irá lograr a retomada da vanguarda das legislações processuais.

É possível, no concerto, sob o contraditório, dos princípios dispositivo e inquisitivo, resolver-se o problema do ônus da alegação, cujo descumprimento vitima a efetividade do processo. Para tal desiderato concorre, decisiva e essencialmente, a introdução da técnica da

distribuição dinâmica do ônus da prova – com a qual se solucionam as questões técnicas, os fatos técnicos controvertidos, revelado o necessário entrelaçamento entre as fases postulatória, ordinatória e de saneamento, na ordinariedade atual.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, s/d.

BENETI, Sidney Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVANNA, Adriano. A Consciência do Juiz no Stylus Iudicandi do Senado de Milão. In: CARBASSE, Jean Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Coords.). *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídico Europeia*. 1. ed. Tempus, Belo Horizonte, 2010.

GUASP, Jaime. *O Juiz e os Fatos*, Bosch, Barcelona, s/d, p. 100 e 163 *passim*.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1943, v. II e III.

PEYRANO, Jorge; LÉFORI WHITE, Inés (Coords.). *Cargas Probatorias Dinámicas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, *passim*.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. Sobre a consciência do juiz no ‘ius commune’ europeu. In: CARBASSE, Jean Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Coords.). *A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Europeia*. 1ª ed., Tempus, Belo Horizonte, 2010.

SPENCER, Herbert. *La Justicia*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Tutela Antecipatória. In: *Boletim Técnico da Escola de Advocacia do OAB-MG*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, v. 2, n. 2.

4

A ADMISSÃO DA FAMÍLIA ISOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEIO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. A PREVALÊNCIA DOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO

Newton Teixeira Carvalho¹

RESUMO

Por meio da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil, em consonância com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal admitiu a família isoafetiva no Direito brasileiro. Portanto e segundo a mais alta Corte de Justiça brasileira, a união entre pessoas do mesmo sexo é também considerada como entidade familiar e recebe as bênçãos do Estado. De aplicar-se a essa família, por analogia, os preceitos ditados à união estável. A partir de então, as questões envolvendo essa entidade familiar deverão ser dirimidas no Juízo de Família e as entidades familiares, ditadas pela Constituição Federal, art. 226 e respectivos parágrafos, são apenas exemplificativas. Outras famílias, desde que prevalente o afeto, poderão existir no Direito brasileiro, não comportando mais julgamento moralista acerca do tema.

¹ Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG.

Palavras-chave: Código Civil. Constituição. Supremo Tribunal Federal. União estável. União entre pessoas do mesmo sexo. Família isoafetiva.

ABSTRACT

Through the article 1.723 Civil Code's interpretation, in line with the Constitution, the Federal Supreme Court admitted the same-sex couple family in Brazilian law. Therefore, and according to the Brazilian highest Court of Justice, the union between persons of the same sex is also considered as a family entity and receive the State blessings. To apply to this family, by analogy, the rules dictated to the stable union. From then on, the issues involving this entity should be resolved in the Family Court and the family entities, dictated by Federal Constitution art. 226 and respective subparagraphs, are only samples. Other families, since prevalent affection, can exist in Brazilian law, no more prevailing moralistic judgment on the subject.

Keywords: Civil Code. Constitution. Stable Union. Same-sex marriage. Same-sex couple family. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O reconhecimento da família isoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com os princípios constitucionais e suas consequências no ordenamento jurídico. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

*“Das coisas, a mais nobre é a mais justa,
e a melhor é a saúde;
porém a mais doce é ter o que amamos.”*
Aristóteles (Ética a Nicômaco)

1. INTRODUÇÃO

Principalmente no direito das famílias, verificamos que algumas decisões, dos Tribunais Estaduais, são pautadas exclusivamente numa valoração moral do direito, com o prevalecimento de opiniões pessoais, algumas sequer objetivadas, como aconteceu com relação à união iso-

afetiva que, somente após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, teve melhor acolhida no nosso ordenamento jurídico.

Até então preponderava, nas decisões dos Tribunais brasileiros, aspectos exclusivamente morais, ditados pelas Constituições anteriores, porém renegados pela atual, que encampou diversas outras formas de entidades familiares, além do casamento.

Foi assim que, enquanto permaneciam (e ainda permanecem) inertes no Congresso Nacional, em razão de movimentos religiosos contrários e prevalentes naquela Casa, inúmeros projetos sobre a admissão da união isoafetiva, no nosso ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal reconheceu-a, no julgamento da ADI 4.277/DF, encampadora dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ, recebendo-a também como ação direta de inconstitucionalidade, com o escopo de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil.

Destaca-se que, na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, o inadimplemento resultava: “I – da interpretação que se tem conferido aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33, todos do Decreto-lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), na medida em que tal interpretação implicava efetiva redução de direitos à pessoa de preferência ou concreta orientação sexual; II – de decisões judiciais proferidas no Estado do Rio de Janeiro e em outras unidades federativas do País, negando às uniões homoafetivas estáveis o rol de direitos pacificamente reconhecidos àqueles cuja preferência sexual se define como “heterossexual”.²

Ressalta-se a dificuldade do Governador do Rio, diante do princípio da legalidade e da interpretação reducionista até então dada pelos juízes, a entender, vários daqueles julgadores, que somente existiria entidade familiar se houvesse diversidade de sexo. Administrativamente a questão estava resolvida, corretamente, em prol dos casais homossexuais, com reconhecimento de direitos idênticos aos casais heterossexuais.

² ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 617.

Porém, o Judiciário, infelizmente, nem sempre ratificava tais decisões, numa inversão de expectativa, de difícil entendimento pelo casal homoafetivo. O caminho que restava, portanto, era mesmo levar o debate ao Supremo Tribunal Federal para que a questão fosse dirimida, em prol da segurança jurídica e sem responsabilização do Governo do Rio de Janeiro, em razão de autorização de pagamento de licença e/ou assistência a casais do mesmo sexo, “sem apoio legal e/ou judicial”.

É que existiam, no Rio de Janeiro, inúmeras decisões administrativas equiparando a união entre pessoas do mesmo sexo à união entre pessoas de sexo divergente e também várias decisões judiciais em sentido opostos, ou seja, não permitindo a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.

Portanto, estava em discussão, nas ações constitucionais antes aludidas, a violação, constante, de preceitos fundamentais, tais como, da igualdade; da segurança jurídica (ambos constantes *docaput* do art. 5º); da liberdade (inciso II do art. 5º); da dignidade da pessoa humana (inciso IV do art. 1º), principalmente considerando que a homossexualidade não infringe qualquer norma jurídica e também, por si só, não é capaz de afetar a vida de terceiros. Em debate, por conseguinte, a proteção de pessoas que se relacionam sexualmente, fora da dicotomia homem/mulher.

Assim, essa temática traz ao debate, além da velha discussão entre direito e moral, também acerca da principiologia constitucional, destacando o princípio da igualdade, dentre outros, eis que não pode existir tratamento diferenciado às pessoas e as situações substancialmente iguais. Existia, por conseguinte, ao deixar o casal homoafetivo fora dos benefícios previdenciários, diferenciações lastreadas na origem, no gênero e na cor (inciso IV do art. 3º), além de discriminação odiosa, proibida pelo art. 3º, inciso IV.

Portanto, demonstraremos, no curso deste trabalho, que, por meio dos princípios constitucionais, é possível uma interpretação não restritiva a diversos textos infraconstitucionais, permitindo a inclusão de diferentes grupos sociais, principalmente considerando que a Constituição atual é considerada norma inclusiva, no tocante aos grupos minoritários, até então à margem do direito, vivendo na clandestinidade, nos guetos, posto que não reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

2. O RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA ISOAFETIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para uma melhor compreensão do tema, ressalta-se que o art. 1.723³ do Código Civil exigia, para constituição de família, a diversidade de sexo, vindicação essa superada em razão do julgamento da ADIn n. 4277 e o ADPF n.132, eis que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou, por analogia, a aplicabilidade do regime da união estável às uniões também entre as pessoas do mesmo sexo.

Porém, é certo que o art. 1.723 do Código Civil praticamente reproduz o art. 226, § 3^o da Constituição Federal, ambos exigindo a diversidade de sexo, para constituição da união estável e posterior conversão dessa união em casamento.

Entretanto, essa dualidade básica homem/mulher não teve o escopo de interditar a formação de família por pessoas do mesmo sexo, aplicando-se, ao caso, o disposto no § 2^o do art. 5^o, da Constituição Federal, a destacar que outros direitos e garantias, não expressamente indicados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”.

Sobre a aplicação de direitos não expressamente previstos, destacam-se as lições de Konrad Hesse⁶, eis que se aplicam perfeitamente neste caso, em análise: “A vinculação da Constituição escrita não excluiu um Direito constitucional não escrito. Pois, tampouco sua fi-

³ Art. 1.723, do Código Civil: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁴ Art. 226, § 3^o, da CF: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁵ Art. 5^o, § da CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.22.

xação em um documento constitucional converte a Constituição em uma sistema ‘sem lacunas’, ao contrário, necessita ser completada por meio do Direito constitucional não escrito, ao qual, sem embargo e em razão de sua função, apenas complementar, jamais pode surgir e manter-se desvinculado da Constituição escrita, eis que sempre aparecerá para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da Constituição escrita e em consonância com tais princípios. A função da Constituição escrita impede impor-se o Direito constitucional escrito invocando um Direito constitucional não escrito.” (Tradução do livre)

Depois, ante a interpretação preconceituosa e restritiva do artigo 1.723 do Código Civil, tal questão foi resolvida mediante a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”, impedindo a impossibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como família, seguindo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, tudo com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Também existia, antes do julgamento em análise, quebra do princípio da liberdade, eis que, a autonomia privada, em sua dimensão existencial, permite todos os desdobramentos advindos da orientação sexual, como também, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todos os planos particulares e grupais de vida, quando razoáveis, são dignos de respeito, consideração e reconhecimento.

Olvidado também estava o princípio da segurança jurídica, com decisões contraditórias e geradoras de incerteza, no tocante ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas, insegurança essa que, por conseguinte, repercutia também na própria sociedade.

Também foi considerado, na proposta da ADPF/RJ n. 132, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ao argumento de que “a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral”⁷.

Postulou-se, ainda, na ADPF n. 131, a aplicação do método analógico de integração do Direito, com equiparação das uniões estáveis

⁷ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 619.

homoafetivas às uniões estáveis ocorridas entre pessoas de sexo diferente, prevalecendo, para ambas, o disposto no art. 1.723 do Código Civil.

Na ADI 4.277/DF, julgada concomitantemente com a ADPR/RJ, também transformada em ADI, perante o pedido subsidiário formulado pelo Governo do Rio de Janeiro, em razão da convergência de objetos, o Relator Ministro Ayres Brito deixou expresso, acerca da temática em discussão, que “nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade”.⁸ E isso é preconceito, ou seja, um conceito prévio, fechado em si mesmo, alheio ao debate.

Calha aqui a citação do então Ministro poeta, Ayres Brito, ao tratar do preconceito:

Donde *René Descartes* emitir a célebre e corajosa proposição de que ‘Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento’, numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que ‘O rei não pode errar’ (*The King can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de *Fernando Pessoa*, três séculos depois da proclamação cartesiana: ‘O universo não é uma ideia minha./A ideia que eu tenho do universo é que é uma ideia minha.’⁹

Assim, não pode haver discriminação ou diferenciação, em razão do sexo das pessoas, salvo expressa previsão constitucional ao contrário, posto que colidentes como o objetivo constitucional de promoção do bem de todos (inciso IV do art. 3º) e na busca de um Constitucionalismo fraternal, voltado à integração comunitária de todos, permitindo, por conseguinte, “a convivência dos contrários”.

Portanto, “é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual”.¹⁰ A Constituição exige o tratamento isonômico da mulher no tocante ao homem, assim como o direito dos isoafetivos a tratamento idêntico aos heteroafetivos.

⁸ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 627.

⁹ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 633.

¹⁰ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 641.

A família, instituição privada, é hoje constituída livremente e independe de qualquer burocracia cartorária, de celebração civil ou religiosa. É o principal lócus de concretização de direitos fundamentais (intimidade e vida privada), independentemente de ser formada por sujeitos heteroafetivos ou por pessoas homoafetivas. É a adoção, pela Constituição, da forma não reducionista do conceito de família, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao declarar equiparada a família isoafetiva à família heteroafetiva, desprezando discursos preconceituosos (homofóbicos).

Aliás, entender como família a advinda apenas do casamento, é permanecer atrelado ou volver às Constituições anteriores, que entendiam ser o casamento a única forma de constituição de família, sepultando ou marginalizando qualquer outra convivência em comum, que não estivesse sob as benções do matrimônio, a exemplo da união estável, antes chamada de concubinato, que nenhuma proteção recebia do Direito das Famílias¹¹, resolvendo, possível entrevero entre esses casais, no direito obrigacional e sob o fictício e cômodo argumento de que se tratava de mera dissolução de sociedade de fato.

Com efeito, as Constituições anteriores *teologicamente* vinculavam a ideia de família à instituição casamento, valendo transcrever os artigos, a partir da Constituição de 1937, para uma análise comparativa:

- Constituição de 1937: “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”;
- Constituição de 1946: “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”;
- Constituição de 1967: “Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”;

¹¹ Era a vigência do princípio da singularidade, eis que a família era a advinda apenas do casamento. Hoje, há aplicação do princípio da pluralidade. Várias são as entidades familiares. Por tal razão é que se fala em direito das famílias e não em direito de família, apesar de reproduzido o título, excludente, “Direito de Família!”, equivocadamente, no Livro IV do Código Civil.

- Emenda Constitucional 1/1969: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”;

Constituição de 1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Portanto, a Constituição de 1988 enumerou algumas entidades familiares, da qual o casamento é apenas uma delas. Deixou o matrimônio de ser sacralizado, indissolúvel, cujo então sentença na ação de “desquite” exigia o duplo grau de jurisdição e também, para anular um casamento, além da participação do Ministério Público, era obrigatória a figura do curador ao vínculo matrimonial, rituais e formas sepultadas pela Constituição de 1988, que nos emancipou também nesse aspecto, com o prevalecimento do princípio da autonomia privada e com a intervenção mínima do Estado em nossas vidas.

Portanto e comparando as Constituições anteriores com a atual, não há que se aplicar, no caso, o princípio da concordância prática,¹² eis que não são os mesmos bens jurídicos protegidos. Houve uma desvinculação, no que tange ao Direito das Famílias, da atual Constituição com relação às anteriores, fato não percebido por vários juízes brasileiros que ainda insistem em admitir o casamento como a melhor forma de constituição de entidade familiar e também em exigir, para constituição da família, diversidade de sexo.

A Constituição atual exige mudança de postura, de mentalidade e de moralidade. A Constituição atual exige estudos e reflexão. Não é, a Constituição atual, de apenas uma literal cópia das anteriores, de mais um plágio, demudanças de vírgulas. Aconteceram radicais transformações em alguns dos inúmeros e velhos direitos; há também novos direitos.

Assim, a Constituição de 1988 admitiu outras entidades familiares, além do casamento (união estável e família monoparental), que são apenas exemplificativas e não fechadas ou prontas e acabadas. Assim, outras entidades familiares surgirão e, com relação à distinção

¹² HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalon. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.45.

entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, não há razão alguma para diferenciá-las, apenas pelo sexo, perante o princípio isonômico.

É por tal razão que no voto do Ministro Luiz Fux restou assentado que a distinção entre as uniões hetero ou isoafetivas

não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de Robert Alexy (ob. cit., p. 395 e seguintes) para quem, *inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico*.¹³ Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu *preâmbulo* (“[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*, [...]”) e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, *sem preconceitos* de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*”) e, ainda, no art. 5º, *caput* (“todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, [...]”).¹³

No que tange à questão moral, também o Ministro Luiz Fux, enfrentou-a, socorrendo, para tanto, no segundo parágrafo da citação abaixo, de Ronald Dworkin, ao afirmar:

não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por Ronald Dworkin (*Freedom’s Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respei-

¹³ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, p. 673.

tar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitando a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14ª Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião. [...]. (Tradução livre do inglês).

Portanto e sob o aspecto moral, não é jurídico negar validade às uniões homoafetivas ou considerá-las como em desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. É da alçada do Estado assegurar a todos igualdade de oportunidades, podendo, cada um, conduzir autonomamente a sua vida, em consonância com seus próprios desígnios, não podendo a orientação sexual ser entrave à persecução dos objetivos almejados, em razão do princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

Assim, compete ao Estado, despido de aspectos morais, garantir às pessoas a livre busca das realizações pessoais, eis que, na palavra de Ernst Benda, citada pelo Ministro Luiz Fux,

[...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua auto-realização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.¹⁴ (Tradução livre do espanhol)

Essa autuação positiva do Estado é denominada, conforme doutrina da professora norte-americana Nancy Fraser,¹⁵ de “política do reconhecimento” e se efetiva na busca de uma convivência harmoniosa entre os desiguais, cada um respeitando o outro na sua individua-

¹⁴ BENDA, Ernst *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 25.

¹⁵ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010, p. 167.

lidade, na sua diferença, no seu projeto de vida e, por conseguinte, na busca constante da felicidade, aqui entendida como um projeto de convivência entre duas pessoas, independentemente do sexo.

Enfim, é finalidade dessa “política do reconhecimento” buscar sempre um tratamento justo e materialmente igualitário que, em nosso país, traduz-se na proteção das minorias, que carecem de espaço próprio, para desenvolver seus projetos de vida. Não é correto desprezar, deixar sem reconhecimento, clandestinizar algo que é uma realidade social. O direito deve sempre encampar os fatos e não desmerecê-los, reprimi-los ou ignorá-los.

Temos um caso de dissolução de união isoafetiva, em Belo Horizonte, antes do julgamento do Supremo Tribunal, em comento, em razão da morte do companheiro do proponente da ação, que o Juiz da Vara Cível não recebeu a inicial e extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Constatou, da sentença terminativa, várias páginas com citações bíblicas e pouco mais de uma página com alusão jurídica. No recurso, interposto pelo autor, o Tribunal cassou a sentença, determinando o enfrentamento do mérito. Eis um exemplo de perpetuação da clandestinidade jurídica, caso não reformada a sentença. Eis mais um caso da tentativa do prevalecimento do aspecto religioso sobre o jurídico. Porém, um resquício de preconceito persistiu, qual seja, a oferta dessa ação na Vara Civil, quando o correto seria na Vara de Família, ressaltando-se que, em razão da matéria, a competência nesse caso é absoluta.

No julgamento da ADPF n. 132-RJ e da ADI n. 4.277-DF, em análise, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, a interpretação conforme à Constituição é, antes de mais nada, uma interpretação sistemática, eis que, conforme ressaltado acima, o art. 1.723 do Código Civil, em linhas básicas, reproduz o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, ambos exigem que, para constituição da união estável, necessário é a diversidade de sexo.

Assim, se permanecesse, o Supremo Tribunal Federal, apenas na interpretação literal do artigo 226, 3º, da Constituição Federal, ambos os pedidos seriam julgados improcedentes, eis que o art. 1.723 do Código Civil está em consonância com o artigo constitucional aqui citado.

E interessante neste julgamento é que no RE 397.762/BA, relatado pelo Min. Marco Aurélio, anterior ao caso em análise, estava presente também o Min. Ayres Britto, sempre entendendo possível a admissão, no Direito brasileiro, da união estável isoafetiva. Porém, dissentiram desse entendimento, além do Ministro Marco Aurélio, o então Min. Menezes Direito, para quem “*nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar ‘união estável’ a uma situação de fato (...)*”.¹⁶

A Min^a. Cármem Lúcia, naquela época, entendeu, no que tange à união estável, que “*a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento*”.¹⁷ No julgamento da ADI 477/DF a douta ministra modificou entendimento, admitindo a união estável isoafetiva, ou seja, desprezou a interpretação gramatical e encampou a interpretação sistemática ou interpretação segundo à Constituição.

O Min. Ricardo Lewandowski, também no RE 397.762/BA, tal como então o Min. Menezes Direito, também entendeu que a união estável exige diversidade de sexo, ao analisar o art. 1.723 e o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Naquela oportunidade e como ressaltou no voto da ADI 4.277/DF¹⁸ disse Lewandowski que “*não há como enquadrar a união estável entre pessoas do mesmo sexo em nenhum dessas espécies de família (...)*”.

Para tanto, demonstrou o Min. Ricardo Lewandowski que a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida na Assembleia Constituinte, optando, os Constituintes, pela impossibilidade de se caracterizar a união estável, se o casal for do mesmo sexo. E, portanto, para o Ministro, não há que “*cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo de proceder uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos (...)*”.¹⁹

Porém, o problema persistia, ou seja, como ficava então a situação jurídica das pessoas do mesmo sexo, que conviviam sob o mesmo teto e consideravam família. O Min. Ricardo Lewandowski, numa leitura

¹⁶ ADI 4.177/DF, p. 710.

¹⁷ ADI 4.277/DF, p. 710.

¹⁸ ADI 4.277/DF, p. 711.

¹⁹ ADI 4.277/DF, p. 712.

sistemática do texto constitucional e diante da necessidade de “dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual”,²⁰ entendeu que a união isoafetiva era outra espécie entidade familiar, além das três previstas pela Constituição.

Trabalhou o Min. Ricardo Lewandowski com a integração analógica, na ausência de regramento específico, apoiando nos ensinamentos de Canotilho,²¹ aqui sintetizado: “a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional.”

Para tanto, necessário era ainda esclarecer se o rol de entidades familiares, elencadas no art. 226 da Constituição constituía em número fechado (*numerusclausus*) ou era meramente exemplificativo. Assim, socorreu, o Min. Ricardo Lewandowski, do conhecido artigo de Paulo Luiz Netto Lobo,²² por meio do qual pode concluir, sem nenhuma margem de dúvida, que os tipos de entidades familiares, aludidos nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal, são meramente exemplificativos. Portanto, outras entidades poderão existir e deverão ser encampadas pelo direito.

Assim, concluiu Lewandowski:

Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los.

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousou dizer – que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradi-

²⁰ ADI 4.277/DF, p. 713.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1234-1235.

²² LOBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerusclausus*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 11.12.2013.

cional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem-estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.”²³

Portanto, em aplicação, no Supremo Tribunal Federal, o respeitável entendimento de Konrad Hesse,²⁴ posto que, “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Assim, não é correto o direito continuar alheio aos acontecimentos, mantendo, por preconceito, relações que acontecem no plano fático, na clandestinidade jurídica. Portanto, foi declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, a existência da união estável homoafetiva, aplicando, a essa entidade familiar, por analogia, as regras da união estável heteroafetiva.

Ressalte-se que a crítica de que o Supremo comportou-se como legislador positivo ou coisa equivalente não procede. Os Ministros apenas interpretaram a Constituição em consonância com vários fatos concretos, que estavam à margem do direito, numa odiosa discriminação e confrontando com a própria Constituição, como norma inclusiva que o é.

Portanto, a solução buscada no Supremo Tribunal Federal não dependia de legislação, eis que advinda dos direitos fundamentais, com destaque ao direito à dignidade da pessoa humana, a permitir, com lastro no artigo 226 e parágrafos da Constituição de 1988, uma reformulação do conceito de família, separando questões eminentemente morais das jurídicas.

O Ministro Marco Aurélio reacende a discussão, no voto, sobre moral e direito, lembrando-nos que o Direito sem a moral legitimou atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg²⁵, demonstrando que não pode haver obediência cega à lei injus-

²³ ADI 4.277/DF, p. 717.

²⁴ HESSE, Konrad. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 162.

²⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010, p. 19, quando trata da velha po-

ta. Afirmar, o Ministro Marco Aurélio²⁶, que o “Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis.”

Também relembra o Ministro Marco Aurélio²⁷, que o “direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica”.

Portanto, não é possível conceber o direito totalmente apartado da moral, como pretendeu Kelsen. Ambos têm critérios distintos, porém interligados. Aliás, essa discussão também foi enfrentada, na Inglaterra, sessenta anos atrás, quando do debate sobre a legalização das relações sexuais, conforme conclusões registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Até então a sodomia era criminalizada.

Nesse debate, de um lado estava o Professor L. A. Hart e de outro o Magistrado Lorde Patrick Devlin. Hart defendia o respeito à individualidade e à autonomia privada. Devlin, por sua vez, entendia o prevalecimento da moralidade coletiva que, naquela época, repudiava relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Ressalta o Ministro Marco Aurélio²⁸ que Devlin “*afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum.*” Porventura desprezada a moralidade, a sociedade sucumbiria. Portanto, cabia ao Direito impedir tal catástrofe. Assim, o direito, para Devlin, não poderia sobrepor à moralidade, entendida por ele como sendo o juízo de uma pessoa normal²⁹. E Devlin deixou assentado que ninguém considerava a homossexualidade um bom projeto de vida.

Nesse caso, verifica-se que razão assiste a Farrell, citado por Noel Struchiner, ou seja, há que se considerar “uma versão ‘desdramatizada’

lêmica entre jusnaturalismo e positivismo, também ressalta o problema entre direito e moral, trazendo à discussão justamente as Leis de Nuremberg.

²⁶ ADI 4.277/DF, p. 81sl.

²⁷ ADI 4.277/DF, p. 81l.

²⁸ ADI 4.277/DF, p. 810.

²⁹ Hart criticou tal solução, por entendê-la de extrema vagueza, eis que não esclarecia o que é o juízo moral de uma pessoa comum.

do debate positivismo jurídico/direito natural”³⁰, eis que nenhuma dessas correntes deixam de avaliar o direito do ponto de vista moral. É por tal razão que Farrell³¹ insiste que

A versão ‘desdramatizada’ mostra que a discussão entre direito natural e positivismo jurídico perdeu a sua importância: não se trata de uma discussão acerca de se a moral tem alguma relação com o direito, mas de uma discussão acerca de quando se deve estudar a relação entre moral e direito, relação que nenhuma das partes nega. E as consequências de estudar essa relação em um momento ou em outro são as mesmas.

No Direito das Famílias a prevalência de aspectos exclusivamente morais emperra-o. Assim e considerando que uma minoria não achava a homoafetividade imoral, necessitava do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, enquanto os projetos sobre tais questões eram reprovados no Congresso ou então engavetados, em manifesto prejuízo aos interessados na solução deste assunto.

Assim foi que o Ministro Marco Aurélio também extraiu “*do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões (...)*”³², principalmente considerando que cabe ao Estado auxiliar as pessoas na realização dos respectivos projetos de vida, no desenvolvimento livre e pleno de suas personalidades.

Acrescentou ainda o Ministro Marco Aurélio³³ que ao “Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”.

³⁰ STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MARIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 413.

³¹ FARREL M. *Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*. Doxa, vol. 22, n. 2, 1988, p. 121/128.

³² ADI 4.277/DF, p. 821.

³³ ADI 4.277/DF, p. 819.

O Ministro Celso de Melo³⁴ressalta a perseguição dos homossexuais na legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil, no período colonial, ressaltando as punições previstas no Livro V, das Ordenações do Reino, conhecidas como “*liber terribilis*”, diante da maneira cruel impostas pelas autoridades da Coroa, quando em perseguição e dominação aos homossexuais.

Considerando que tal descrição histórica ajuda-nos a compreender a repressão, o preconceito e o pseudo moralismo persistentes até os dias de hoje, com relação aos homossexuais, como, por exemplo, no Congresso Nacional ou na Avenida Paulista, em São Paulo, Capital, conforme relatos televisivos, interessante é transcrever as colocações do Ministro Celso de Melo³⁵:

É interessante observar que as Ordenações do Reino— as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603)—, *marcadas* por evidente hostilidade aos atos de sodomia, *também* qualificada como ‘pecado nefando’ (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como ‘cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha’, *cominaram* sanções gravíssimas que viabilizavam, *até mesmo*, a imposição do ‘*supplicium extremum*’ aos autores dessas práticas sexuais *tidas* por ‘*desviantes*’, como revela VERONICA DE JESUS GOMES, em *Dissertação de Mestrado* (“*Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*”, Niterói, UFF, 2010).

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos *nem* sofrer *quaisquer* restrições de ordem jurídica *por motivo* de sua orientação sexual”³⁶.

Ainda no voto lançado pelo Ministro Celso de Melo, certo restou que, pela interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, é perfeitamente possível entender e opinar pela admissibilidade da união isoafetiva no Direito brasileiro, como mais uma das entidades familiares, além das três outras apenas exemplificadas pela Constituição, a saber: casamento, união estável e família monoparental.

³⁴ ADI 4.277/DF, p. 826.

³⁵ ADI 4.277/DF, p. 826/827.

³⁶ ADI 4.277/DF, p. 833.

Com efeito, para a interpretação sistemática e teleológica, basta entender que os princípios constitucionais têm por escopo, como, por exemplo, o § 3º do art. 226, a inclusão e não a exclusão dos exprobrados. Tem por finalidade a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perpetuação do preconceito e da desigualdade. Depois, o art. 226, § 3º, da Constituição, ao exigir, para união estável, a diversidade de sexo, estava apenas incluindo esta entidade familiar no ordenamento jurídico, já que antes da Constituição Federal não era reconhecida, como entidade familiar, e, por conseguinte, não existe lógica alguma em entender que tal artigo agora é excludente, com relação à união estável homoafetiva.

O Ministro Celso de Melo encampou, para aderir à tese dos postulantes à declaração de legalidade das famílias isoafetivas, também o direito à busca da felicidade, inerente a todos nós, apoiando nas palavras de Stephanie Schwartz Driver:³⁷

Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.

3. CONCLUSÃO

Ressalta-se a importância do julgamento acima analisado à sociedade brasileira, a partir do tratamento que o Supremo Tribunal Federal deu à instituição família que, pelo aspecto moral e religioso, encampado até então pelo Direito, exigia diversidade de sexo. A partir de então foi afastada essa interpretação reducionista e ortodoxa acerca da família, instituição em permanente construção, como categoria sociocultural e como núcleo doméstico, formal ou informal, constituída por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos.

³⁷ DRIVER, Stephanie Schwartz. *A Declaração de Independência dos Estados Unidos*. Tradução de Mariluce Pessoa, Ed. Jorge Zahar, 2006, p. 32/35..

Portanto, a vivência homoerótica no Brasil sempre foi reprimida, com tratamento preconceituoso, discriminatório e excludente. A decisão do Supremo Tribunal Federal traduz em uma mudança paradigmática, a imprimir novos rumos à causa da comunidade homossexual e também para julgamentos de outros casos, na qual basta apenas uma adequação da legislação infraconstitucional, nem sempre afinada com os fatos, em consonância com os ditames da Constituição.

O preconceito em relação ao sexo das pessoas, a partir de então, não pode mais ser considerado como fator de desigualação jurídica, eis que colide com o objetivo constitucional de promoção do bem de todos, conforme consta do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Também houve o reconhecimento do direito à preferência sexual, emanção direta do princípio da “dignidade da pessoa humana”, como o direito a autoestima é à busca da felicidade. O concreto uso da sexualidade foi considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, como parte do princípio da autonomia da vontade. Enfim, também para o Supremo sexo deixou de ser tabu, algo intocável e sacralizado.

Assim, no julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF n. 132-RJ, certo restou que não há na Constituição nenhuma disposição proibindo a união entre pessoas do mesmo sexo, aplicando-se, no caso, a regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, encampada pela Constituição Federal, em seu inciso II, do art. 5º, ao determinar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por conseguinte, de entender-se que o livre uso da sexualidade humana faz parte da autonomia de vontade e deve ser entendido como um direito subjetivo, integrando às clássicas liberdades individuais (informação, locomoção, de trabalho, expressão artística, etc.), que se concretiza sob a forma de direito à intimidade e à privacidade.

Portanto e no tocante ao sexo, o silêncio normativo da Constituição Federal permite-nos afirmar que fica à livre discricção de cada um a orientação sexual que o desejar, sem tornar menos digna, a pessoa que optar pelo homossexualismo e, por conseguinte, não poderá ficar marginalizada pelo direito, principalmente em se tratando de uma Constituição inclusiva, mesmo diante dos olhos daquele que insiste

numa leitura ultrapassada, ditatorial e moralista acerca daquelas disposições constitucionais.

Como sabido, a homossexualidade não é uma anomalia patológica. Assim, qualquer que seja a preferência sexual das pessoas, tal comportamento há que ser tido, por antecipação, como lícito. Aliás, a Constituição lida com normas que não distingue a espécie feminina da masculina, como não exclui qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural, eis que, *“nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva”*.³⁸

Ademais, a preferência sexual emana, diretamente, do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), como importante fator de afirmação e promoção pessoal e em consonância também com o princípio da felicidade, por meio do qual há preponderância da afetividade sobre a biogenicidade.

Portanto e como dito acima, paradigmática é a decisão do Supremo Tribunal ao entender, demolindo preconceitos e com fulcro nos princípios constitucional, acima citados, que a convivência contínua e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo, com o intuito de constituição de família, é também considerada como entidade familiar e, por conseguinte, acobertada pelo Direito.

Porém, no fechamento deste trabalho soam-me as ferrenhas críticas de Virgílio Afonso Silva³⁹convencendo-nos de que os métodos de interpretação advindos da Alemanha (na verdade de alguns poucos autores constitucionalistas daquele país), nada mais são do que nova roupagem do tradicional método de interpretação (gramatical, finalístico ou teleológico, sistemático e histórico).

Ressaltamos que a interpretação, conforme a Constituição, não passou de mera interpretação sistemática, bem como também socorreu, o Supremo Tribunal Federal, da interpretação teleológica. Utilizou-se também, a Suprema Corte brasileira, do método de integração do direito (da analogia), ao determinar a aplicação, no caso concreto, para as uniões isoafetivas, da lei da união estável.

³⁸ ADI 4.277/DF, 4.5.2011, voto do Ministro Ayres Brito, como Relator, p. 637.

³⁹ SILVA, Virgílio. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. 1. ed., 2ª tiragem, 2007, p 115/143.

Portanto, a decisão do Supremo, analisada neste trabalho, não careceu de socorrer-se de outros métodos interpretativos e por isso não deixou de ser exemplar, de atingir o fim almejado pelas partes autoras, a de ampliar o rol das famílias existente no Direito brasileiro.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 – Distrito Federal, Relator Min. Ayres Britto, de 5.5.2011.

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 – Rio de Janeiro, Relator Min. Ayres Brito, de 5.5.2011.

ROBERT, Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BENDA, Ernst *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DRIVER, Stephanie Schwartz. A Declaração de Independência dos Estados Unidos, Trad. de Mariluce Pessoa. Ed. Jorge Zahar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes 2005, p. XVII.

FARREL, M. *Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico*. Doxa, vol. 22. n. 2, 1988, p. 121/128.

FRASER, Nancy (Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção Integrada de Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/>

texto/2552/entidades-familiares-consitucionalizadas>. Acesso em: 11 dez. 2013.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010.

SILVA, Virgílio. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. 1.ed. 2. tiragem, 2007.

STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: MARIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

5

COMPREENSÃO VITAL PARA ELABORAÇÃO DE UMA SENTENÇA

Ramom Tácio de Oliveira¹

RESUMO

Este artigo, COMPREENSÃO VITAL PARA ELABORAÇÃO DE UMA SENTENÇA, foi feito a partir das contribuições de Hans Georg Gadamer, tendo por meta apresentar ao leitor que uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete. Existem limites humanos, cabendo, então, ao intérprete ter ciência daquilo que subjaz a compreensão, para elaborar uma sentença comprometida com a democracia. O artigo mostra que o papel do julgador solitário encontra-se superado pelo contexto intersubjetivo da fundamentação, sendo essa uma condição insuperável para a tomada da decisão. A possibilidade da revelação de uma verdade está conectada ao horizonte histórico do indivíduo que se põe a compreender. O processo metodológico bibliográfico é o principal meio de estudo apresentado neste trabalho.

Palavras-Chave: Sentença. Compreensão. Interpretação. Linguagem. Método. Historicidade. Preconceitos.

¹ Juiz Auxiliar da Presidência do TJMG/Precatórios. Mestre (UNIFRAN/SP) e Doutor em Direito Público (PUC/MG). Professor da Faculdade Arnaldo (BH). Aprovado em Concurso para Juiz Federal. Ex-Promotor de Justiça. Ex-Delegado de Polícia. Autor de artigos e obras jurídicas.

ABSTRACT

This article, UNDERSTANDING ESSENTIAL TO PREPARE A SENTENCE, was drawn up from contributions of Hans Georg Gadamer, with the goal to present to the reader that an understanding, for more controlled it is, can't exceed the bonds of tradition of the interpreter. There are human limits, fitting, then, to have science interpreter of what underlies the understanding, to write a sentence that is committed to democracy. The article shows that the role of solitary judge finds himself overcome by the context between people of justification, this being a condition ideal for taking the decision. The possibility of revelation of a truth is connected to the historical horizon of the individual who gets to understand. The methodological process is the primary means of bibliographic study presented at work.

Keywords: Sentence. Understanding. Interpretation. Language. Method. Historicity. Prejudices.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Compreensão e a distância temporal dos fenômenos. 3. O texto e o leitor. 4. A impossibilidade da interpretação pura. 5. Compreensão, linguagem e método. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema “COMPREENSÃO VITAL PARA ELABORAÇÃO DE UMA SENTENÇA” fora feito, substancialmente, a partir das contribuições de HANS GEORG GADAMER, filósofo alemão que mudou a direção da teoria da interpretação, desde o instante em que anunciou que o texto precisaria do intérprete para ter vida (virada hermenêutica).

Até então, em um recortado estado da arte, o homem teria capacidade para alcançar o real (a verdade) pelo caminho dos métodos (filosofia da consciência), ideário que propulsionou o pensamento positivista e sua convicção quanto à existência de parâmetros objetivos para uma tomada das decisões.

No entanto, por ser finito, mundano, histórico e paradigmático, como observaram Heidegger (1988), Gadamer (2002) e Kuhn (2006), o homem jamais poderia projetar uma interpretação objetiva ou pura

de qualquer coisa, com aptidão para reconstruir essa coisa em seu estado originário e alcançar por isso o real em sua totalidade, estando, portanto, nesse embate do homem metodológico com o homem mundano e limitado, a pergunta que incomoda e a justificativa que proporcionaram a vida deste artigo.

Assim, como resposta plausível ao problema, fica como suposição que uma compreensão, tal como dito por Gadamer (2002), por mais controlada que seja jamais conseguiria ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete.

Aliás, imaginar qualquer coisa nesse formato é o mesmo que não entender ou perceber a historicidade de qualquer compreensão ou que os preconceitos do intérprete sempre vão fazer parte do processo interpretativo. (PEREIRA, 2007)

Também fica claro que o texto, como realça Gadamer (2002), não é repetível nem mesmo para o seu próprio autor, porque do próprio pensamento e das ideias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes.

Em relação ao objetivo geral, aponta-se que a divulgação dos limites humanos é importante para proporcionar ao intérprete a apreensão daquilo que subjaz a compreensão, algo fundamental para se ter o conhecimento do ser de uma decisão judicial, único modo, aliás, de se permitir a construção de uma decisão que seja comprometida com a democracia.

Se as precompreensões integram a compreensão individual, tal como generalizado pela hermenêutica filosófica, a possibilidade da revelação da verdade possui relação com o horizonte histórico (situação hermenêutica) do indivíduo que se põe a compreender.

Quer-se, então, deixar a transparência de que o papel do sujeito solitário está superado pelo contexto intersubjetivo da necessidade de fundamentação para que se tome qualquer decisão.

As contribuições de Gadamer fornecem, portanto, luzes para essa conclusão, existindo nos escritos deste artigo um esforço metodológico em que ocorrem discussões sobre a hermenêutica; sobre a ideia da existência de parâmetros objetivos para se alcançar uma decisão; sobre a superação da hermenêutica clássica pela contemporânea, em

que a validade do método e dos procedimentos para uma melhor resposta interpretativa cedeu espaço para estudos que colocam o mundo por detrás dessas discussões interpretativas; sobre o ser do próprio fenômeno compreensivo, bem como sobre o entendimento da própria compreensão humana.

Por tudo isso, as observações deste texto poderão contribuir para a compreensão do ser de uma sentença.

2. COMPREENSÃO E A DISTÂNCIA TEMPORAL DOS FENÔMENOS

Diferentemente de uma hermenêutica antiga, em que a interpretação dos fenômenos históricos era um verdadeiro problema, pela distância temporal do passado e compreensão presente, quando, para a solução disso, buscava-se a ajuda de métodos adequados, que permitissem a transferência do intérprete ao passado, em *Hans Georg Gadamer* é essa historicidade que permitirá uma compreensão melhor dos fenômenos históricos. E reconhecer isso é como perceber a influência que a própria história exerce sobre nós, ou seja, é perceber os efeitos do que Gadamer denomina de princípio da história efetual, isto é, dos efeitos da efetivação histórica. Confira:

Não se exige, portanto, um desenvolvimento da história efetual como nova disciplina auxiliar das ciências do espírito, mas que aprenda a conhecer-se melhor a si mesmo e se reconheça que os efeitos da história efetual operam em toda compreensão, esteja ou não consciente disso. Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento. Isso nos é conhecido através da história da ciência, como a execução de uma prova irrefutável de coisas evidentemente falsas. Mas, em seu conjunto, o poder da história efetual não depende de seu reconhecimento. Tal é precisamente o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive aí, onde a fé no método quer negar a própria historicidade. Daí a urgência com que se impõe a necessidade de tornar consciente a história efetual: trata-se de uma exigência necessária à consciência científica (GADAMER, 2002, v.I, p. 450)

O espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão, num fenômeno que Gadamer chama de “fusão de horizontes”

(GADAMER, 2002, v.I, p. 457), em que o horizonte é o resultado dialético do contraste do passado com o presente.

Na medida em que desenvolvemos nossos preconceitos pessoais e geramos novos espaços de compreensão, o horizonte nunca se esgota ou se estabiliza, pois evolui sempre, sendo certo ainda que esse horizonte não é representado como algo rígido, mas, sim, como algo que se desloca junto à pessoa, permitindo o acesso dela ao mundo, envolvendo-a. Com efeito:

Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto. Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. A linguagem filosófica empregou essa palavra sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para caracterizar, com isso, a lei do progresso de ampliação do âmbito visual. Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles, segundo os padrões de próximo e distante, de grande e pequeno. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição. (GADAMER, 2002, v.I, p. 452)

3. O TEXTO E O LEITOR

A compreensão em Gadamer(2002) reflete na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como polos opostos. Aliás, como informa Pereira (2007), Gadamer nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento, pois a realidade não pode ser dissociada do ser que a conhece.

Também em Gadamer (2002), a fusão de horizontes ocasiona uma fusão de concepções e de interpretações, bem como uma sequência de perguntas e respostas entre aquele que escreveu um texto e aquele que lê. Álvaro Ricardo de Souza Cruz explica:

E tais perguntas devem permitir ao intérprete ‘ouvir’ adequadamente o que o texto ‘pretende lhe dizer’, de modo a facilitar-lhe aferir as virtudes/vícios de seus preconceitos, entendidos por ele como antecipações necessárias e decorrentes da condição de ‘ser humano’. Somente assim poder-se-ia dar a fusão de horizontes entre as tradições e a história efetual do intérprete com o horizonte do texto que é lido. Com isso estava aberto o caminho para uma nova teoria do conhecimento e para a fundação de um novo conceito de verdade pelo desocultamento do sentido de ‘algo como algo’ em sua ‘circunstância explicativa’. (CRUZ, 2007, p.84)

Igualmente em Gadamer, cada nova leitura de um texto é uma leitura diferente, pois cada época o intérprete entenderá o texto segundo o seu próprio interesse objetivo e suas circunstâncias. Portanto, a compreensão é temporal. De fato:

Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. (GADAMER, 2002, p.415)

Não há, desse modo, como negar que os preconceitos (conceitos de antes), como a história de vida, as experiências, os valores, sentimentos e posições, influenciam o processo de compreensão, pois:

A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do seu ser. (GADAMER, 2002, v. I, p. 416)

O processo de compreensão, diz Pereira (2007), desencadeia um círculo hermenêutico, que nasce no momento em que o sujeito, moldado por tais preconceitos, por meio de sua precompreensão, participa na construção do sentido do objeto, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do interprete. O movimento de compreensão formado por essa relação vai, ao longo do processo, criando patamares mais corretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente em direção a um entendimento mais adequado.

Nesse sentido, quanto mais um texto for compreendido (interpretado), a precompreensão se modificará. Cada nova leitura que se faz do texto será diferente, devido não só ao fato de que a precompreensão se modifica a cada leitura, mas porque a própria história efetual do texto (influência que a história exerce sobre nós) é, por sua vez, modificada.

4. A IMPOSSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO PURA

Um texto não existe autonomamente, ou seja, independente de uma interpretação. O texto precisa do intérprete para ter vida. Nisso consiste a virada hermenêutica de Gadamer:

O filósofo produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a auto-compreensão do intérprete que como tal auto-compreensão somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. (STEIN, 2002)

Pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação absolutamente objetiva ou pura de um texto, isto é, que possa reconstruir o seu sentido originário, significa, conforme anota Pereira (2007), não ter entendido nem percebido a historicidade de toda compreensão, nem que os preconceitos do intérprete estão inseridos, queira-se ou não, no processo interpretativo. Uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete.

Assim, percebe-se que o texto não é repetível até mesmo para o próprio autor-produtor desse texto, porque do próprio pensamento e das ideias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes.

Muitas vezes a palavra preconceito carrega um significado pejorativo. Gadamer, porém, esclarece tal questão:

Em si mesmo, ‘preconceito’ (Vorurteil) quer dizer um juízo que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência, um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como

praeiudicium, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. A consequência negativa repousa justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente. ‘Preconceito’ não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu preconceito possa ser valorizado positiva ou negativamente. (GADAMER, 2002, v. I, p. 407) (Grifos do autor)

Todo o processo de compreensão, portanto, é influenciado por preconceitos. O homem decide, opina, toma posição embasado em sua compreensão das coisas. Com efeito:

Os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição, enquanto tais. Este não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam os mal-entendidos. (GADAMER, 2002, v. I, p. 442-443)

Quando esses preconceitos gerarem mal entendidos na compreensão, eles podem ser evitados a partir da abertura do intérprete para a opinião do texto. Alerta Gadamer:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. (GADAMER, 2002, v. I, p. 405)

Os preconceitos também não são definitivos, pois existem concepções que se extraem de sucessivas experiências de vida.

5. COMPREENSÃO, LINGUAGEM E MÉTODO

A compreensão, que é notada na forma de interpretação, é uma busca de entendimento a respeito de algo. O compreender acontece na linguagem, que é a sua condição de possibilidade:

O fenômeno hermenêutico se mostra como um caso especial da relação geral entre pensar e falar, cuja enigmática intimidade motiva a ocultação da linguagem no pensamento. Assim como na conversação, a interpretação é um círculo fechado na dialética de pergunta e resposta. É uma verdadeira relação vital histórica, que se realiza no médium da linguagem e que também, no caso da interpretação

de textos, podemos denominar ‘conversação’. A linguisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual.

A relação essencial entre linguisticidade e compreensão se mostra, para começar, no fato de que a essência da tradição consiste em existir no médium da linguagem, de maneira que o objeto preferencial da interpretação é de natureza lingüística (GADAMER, 2002, v. I, p. 567)

Portanto, o centro do fenômeno hermenêutico em Gadamer está na linguagem. A compreensão, que se mostra pela linguagem, sofre influência dos preconceitos do intérprete. É, em função disso, e em razão da autonomia do texto em relação ao seu autor, que surgem, portanto, diversas interpretações.

Por isso a fixação por escrito permite que o leitor compreensivo possa erigir-se em advogado de sua pretensão de verdade, precisamente porque separa por completo o sentido do enunciado daquele que enuncia. É assim como o leitor experimenta, sem sua validade, o que lhe fala e o que ele compreende. Por sua vez, aquilo que ele compreendeu será sempre mais que uma opinião estranha: já será sempre uma possível verdade. Isto é o que emerge em virtude da liberação do dito com respeito a quem o disse e em virtude do *status* de duração que lhe confere a escrita (GADAMER, 2002, v.I, p. 574) (Grifos do autor)

Aliás, Gadamer, enfatizando o papel essencial da linguagem no âmbito de sua teoria hermenêutica assentou: “Ser que pode ser compreendido é linguagem.” (GADAMER, 2002, v.I, p. 687)

A troca realizada entre o texto e o leitor os coloca em processo de associação, ou fusão mesmo. Isso evidencia, como lembra Pereira, a falácia da radical distinção entre sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, pregada pela Filosofia da Consciência:

Resultado disso é novamente uma desconfiança em relação à velha metódica, pois, ao tentar especular sobre a verdade a respeito de algo, toma por termo a completa dissociação ente o ser que interpreta e aquilo que é dado a conhecer. Ou seja, Gadamer nega a estrita separação entre sujeito e objeto no fluxo do conhecimento. (PEREIRA, 2007, p. 47)

Gadamer, ao analisar o processo compreensivo, contrapõe-se à noção de que a verdade se atinge por método. A verdade em Gada-

mer, como expõe Pereira (2007), depende da situação hermenêutica e, por consequência, de um diálogo constante com a tradição e com as precompreensões.

A fusão de horizontes de Gadamer, também diz Pereira (2007), leva a ocorrência de outra fusão, isto é, à fusão dos momentos de compreensão, interpretação e aplicação. A interpretação, como já exposto, é forma explícita da compreensão e a aplicação, em face dessa nova fusão, integra o próprio ato de compreender. Compreende-se, portanto, aplicando.

Anota Pereira (2007) que Gadamer, em sua teoria, parte dos vários ensinamentos de Heidegger, apresentando uma crítica radical ao pensamento científico-espiritual subsistido por todo o século XIX, colocando a hermenêutica como uma disciplina filosófica que, para além de seu foco epistemológico, presente, por exemplo, nas obras de Schleiermacher e Dilthey, passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo.

Ainda segundo Pereira (2007), Gadamer contrapõe a verdade ao método (clássico), e demonstra que a possibilidade de revelação da verdade depende sempre da situação hermenêutica (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender.

No compreender histórico, em outra nota de Pereira (2007), há uma autorrevelação do próprio existir no mundo e um “como” revelar-se à própria identidade temporal e finita. O existir é um compreender e um interpretar, sendo impossível que alguém se coloque no lugar de outro para compreender algo, pois o existir pressupõe a mediação do tempo e os condicionamentos próprios de cada um.

Assim, eu só posso compreender em meu tempo e de acordo com a minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão enquanto acontecer histórico distinto.

6. CONCLUSÃO

Pode-se dizer que as contribuições de Gadamer são importantes para deixar evidente que as precompreensões importam na compreensão, sendo equívoco raciocinar que as ideias prontas, o senso comum ou a dogmática, representam o direito acabado, isto é, o direito apto-

para reger o conflito, pois sempre deve haver uma autorreflexão sobre os preconceitos.

Portanto, as precompreensões que forçam, de algum modo, a perpetuação de certa realidade jurídica, apenas desencadeiam a formação de um processo hermenêutico que vai balizar a construção da norma de uma sentença.

Tal normanão pode ser produzida por um julgador solitário, pela inseparável influência no ato de seu horizonte histórico. Para que exista uma norma de viés democrático, é imprescindível que nesse seu processo de criação aconteça a presença da fundamentação intersubjetiva, num procedimento de constante diálogo entre os construtores da norma com a tradição e com as precompreensões dos fenômenos.

Uma compreensão nova e distinta nunca aperfeiçoa (termina) aquilo que pretendemos ter como finalizado e correto (irrepreensível). Toda nova leitura de um texto sempre será uma leitura diferente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Democracia. In: TRAVESSONI, Alexandre (Coord.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011, p. 95-98.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate—O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Discurso Científico na Modernidade—O Conceito de Paradigma é aplicável ao Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Helenice Rego. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos*. 9. ed. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ERNILDO Stein. A Consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 24 mar. 2002. Caderno Mais.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico século XXI*. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, 2v.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, 2v.

GIDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2v.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução: Márcia Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva S/A, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana Pereira. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Luiz Lenio. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

6

LITERATURA E DIREITO

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

“Questão que não tem resposta: a ficção copia a realidade ou a realidade imita a ficção?”
(Carlos Heitor Cony).

RESUMO

Este ensaio contém reflexões sobre a cultura e a inserção do Direito no mundo cultural. Define literatura e sua interação com o mundo do Direito. Destaca a importância da literatura para a atuação dos magistrados. Juristas não trabalham com uma ciência exata. Além dos conhecimentos jurídicos, os operadores do Direito – magistrados inclusive – necessitam acumular cultura geral. Nesse desiderato, a literatura é ferramenta indispensável. Ciência e sensibilidade: eis a receita para a solução justa.

Palavras-chave: Direito. Cultura. Literatura. Magistrados. Realidade. Ficção.

ABSTRAC

This essay has reflections on culture and cultural integration of law in the world. Defines literature and its interaction with the world of law. Emphasizes the importance of literature to the role of judges. Jurists do not work with an exact science. Besides the legal knowledge, legal practitioners – including judges – need to accumulate general

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

culture. In this goal, the literature is an indispensable tool. Science and sensibility: that is the recipe for the fair solution.

Keywords: Law. Culture. Literature. Judges. Reality. Fiction.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Cultura e Direito. 3. Literatura. 4. Realidade e ficção. 5. Literatura e Direito. 5.1 Enrico Ferri. 5.2 Somerset Maugham. 5.3. Oscar Wilde. 5.4. Mário Palmério. 6. Magistrados e Literatura. 6.1 Tomás Antônio Gonzaga. 6.2. Graça Aranha. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O que é cultura? Como o Direito se insere no mundo cultural? O que é literatura? Quais os limites entre realidade e ficção? Como a literatura interage com o mundo do Direito? Qual a importância da literatura para a atuação dos magistrados?

Em torno dessas indagações, argumentarei que os juristas não trabalham com uma ciência exata. Além dos conhecimentos jurídicos, os operadores do Direito – magistrados inclusive – necessitam acumular cultura geral.

Nesse desiderato, a literatura é ferramenta indispensável.

Ciência e sensibilidade: eis a receita para a solução justa.

2. CULTURA E DIREITO

Paulo Dourado Gusmão conceituava *cultura*:

(Melhor definição) é a de TYLOR, que se tornou clássica. Está exposta em seu ‘Primitive Culture’ (1871), e assim pode ser reproduzida: um complexo que compreende conhecimentos, crenças, arte, moral, direito, costumes e outras aptidões adquiridas pelo homem como membro da sociedade. Muito tempo depois, LOWIE, em ‘The History of Ethnological Theory’ (1937), fundando-se na definição de TYLOR, definiu-a como a ‘soma total do que o indivíduo adquire de sua sociedade, isto é, as crenças, costumes, normas artísticas, hábitos de alimentação e artes, que não são frutos de sua própria atividade criadora, mas sim recebidos como um legado do passado, mediante uma educação regular ou irregular’. (...)

Cultura é, assim, linguagem, arte, religião, símbolos, ritos, significações, valores, mitos, ideias, ideais, ideologias, utopias, normas sociais, filosofia, ética, estética, lógica, literatura, ciências, teorias, padrões de comportamento, conhecimento em geral, ferramentas, equipamentos, máquinas, edifícios, etc., enfim tudo o que o homem não encontra feito na Natureza, mas que constrói para satisfazer as suas necessidades como pessoa física e como membro de um grupo social. (Manual de Sociologia, p. 162)

Para Gusmão, a cultura influencia a personalidade das pessoas. Ninguém pode evitar a modelagem da personalidade pela cultura a que está vinculado:

O social e o cultural fazem com que o indivíduo tenha em sua personalidade, ao lado de aspectos estritamente individuais, outros comuns aos demais membros de seu grupo. (Ob. cit., p. 185)

O Direito é profundamente afetado pelo destino da cultura em geral, acentuava o jurista espanhol Pascual Marin Perez. Segue as curvas do seu desenvolvimento e decadência:

La culminación de la cultura romana, lograda en la época de Augusto, fue (...) un período de un Derecho altamente desarrollado. La decadencia de la cultura romana, patente desde el siglo III d. C., fue acompañada de una decadencia jurídica. Como el Derecho es uno de los instrumentos más importantes de la cultura (...), está profundamente afectado por sus crisis y perturbaciones. (Manual de introducción a la ciencia del derecho, p. 73-74)

A cultura, enfim, tem como instrumentos de análise os valores que suas diversas manifestações procuram realizar para satisfazer as necessidades materiais e espirituais do homem. Por exemplo: o verdadeiro, o belo, o bem, o justo, o sagrado e o útil são os valores básicos das realizações culturais no plano da ciência, da filosofia, da arte, da moral, do direito, da religião, da economia e da tecnologia, respectivamente. O *justo* é o valor a que o direito, como manifestação cultural, se reporta. Visto sob o ângulo cultural, o direito se apresenta como realização de um ordenamento justo. É o que salientava Machado Neto:

(Não se) diga que basta a realização de um ideal de Justiça, pois fenômeno social que é, o direito positivo necessita também – ao lado da valoração positiva no plano do justo – realizar o objetivo pragmático de garantir a segurança pela realização da ordem e da

paz sociais. Nesse sentido, o direito não é somente a realização do valor justo, mas – como salienta Miguel Reale – é a possibilidade da realização dos demais valores e de todos os demais ramos da cultura, e daí a ‘especial dignidade da jurisprudência’. (Sociologia Jurídica, p. 158)

Concluía o notável estudioso baiano:

Sem o conteúdo cultural não é possível entender-se a forma social, pois *o humano não é tema para geometrias*. E isso foi o de que descuraram os formalistas, em que pese o respeitável de seu projeto (Ob. cit., p. 23)

3. LITERATURA

O profissional do Direito não lida com pura geometria – bem enaltecia o precitado Machado Neto. Por isso, necessita interagir com outros campos da cultura. Notadamente com a *literatura*.

Domício Proença Filho considera a *arte* como um dos meios de que se vale o homem para conhecer a realidade. Só há *literatura* onde existe um povo e, conseqüentemente, o desenvolvimento de uma *cultura*:

A matéria literária é cultural. O artista da palavra retira do mundo elementos que, convenientemente organizados, podem representar totalidades e constituir uma afirmação cuja força e coesão não se encontram ao alcance dos profanos. Em outros termos, de acordo com T. Hall, uma das mais relevantes funções do artista é ajudar o leigo a estruturar o seu universo cultural. (...)

À luz da antropologia, podemos também entender cultura como o conjunto e a integração dos modos de pensar, sentir e fazer adotados por uma comunidade, na busca de soluções para os problemas da vida humana associativa.

Cultura, como se depreende dessas acepções, implica sociedade. (...)

Fácil é concluir que a literatura, apoiada num sistema de signos linguísticos que representam o mundo e revelam dimensões profundas do mesmo, traduz o grau de cultura de uma sociedade. E mais: por força de sua natureza criadora e fundadora, ela pode configurar-se como espelho ou como denúncia, como conservadora ou como transformadora. (A linguagem literária, p. 14-35)

Proença Filho ainda destaca que o escritor se coloca a serviço da sociedade:

Aponta os caminhos que julgar válidos, e procura conduzir a comunidade a estes caminhos. Ele é um *combatente*. Um *‘engagé’*. Sem deixar, entretanto, de ser um artista. (Estilos de Época na Literatura, p. 36, grifos do autor)

Consoante Otto Maria Carpeaux, a história literária dos estilos e obras expressa a estrutura espiritual e social das épocas:

A literatura não existe no ar, e sim no Tempo, no Tempo histórico, que obedece ao seu próprio ritmo dialético. (...)

A relação entre literatura e sociedade (...) não é mera dependência: é uma relação complicada, de dependência recíproca e interdependência dos fatores espirituais (ideológicos e estilísticos) e dos fatores materiais (estrutura social e econômica). Essa interdependência constitui o objeto da ‘sociologia do saber’, disciplina sociológica, cujos fundamentos foram lançados pelos trabalhos de Max Weber, Scheler e Mannheim. Os conceitos da ‘sociologia do saber’ permitem estudar os reflexos da situação social na literatura sem abandonar o conceito da evolução autônoma da literatura. (História da literatura ocidental, p. 35)

4. REALIDADE E FICÇÃO

Carlos Heitor Cony escreveu sobre o rumoroso escândalo político do “mensalão”:

São inúmeros os pontos de contato com obras de ficção, sobretudo com filmes em que o conflito do Bem contra o Mal (ou do Mal contra o Bem) é travado por um só mocinho, que encarna a lei, contra uma organização poderosa e secreta, voltada para o Mal, com a ambição de dominar o mundo.

Para dar um exemplo, lembro os filmes de James Bond, baseados nos romances de Ian Fleming. O esquema é sempre o mesmo: O herói recebe a missão de combater a organização maléfica, que dispõe de uma tecnologia mil vezes superior à do país ameaçado. O chefe mora num palácio-fortaleza, encravado numa montanha que se abre miraculosamente para receber aviões a jato, e de onde dispara foguetes espaciais mais sofisticados do que os da Nasa. Rastreia os adversários com uma rede de câmeras que ainda não existem no mercado.

E indagou:

Questão que não tem resposta: a ficção copia a realidade ou a realidade imita a ficção? (O satânico Dr. No, Folha de São Paulo, 3.8.2005)

Igualmente, Affonso Romano de Sant'Anna meditava sobre o cruel assassinato da atriz Daniella Perez pelo ator Guilherme de Pádua e sua mulher Paula Thomaz:

“A vida, às vezes, consegue ser mais estúpida do que a ficção.” (O assassinato e a borboleta, O Globo, 6.1.1993)

O poeta mineiro, em outro texto, refletia sobre os limites entre realidade e ficção:

Dizia o Rosa, tudo é travessia. Na travessia, o real é a brabeza. Perguntem pra Riobaldo e Diadorim como é atravessar o sertão. Já a lembrança é outra coisa: aí a gente refaz o real como gostaria que fosse, ou como acha que ele aconteceu. Peguem o exemplo da viagem: uma coisa é o projeto da viagem, outra coisa a viagem, e outra a pós-viagem. Há quem diga que pensar na viagem que se vai fazer ou lembrar é melhor do que viajar. E tem gente que viaja só para se lembrar da viagem, não por causa da viagem.

Proust (dizem), já velho e cansado de tantas festas e devassidão, fechou-se num quarto revestido de cortiça e reinventou a vida que pensou ter vivido. Caiu na real ou caiu na ficção? Tudo aquilo que descreveu é reinvenção da realidade. (Affonso Romano de Sant'Anna, Cair na Real, Estado de Minas, 16.12.2012)

No campo jurídico, o saudoso criminalista Evandro Lins e Silva, no livro *A defesa tem a palavra* (1980), mencionou poema de Bertolt Brecht, sobre uma mulher infanticida. Guarda enorme semelhança com um caso de infanticídio, praticado por uma empregada doméstica do Rio de Janeiro. Escondera a gravidez e dera à luz um bebê no vaso sanitário do pequenino banheiro na casa da patroa. O recém-nascido morreu afogado.

Evandro assumiu gratuitamente a defesa da acusada. A propósito, concluía: *“A arte e a vida andam juntas.”*

5. LITERATURA E DIREITO

Pincei algumas obras literárias para ilustrar a intersecção entre Literatura e Direito.

5.1 Enrico Ferri

Em 1908, o famoso criminalista italiano Enrico Ferri percorreu sobre os assassinos incestuosos na tragédia grega, obras de Shakespeare (*Macbeth*, *Hamlet*, *Othelo*, etc.), criminosos no romance contemporâneo (*Thereza Raquin*, *Germinal*, *Besta Humana*, de Émile Zola, *O Discípulo*, de Paul Bourguet etc.) e a arte setentrional (*Os Espectros*, de Henrik Ibsen, *Poder das Trevas*, de Leon Tolstói, *Crime e Castigo*, de Fiódor Dostoiévsky etc.), dentre outros.

Ferri apontava os desafios enfrentados nas suas reflexões (*Os criminosos na arte e na literatura*, edição brasileira, 2001):

Demonstrar e confirmar, com exemplos tirados da arte, os dados e as induções da antropologia e da psicologia criminais. (...)

A arte, esse reflexo irisado da vida, não poderia, mesmo desde as suas primeiras e mais instintivas manifestações, negligenciar o estudo das inumeráveis metamorfoses do crime e da alma criminal na sociedade; não poderia ignorar o frisson passional que, em presença de um delito, subleva, na multidão, uma emoção vaga, incessantemente ampliada e atenuada na medida de sua amplitude – ou que provoca, na consciência do artista, a representação subjetiva de personagens misturados aos dramas da fraude artíficia ou da violência sanguinária. (p. 17 e 21)

O mestre italiano criticava as obras literárias, por suscitar simpatia pelos criminosos e relegar as vítimas ao olvido:

Passamos rapidamente em revista toda uma multidão sanguinária e monstruosa de criminosos. A arte emprestou muitas vezes a esses degenerados as cores brilhantes de sua paleta e excitou a emoção pública a favor de seres dignos de piedade sem dúvida, mas menos dignos de uma piedade simpática que uma outra multidão, seja, a dos desgraçados que permanecem honestos, malgrado os espasmos e a degenerescência da miséria, da fome de ocasião e da fome crônica. Esses permanecem fiéis, em meio aos piores tormentos da alma, ao sentimento humano e social, contra o qual a violência e a sua última revolta desesperada, o seu supremo protesto é, quando muito, o suicídio.

A arte não tem senão glorificado demasiadamente os criminosos: é preciso que, de agora em diante, ela volte a sua luz radiosa para a multidão dos infelizes.

E já se pode ver despontar a aurora dessa evolução.
(p. 213)

A observação de Ferri induz inevitável analogia com a postura dos defensores do “garantismo penal”, tão atuantes no Brasil contemporâneo. Preocupam-se em demasia com os direitos fundamentais dos criminosos e são completamente cegos em relação às agruras suportadas pelos cidadãos de bem, diante da incontrolável violência cotidiana nas cidades brasileiras...

5.2 Somerset Maugham

Evandro Lins e Silva escreveu sobre a defesa, por ele patrocinada, de Raul Fernandes do Amaral Street (Doca Street), acusado pelo homicídio passionai de sua companheira Angela Diniz, em dezembro de 1976 (*A defesa tem a palavra*, 1980).

Às vésperas do julgamento do acusado, Lins releu o romance *A servidão humana*, de Somerset Maugham. Estimulou-me à leitura, ainda nos anos 1980, dessa obra prima do romancista britânico.

A narrativa envolve a avassaladora paixão de Philip Carey, um abastado estudante de Medicina, pela jovem Mildred. Algumas citações, extraídas do texto, demonstram sua relação com os crimes passionais (*A servidão humana*, 1955):

Quando Mildred o deixava era o sofrimento, quando ela voltava era o desespero. (p. 268)

A paixão tornava-o abjeto. Estava pronto para submeter-se a tudo, menos a deixar de vê-la (p. 279)

O amor era como um parasita em seu coração, nutrindo uma existência odiosa com o sangue de sua vida. Absorvia-o de modo tão intenso, que ele não podia encontrar prazer em outra coisa. (p. 287)

O que importava era amar, mais do que ser amado. (p. 325)

5.3 Oscar Wilde

As alegações finais da ação penal contra o ex-presidente da República Fernando Collor de Mello, após o *impeachment*, foram subscritas por Evandro Lins e Silva. A peça processual descrevia a asso-

ciação entre o presidente afastado e corrêus para a prática de alegados atos de corrupção.

Lins recorreu à personagem do romance *O retrato de Dorian Gray*, de Oscar Wilde, para descrever a falsa imagem que Collor exibia no Palácio do Planalto (revista *Veja*, 18.11.1992, p. 34): “No meio deste processo que abalou a nação foi descoberto, no sótão obscuro da vida privada do denunciado, o seu verdadeiro retrato. Era Dorian Gray.”

Para o combativo advogado, a face visível do presidente afastado era uma fraude, revelada na investigação da CPI:

A personalidade do jovem esbelto e formoso, de olhar altivo e gestos imponentes, apareceu na tela, pintada no seu lado moral, a horrenda figura da corrupção, do vício e da fraude. (...) Todos puderam ver que a personagem pública era uma burla e o retrato escondido a realidade.

Oscar Wilde era um talentoso romancista irlandês. No final do século XIX, foi condenado a dois anos de prisão por práticas homossexuais.

Li o clássico em 1981. Relata a história do belo jovem Dorian Gray. Um talentoso artista pintou o seu retrato. A pintura emoldurada envelhecia trancada no sótão da casa de Dorian, enquanto o rapaz – entregue aos prazeres mundanos – conservava a beleza e juventude.

No prefácio, o autor reflete sobre arte:

O artista é criador de coisas belas. (...)

Um livro não é, de modo algum, moral ou imoral. Os livros são bem ou mal escritos. Eis tudo. (...)

Toda arte é completamente inútil.

Passagens eloquentes mostram a alma atormentada do protagonista (*O retrato de Dorian Gray*, 1981):

Só há no mundo uma coisa pior do que falarem de nós: é não falarem de nós. (p. 10).

Nós jamais revivemos nossa juventude. O arrebatamento da alegria que palpita em nós aos vinte anos vai se enfraquecendo. Os nossos membros se cansam, os nossos sentidos se embotam. Todos nós nos convertemos em horrorosos fantoches, alucinados pela lembrança das paixões de que tivemos demasiado temor, e das esquisitas ten-

tações a que não tivemos coragem de ceder. Juventude! Juventude! Não há absolutamente nada no mundo, senão a juventude! (p. 33)

Chegaria o dia em que o seu rosto se enrugaria e murcharia, seus olhos perderiam brilho e cor e a graça do seu rosto se romperia e deformaria. O carmim dos seus lábios desvanecer-se-ia, do mesmo modo que o ouro do seu cabelo. A vida que devia formar a sua alma deformar-lhe-ia o corpo. Tornar-se-ia horrível, disforme, grotesco. (...)

– Como é triste – murmurou Dorian, com os olhos ainda fixos no seu retrato. – como é triste! Tornar-me-ei velho, horrível, espantoso. Mas este retrato permanecerá sempre jovem. Não será nunca mais velho do que neste dia de junho... Se ocorresse o contrário! Seu eu ficasse para sempre jovem, e se este retrato envelhecesse! Por isso – por isso – eu daria tudo! Sim, não há nada no mundo que eu não desse! Daria até a minha própria alma! (p. 36)

Enamorava-se cada vez mais de sua própria beleza e cada vez mais se interessava pela degradação da própria alma. (p. 154)

Cada um de nós leva em si o céu e o inferno. (p. 188)

5.4 Mário Palmério

Em fevereiro de 2004, como juiz diretor do Foro Eleitoral, tive o privilégio de presidir as eleições municipais em Belo Horizonte.

Sempre me interessei pelo Direito Eleitoral. Ainda estudante universitário, no o caso do regime militar, tentava acompanhar a fluida legislação eleitoral brasileira. Era adaptada, a cada pleito, para acolher casuísmos do regime.

Lia atentamente textos dos próceres da oposição, como Tancredo Neves, Paulo Brossard, Franco Montoro e Fernando Henrique Cardoso. Escreviam sobre o regime democrático e as (até hoje!) inadiáveis reformas política e eleitoral em nosso país.

Presidir o pleito municipal, no então terceiro maior colégio eleitoral do país, conferiu-me maior conhecimento da dura realidade das eleições brasileiras. Pude concordar com Sérgio Buarque de Holanda, segundo quem *“a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido.”* (Maria Victória de Mesquita Benevides, *A cidadania ativa...*, p. 26)

Mesmo após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal, em 1988, a legislação eleitoral continua a ser solenemente desrespeitada. De nada valem leis rigorosas e detalhistas, se não são cumpridas.

Segundo o chamado *princípio da realidade*, o Direito rege a realidade da convivência social. Não é um conjunto de preceitos descompassados com o que de fato ocorreu, ocorre ou pode ocorrer. Os legisladores e os intérpretes das leis não devem seguir o caminho da fantasia e tampouco podem exigir o impossível: *ad impossibilia nemo tenetur*. É o que ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de Direito Administrativo*, p. 63):

Os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter sempre condições objetivas de serem efetivamente cumpridos em favor da sociedade a que se destinam. O sistema legal-administrativo não pode ser um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas um instrumento sério de modelagem da realidade dentro do possível.

A irreabilidade leva ao descumprimento habitual e, este, à desmoralização de todo o sistema, como adverte Agustín Gordillo. Como se poderá deduzir, esse princípio geral tem nítida aplicação sobre os da discricionariedade, da razoabilidade e da motivação, no campo específico do Direito Administrativo.

A minha experiência indica que juízes eleitorais devem conhecer melhor a realidade do mundo político. Muitos, no entanto, encontram dificuldade nesse ofício. Em geral, magistrados são bastante apegados à racionalidade. Isso se verifica com muita clareza, por exemplo, nos procedimentos processuais.

De fato, o Direito Processual está compromissado com o paradigma racionalista. Por essa óptica, é concebido como instrumento puramente formal, abstrato e sem qualquer compromisso com a História. Em última análise, é imaginado como algo dotado da mesma eternidade da matemática. Nos países pertencentes à tradição romano-canônica, integrada por grande parte da Europa e toda a América Latina, o núcleo do paradigma, sob o qual se formaram os sistemas jurídicos modernos, tem seu epicentro no racionalismo Iluminista do século XVII (Ovídio Batista da Silva, *Racionalismo e Tutela Antecipada em Processo Civil*, 2002).

Do mesmo modo, o cipoal de leis eleitorais contém uma miríade de obrigações e proibições concebidas com “excesso de razão”, mas raramente respeitadas. Desconhecem os legisladores e juízes que, sob esse imponente arcabouço legal, repousa a dura realidade do “jeitinho brasileiro”.

Para conhecer as rudezas da vida interiorana e as artimanhas eleitorais dos grotões brasileiros, é muito oportuna a leitura do livro *Vila dos Confins*, do escritor mineiro Mário Palmério.

A trama envolve o deputado federal Paulo Santos, que chega à fictícia Vila dos Confins, município recém-emancipado no sertão, para trabalhar pela candidatura a prefeito de João Soares, da “União Cívica”.

O adversário é o “liberal” Chico Belo, apoiado pela oligarquia rural. Chico Belo e o clã dos Rocha mandam e desmandam, invadem terras, compram votos e praticam outras tantas barbaridades. (Fina ironia com os nossos “liberais”...)

O secretário estadual de Negócios do Interior, com ambições futuras de se eleger deputado federal, apoia Chico Belo. Recebe-o em sua mansão da capital. Envia a Vila dos Confins um capitão da polícia militar e um novo intendente, todos correligionários. A polícia comete várias arbitrariedades.

O deputado Paulo Santos simulou emboscada à bala contra sua camionete. O “atentado”, atribuído a Filipão, capanga de Chico Belo, repercutiu na imprensa nacional. Tropa federal veio policiar as eleições.

Mesmo assim, Chico Belo “comprou” muitos eleitores. Venceu por diferença de apenas oito votos, em um total de oitocentos. Consolidou o poder oligárquico na localidade.

Algumas passagens desse importante romance regionalista familiarizam o leitor com a vida no sertão e as artimanhas políticas ali praticadas (*Vila dos Confins*, 1983):

O fato é que o Sertão dos Confins existe. E é um mundão largado de não acabar mais (p. 7).

Culpa mesmo do Governo, que, afinal de contas, sempre foi, é e será ele o culpado de tudo o que acontece de errado e malfeito por esse mundo de Nosso Senhor (p. 9).

Rua mesmo, uma só: começando na igreja e acabando no cemitério, tal e qual a vidinha do povo que mora lá (p. 18).

Importante, para um político, andar sempre com a memória em dia: guardar o nome do eleitor, o da patroa, se possível até o dos meninos. O pessoal apreciava – sempre era uma prova de atenção, de amizade... (p. 27).

E nem eu nem ninguém pode evitar que o Governo dê prestígio a ele: em política, vale quem vale, só é respeitado quem ganha. (p. 30).

Praga das maiores, o peste: eleitor consciente... (p. 263).

6. MAGISTRADOS E LITERATURA

Carlos Ayres Britto, ministro aposentado e ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, é conhecido por sua veia poética e filosófica. Humanista, defende que a melhoria do Judiciário passa pela melhor formação da magistratura. Isso significa, segundo Britto, que reputação ilibada, conhecimento jurídico e até mesmo sensibilidade sejam considerados requisitos de desempenho: *“O juiz tem que abrir mesmo as janelas do Direito para o mundo circundante. Ele não pode se trancar numa torre de marfim.”* (Entrevista ao *Consultor Jurídico*, 11.7.2013)

No julgamento sobre a validade jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o ministro Britto afirmou que “não se separa por um parágrafo o que a vida uniu pelo afeto”. O entrevistador indagou como a sua vivência e veia literária influenciaram a “cabeça do juiz”. Ele respondeu:

Uma vez Einstein, que também é um dos meus preferidos, disse o seguinte: ‘agora só me interessa conhecer o pensamento de Deus, o resto é detalhe’. E certamente ele estava na boa companhia de Max Planck, outro físico quântico, que para surpresa minha disse o seguinte: ‘Para os crentes, Deus está no princípio de todas as coisas. Para o cientista, ele está no fim de toda reflexão’. E eu coloquei essa frase como a última frase do meu livro ‘Teoria da Constituição’, editado pela Forense, no ano de 2003. Então esse casamento entre filosofia, Direito, Literatura, poesia resultou frutuoso. Deu bons frutos a meu juízo. Eu estou satisfeito com o que fiz. Citei Einstein com outro objetivo. É dele uma frase que muito me marcou. Ele disse o seguinte: ‘não há uma grande descoberta científica, uma só que seja, que não haja partido de uma intui-

ção'. Todos os meus votos no Supremo, nos casos socialmente mais impactantes – como os das células-tronco embrionárias, homoafetividade, igualdade de direitos entre pares homoafetivas e casais heteroafetivos, combate ao nepotismo, ProUni com as cotas raciais e sociais, lei da Ficha Limpa, Raposa Serra do Sol, liberdade de imprensa, humor na televisão, marcha da maconha – se converteram em acórdãos que partiram de intuições. No caso de células-tronco embrionárias, eu me lembro de ter partido de uma frase que me assaltou o espírito: 'Não confundir embrião de pessoa humana com pessoa humana embrionária'. No caso de anencefalia, eu disse: 'O feto anencéfalo é um casulo que consegue chegar ao estado de crisálida, mas jamais chegará ao estado de borboleta'. Sempre assim, sempre uma frase poetizada que me assaltava o espírito e a partir daí eu fazia os meus votos. Sempre por intuição. Eu fazia viagem de volta para fundamentar as minhas conclusões, mas eu operava como opera o artista. O artista não precisa de análises para chegar a sínteses. Ele salta diretamente para sínteses sem precisar de análises. É como você não subir os degraus de uma escada e conseguir ir para o topo da escada catapultadamente. E os cientistas puros não entendem isso. Eu me considero um cientista do Direito, modéstia de lado. Mas o cientista puro é desconfiado do artista porque ele diz assim 'quem é esse sujeito que sem nenhum esforço já chegou antes de mim e eu estou aqui analisando?'. Ele tem preconceito contra o artista. Por também ser um cientista, o artista faz a viagem de volta para convencer os outros e fundamenta tecnicamente, juridicamente, cientificamente cada uma das suas conclusões. Agora, para chegar às conclusões é que ele dá o salto quântico. Ele tem essa capacidade: contemplando as normas, os fatos, as pessoas e os dramas humanos, ele se vê ejetado para o topo da pirâmide cognitiva. (Idem)

De Plácido e Silva anotou a origem etimológica da palavra *sentença*:

Do latim *sententia* (modo de ver, parecer, decisão), a rigor da técnica jurídica, e em amplo conceito, sentença designa a *decisão*, a *resolução*, ou a *solução* dada por uma autoridade a toda e qualquer submetida à sua jurisdição. (Vocabulário Jurídico, vol. IV, p. 201, grifos do autor)

Igualmente, acentuou Cândido Dinamarco:

O vocábulo *sentença* origina-se do latim *sententia* e traz em si a ideia da manifestação do juiz sobre o modo como ele *sente* a causa e as pretensões contrapostas dos litigantes – e é realmente que o juiz

deve aplicar seus sentimentos ao julgar a causa, não só a razão. (Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, p. 489, grifos do autor).

Portanto, para “sentir” a causa e intuir a solução justa, o juiz precisa ser dotado de *inteligência e cultura*. O saudoso ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, notável professor e formador de magistrados, pontificava:

Se a inteligência é dom de Deus, e não entendemos como se possa recrutar juízes não-inteligentes, embora muitas inteligências não devam ser acolhidas na magistratura por carências de outras virtudes específicas e sobretudo vocação, a cultura é adquirida com esforço e dedicação. E sem cultura sólida e atualizada não se pode ter juízes à altura da relevante função de julgar. (O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo, p. 82)

O desembargador José Renato Nalini, outro portento da magistratura nacional e integrante da Academia Paulista de Letras, prega com o costumeiro brilho:

O juiz é homem de seu tempo, submetido às agruras dos demais e vulnerável às mesmas contingências. É ser humano que ama, sonha, sofre, se angustia. Não está imune às transformações dos tempos, nem às mudanças de valores e de costumes. (Curso de deontologia da magistratura, p. 15)

Semelhante prédica entoava Eduardo Couture aos advogados:

Como todas as artes, a advocacia só se aprende com sacrifício, e, como em todas as artes, também se vivem em constante aprendizagem. O artista, mínimo corpúsculo, encerrado no imenso cárcere de ar, vive esquadrinhando sem cessar suas próprias grades, e seu estudo só termina como sua própria vida. (Os mandamentos do advogado, p. 23)

Por fim, dois exemplos históricos ilustram juízes que foram também grandes literatos.

6.1 Tomás Antônio Gonzaga

Nascido na cidade portuguesa do Porto (1744), era filho do magistrado brasileiro João Bernardo Gonzaga, que fora ouvidor-geral de

Pernambuco. Colou grau de bacharel em Coimbra (1768), onde elaborou tese sobre *Direito Natural*. Ingressou na magistratura e foi juiz de fora em Beja por um triênio. Em 1782, era ouvidor e procurador dos defuntos e ausentes de Vila Rica. Em 1786, foi promovido a desembargador da Relação da Bahia, onde serviria por seis anos, findos os quais ficaria nomeado para tomar posse na Relação do Porto.

Ao saber da promoção, em meados de 1787, tratou casamento com D. Maria Joaquina Dorotéia de Seixas – a famosa *Marília* – e solicitou licença real para o enlace. Enquanto aguardava a autorização, foi denunciado como principal mentor da Conjuração Mineira. Preso, padecia por três anos nas masmorras da Ilha das Cobras.

Defendeu-se com nobreza, senso jurídico e claro raciocínio. Não acusou ninguém. Impressionavam sua serenidade e firmeza. Condenado ao degredo perpétuo em Angola, teve a pena comutada para dez anos de degredo em Moçambique. Naquele país, casou-se com Juliana Mascarenhas de Souza, filha de um opulento comerciante de escravos (1793). Em 1809, fora provido ao cargo de juiz da alfândega, mas faleceu em 1810.

No cárcere, escreveu as mais notáveis de suas obras. Celebrizou-se com o livro *Marília de Dirceu* (*Dirceu* era seu nome arcádico). Foi também poeta satírico, a quem se atribui a autoria das *Cartas Chilenas*. É um poema que aborda os desacertos, arbitrariedades e prevaricações do Governador Cunha Meneses, referido sob pseudônimo de *Fanfarrão Minésio* (PAES e MASSAUD, *Pequeno Dicionário de Literatura Brasileira*, pp. 110-111).

6.2 Graça Aranha

Era o autor do consagrado romance *Canaã*:

“José Pereira de Graça Aranha nasceu em S. Luís do Maranhão em 1868. Foi discípulo de Tobias Barreto na Faculdade de Recife, onde se bacharelou em Direito. Da magistratura passou à diplomacia, servindo em Londres, com Joaquim Nabuco. Foi ministro na Noruega, na Holanda e em Paris. Como membro da Academia Brasileira de Letras, ficou célebre a sua conferência polêmica em 1922, após a qual os ‘passadistas’ carregaram Coelho Neto nos ombros enquanto os ‘futuristas’ faziam o mesmo

com Graça Aranha. Em 1931, morreu no Rio de Janeiro, onde a sua memória é cultuada na Fundação Graça Aranha. (Dirce Côrtes Riedel, notas biobibliográficas, in ARANHA, Graça. Canaã)

O romance descreve um crime ocorrido na comarca de Santa Leopoldina, então Porto do Cachoeiro, no Espírito Santo. A protagonista é inspirada na alemã Guilhermina Lübke, jovem de 23 anos criada como empregada doméstica. Em 1889, ela deu à luz, sem qualquer assistência, uma criança do sexo masculino. O bebê morreu e o corpo foi encontrado pela filha do patrão, junto a um chiqueiro. A acusada foi julgada e absolvida. Graça Aranha, então juiz municipal, atuou na apuração dos fatos.

O erudito desembargador aposentado Luis Carlos Biasutti, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é capixaba de Santa Teresa. Em 2003, após efetuar pesquisas no estado natal, doou à Memória do Judiciário Mineiro (TJMG) traslado dos autos deste processo (fonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Clipping de Notícias*, 17.2.2003).

7. CONCLUSÃO

Em voto bem lapidado, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira sublinhava:

O jurista, salientava Pontes de Miranda em escólio ao Código de 1939 XII/23, ‘há de interpretar as leis com o espírito ao nível do seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro’. ‘Para cada causa nova o juiz deve aplicar a lei, ensina Ripert (*Les Forces Créatives du Droit*, p. 392), considerando que ela é uma norma atual, muito embora saiba que ela muita vez tem longo passado’; ‘deve levar em conta o estado de coisas existentes no momento em que ela deve ser aplicada’, pois somente assim assegura o progresso do Direito, um progresso razoável para uma evolução lenta. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 196-RS, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* Revista dos Tribunais, vol. 651, janeiro de 1990, p. 170-173)

Como este ensaio procurou demonstrar, o magistrado, a par do conhecimento das leis e da doutrina jurídica, necessita acumular vasta

cultura geral. Essa sede de saber propicia a construção de decisões mais justas.

“*O magistrado é um intelectual.*” (BITTENCOURT, Edgard de Moura Bittencourt, *O juiz*, p. 24)

8. BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Graça. *Canaã*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, s/d.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Editora Ática, 2. ed. 1996.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. São Paulo: Leud, 1982.

CARPEAUX, Otto Maria. *História da literatura ocidental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Alhambra, 1978.

Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/ayres-britto-defende-sensibilidade-criterio-avaliar-juizes>>, acessado em: 11.7.2013.

CONY, Carlos Heitor, *O satânico dr. No*, jornal *Folha de São Paulo*, edição de 3.8.2005.

COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Tradução: Ovídio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde, 1979.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, vol. II, 2001.

FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor. Tradução: Dagma Zimmermann, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Manual de Sociologia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAUGHAM, Somerset. *Servidão humana*. 7. ed. Porto Alegre: Globo. Tradução: Antônio Barata, 1955.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NALINI, José Renato. *O juiz e suas atribuições funcionais. Introdução à deontologia da magistratura*, in NALINI, José Renato (Coord.). *Curso de deontologia da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 1992.

PAES, José Paulo; MASSAUD, Moisés (Orgs.). *Pequeno Dicionário de Literatura Brasileira*. São Paulo: Cultrix, 1967.

PALMÉRIO, Mário. *Vila dos Confins*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PEREZ, Pascual Marin. *Manual de introducción a la ciencia del derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1968.

PROENÇA FILHO, Domício. *A linguagem literária*. São Paulo: Ática, 1986.

PROENÇA FILHO, Domício.. *Estilos de época na literatura*. 2. ed. Rio de Janeiro: Linceu, 1969.

Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora RT, vol. 651, janeiro de 1990, p. 170-173

Revista *Veja*. São Paulo: Editora Abril, edição de 18.11.1992, p. 34.

RIEDEL, Dirce Côrtes, in ARANHA, Graça. *Canaã*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, sem data, notas biobibliográficas.

SANT'ANNA, Affonso Romano de. *Cair na real*, jornal *Estado de Minas*, Belo Horizonte, edição de 16.12.2012.

SANT'ANNA, Affonso Romano de. *O assassinato e a borboleta*, Rio de Janeiro, jornal *O Globo*, Rio de Janeiro, edição de 6.1.1993.

SILVA, Evandro Lins e. *A defesa tem a palavra*. Rio de Janeiro: Aide, 1980.

SILVA, Ovídio Batista da. *Racionalismo e tutela antecipada em processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Editora RT, vol. 801, jul. de 2002, p. 30-43.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *Clipping de Notícias*, 17.2.2003.

WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray*. São Paulo: Abril Cultural. Tradução: Oscar Mendes, 1981.

7

O AFETO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE HABITAÇÃO

Túlio Márcio Lemos Mota Naves¹

RESUMO

O presente ensaio pretende realizar uma abordagem ao instituto do Direito de Habitação, previsto no artigo 1.831 do Código Civil sob o prisma do afeto, aqui colocado como novo paradigma para o Direito de Família. Assim, o trabalho aborda as formas de convivência familiar de acordo com a mais atualizada doutrina sob o tema, sempre colocando como centro das discussões o afeto e o direito à felicidade. Traz como norte para tanto a necessária observação dos Princípios que permeiam o Direito de Família, com ênfase na Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Liberdade. Por fim, situa o instituto revelando sua natureza jurídica, sua aplicabilidade à luz de todo o esforço argumentativo realizado e clama por uma aplicação do Direito de Família com foco no ser humano, de modo a preservar a verdadeira razão de ser de uma entidade familiar, a busca pela felicidade.

Palavras-chave: Direito de Família. Novos conceitos. Princípios, paradigma do afeto. Direito à felicidade. Direito de Habitação. Natureza jurídica. Alcance da norma.

¹ Juiz de Direito do estado de Minas Gerais em exercício na Comarca de Governador Valadares. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora-MG

ABSTRACT

This essay intends to hold the Office of the Right to Housing, under Article 1831 of the Civil Code through the prism of affection, placed here as a new paradigm for family law approach. Thus, the text discusses the forms of family life according to the most current doctrine about the theme, as always putting the center of discussions affection and right to happiness. It brings a north to the necessary observation of the principles that guide family law, with an emphasis on Human Dignity, Equality and Freedom. Finally, the institute is situated revealing its legal nature, its applicability in light of all the argumentative foreshortening done and calls for an application of Family Law with focus on the human being, in order to preserve the true raison of a family unit, the pursuit of happiness.

Keywords: Family Law. New concepts. Principles. Paradigm of affection. Right to happiness. Right to Housing. Legal nature. Scope of the rule.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma nova perspectiva sobre o conceito de família, o afeto como ponto central. 3. O direito real de habitação sob o enfoque do afeto e direito à felicidade. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio pretende realizar uma abordagem ao instituto do Direito de Habitação sob a égide do novo paradigma para o Direito de Família: o AFETO.

O artigo 1.831 do Código Civil assim dispõe:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

A intenção assim é fazer uma pequena incursão no novo conceito do Direito de Família, ainda que superficialmente, sem a pretensão de esgotamento do tema.

Desse modo, serão abordadas as novas concepções familiares até chegar ao ponto fulcral proposto que é o estudo do Direito de Habitação sob o prisma do afeto, fomentando o debate e o amadurecimento de ideias ligadas ao Direito de Família.

2. UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE O CONCEITO DE FAMÍLIA, O AFETO COMO PONTO CENTRAL

Embora avesso ao costume que nós juristas brasileiros temos de dar nomes a tudo, por vezes designando um mesmo instituto com duas ou mais nomenclaturas distintas para nominar conceitos idênticos e, em várias oportunidades se esquecendo do conteúdo em prol da forma, a nova concepção do Direito de Família atualmente defendido por vários autores de escol, dentre eles Maria Berenice Dias, vem a calhar, até mesmo como ponto de partida de uma nova ordem a ser observada tanto pelo aplicador do Direito quanto pelo legislador.

E esta nova dicção como “Direito das Famílias”, conceito alargado de modo a compreender as diversas formas de entidades familiares modernas, é uma tentativa válida de conformar esse ramo da Ciência Jurídica com o momento histórico que vivemos.

Entretanto, pedimos licença para continuar a utilizar o velho conceito “Direito de Família”, já que etimológica e semanticamente também se adequa à modernidade a tanto, pois a preposição “de”, de caráter indefinido, significa não um tipo de família, mas todas as relações humanas de convivência familiar.

Como introito, é bastante salutar a classificação dada por Maria Berenice Dias em sua obra, das diversas formas de entidades familiares hoje existentes², de modo a situar o leitor quanto à amplitude do tema e das relações humanas hodiernas:

1. Matrimonial (não mais chamada de legítima!), ainda a mais comum, formada pelos cônjuges masculino e feminino.
2. Informal, a chamada união estável.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3. Homoafetiva, aquela formada por indivíduos do mesmo gênero sexual.
4. Poliafetiva, formada por mais de dois indivíduos, como um homem e duas mulheres.
5. Monoparental, entidade em que há somente um dos genitores e filho(s).
6. Anaparental, formada por parentes sem a presença dos genitores.
7. Pluriparental, aquela em que há mais de duas pessoas como referência paterna/materna.
8. Paralela, aquela em que duas famílias partilham um mesmo membro, como no denominado concubinato impuro.
9. Extensa ou ampliada, em que há o convívio de filhos com genitores e progenitores, etc., conceito trazido pela Lei n. 12.010/2009.
10. Substituta, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de aguardar uma adoção.
11. Eudemonista, entidade em que duas ou mais pessoas procuram se relacionar por razões afetivas, sem consanguinidade ou necessário envolvimento sexual.

É claro que algumas dessas formas de convivência humana desafiam as religiões e muitos princípios arraigados na sociedade, porém o que se deve ter em mente é que elas de fato existem e, sendo assim, devem ser objeto de reflexão desprovida de ideias pré-concebidas ou preconceito de qualquer ordem, nunca se esquecendo da laicidade do Estado e da necessidade de proteção jurídica às pessoas à luz da Constituição da República.

Antigamente, a única forma constitucional e legalmente reconhecida era a matrimonial, a qual ainda possui a maior teia legislativa e normativa, em linhas gerais, tanto o direito de família quanto das sucessões.

Contudo, na atualidade a concepção de família se distancia cada vez mais da estrutura e ideia do casamento.

Isso porque com a evolução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o aprofundamento dos ideais de liberdade é preciso encon-

trar o elo, o cimento, o elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas.

E esse ponto de identificação é justamente o AFETO.

A própria evolução do pensamento religioso, com enfoque na felicidade do ser humano e na vida plena, despertou na sociedade o desejo de se voltar para o elemento estruturador de toda a vida humana, ou seja, o sentimento de amor e o elo afetivo que funde as almas e até mesmo fazem confundir o patrimônio, gerando responsabilidades e comprometimentos mútuos.

Ademais hoje o Direito de Família tem enfoque no indivíduo e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar.

Hodiernamente a família como instituição *deu lugar à família como instrumento*, ou seja, a nova concepção de Direito de Família destaca o *caráter instrumental* da estrutura familiar.

Isso significa que ela existe para trazer felicidade às pessoas e contribuir para o desenvolvimento sadio da personalidade e crescimento pessoal, bem como a formação da própria sociedade, com enfoque na liberdade. Não é mais objeto puro e simples de acumular riquezas, juntar terras e títulos, compartilhar sobrenomes, etc.

Portanto, mais uma vez repita-se, a nova forma estruturante das relações interpessoais é o AFETO, com raízes no axioma da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

E em nosso ordenamento a Lei que regula a matéria, o Código Civil, com apenas pouco mais de 10 anos de vigência, já entrou em vigor defasado no que diz respeito ao Direito de Família, pois trouxe ideais estabelecidos na década de 1970, em que sequer era admitido o divórcio.

Tanto é que tratou a união estável na parte final, quase que como um adendo, uma inserção de última hora e deixou para trás vários temas importantes, como as relações lastreadas no afeto.

Mas a Constituição da República ao erigir a Dignidade da Pessoa Humana como um axioma, isto é, um princípio dos princípios, abriu caminho para uma nova abordagem, focada no *Direito à Felicidade*.

É muito difícil para a sociedade assimilar novidades e desmistificar condicionamentos arraigados na cultura e na educação. Há ainda

muitos preconceitos que nos impedem de perceber que existem inúmeras maneiras de viver e diversas formas de buscar a felicidade.

Nesse ponto é valioso destacar que essa busca da felicidade e vida plena é calcada pela liberdade em todos os sentidos, principalmente o religioso, o qual não deve nunca matizar de forma plena o legislador no momento de elaboração da lei, nem o Magistrado no momento de sua aplicação, pois não cabe a estes personagens influenciar na escolha de vida do indivíduo quanto às suas opções sexuais, de crença, etc.

Com esta lacuna legislativa, cabe essencialmente ao Poder Judiciário a responsabilidade de construir essa nova fase social e atender aos reclamos da sociedade, esta cada vez se transformando de forma mais rápida, num contexto de mundo globalizado e antropocentrista. (não, assim está bom).

E baseado no conceito de que é necessário adequar a Justiça à vida e não engessar a vida em normas jurídicas distanciadas da realidade humana e muitas vezes editadas olhando para um passado distante, que o Judiciário vem se transformando no ponto de apoio dessas novas formas de se viver plenamente.

Não se pode permitir que essas normas, muitas vezes editadas para reprimir o exercício da liberdade, sejam o único norte em afronta à Constituição.

O Direito de Família, por si só, merece maior atenção por lidar diretamente com aquilo que nos é mais caro, isto é, nossas relações de vida. É um ramo que lida com seres humanos, com pessoas dotadas de sentimento visto que não pode o Estado, a pretexto de preservar estruturas, imiscuir-se indevidamente na intimidade e liberdade dos indivíduos.

O Direito foi feito pelo homem e para o homem e não o homem para o Direito.

Embora haja pequenas diferenças entre autores, podemos resumir assim os atuais Princípios que norteiam o Direito de Família:

1. Liberdade;
2. Igualdade (respeito à diferença);
3. Solidariedade Familiar;

4. Proteção integral ao Pluralismo familiar;
5. Proibição de Retrocesso social;
6. Afetividade;
7. Boa-fé objetiva.

Não foi incluída no rol propositalmente a Dignidade da Pessoa Humana, essa considerada um axioma, como acima mencionado, uma espécie de Princípio dos Princípios, esposando aqui a opinião de Daniel Sarmiento e Rodrigo da Cunha Pereira, os quais o chamam de macropríncipio³, ⁴.

O Direito de Família, como acima mencionado, é o ramo que mais toca à sociedade e onde floresce com maior visibilidade a Dignidade da Pessoa Humana, pois, acima de tudo, além dos aspectos morais, influencia a nossa vida e discute a nossa felicidade.

Malgrado tenha a Constituição da República deixado de mencionar em seu texto a palavra *afeto*, ao reconhecer explicitamente a união estável e a julgar merecedora de proteção jurídica, indubitavelmente o reconheceu e o inseriu no sistema jurídico.

O legislador infraconstitucional assim também o fez, pois está clara no artigo 5º, III, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) a proteção a qualquer relação baseada no *afeto*.

E é óbvio que o afeto não é fruto da biologia. *Os laços de afeto, amor, solidariedade, piedade e carinho derivam precipuamente da convivência e não do sangue.* Caso contrário só haveria relacionamentos sociais entre parentes.

E nesse ordenamento jurídico baseado na Dignidade de Pessoa Humana é que surge, por exemplo, a Doutrina da Proteção Integral, inserta no artigo 226, § 6º, da Constituição da República, a qual preconiza ser a criança sujeito de direitos, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias, e lança seus desdobramentos sobre todo o Direito vigente.

³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Com base nessa nova ordem, por exemplo, o conceito de paternidade também se ampliou e passou a compreender o parentesco psicológico, o qual sem dúvida prevalece sobre a verdade biológica.

No dizer de João Batista Vilella houve uma desbiologização da paternidade.⁵

Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não.

Pai, na definição moderna, é quem age como pai, quem dá afeto e proteção e garante a sobrevivência.

Tanto assim é que a posse do estado de filho se baseia em três aspectos:

1. tratamento: quando o filho é tratado como tal, criado e educado pelo pai, mãe ou cada um deles; e/ou
2. quando usa o nome de família; e/ou
3. é conhecido socialmente como pertencente a uma determinada família.

Percebe-se, por conseguinte, a valorização do *afeto* como o principal aspecto a ser considerado quando em análise tudo que se referir ao Direito de Família.

Por isso mesmo, surge nesse ramo a aplicação da *Boa-fé objetiva*, a qual tem seu conceito ligado à lealdade nas relações sociais, com dever pleno de informação e confiança nos atos praticados. Quem se comporta inicialmente de tal maneira, não pode alterá-la posteriormente. É a tutela jurídica da confiança de forma a não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem.

É fácil exemplificar tal preceito no Direito de Família: a proibição da negatória de paternidade àquele que registrou voluntariamente o filho. Sendo admitida, tal ação violaria a legítima confiança do filho e a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar.

⁵ VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 6 de maio de 2014.

Uma vez comprovada a posse de estado de filho, com a existência de um vínculo afetivo, não há como prevalecer a biologia sobre a afetividade. Entre o direito do pai de negar a paternidade biológica e o do filho de ver preservada a posse do estado que sempre desfrutou, há de prevalecer a filiação afetiva.

Apenas o filho tem o direito de perseguir seu vínculo genético ou de intentar a ação de investigação quando atingir a maioridade, pois tal direito é personalíssimo.

Aquele que perfilhou alguém sabendo não possuir o vínculo genético ou assim o fez por meio da livre autonomia da vontade não pode perseguir tal objetivo.

3. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SOB O ENFOQUE DO AFETO E DIREITO À FELICIDADE

É com base em todas as necessárias ponderações acima que surge a questão da aplicação do artigo 1.831 do Código Civil que assim dispõe:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (Grifos nossos).

O grifo foi proposital em razão da nomenclatura utilizada pelo Legislador do Código Civil brasileiro aprovado no limiar do terceiro milênio, porém invocando conceitos próprios de meados do século XX.

Isso porque, pela aplicação literal do artigo, somente o cônjuge, ou seja, aquele casado nos termos da legislação civil, é que teria o direito de habitação no único imóvel familiar.

E aqui cabe uma observação acerca da natureza jurídica do instituto, sendo a localização do dispositivo no Direito das sucessões questionável, ainda mais por estar inserto no capítulo que trata da vocação hereditária.

O próprio dispositivo afirma que tal direito será assegurado sem prejuízo de participação na herança, o que deve ser entendido como

de aplicabilidade independentemente da existência de qualquer direito hereditário e sem importar o regime de bens do casamento.

Nota-se que esse direito é oponível a qualquer herdeiro, pois calado na simples convivência e afeto.

Indubitavelmente, o dispositivo pouco tem a ver com o direito sucessório propriamente dito, pois a intenção da norma é resguardar o remanescente familiar, assegurando-lhe o direito de habitar no local em que residia com outro ou outros entes da família.

Em boa técnica legislativa, o preceito deveria estar inserto no Livro IV do Código Civil, aquele destinado ao Direito de Família, e já no Título I, que trata dos direitos pessoais, de modo a separá-lo inclusive da parte que cuida das questões patrimoniais, já no Título II.

Sob esse aspecto é muito relevante a expressão “qualquer que seja o regime de bens”, pois deixa claro que para usufruir do benefício sequer há de se perquirir tal aspecto, ou seja, a norma é clara ao dizer que para a sua aplicação devem ser deixados de lado os aspectos financeiros e materiais da relação, focando a sua aplicação no Direito de Família e não no Direito das Coisas ou Sucessório.

Por conseguinte, resta clara a natureza jurídica do instituto inserto no artigo 1.831 do Código Civil como de Direito de Família e ligado ao ramo dos direitos pessoais do(s) integrante(s) do núcleo familiar.

Nesse passo, avulta a classificação de famílias colocada no introito deste ensaio, e a sua natureza jurídica distante do Direito das Sucessões, pois muitas vezes esse direito de habitação poderá ser conferido a uma pessoa não contida no rol dos herdeiros, como, por exemplo, dois amigos que dividiram o mesmo teto, formando um verdadeiro núcleo familiar eudemonista, sem necessariamente um vínculo sexual, mas calcado no afeto.

E aí cabe a pergunta: por que conferir tal direito somente ao cônjuge?

Tal diferenciação, por tudo já exposto, fere o Princípio da Igualdade, pois a concepção teleológica do Direito de Família não permite ao legislador a atribuição de pesos diferentes e preferência sobre um tipo de convivência familiar – e respectivos entes – em detrimento de outro, pois cabe ao indivíduo e somente a ele escolher qual a melhor

maneira de estruturar suas relações de família em busca da felicidade e realização pessoal plena.

Sob o enfoque laico e de acordo com uma exegese estritamente constitucional, não há sentido algum na sobrevalorização do cônjuge perante os demais personagens familiares, pois todos eles atualmente detêm a mesma posição em se tratando de relação familiar perante o Direito.

E em sentido contrário, é nítida a política legislativa de tentar sobrevalorizar o casamento com a intenção de preservá-lo, mas é óbvio que, à luz da Constituição da República, como mencionado acima, não cabe ao legislador este papel de mantenedor das estruturas familiares ditas tradicionais; a ele compete, sim, a tarefa de dar cobertura jurídica a todas as formas de relações humanas, de modo a dirigir a proteção estatal às pessoas indistintamente.

Tamanha é a importância dos aspectos abordados que tal direito de habitação pode ser oponível até mesmo contra o cônjuge supérstite, como naqueles inúmeros casos em que, após separação de corpos, um dos cônjuges permanece na residência sob os cuidados de um terceiro com quem mantenha vínculo afetivo (irmão, ou neto, ou novo companheiro, etc.), sem haver separação judicial ou divórcio na união originária. Nesse cenário, com eventual falecimento do cônjuge residente, esse terceiro estaria acobertado pela proteção à família inculpada no artigo 1.831 do Código Civil.

Apesar da aparente invocação *contra legem* do instituto em estudo, a aplicação da lei sem a observância de uma correta exegese – na qual não se vislumbra o verdadeiro alcance da norma – conduziria a uma flagrante injustiça legal. Ou seja, a pretexto de aplicar a lei, estaria sendo realizada uma injustiça contra a pessoa que fez daquela morada seu lar em conjunto com outra pessoa.

Logo, chega-se à inegável conclusão de que não se pode confinar tal benefício somente ao cônjuge. Com base nele se garante a todo membro de um núcleo familiar, seja matrimonial, informal, homoafetivo, anaparental, pluriparental ou eudemonista o direito de continuar habitando o lar familiar.

Direito real na dicção legal, apresentando todas as características inerentes ao instituto, principalmente a *sequela*, de sorte que o mo-

rador somente sairá do bem por vontade própria, sendo passível de averbação à margem do registro do imóvel.

Quando não regularizado, gozará do *status* de posse do estado de habitante.

Observa-se ainda que, na seara processual, qualquer um dos integrantes dessa entidade terá legitimidade ativa *ad causam* para pleitear tal direito, oponível aos sucessores.

Reforçando a argumentação, à guisa de exemplificação, um filho que tenha vivido com o irmão no lar da família, o enteado que tenha convivido com o padrasto morto, primos que moravam juntos, etc., todos esses sobreviventes, do ponto de vista enfatizado, têm o direito e consequente legitimidade para reclamar a habitação, direito oponível a qualquer um, inclusive herdeiro necessário, lembrando mais uma vez que a natureza jurídica de tal instituto é de Direito de Família e não o sucessório.

4. CONCLUSÃO

Portanto, é forçoso concluir que este instituto timidamente colocado em somente um artigo do Código Civil no capítulo do Direito das Sucessões, até mesmo esquecido e não muito aprofundado, é de suma importância, pois canaliza em si a aplicação plena da nova concepção do Direito de Família nestas linhas abordada, calcado no *afeto* e no *direito à felicidade*.

Os operadores do Direito nesta nova era do mundo aberto, sem fronteiras, da comunicação instantânea e, sobretudo das liberdades, em que o indivíduo toma para si as rédeas de sua vida, devem estar conectados e ampliarem o olhar para além do horizonte das frias letras de uma codificação anacrônica e, em muitos aspectos, distanciada da realidade e dos princípios e preceitos constitucionais.

Sem qualquer apologia ao que muitos na Doutrina “denunciam” como uma tentativa de “comonlização” do Direito brasileiro, cabe-nos a tarefa de cada vez mais aproximar a justiça da realidade, tarefa não muito simples para um sistema jurídico romano e preso às codificações.

Em suma, cabe aos operadores do Direito lançar um olhar mais acurado sobre o Direito de Família de maneira a fomentar sua aplicação calcada no *afeto*, cujo objetivo é um só: a *busca pela felicidade*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 6 de maio de 2014.

8

PROSTITUIÇÃO, EXPLORAÇÃO SEXUAL E CORRUPÇÃO INFANTO-JUVENIL: POSSÍVEL CONFLITO DE NORMAS ENTRE O CÓDIGO PENAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Tarcísio José Martins Costa¹

RESUMO

Visa o presente artigo, em consonância com as preocupações da normativa internacional sobre tormentoso tema da exploração sexual e corrupção de crianças e adolescentes, analisar dois dispositivos insertos no Título VII, *Dos Crimes e das Infrações Administrativas*, Capítulo I, do Estatuto de Criança e do Adolescente, que versam sobre a matéria, vindo reforçar a tutela penal de seus destinatários: infantes e jovens. No exame do artigo 244-A, aborda-se a existência de um possível conflito com o artigo 218-B, do Código Penal, ambos, sob o mesmo *nomen jûris*, definindo a exploração e o favorecimento à prostituição. Entretanto, de sua leitura atenta se divisam algumas

¹ Desembargador. Mestre em Direito Penal pela UFMG, professor licenciado de Processo Penal da Faculdade de Direito Milton Campos. Ex-presidente da Associação Brasileira do Magistrados da Infância e da Juventude. Fundador e ex-Tesoureiro da Associação Mercosul dos Juizes da Infância e da Juventude. Ex-Conselheiro da *Association Internationale des Magistrats de La Jeunesse e da Famille (Genève-Suisse)*. Autor do livro *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*.

distinções. No que diz respeito ao crime de corrupção de menores ou de sua facilitação, o trabalho demonstra que a Lei n. 12.015/2009, revogou expressamente a Lei n. 2.252/54, que versava a matéria em apenas dois artigos, tendo acrescentado, em seu art. 5º, à lei especial, o art. 244-B, que passou a tipificar tal conduta, não havendo, pois, se cogitar de sua descriminalização.

Palavras-Chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigos 244-A e 244-B. Exploração sexual. Favorecimento à Prostituição. Corrupção de Menores. Lei n. 12.015/2009. Revogação da Lei n. 2.252/54. Conflito de normas.

ABSTRACT

This article aims, in line with the concerns of the international rules on stormy theme of corruption and sexual exploitation of children and adolescents, analyze inserts two devices in Title VII, Administrative Crimes and Offenses, Chapter I, of the Statute of the Child and Adolescents, claiming the matter, coming to reinforce the criminal protection of their recipients: infants and young. In consideration of Article 244-A, addresses the existence of a possible conflict with Article 218-B of the Penal Code, both under the same nomen juries, setting the exploration and favoring prostitution. However, if your careful reading envision some distinctions. With respect to the crime of corruption or its lower facilitating the work demonstrates that Law. 12,015 / 2009 expressly repealed Law n. 2252/54, that dealt with the matter in only two articles, and added, in his art. 5 °, the special law, art. 244-B, which came to typify such conduct, without therefore be raised regarding its decriminalization.

Keywords: Statute of Children and Adolescents. Articles 244-A and 244-B. Sexual exploitation. Favor of prostitution. Corruption of Minors. Law n. 12,015 / 2009. Repeal of Law n. 2252/54. Conflicting rules.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Objetividade jurídica. 3. Tipo objetivo. 4. Sujeito ativo e sujeito passivo. 5. Elemento subjetivo. 6. Considerações finais. 7. Conclusão 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema da exploração sexual e da corrupção de crianças e adolescentes tem se colocado no centro do palco das preocupações. Recentemente, a matéria voltou à tona, sendo lançada, em 7 de maio próximo passado, a campanha *Não Desvie o Olhar*, cujas ações objetivam principalmente combater a exploração sexual de crianças e adolescentes durante o Mundial. Como forma de alertar a sociedade para esse tipo de prática, naquela mesma oportunidade, foi também apresentado o aplicativo *Proteja Brasil*, projetado pelo *Fundo das Nações Unidas para a Infância – Unicef*.

Com idêntica preocupação, o Plenário da Câmara dos Deputados, dias depois, em 14 de maio, aprovou o projeto de lei (PL 7.220/2014), que torna hediondo o crime de exploração sexual de criança e de adolescentes. O projeto, de autoria do Senador Francisco Nascimento, seguiu para sanção presidencial. Dessa forma, os condenados por esse crime não poderão ter direito a liberdade provisória, anistia ou indulto. O favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou vulnerável também se converte em crime inafiançável, devendo a pena ser cumprida integralmente em regime fechado. A progressão do regime, por sua vez, só poderá ocorrer após o cumprimento de dois quintos da pena – para réus primários – e de três quintos, no caso de reincidentes.

O tema do favorecimento à prostituição e exploração sexual infanto-juvenil é tratado no artigo 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto o da corrupção de menores de 18 anos, ou seu favorecimento, igualmente relevante, é tipificado no art. 244-B, o primeiro incluído no diploma legal em referência pela Lei n. 9.975, de 23 de junho de 2000, publicada no DOU, de 26 de junho de 2000, e o segundo, pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, publicada em 10 de agosto de 2009.

Os dispositivos legais em referência, em razão das suas particularidades, serão examinados separadamente. Vejamos:

O artigo 144-A estatui, *litteris*:

Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do artigo 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena – reclusão quatro a dez anos, e multa

§ 1º Incidem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão da criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de funcionamento do estabelecimento.

O dispositivo reflete a preocupação do legislador pátrio e da comunidade internacional com a dimensão assustadora do problema da prostituição, exploração e pornografia infanto-juvenil, disseminadas na maioria dos países.

Ressalte-se que a *Organização das Nações Unidas*, por resolução da *Comissão de Direitos Humanos* e decisão do *Conselho Econômico e Social*, de há muito, determinou a realização de uma investigação especial sobre o tráfico de menores, em todas as suas modalidades e finalidades. Depois de efetuar visitas de caráter informativo aos países envolvidos no tráfico, o tailandês Vitit Moutarbhorn, então presidente da Subcomissão de Modernas Formas de Escravidão, apresentou seguidos relatórios anuais.

O trabalho desenvolvido se baseou em informações documentais e verbais obtidas durante um ano, de fontes governamentais e não governamentais, bem assim nas respostas a um amplo questionário enviado a diversos países.

Diferentes organismos internacionais oficiais, como UNICEF, OMS, OIT e INTERPOL, e não oficiais, como Criança-Movimento Internacional (DNI), Escritório Internacional Católico da Criança, *Save the Children* e Federação Abolicionista Internacional prestaram sua valiosa colaboração.

No que diz respeito à caracterização da venda de criança, foi proposta pela Federação Abolicionista Internacional uma enumeração mais ampla do que as quatro situações anteriormente abordadas pelas Nações Unidas. Assim, a investigação se estendeu também ao tráfico de crianças e adolescentes para prostituição; tráfico para pornografia ou exploração sexual; tráfico para mão de obra barata e regime de servidão; e, finalmente, tráfico para mendicância, roubo e outras atividades ilícitas, além de venda de órgãos, estes bem mais raros.

Registra o *Informe* que, na medida em que o trabalho infantil provoque o tráfico de uma criança ou adolescente, muitas podem ser as situações que darão lugar à exploração, dentre elas, as atividades delitivas próprias dos adultos, sobretudo, prostituição, pornografia infantil e exploração sexual da criança.

No Brasil, nas esferas nacional, estadual e municipal, *Comissões Parlamentares de Inquérito* foram instaladas, ao fito de apurar a gravidade e extensão do problema. Os resultados sempre foram os mais alarmantes. Daí, a preocupação do legislador ordinário na criminalização de novas condutas delitivas voltadas para a vitimização de infantes e jovens.

Conforme tivemos oportunidade de ressaltar, na 1ª edição do nosso Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:

No afã de procurar saídas para a grave questão, o legislador, como se vê do § 1º, culminou por equiparar ao sujeito ativo do crime o proprietário, gerente ou responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* do dispositivo. Estes incidem nas mesmas penas, ou seja, reclusão de quatro a dez anos, e multa.

A nosso ver, consagra-se, no aludido parágrafo, a responsabilidade objetiva, inadmissível no Direito Penal.

Consoante dispõe o artigo 13 do Código Penal, o resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. De ressaltar, que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, incumbindo o dever de agir a quem a) tenha obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e c) com o seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado.

Destarte, as pessoas acima mencionadas – proprietário, gerente ou responsável pelo estabelecimento – somente poderão ser incriminadas se restar cumpridamente provado que, de algum modo, concorreram para o crime, caso em que incidirão nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade (CP, art. 29).

Resulta, pois, que punição tal como prevista no aludido § 1º, ou seja, por se ostentar, pura e simplesmente, a condição de proprietário, gerente ou responsável pelo estabelecimento onde ocorreu

a prática delituosa, sem qualquer vinculação à atividade delituosa, constitui uma verdadeira heresia jurídica, com a qual o Direito Penal não compadece.

2. OBJETIVIDADE JURÍDICA

Objetiva prover de maior tutela os interesses da criança ou adolescente, coibindo a prática de delito em que exista exploração sexual sua ou submissão à prostituição. Protege-se aqui a incolumidade física, a formação moral, a dignidade e o respeito que se deve a todas crianças e adolescentes.

3. TIPO OBJETIVO

Duas são as modalidades cobertas pelo tipo: submeter a criança ou o adolescente à prostituição ou à exploração sexual.

A expressão *exploração sexual* foi inserida no ordenamento pátrio pela Lei n. 9.975/2000, que acrescentou o artigo 244-A, em comento, ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Lado outro, a expressão somente foi incorporada ao Código Penal, após a edição da Lei n. 12.015/2009, que introduziu profundas modificações no Título V, da Parte Especial, do Código Penal, que trata *Dos Crimes contra os Costumes*, atualmente denominados *Dos Crimes contra a Dignidade Sexual*.

É o que se lê no artigo 218-B, do diploma repressivo, que tipifica o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Nada obstante, o artigo 244-A utiliza-se de dois termos *exploração* ou *prostituição*, a Constituição de 1988 menciona, em seu artigo 227, § 4º, somente *exploração*, que já abarcaria a prostituição, espécie do gênero exploração sexual.

É de se ver, ainda, que os artigos 227 e 228 do Código Penal falam em induzir alguém à prostituição ou à satisfação da lascívia alheia. Como bem acentua Heleno Cláudio Fragoso “induzir significa persuadir, aliciar, levar, por qualquer outro meio, alguém à prática de alguma ação”. De certa forma, pode-se emprestar ao verbo submeter, que constitui o núcleo do artigo 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o mesmo sentido de induzir alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone (CP, art. 228). Todavia, ainda que se pudesse divisar, aqui, um conflito de normas ou de leis, este conflito seria facilmente resolvido pela aplicação do princípio da especialidade, segundo o qual *lex specialis derogat lex generalis*. Prevalece, pois, o crime do diploma estatutista, por sinal, também apenado mais exacerbadamente.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Pode ser qualquer pessoa juridicamente imputável, autor, coautor ou partícipe. A esse propósito, vejam-se, nas considerações preliminares, os comentários ao § 1º, que absurdamente acolheu a responsabilidade objetiva, inadmissível no Direito Penal.

Quanto ao sujeito passivo, a criança ou adolescente submetida à prostituição ou exploração sexual.

5. ELEMENTO SUBJETIVO

Reside no dolo genérico, consistente na vontade consciente e livre de submeter a criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual. Portanto, prescinde-se aqui de uma finalidade específica. Basta

que o agente pratique o ato, isto é, a conduta punível descrita no tipo. Admite-se a tentativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do art. 218-B do Código Penal, introduzido pela Lei n. 12.015/2009, acima transcrito, por já conter inteiramente o art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, a indagação que surge é se o dispositivo estatutista, incluído pela Lei n. 9.975, de 23 de junho de 2000, foi ou não revogado.

Examinando o tema, Eric Simões da Câmara Silva entende possível sustentar as duas posições:

De acordo com a primeira posição houve a revogação tácita do artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este artigo encontra-se totalmente contido no disposto no artigo 218-B do Código Penal. Como segunda posição, pode-se defender que houve a revogação tácita do artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente apenas no caso de menores de 14 anos, uma vez que o legislador se equivocou ao mencionar ‘menor de 18 anos’, no *caput* do artigo 218-B, já que o tipo denomina-se ‘favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável’, e vulnerável, pela interpretação da Lei n. 12.015/2009, é o menor de 14 anos.

O autor discorda da primeira posição (revogação tácita do artigo 244-A), apenas para o caso de menores de 14 anos, “por apresentar um resultado incoerente com o sistema de proteção à criança e ao adolescente”.

Em abono à sua tese, traz o seguinte exemplo:

suponha que uma pessoa submete um adolescente de 16 anos à prática de exploração sexual (diversa da prostituição, uma vez que esta pressupõe mercancia), sem o intuito de obter vantagem econômica. De acordo com a segunda posição, deve-se aplicar o artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo a pena de reclusão juntamente com a pena de multa. Contudo, tomando a mesma situação, alterando apenas a vítima, ao invés de um adolescente de 16 anos, um adolescente de 13 anos, o entendimento seria pela aplicação do artigo 218-B do Código Penal, impondo somente a pena de reclusão.

Conclui, assim, que sustentar a revogação tácita do artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente somente para o caso de menores de 14 anos “significa afirmar que é uma conduta menos gravosa induzir, por exemplo, um adolescente de 13 anos à exploração sexual do que induzir um adolescente de 16 anos à mesma prática exploratória, caso não haja finalidade de obtenção de vantagem econômica, o que se revela um contra senso”.

E, logo adiante, prossegue:

Interpretando o conteúdo total da Lei n. 12.015/2009 pode-se afirmar que os vulneráveis são os menores de 14 anos completos e os que, por enfermidade ou deficiência mental, não apresentam o necessário discernimento para a prática do ato. Quanto ao artigo 218-B, apesar do *nomen iuris* ser ‘favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável’, entende-se que houve uma falha do legislador e que este artigo protege tanto os vulneráveis como as pessoas com idade entre 14 anos completos e 18 anos incompletos e que não apresentem enfermidade ou deficiência mental, em grau de impedir o necessário discernimento para a prática do ato.

Segundo o renomado autor, a lei pecou pela má técnica legislativa, culminando com o enfraquecimento do conjunto protetivo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao revogar o tipo penal considerado o mais gravoso de todo o sistema penal do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora, conforme ponderamos nos comentários ao artigo 225, na 1ª edição da obra *Estatuto da Criança e do Adolescente*, a inclusão de todos esses crimes no Estatuto, lei estranha ao Código Penal, não se configure tecnicamente como a mais adequada, já que o legislador optou por esse caminho, concordamos com o citado penalista, ao sustentar que todas as propostas legislativas referentes à criança e ao adolescente, quer no campo civil, administrativo ou penal deveriam agora ter como destinatário o Estatuto da Criança e do Adolescente, vindo, de fato, a solução alvitada, enfraquecer a tutela penal estatutista.

Na verdade, tem-se que o legislador assim agiu, porquanto o artigo 218-B do Código Penal acrescentou ao tipo a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento

para a prática do ato, hipótese que, obviamente, não poderia ser prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entendemos que o mais apropriado seria alterar o art. 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para incorporar os acréscimos vigentes no artigo 218-B e, com esse dispositivo do Código Penal, realizar a tutela das pessoas não abrangidas no diploma de 1990 (ECA).

Vejam agora o artigo 244-B e seus parágrafos, incluídos pela Lei n. 12.015/2009, de 7 de agosto de 2009, ao estatuir, *litteris*:

Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no *caput* deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no *caput* deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

Preliminarmente, cumpre registrar que a Lei n. 12.015/2009 revogou expressamente a Lei 2.252/54, composta de apenas dois artigos, o artigo 1º, dispondo que “Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) e multa de Cr\$ 1000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito anos), com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticar”, e o artigo 2º revogando as disposições em contrário.

Entretanto, não há falar em descriminalização da conduta de corrupção de menores, na forma descrita, porquanto essa passou a figurar no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído pela Lei n. 12.015/2009, acima transcrito.

Sobreleva realçar a distinção entre o dispositivo revogado e o crime de corrupção de menores previsto no artigo 218 do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando *ato de libidinagem*, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Grifos nossos)

Tendo ambos os diplomas empregado o mesmo *nomen iuris* – corrupção de menores – chegar-se-ia à errônea conclusão de que seriam crimes idênticos. Todavia, lendo atentamente um e outro, observam-se as distinções. A primeira diferença reside na objetividade jurídica. No Código Penal, revela-se como crime comum contra os costumes, dizer é, corromper ou facilitar a corrupção de vítima com idade entre 14 e 18 anos, com ela praticando atos de libidinagem ou induzindo-a a praticá-los ou presenciá-los. Enquanto na Lei n. 2.252/54 o objeto jurídico tutelado é outro, ou seja, impedir que se utilize o menor no cometimento de outras infrações penais. O que essa lei visava era a proteção da moralidade do menor em relação à prática de delitos, nos quais se verifica a sua exploração.

De qualquer sorte, como exposto acima, a Lei n. 2.252/54 foi expressamente revogada pela Lei n. 12.015/2009, tendo o legislador o incluído na lei especial – Estatuto da Criança e do Adolescente – o artigo 244-B.

Objetividade jurídica

O objeto jurídico tutelado pelo dispositivo em comento é o mesmo do artigo 1º da lei revogada, ou seja, a proteção da moralidade do menor de 18 anos, impedindo que seja utilizado na prática de delitos, nos quais se verifica a sua exploração, em outras palavras, a corrupção de crianças e adolescentes, quer com eles praticando infração penal ou induzindo-os à sua prática. Em suma, a norma, como tantas outras, destina-se à proteção da infância e da juventude, tendo por objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induza a tanto.

Como bem registrou a ementa do REsp 1160429/MG, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves de Lima,

O fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. O bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais”.

Objeto material

Duas são as modalidades cobertas pelo tipo: corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la. Corromper corresponde ao desvirtuamento moral e psicológico da criança ou do adolescente, pessoa ainda em formação e desenvolvimento, praticando com ele crime ou contravenção. Como se vê, a lei pune também a facilitação, ou seja, qualquer forma de contributo para que o menor possa praticar delitos. Convém observar que a lei pune ainda o induzimento à prática de infração penal, mesmo que não sobrevenha o evento necessário à integralização da figura delituosa. Induzir significa incutir, incitar e instigar.

Sujeito ativo e sujeito passivo

O sujeito ativo do delito em tela pode ser qualquer pessoa.

Para que se configure o delito em comento, entretanto, é necessário que a vítima tenha menos de 18 anos de idade (sujeito passivo).

Crime formal

Em se tratando de concurso de agentes, em que um dele é menor de 18 anos, indaga-se se o agente, maior de idade, em virtude da sua participação já responde pelo crime de corrupção de menores (Lei n. 2.252/54), ou, é indispensável prova da efetiva corrupção do menor.

De acordo com o posicionamento firmado pela doutrina, ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça, trata-se de crime formal, sendo dispensável a prova da corrupção do menor, mostrando-se suficiente para a consumação do delito a utilização do menor em qualquer atividade criminosa.

Assim, o mero envolvimento da criança ou adolescente no cometimento de infração penal implica na responsabilização dos demais partícipes maiores pelo crime previsto no artigo em comento.

O julgado abaixo transcrito bem demonstra essa orientação:

CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. LEI N. 12.015. ARTIGO 244-B DO ECA. PENAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei n. 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

2. O art. 1º da Lei 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias minoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. O fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. O bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais.

4. Considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais.

5. A Lei n. 12.015/2009 revogou expressamente o art. 1º da Lei n. 2.252/54, contudo, não há falar em descriminalização da conduta de corrupção de menores uma vez que esta passou a figurar no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. Condenação do recorrido à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, pela prática do delito previsto no artigo 244-B do ECA.

7. Nos termos do que estabelece o artigo 109, V, do Código Penal, o prazo prescricional, na espécie, é de 4 anos. Decorridos mais de 4 anos entre a data do fato, ocorrida em 26/4/2004 (fl. 6), e a

presente data, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição superveniente.

8. Recurso especial conhecido e provido para condenar Fábio Rodrihues Almeida pela prática do delito previsto no art. 244-B do ECA. Reconhecimento a prescrição da pretensão punitiva, declarando-se a extinção da punibilidade. (REsp 1160429/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 29.3.2010).

Na mesma vertente, recente Acórdão proferido pelo STJ, que ficou assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA NA ARMA. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. ENTENDIMENTOS FIRMADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. (...).

2. 'Para a configuração do crime de corrupção de menores, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal.' (REsp. 1.127.954/DF, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, DJe 1º.2.2012)

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 303440/DF, Agravo regimental no Agravo em Recurso Especial, 2013/0075568-8, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 25.6.2013, DJe 1º.8.2013).

Portanto, pacífica a matéria no Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Elemento subjetivo

Reside também no dolo genérico, consistente na vontade consciente e livre de submeter a criança ou adolescente de corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou, de alguma forma, induzindo-o a praticá-la. Portanto, prescinde-se aqui de uma finalidade específica. Basta que o agente pratique o ato, isto é, a conduta punível descrita no tipo.

Tentativa

O estudo da tentativa nos delitos de corrupção, como ressalta a doutrina, é tarefa tormentosa e difícil configuração.

Nada obstante, a meu modesto juízo, é perfeitamente possível, desde demonstrada a conduta de aliciamento do menor, visando à prática delituosa ou o induzimento a tal, repelidos, v. g., já no primeiro momento ou encontro pela criança ou adolescente. Trata-se, sem dúvida, de matéria que depende de apurado exame da prova.

Parágrafo primeiro

Estatui o § 1º que incorre nas mesmas penas previstas no *caput* quem pratica as condutas ali tipificadas, utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate papo da internet.

Mais uma vez o legislador manifesta sua preocupação com o uso indevido dos modernos meios eletrônicos. Sabe-se que pela *WEB*, corruptores e pedófilos aliciam crianças e adolescentes usando algumas ferramentas. Entre os principais podemos citar:

- 1) “mensageiro eletrônico”, programa que permite a comunicação instantâneas entre pessoas, individualmente e em grupo, por meio de textos ou voz, permitindo ainda o intercâmbio de vídeos e fotos, v.g., MSN;
- 2) *chat*, canal utilizado exclusivamente para bater papo, sendo impossível garantir a veracidade das informações ministradas;
- 3) *blog* e *fotoblog*, registro divulgado na internet, onde o usuário manifesta suas opiniões, desejos, angústias, informações pessoais, podendo também incluir fotos;
- 4) *e-mail*, ou seja, correio eletrônico, permitindo enviar e receber mensagens, textos e fotos;
- 5) redes de relacionamento que, como sabido, são espaços virtuais capazes de reunir pessoas com alguma afinidade e objetivos comuns, ampliando o relacionamento pessoal e virtual dos seus usuários, v.g., “Orkut”.

Todos esses meios, especialmente as redes sociais são indiscriminadamente usados pelas crianças e adolescentes, sem qualquer controle da maioria dos pais, e atrás dos quais, corruptores e pedófilos procuram se esconder.

7. CONCLUSÃO

Os dois crimes acima analisados – ambos da maior gravidade – têm sido objeto de grande preocupação dos organismos internacionais e provocado enorme repúdio social, revelando-se como a face mais degradante da pedofilia.

No afã de procurar saídas para a grave questão, o legislador, algumas vezes, tem procurado soluções que nem sempre compadecem com o Direito Penal, ao equiparar ao sujeito ativo do crime a pessoa que ostenta a simples condição de proprietário, gerente ou responsável, do local onde a ação foi perpetrada, consagrando, destarte, a responsabilidade objetiva.

Acertadamente, manifesta o legislador sua preocupação com o uso indevido dos modernos meios eletrônicos, cujas ferramentas são usadas por corruptores e pedófilos para o aliciamento de crianças e adolescentes.

Embora, a inclusão de todos esses crimes no Estatuto, em lei estranha ao Código Penal, não se configure tecnicamente como a mais adequada, tendo o legislador optado por essa solução, todas as propostas legislativas referentes à criança e ao adolescente, quer no campo civil, administrativo ou penal deveriam ter como único caminho o Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de enfraquecer a tutela do penal de seus destinatários.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 1. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 451.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, s/d, p. 641.

MOUNTHOR, Vitit. *Derechos del Niño, Venta de Niños*, Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Relatório de 1991 a 1992. Instituto Interamericano Del Niño, Monteviéu, 1995.

SILVA, Erick Simões da Câmara. O art. 218-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015/2009, e o enfraquecimento da tutela penal no Estatuto da Criança e do Adolescente. Jus Navigandi, Terezinha, PI, ano 14, n. 2296, 14 de outubro de 2009. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br](http://jus.uol.com.br)>.

STJ. Recurso Especial n. 1160429/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 29/03/2010).

STJ. AgRg no AREsp 303440/DF, Agravo regimental no Agravo em Recurso especial, 2013/0075568-8, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 25.6.2013, DJe 1.8.2013.

9

A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Thiago Colnago Cabral¹

Resumo

O instituto da hipoteca judiciária está arrolado na legislação processual civil brasileira com o escopo de emprestar garantia à satisfação de crédito decorrente de sentença judicial transitada em julgado. Em paralelo à referida garantia, a realidade demonstra elevado número de situações em que, todavia, o adimplemento de obrigação na fase de cumprimento de sentença esbarra em inúmeros entraves decorrentes da dilapidação patrimonial ou da carência de recursos por parte do devedor. Contrariamente ao que se poderia imaginar, conquanto aumente substancialmente a utilização de outros instrumentos tendentes à satisfação de créditos, tais como a tutela de urgência e a constrição eletrônica de valores, a hipoteca judiciária é relegada ao desuso na prática forense. O propósito do presente estudo remonta, então, ao referido instituto e, ainda, à identificação de seu pequeno uso.

Palavras-chave: Processo Civil. Hipoteca judiciária. Instrumento à garantia de crédito. Desuso.

Abstract

The judicial mortgage is available in civil procedural to give insurance about the satisfaction of credit from a court judgment. Reality

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

shows large number of situations in which the performance of the obligation is hampered by squandering assets or the lack of resources of the debtor. Never the less, even with the increased use of satisfaction instruments of credits, such as the protection of urgency and constriction electron values, judicial mortgage is little used. The objective of the study is the judicial mortgage and al so to identify the causes of theirs mall use.

Keywords: Civil Procedure. Judicial mortgage. Creditassurance. Disuse.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. A hipoteca enquanto direito real de garantia. 3. A hipoteca judiciária. 4. Operacionalização da hipoteca judiciária. 5. As restrições legais à hipoteca e a hipoteca judiciária. 6. Questões atinentes à preferência na hipoteca judiciária. 7. Circunstâncias atinentes ao pequeno uso do instituto. 8. Conclusões. 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Processo Civil moderno coloca-se, sempre, entre 2 valores essenciais e, *a priori*, opostos: a celeridade, enquanto força motriz à apreciação em prazo razoável dos litígios com consequente outorga da tutela jurisdicional, e o contraditório, imprescindível à contraposição de argumentos e provas e, por essência, causa do prolongamento das relações processuais no tempo.

Tal demanda assume, no Brasil, aspecto ainda mais relevante quando se infere que a celeridade processual, outrora reclamo social, foi erigida à condição de direito fundamental pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

É certo, deve ser dito, que estudos mais recentes indicam que, na verdade, o prolongamento indevido dos processos judiciais, infeliz pecha atribuída ao Judiciário brasileiro, decorrem, muito mais, dos tempos de paralisação do trâmite, em que se aguarda o cumprimento de determinada providência, do que do contraditório propriamente dito.

Nesse contexto, são variadas as técnicas utilizadas pelo legislador com o intuito de dotar o ordenamento de instrumentos que, respeitando o contraditório, se prestem a assegurar maior celeridade ao trâmite do processo, objetivando assegurar a efetiva satisfação do

litígio, tais quais a especialização de ritos (v.g. possessórias de força nova, busca e apreensão do Decreto-lei n. 911, de 1969); a adoção geral das medidas antecipatórias, outrora restrita a determinadas espécies procedimentais e, mais recentemente no país, a junção das fases cognitiva e executória, por meio da figura do cumprimento de sentença.

Destarte, no mais das vezes, as medidas de implementação da celeridade tem por escopo assegurar a determinado litigante efeitos próprios da tutela final, a qual, entretanto, para advir, demanda rigoroso atendimento às formalidades próprias do contraditório.

É justamente neste particular que assume maior relevo a medida disposta no art. 466 do Código de Processo Civil, consistente na hipoteca judiciária, a qual autoriza, àquele a quem seja judicialmente reconhecida a condição de credor de determinada prestação, em dinheiro ou coisa, o uso de direito real de garantia ao adimplemento da obrigação em questão.

Este é o objeto do presente estudo: debruçar-se quanto à hipoteca judiciária, em todas as suas minúcias, relendo-as sob o enfoque do Direito Processual Civil contemporâneo, aquilatando o motivo do pequeno uso da medida na prática forense.

2. A HIPOTECA ENQUANTO DIREITO REAL DE GARANTIA

Tratando, por definição, a hipoteca judiciária de espécie do gênero hipoteca, imprescindível à adequada compreensão do instituto seja feita prévio exame do instituto geral, de maneira a permitir a adequada colocação da questão.

A hipoteca, essencialmente, representa direito real de garantia, conquanto o Código Civil de 2002 não tenha reeditado o uso da referida nomeação típica do Código Civil de 1916, tal qual vigia em sua origem romana.

Os direitos reais de garantia foram concebidos, com o propósito de vincular determinado bem à garantia de obrigação assumida pelo devedor, na Roma Antiga, em construção decorrente da edição da *Lex Poetilia Papiria*, marco evolutivo do direito obrigacional que pôs fim

à possibilidade de que a execução de obrigação inadimplida recaísse sobre a pessoa do devedor.

O escopo da referida construção consistiu, então, na previsão de maior garantia ao credor pela vinculação de determinado bem à obrigação, o qual se prestaria à satisfação cogente do crédito na hipótese de inadimplemento.

Não bastasse isso, a prerrogativa de sequência, inerente à natureza real de determinado direito, assegura o credor dotado de garantia real inclusive quanto aos riscos de alienação fraudulenta e minora, substancialmente, a possibilidade de perda, notadamente na hipótese de recair sobre imóvel.

Interessante anotar que a doutrina vem, habitualmente, reconhecendo nos direitos reais de garantia, à margem de sua condição de direitos reais, que lhes confere oponibilidade *erga omnes*, os caracteres da acessoriedade, da indivisibilidade e da solenidade.

A previsão do art. 1.473 do Código Civil descreve, em *numerus-clausus*, quais os bens que podem ser passíveis de hipoteca, destacando-se a referência a que a mencionada constrição possa recair relativamente a bens móveis que sejam acessórios de bens imóveis, configurando, pois, acesso física ou intelectual.

Por sua natureza e pelo regime específico de execução contra a Fazenda Pública, estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, os bens públicos de uso comum e de uso especial não podem ser objeto da constrição, conquanto os bens dominicais possam, em virtude de poderem ter sua alienação autorizada em lei (arts. 100 do Código Civil).

A hipoteca pode assumir, à margem de sua forma judiciária, ainda as modalidades convencional e legal, consoante sua origem seja negocial, enquanto fruto da livre manifestação de vontade das partes, ou decorra de expressa prescrição normativa.

Por sua natureza real e considerado o regime registrado adotado no ordenamento pátrio, a hipoteca somente se constitui validamente e ostenta o requisito da publicidade a partir de seu regular registro no cartório de lugar do bem constrito.

O registro em comento é de atribuição do Cartório de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 167, inciso I, item 2, da Lei n. 6.015, de 1973.

Finalmente, é de se registrar que as hipotecas se extinguem pela extinção da obrigação principal, pelo perecimento da coisa, pela resolução da propriedade, pela renúncia do credor, pela remição e pela arrematação ou adjudicação (art. 1.499 do Código Civil).

3. A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Inicialmente, deve ser averbado que o art. 466 do CPC adota clara metonímia ao, por duas vezes, invocar espécie para se referir a gênero, senão vejamos: é evidente que quando prescreve que a “*sentença*” imporá condenação ao “*réu*”, o preceito pretendia, na verdade, se referir, respectivamente, ao ato judicial de julgamento de mérito, que poderá ser sentença, acórdão ou até mesmo interlocutória atinente a parte incontroversa da pretensão, e à parte sucumbente, que não necessariamente corresponderá ao réu, ante a viabilidade de formulação de pedido contraposto ou de ajuizamento de reconvenção.

É nesse contexto que a doutrina amplamente majoritária identifica a hipoteca judiciária como efeito acessório ou secundário da sentença de mérito, desde que esta ostente carga condenatória atinente a obrigação de dar coisa ou de pagar quantia.

Neste toar de ideais, na condição de efeito secundário da sentença condenatória, a hipoteca judiciária se constitui em razão do próprio julgamento, e não de decisão judicial a este respeito, de forma que até mesmo pedido da parte interessada em fase antecedente ao julgamento é absolutamente desnecessário.

A mencionada classificação, adotada amplamente pela doutrina, distingue os efeitos principais ou primários, atinentes à tutela jurisdicional propriamente entregue aos demandantes e correspondente aos comandos condenatórios, constitutivos ou declaratórios expedidos, dos efeitos acessórios ou secundários, correspondentes às demais consequências outorgadas pela legislação ao ato judicial que põe termo ao processo, no que se inclui a hipoteca judicial.

Nesse contexto, na condição de efeito secundário da sentença, a hipoteca judiciária se constitui desde o ato de prolação da sentença condenatória e independentemente de pedido da parte interessada ou

mesmo de referência expressa no julgado, tendo em vista que é atribuído que a legislação empresta à sentença condenatória.

Conquanto possa soar lógica a assertiva, deve ser expressamente acentuado que a hipoteca judiciária não é alcançada pelo efeito suspensivo inerente ao recurso de apelação, pena de destituir de eficácia a prescrição normativa em comento, de modo que, mesmo no caso de interposição de recurso, é plenamente possível a inscrição de hipoteca judiciária.

Tal exegese, a propósito, é ratificada pela prescrição do art. 466, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil.

As premissas antes estabelecidas bastam a que se estabeleçam duas conclusões incontornáveis: a primeira, consistente na verificação de que o ato judicial que determina a inscrição de hipoteca judiciária detém a natureza de despacho de mero expediente, eis que não extingue o processo (art. 267 do CPC), não resolve o mérito do litígio (art. 269 do CPC) e é desprovido de carga decisória, de modo que não resolve questão incidente; e a segunda, a vedação do art. 463 do Código de Processo Civil não obsta que, após proferida a sentença, o juiz determine a inscrição da hipoteca judiciária, tendo em vista que tal ato é meramente executório da decisão, que em nenhum aspecto é alterada.

A primeira conclusão estabelecida assume viés importante tendo em vista que, ao indicar a natureza do ato judicial que determina a inscrição de hipoteca judiciária, aponta acerca de sua recorribilidade.

Com efeito, tratando-se de despacho ordinatório, sem carga decisória, o ato judicial que determina a inscrição de hipoteca judiciária é irrecorrível, consoante expressa dicção do art. 504 do Código de Processo Civil, cabendo à parte que se julgar lesada impetrar mandado de segurança na hipótese de reputar configurado abuso de direito ou ilegalidade.

Questão intrigante diz respeito à viabilidade de registro de hipoteca judiciária com lastro em sentença que imponha ao sucumbente obrigação de fazer, notadamente quando se infere que a dicção literal do art. 466 do Código de Processo Civil é expressa ao indicar a viabilidade da medida relativamente aos chamados preceitos cominatórios, isto é, que imponham ao sucumbente obrigação de fazer.

É que a tutela específica das obrigações de fazer, de não-fazer e de dar coisa prevê, expressamente, a viabilidade de, no interesse do credor ou na impossibilidade material de cumprimento da providência ou da abstenção, que a obrigação de fazer seja convertida em perdas e danos e, assim, em obrigação de pagar quantia (art. 461, §1º, do Código de Processo Civil).

Destarte, é de ser emprestada leitura ampliativa à dicção do art. 466 do Código de Processo Civil, em evidente exegese por analogia, de maneira a assegurar ao credor, vencedor em litígio cujo objeto consista em obrigação de fazer, de não fazer e de dar coisa, a possibilidade de promover hipoteca judiciária em desfavor do sucumbente.

Sobre o tema, a qualificada doutrina de Fredie Didier Júnior adverte:

Se, no entanto, as obrigações de fazer, não-fazer e de dar coisa vierem a ser convertidas em pecúnia, seja por requerimento do credor, seja por impossibilidade material de seu cumprimento na forma específica (art. 461, §1º, CPC), aí sim é que se poderá falar em hipoteca judiciária como efeito anexo da decisão que resolver o incidente de liquidação, que necessariamente vai ter de ser instaurado para apuração das perdas e danos. Em outras palavras, a decisão que impõe fazer, não-fazer ou dar coisa, a nosso ver, não gera a hipoteca judiciária. Entretanto, se a obrigação imposta for convertida em perdas e danos, a decisão que, encerrando incidente de liquidação, certificar o montante a ser pago (*quantum debeatur*) impõe obrigação de pagar quantia. (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 298)

Ainda com o propósito de melhor delinear a natureza jurídica do instituto da hipoteca judiciária, merecem exame acurado as prescrições do art. 466 do CPC, especificamente em seu parágrafo único.

A previsão de que o efeito secundário da hipoteca judiciária se configura tanto no caso de pendência da medida cautelar de arresto de bens do devedor quanto apesar da possibilidade de execução provisória da sentença, ratificam a conclusão da doutrina, ora encampada, no sentido de que a garantia judicial não detém natureza de medida de urgência, revelando-se, pois, consectário legal do julgamento condenatório.

Já a prescrição do art. 466, inciso I, do Código de Processo Civil, invoca, por arrastamento, inúmeros questionamentos ao dispor que a hipoteca judiciária será cabível ainda quando a condenação seja genérica.

Inicialmente, deve ser sublinhado que a expressa *condenação genérica* adotada pelo legislador há de ser lida sob os auspícios dos arts. 459 e 460 do Código de Processo Civil, os quais delimitam as hipóteses de cabimento de iliquidez da sentença e estabelecem a imprescindibilidade de que a mesma seja dotada de certeza.

Por conseguinte, impõe-se a conclusão de que a expressão em questão haverá de se considerar referida às sentenças ilíquidas e às sentenças condenatórias atinentes às obrigações de natureza alternativa, na hipótese em que a opção, além de caber ao credor, não fora feita.

A prescrição legislativa em apreço, acerca do tema, é peremptória: a iliquidez da sentença e a falta de individuação de seu objeto não obstam a hipoteca judiciária.

Finalmente, é de ser sublinhado que, enquanto medida assecuratória firmada no interesse do credor, a hipoteca judiciária não torna obrigatório que, em eventual cumprimento da sentença que imponha a obrigação garantida, os atos expropriatórios recaiam sobre o bem hipotecado.

3. OPERACIONALIZAÇÃO DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

Fixada a premissa de que a hipoteca judiciária ostenta a natureza de direito real de garantia, eis que decorrente de efeito secundário de sentença condenatória impositiva de obrigação ao sucumbente, resta avaliar os procedimentos necessários à inscrição do mencionado direito real junto ao registro público competente.

Acerca da matéria, a doutrina de um modo geral, consoante se pode inferir das manifestações de Marçal Justen Filho, EgonBockmann Moreira e Eduardo Talamini, indica a desnecessidade de qualquer procedimento específico para tanto, bastando a expedição de mandado judicial destinado a tal fim.

O Superior Tribunal de Justiça afastou as mencionadas conclusões da doutrina:

PROCESSO CIVIL. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO.

Não obstante seja um efeito da sentença condenatória, a hipoteca judiciária não pode ser constituída unilateralmente; o devedor deve ser ouvido previamente a respeito do pedido. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp 439.648/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.11.2006, DJ 4.12.2006, p. 294)

No pormenor, deve ser acentuado que, de fato, não há como se possa admitir a inscrição de hipoteca judiciária sem que a questão seja, previamente, submetida à parte sucumbente, pena de malversação à cláusula constitucional do contraditório, inerente ao devido processo legal.

Estabelecida a referida premissa, deve ser constatado o acerto da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça sopesando tanto que há várias questões que podem ser aviadas pelo sucumbente em relação à inscrição da hipoteca judiciária, tais quais impenhorabilidade, excesso na constrição, etc., quanto que, existindo procedimento próprio reservado a situação análoga, relativo à especialização de hipoteca legal, absolutamente razoável e legítimo seja este o parâmetro a ser seguido para fins de inscrição da hipoteca judiciária.

Ainda no tocante à operacionalização da inscrição da hipoteca judiciária, é de se recordar que, consoante mencionado no exame do art. 466, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil, a iliquidez da sentença e a falta de individualização de seu objeto não são obstáculos à inscrição da garantia em comento.

O preceito em questão tem consequência intrigante ante a verificação de que, no mais das vezes, o cálculo dos emolumentos é elaborado justamente observando-se o parâmetro do valor do ato jurídico levado a registro ou a averbação.

Indicando solução à questão, Marçal Justen Filho, Egon Bockmann Moreira e Eduardo Talamini apontam a seguinte solução:

O próprio juiz (em princípio independentemente do auxílio de peritos), depois de realizado o contraditório, provisoriamente

te arbitrará um valor-base unicamente para fins da inscrição da hipoteca. Nessa ponderação concreta, o juiz levará em conta os princípios da razoabilidade, da finalidade e da proporcionalidade. Conquanto livre de parâmetros procedimentais mais rígidos, a atuação do juiz na resolução desse incidente é controlável pela via recursal. (JUSTEN FILHO, MOREIRA; TALAMINI, 1997, p. 87)

Também esse argumento ratifica o acerto da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao procedimento de inscrição de hipoteca judiciária, tendo em vista que indica objetivamente a necessidade de realização de profunda atividade cognitiva antecedente ao aperfeiçoamento da garantia, absolutamente incompatível com sua solução nos próprios autos do processo de conhecimento.

4. AS RESTRIÇÕES LEGAIS À HIPOTECA E A HIPOTECA JUDICIÁRIA

Os padrões de cabimento da medida assecuratória decorrente da sentença condenatória haverão de observar as limitações que a legislação civil impõe à sujeição da hipoteca.

Inicialmente, a indicação dos bens passíveis de hipoteca judiciária observa a delimitação própria da legislação civil, de maneira que, na forma do art. 1.473 do Código Civil, aqui já apreciado, são passíveis de hipoteca os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; o domínio útil; as estradas de ferro; os recursos naturais, independentemente do solo onde se achem; os navios; as aeronaves; o direito de uso especial para fins de moradia; o direito real de uso; e a propriedade superficiária.

É viável, inicialmente, que a hipoteca judiciária recaía sobre bens condominiais, mesmo que indivisos, observando-se, entretanto, a fração ideal do condômino devedor, consoante se apura da conjugação dos arts. 1.314 e 1.420, §2º, do Código Civil.

Também os bens de incapazes, por qualquer natureza, haverão de comportar a hipoteca judiciária, notadamente porque a restrição imposta pela legislação civil, no sentido de que a gravação seja feita no interesse do incapaz e com autorização judicial, é incompatível com a espécie judicial do direito real de garantia.

Noutro plano, enquanto medida que se destina à facilitação dos atos de expropriação inerentes ao cumprimento da sentença e, assim, à garantia do crédito objeto da condenação judicial, a hipoteca judiciária haverá de observar as regras inerentes à impenhorabilidade, tanto aquela decorrente do art. 649 do Código de Processo Civil, sobretudo quanto aos bens inalienáveis, quanto aquela disposta na Lei n. 8.009, de 1990.

A singeleza da conclusão deve, entretanto, ceder espaço quanto confrontada com a dicção do art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009, de 1990, que afasta a impenhorabilidade quando se refira a “execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou entidade familiar”.

No particular, é de se ver que, em precedentes vários, todavia, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo que, na hipótese de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH, cada uma das unidades habitacionais, desde que atendidos os requisitos da Lei n. 8.009, de 1990, estão imunes em relação à hipoteca concedida pela construtora em prol do agente financiador da construção.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Casa própria. Hipoteca. Efeito sobre o mutuário. Bem de família. Embargos de terceiro.

– A Lei n. 8.009/90 impede a execução de imóvel adquirido pelo mutuário, no SFH, destinado à moradia da família, estando o bem imune à hipoteca instituída pela construtora em favor do financiador.

Recurso conhecido e provido.

(STJ, REsp 171.421/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 6.10.1998, DJ 29.3.1999, p. 182)

O fundamento principal da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça remonta à verificação de que, em relação à inadimplência da construtora, o adquirente da unidade imobiliária assume a condição de terceiro de boa-fé, além de se revelar adimplente em relação às parcelas do contrato de financiamento firmado.

Com arrimo nessa premissa, a jurisprudência construiu a conclusão de que não haveria vínculo negocial entre o consumidor e o agente financeiro, responsável pelo financiamento da obra, o que estabele-

ceria a imunidade daqueles relativamente à hipoteca firmada entre construtora e financiador.

O entendimento da Corte Superior, entretanto, enfrenta críticas profundas da doutrina:

Na realidade, não nos parece que qualquer dos dois argumentos mencionados (impenhorabilidade do bem de família e inexistência de contrato entre o promissário comprador e a instituição financeira) pode ser aceito com tranquilidade.

Em relação à impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei n. 8.009/90, basta que se observe que essa própria norma legal, ao apresentar as hipóteses nas quais é excepcionada a impenhorabilidade, vem a afastá-la em favor do titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos decorrentes do contrato (art. 3º, II). Ou seja, se a hipoteca decorre do financiamento que o banco fez à construtora, afastada deve ser a impenhorabilidade.

E quanto à questão de não ter havido qualquer contrato entre os compromissários compradores e o banco financiamento, de fato não houve, mas é evidente a hipoteca, como direito real, não depende de ter ou não havido contrato. Na realidade, o contrato de financiamento com garantia hipotecária, firmado entre a instituição financeira e a construtora, quando esta ainda figurava no registro público como dona do imóvel, atribuiu ao credor hipotecário direito real sobre o imóvel em si mesmo, e não em relação aos eventuais clientes da construtora (os compromissários compradores). (ROMITTI; DANTAS JÚNIOR, 2004, p. 519)

A despeito do rigor científico dos argumentos da doutrina contrários à jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça, é de se inferir acerto neste último posicionamento, tendo em vista que lastreado em questão fática desconsiderada pela doutrina: cada uma das unidades condominiais configuram imóveis autonomamente considerados, de maneira que, ante a boa-fé dos consumidores, não há como a hipoteca firmada pela construtora em relação à área que serviu de estabelecimento de condomínio edilício e o agente financiador lhes possa ser oponível.

Considerada, noutro plano, a natureza de direito real da hipoteca judiciária, é imprescindível a cientificação de seu cômputo acerca da

concessão da medida, por incidência analógica do art. 1.647, inciso I, do Código Civil, salvo nas hipóteses de vigência de regime de separação de bens ou de participação final dos aquestos, observando-se o pacto antenupcial.

6. QUESTÕES ATINENTES À PREFERÊNCIA NA HIPOTECA JUDICIÁRIA

Há ainda outro aspecto da hipoteca judiciária que vem, há algum tempo, atormentando a doutrina, que diz respeito à incidência, ou não, na referida constrição patrimonial do elemento da preferência, inerente à figura da hipoteca na legislação civil.

O cerne da divergência remonta à dicção, ora já revogada, do art. 824 do Código Civil de 1916, segundo o qual “compete ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, e sem importar preferência, depende de inscrição e especialização”.

Certo é que, com a promulgação da Lei n. 10.406, de 2002, o dispositivo em comento resta revogado e, principalmente, o Código Civil ora vigente não adotou qualquer prescrição no referido sentido.

Por corolário e consideradas as regras gerais inerentes ao concurso de credores, há de se reconhecer que, especializada e inscrita a hipoteca judiciária, esta haverá de conferir direito de preferência a seu respectivo titular.

Essa conclusão, ante a natureza originária da aquisição da propriedade decorrente da usucapião, restou afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recentíssimo de acórdão ainda pendente de publicação, em que se discutia quanto à preferência de hipoteca judiciária perante a declaração de usucapião, tendo a Corte, na oportunidade, assegurado prevalência a este².

² Informativo n. 527 do Superior Tribunal de Justiça: “A decisão que reconhece a aquisição da propriedade de bem imóvel por usucapião prevalece sobre a hipoteca judicial que anteriormente tenha gravado o referido bem. Isso porque, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real constituído sobre o imóvel, antes ou depois do início da posse *ad usucapionem*, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos *extunc*, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade,

Reconhecido o efeito da preferência inerente à hipoteca judiciária, bem como sopesando que a referida constrição detém natureza jurídica de efeito secundário da sentença condenatória, cumpre aferir qual o marco de incidência da preferência.

Só parece discutível – com a vênia que é devida – sustentar que o marco temporal para a preferência seja o momento da propositura da demanda. Afinal, se a inscrição da hipoteca judiciária é indispensável para que seja oponível perante terceiros (C. Civ., art. 824), é a partir desse instante que se põe a preferência. (JUSTEN FILHO; MOREIRA; TALAMINI, 1997, p. 88)

7. CIRCUNSTÂNCIAS ATINENTES AO PEQUENO USO DO INSTITUTO

Conforme revelado no presente estudo, a hipoteca judiciária tem importantes efeitos no resguardo do crédito da parte vitoriosa de relação processual, mas, ainda assim, é instituto praticamente relegado ao desuso no cotidiano judiciário brasileiro.

Não procede o argumento de que a hipoteca judiciária não estabeleça direito de preferência da parte vitoriosa no litígio, de maneira que essa não é razão legítima ao pequeno uso do instituto.

Marçal Justen Filho, EgonBockmann Moreira e Eduardo Talamini ponderam:

...se bem empregada, a hipoteca judiciária pode servir para preencher parte da lacuna ocasionada pela regra geral da inadmissibilidade da apelação sem efeito suspensivo (panorama esse que novo anteprojeto de reforma do CPC pretende alterar radicalmente). É que, ao menos no que tange às sentenças de condenação pecuniária, ainda quando possível a execução provisória, essa normalmente para na penhora e avaliação do bem (vez que se vedam atos expropriatórios): é raro, na prática, que o bem penhorado seja dinheiro, a possibilitar prosseguimento da execução e levantamento da quantia devida, mediante caução. Então o resultado que a hipoteca judiciária tem a aptidão de produzir não difere muito daquele

não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.319.516-MG, Terceira Turma, DJe 13.10.2010; e REsp 941.464-SC, Quarta Turma, DJe 29.6.2012. [REsp 620.610-DF](#), Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 3/9/2013.”

que usualmente a execução provisória da sentença de condenação para pagamento em dinheiro gerará. Não é tudo de que o jurisdicionado precisa, mas já é muito para ser tão pouco aproveitado. (JUSTEN FILHO; MOREIRA; TALAMINI, 1997, p. 88)

Em análise primária, é verdade que os efeitos da hipoteca judiciária e da execução provisória se assemelham, em muito, o que acaba por estabelecer desestímulo a que a parte interessada se utilize daquele instrumento, preferindo, invariavelmente, o último.

Tal conclusão, ademais, se corrobora e assume maior relevo com a promulgação da Lei n. 11.382, de 2006, a qual emprestou nova redação ao art. 615 do Código de Processo Civil, que viabiliza que, ao ajuizar execução, o credor obtenha certidão para fins de averbação no registro público competente tendente a emprestar publicidade e oponibilidade a terceiros de eventuais atos constritivos.

Nesse toar de ideias, é possível identificar que, na verdade, o pequeno uso da hipoteca judiciária no sistema processual brasileiro decorre da similitude entre os efeitos desta e aqueles próprios da execução provisória, ora vista como provisório cumprimento de sentença, o que faz com que esta seja utilizada preferencialmente por já antecipar atos típicos da fase processual subsequente e inerente à satisfação do crédito inadimplido.

8. CONCLUSÕES

O estudo proposto e, neste ato, concluído, indicou que a hipoteca judiciária, enquanto direito real de natureza processual, decorrente de efeito secundário da sentença, tem por finalidade assegurar ao litigante vencedor a solvibilidade do sucumbente, mediante garantia real, relativamente a obrigação decorrente de sentença condenatória ao adimplemento de obrigação de pagar quantia ou dar coisa certa, assim como, em segundo plano, no caso de conversão em perdas e danos, quanto às obrigações de fazer e não fazer.

Sopesando, de um lado, sua natureza hipotecária, mas, de outra banda, seu propósito de identificar bem sobre o qual possam recair os atos executivos, a hipoteca judiciária haverá de observar as vedações legais à referida constrição, bem como terá por limites impenhorabilidades e inalienabilidades.

Revelou-se, outrossim, a inviabilidade da utilização do dito instrumental processual em relação à Fazenda Pública sucumbente, eis que esta está adstrita ao regime executivo dos precatórios por expressa prescrição constitucional.

A inscrição de hipoteca legal há de ser efetivada mediante aplicação analógica do procedimento de especialização de hipoteca legal, a despeito da oposição de considerável doutrina, servindo-se à fixação de direito de preferência em relação ao favorecido, o qual assume oponibilidade *erga omnes* a partir do momento em que inscrito no competente registro público.

Finalmente, no que diz respeito à questão menos abordada pelos estudos a respeito do tema, apurou-se que o pequeno uso do instituto no país decorre da similitude entre seus efeitos e aqueles inerentes à execução ou ao cumprimento de sentença de natureza provisória, o que faz com que estes sejam preferidos pelos credores por já anteciparem o procedimento de satisfação compulsória do crédito.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal; MOREIRA, EgonBockmann; TALAMINI, Eduardo. Sobre a hipoteca judiciária. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 133, p. 83-88, jan./mar. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PELUZO, Cezar. *Código Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROMITTI, Mário Muller & DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Comentários ao Código Civil Brasileiro – Do Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XIII.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

10

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

Thiago Grazziane Gandra¹

RESUMO

A criminalização do consumo de drogas gerou efeitos deletérios à sociedade brasileira e viola o direito à liberdade, consagrado na Constituição da República de 1988. Não fosse apenas isso, à luz do princípio da lesividade, não há como manter-se vigente o tipo penal do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, porquanto o mesmo se revela incompatível com os princípios que regem o Direito Penal. A proteção da saúde pública também não pode justificar a adoção de uma política de criminalização do consumo, especialmente quando estudos empíricos demonstram que tal política só contribuiu para a deterioração da saúde pública, para o agravamento do crime e para a falência do sistema penitenciário, criando uma subcultura de autoproteção entre traficantes e usuários.

Palavras-chave: Lei de drogas. Consumo de drogas. Lesividade. Descriminalização. Proibicionismo. Inconstitucionalidade.

¹ Juiz de Direito. Professor de Direito Penal e Processual Penal. Pós-graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho/RJ. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Membro do Conselho Deliberativo da AMAGIS.

ABSTRACT

The criminalization of drug use has generated deleterious effects in the Brazilian society and it violates the right of liberty embodied in the Constitution of the Republic of 1988. Moreover, in light of its offensiveness, it is not possible to keep in effect article 28th of Law 11.343/06 because of its incompatibility with the principles of criminal law. The protection of public health cannot justify the adoption of a policy that criminalizes drug consumption, specially when empirical studies have demonstrated that such policy only contributes to the deterioration of public health, to aggravate the criminality, and to the failure of the prison system, as it creates a subculture of self-protection among drug dealers and users.

Keywords: Drug law. Drug use. Offensiveness. Decriminalization. Prohibition. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modelo proibicionista brasileiro. 3. Jurisprudência. 4. Princípio da Lesividade. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No combate ao consumo de drogas, a função de proteção do indivíduo é incompatível com a repressão policial e, portando, penal. Assim, não deveria haver criminalização para impor uma concepção moral, para dar ao delinquente um tratamento adequado coercitivamente, para a sociedade acreditar que o problema foi resolvido ou para situações que simplesmente excedem o âmbito administrativo. (CERVINI, 2002, p. 118-119)

Nesse diapasão, “comportamentos considerados pecaminosos, amorais, não podem ser reprimidos pelo Direito Penal, a não ser que representem ofensa considerável a bem jurídico alheio” (HAMOY, 2009). O tratamento criminal do uso de drogas apenas trouxe efeitos indesejáveis.

Ensina Jorge Quintas (2011, p. 45) que a criminalização do uso de drogas teve consequências nos planos econômico, social e sanitário, sendo a seguir condensadas as conclusões do pesquisador:

No plano econômico gerou um monopólio criminal na comercialização de drogas e a profissionalização e sofisticação das organizações de tráfico. Além disso, incrementou os crimes de lavagem de dinheiro, bem como financiou a prática de outros crimes. Se, por um lado, a repressão e combate ao uso de drogas têm custos altíssimos, por outro, o Estado perde receita, que poderia estar sendo gerada com a tributação, assim como acontece com as drogas lícitas, como o tabaco e o álcool.

No plano social, os consumidores de drogas foram marginalizados e a criminalidade aumentou, assim como a prostituição e a insegurança urbana. O tráfico passou a usar consumidores e menores no comércio da droga e o sistema penitenciário entrou em colapso. Ademais, o que se observou foi uma degradação social em regiões dominadas pelo tráfico e pelo uso de droga. No plano jurídico, a ação bélica contra as drogas gerou a ameaça de direitos e garantias fundamentais no intuito de combatê-las, bem como gerou corrupção de autoridades e perda de credibilidade do sistema judiciário. A reação contra o fenômeno da droga se revelou desproporcional enquanto reação penal.

No plano sanitário, com a marginalização, os consumidores passaram a ficar em condições de vida degradadas e os programas de redução de danos ficaram limitados. À margem da lei, o usuário mantém-se relutante na busca de assistência médica. Além de ter havido um claro aumento da nocividade das substâncias ingeridas, em razão da falta de um controle de qualidade, a falta de informação e de acompanhamento do usuário gerou práticas de consumo desastrosas, como a partilha de seringas e a indução ao consumo de drogas mais graves.

As leis de drogas e sua aplicação concreta têm vindo a causar mais danos do que as drogas propriamente ditas. Os custos sociais e consequências individuais adversas suplantam os riscos para a saúde pública. (MARONNA, 2005, p. 62)

As lutas policial e judiciária contra os traficantes e usuários é dimensão fundamental na estratégia internacional de controle das drogas, não deixando de crescer, em espiral, os meios e recursos disponíveis nas duas partes da barricada (QUINTAS, 2011, p. 40), o que significa dizer que o Estado gasta uma fortuna para se aparelhar beli-

camente e gera, em contrapartida, a necessidade do traficante também se preparar para a guerra. Além de aumentar a violência e a gravidade das ações de grupos armados, o Estado gasta muito dinheiro para enfrentar o poderio crescente do tráfico.

Não fosse só isso, o sistema judiciário se ocupa cada vez mais de questões relacionadas ao consumo de drogas, lançando mão de recursos financeiros e humanos, sem sucesso, no objetivo de controlar a situação. Tais recursos poderiam ser aplicados em uma estrutura de educação, saúde e assistência social para atendimento de usuários e toxicodependentes, inclusive em potencial, com ações de prevenção.

Fato é que a atuação do sistema penal é cara, ineficaz e gera efeitos contraproducentes. A criminologia mais recente, utilizando-se da teoria da seleção, revela os limites naturais do sistema penal e coloca em evidência uma crise do sistema judicial penal no combate de determinados desvios. Deslocam-se recursos humanos e materiais de áreas em que a atuação penal, além de questionável, é inócua. (DIAS, 1997, p. 408 e ss.)

Diante desse quadro, há necessidade de uma mudança no paradigma de combate ao uso de drogas, abandonando-se a atuação do sistema penal e inserindo o controle do consumo de entorpecentes dentro de outros sistemas jurídicos. Não se defende a legalização do consumo, mas o tratamento do uso de drogas por outras esferas do direito, que não seja o direito penal.

2. MODELO PROIBICIONISTA BRASILEIRO

Com efeito, o atual modelo inaugurado pela Lei n. 11.343/2006 foi baseado em uma política de desinstitucionalização do usuário de drogas. Assim, a nova legislação foi clara no sentido de retirar o usuário de drogas das instituições prisionais tradicionais.

Essa mudança se insere no contexto de manter-se o mínimo de presos possíveis no sistema prisional tradicional, o que é atingido com adoção de, pelo menos, três medidas: a) criação de “prisões albergues” ou “prisões abertas”; b) substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; e c) descriminalização de condutas. (CERVINI, 2002, p. 78-81)

A Lei n. 11.343/2006, ao tratar do usuário de drogas, buscou aplicar essa política de desinstitucionalização, fazendo a opção pela segunda medida acima delineada, qual seja, a substituição da pena privativa de liberdade por outra pena restritiva de direitos. E tal medida não se deu no âmbito apenas da aplicação da pena, como um ato do juiz, mas desde a cominação legal das penas possíveis para o caso do consumo de drogas, restou vedada a pena privativa de liberdade, numa autêntica despenalização da conduta.

No entanto, a manutenção do crime de consumo de drogas, previsto no tipo do art. 28 da Lei de Drogas se revela contrário ao que se extrai da Constituição da República de 1988, que consagra um estado plural e democrático, que deve respeitar a esfera de liberdade do indivíduo e, por conseguinte, as suas escolhas pessoais, por mais estranhas que possam parecer, desde que não prejudique ou ataque direito de terceiro.

Aliás, sob o prisma negativo do direito à liberdade, o Estado não deve intervir na esfera privada do indivíduo, a fim de moldar-lhe o comportamento, para fins de impingir uma conduta moralmente adequada, quando o rompimento com o padrão não atente contra o direito de outras pessoas. (HARTMAN, 1999, p. 135)

A lei adota uma concepção moral que visa a conformidade dos cidadãos com padrões culturais impostos coercitivamente, tratando-se o usuário como um inimigo a ser recuperado, o que é um equívoco.

A proteção estatal quanto ao consumo de drogas se funda em uma estrutura paternalista, como se as pessoas não tivessem a capacidade de autodeterminação. (FAGGIONI, 2005, p. 66-65)

Na verdade, a punição acaba sendo mais lesiva do que a própria conduta. Além disso, a imagem do ser humano que fundamenta a sociedade livre se compõe pela admissão de responsabilidade recíproca e pelo reconhecimento de que governantes e cidadãos são iguais. Portanto, a noção de paternalismo é antagônica à sociedade democrática.

Assim, a intervenção do estado viola direitos fundamentais, especialmente no que tange ao livre arbítrio e a autodeterminação de pessoas maiores, livres e capazes.

Nesse contexto, “analisando toda a carga ideológica extraída do texto constitucional de 1988, conclui-se e defende-se que a conduta

típica descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não foi, como já não era a do art. 16 da Lei n. 6.368/76, recepcionada pela Carta Magna”. (HAMOY, 2009)

Desde a Lei n. 6.368/76, Nilo Batista ensinava que o art. 16 do daquela norma incriminava o uso de drogas “em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais”. (BATISTA, 1996, p. 92/93)

Portanto, “ao consumir determinada droga, o indivíduo está fazendo uso de uma faculdade que lhe é garantida pela Constituição, relacionada ao pluralismo político previsto em seu art. 1º. Está dispondo sobre seu próprio corpo, como estaria ao tentar um suicídio. A auto-lesão, sabe-se, não é punida no ordenamento jurídico brasileiro, devendo exatamente assim ser considerado o uso de entorpecente: nada mais que uma auto-lesão, onde o único bem jurídico afetado é o do próprio consumidor”. (HAMOY, 2009)

Extraí-se dessa noção de estado plural que “o Direito Penal não pode punir ninguém por ser diferente, ou por não se enquadrar num determinado modelo de ser humano ditado por qualquer maioria. Todos têm o direito de ser diferentes; o que não se pode é praticar atos de modo a causar ofensa grave a bens jurídicos alheios, pois, aí sim, estará o Direito Penal legitimado a intervir”. (PINHO, 2006, p. 92)

3. JURISPRUDÊNCIA

Cada dia mais, a jurisprudência brasileira tem demonstrado que a questão deve ser analisada com cuidado e de forma mais abrangente. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no que tange à constitucionalidade de dispositivo da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), o qual tipifica como crime o uso de drogas para consumo próprio. A matéria é discutida no RE n. 635.659, à luz do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito à intimidade e à vida privada.

Não fosse só isso, o mesmo STF, já tinha decidido pela legalidade de manifestações populares em favor da descriminalização do uso de maconha (ADI 4.274/DF, rel. Min. Ayres Britto, 23.11.2011). Tal decisão merece destaque, especialmente pelo que estabelece a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) em seu art. 33, § 2º, que tipifica como cri-

me a conduta de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga.

Se o consumo de drogas é tratado como crime, conforme art. 28 da Lei n. 11.343/2006, e como, aliás, já havia sido confirmado pelo próprio STF, no RE n. 43.0105-9/RJ, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, evidentemente que quem incita ao consumo de drogas, com a realização de uma mobilização popular em via pública, comete também um crime.

Com efeito, na referida ADI, o STF foi convocado a interpretar conforme a Constituição o § 2º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com o fim de excluir qualquer significado que ensejasse a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou da legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico ou viciado das suas faculdades psicofísicas.

O Plenário do STF julgou procedente o pedido para aduzir que o preceito impugnado estaria servindo como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos — popularmente chamados de “Marcha da Maconha” — que pretendem a legalização ou a descriminalização do uso de entorpecentes. Na decisão, destacou-se que o dispositivo comporta pluralidade de sentidos, sendo um deles contrário à Constituição, o que viabilizaria a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição. Argumentou-se ainda que as manifestações representam a prática legítima do direito à livre expressão do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião.

É verdade que o principal argumento daquela decisão está ligado à impossibilidade do cerceamento da livre expressão do pensamento e do direito de reunião, o que foi enfatizado pelo relator e Ministro Ayres Britto.

Mas isso não esconde uma demonstração de que a mais alta corte do Brasil está atenta ao fato de que a punição penal do consumo de drogas não se justifica.

Ademais, conforme o informativo de jurisprudência n. 655, no *Habeas Corpus* (HC) n. 11.0475/SC, agora sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, foi reconhecida a aplicação do princípio da insignificância na conduta do usuário que portava 0,6g de maconha para consu-

mo. Expressamente, relata o julgado que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justifica quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes fossem essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se expusessem a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. Argumenta o relator que o direito penal não deve se ocupar de condutas que produzem resultados cujo desvalor não representa expressivo prejuízo, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

4. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Há uma clara demonstração de que para a criminalização de uma conduta, deve o legislador estar atento à lesividade da mesma, o que não ocorre no uso de drogas.

O princípio da lesividade (ou ofensividade) é basilar em direito penal e significa dizer que para que se tipifique algum crime é indispensável que haja um perigo concreto, real e efetivo de lesão a um bem juridicamente relevante. (BITENCOURT, 2007, p. 22)

Vale citar as lições de Luiz Flávio Gomes acerca do tema (GOMES, 2002. p. 59): “Cabe recordar que vivemos sob a égide de um Estado pluralista, laico, onde há total liberdade de religião, de crença e de culto. Logo, um dos valores mais altos da nossa realidade constitucional é a tolerância. Todo o poder emana do povo soberano e a dignidade humana é retratada como valor-síntese de todos os demais valores. Trata-se, ademais, de um homem a quem se reconhece não só a dignidade senão também uma série de (outros) direitos invioláveis. Ora, num Estado com essas características, pluralista, que tem na justiça o valor-meta, é evidente que o Direito penal não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero ‘objeto’ de tratamento em razão de uma presumida inclinação anti-social, nem tampouco reprimir a mera desobediência. O único modelo de Direito penal e de delito compatível com nossa Constituição, em consequência, é de um Direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto

de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado (afetação a bens de terceiros pessoas).”

No mesmo sentido, colha-se as lições de Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2000, p. 05): “Conseqüentemente, somente podem ser erigidos à categoria de criminosos fatos lesivos de bem jurídico alheio, e não atos que representem uma má disposição de direito próprio. Nesse sentido, aliás, é o núcleo do Direito Penal brasileiro, visto que não se pune o suicídio tentado, a automutilação, o dano à coisa própria, etc., mesmo porque semelhante intervenção seria de todo inútil, isto é, desprovida de capacidade motivadora. E é também por isso que soam claramente inconstitucionais disposições como a do art. 16 da Lei n. 6.368/76 (porte ilegal de entorpecentes) ou a contravenção de mendicância (LCP, art. 60)”.

Nesse contexto, a conduta de consumir drogas não implica lesividade, pois não causa lesão a bens jurídicos alheios. O mero consumo de drogas não afronta a saúde pública (bem jurídico protegido nos delitos envolvendo as drogas), mas tão somente, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário.

Ganha relevo o fato de que, se há uma vítima, essa é o próprio consumidor que, portanto, lesa a si próprio e, assim, não deve ser punido, mas tratado. Aliás, o direito penal não deve punir a autolesão.

Com efeito, há um caráter disfuncional da criminalização de condutas cuja vítima é o próprio agente, na medida em que, no caso das drogas, sem êxito na redução do consumo, essa política cria subculturas de legitimação, apoio e organização de um mercado negro de drogas e de resistência à intervenção estatal. “Cria-se uma minoria perseguida, com seus mitos de auto-suporte e as suas ideologias.” (DIAS, 1997, p. 424)

5. CONCLUSÃO

Deveras, no embate ideológico entre o proibicionismo e antiproibicionismo duas questões se destacam nos argumentos das duas correntes, quais sejam: a eficácia das medidas proibitivas (no sentido de se questionar se o controle estatal é eficaz na dissuasão do consumo)

e a legitimidade do Estado para intervir na questão do uso da droga (no sentido de se questionar se o Estado está habilitado para intervir no processo de escolha pessoal, na esfera de liberdade de deliberação do indivíduo, em sua esfera de intimidade).

Nas sociedades democráticas, compete ao direito a função de delimitar o que é lícito e o que é ilícito, mas isso não quer dizer que a lei penal atua somente como limite da liberdade individual. Ao contrário, e muito mais, deve atuar a lei penal como garantia dessa liberdade. (HARTMAN, 1999, p. 42)

Portanto, a legitimidade do Estado para a criminalização de uma conduta deve partir de dois fundamentos, quais sejam, (i) dignidade penal, que representa a legitimidade negativa do Estado; e (ii) carência de tutela, que indica a legitimidade positiva do Estado. (DIAS, 1997, p. 404-408)

Só assumem dignidade penal as condutas que lesem bens jurídicos, isto é, que sejam socialmente danosas. O direito penal não deve se ocupar de condutas que não lesem bens ou pessoas. Essa limitação de atuação é que estabelece uma legitimação negativa, na medida em que não havendo lesão a bens jurídicos socialmente relevantes não tem o Estado legitimidade para agir. Isso implica o respeito aos princípios da imanência e do consenso. Conforme o primeiro, não se deve assegurar por meio do direito penal finalidades morais ou ideológicas e; de acordo com o segundo, deve haver uma redução do direito penal ao núcleo irreduzível de valores e interesses apoiados generalizadamente pela sociedade.

Por sua vez, no que tange à carência de tutela, a sanção penal deve se revelar como o único meio de proteger o bem jurídico em destaque, ou seja, de todos os meios coercitivos previstos nos vários ramos do direito, apenas a força implacável do direito penal é a medida suficiente para controlar determinado comportamento. Isso implica o reconhecimento do princípio da subsidiariedade, ou seja, o direito penal deve ser a última *ratio* do controle social. A decisão de criminalizar ou descriminalizar deve passar pela representação da conduta, com suas manifestações típicas, situação no ambiente social, grau de danosidade, bem como, por um juízo de possibilidades e alternativas de controle.

O Estado não tem legitimidade, muito menos por meio do direito penal, para impor à pessoa um comportamento que entenda ser melhor para ela e que, no caso de violação, não atente contra terceiros. (HARTMAN, 1999, p. 130)

Impedir pela força que pessoas adultas e capazes consumam qualquer substância é ilegítimo e viola os direitos humanos, permitindo ao Estado uma intervenção indevida na vida privada do indivíduo. (MARONNA, 2005, p. 58)

Uma proibição não deve ser colocada na lei penal se não puder ser posta em prática e, como efeitos práticos do proibicionismo, verificou-se que: (i) a oferta não foi reduzida; (ii) o consumo aumentou; (iii) a situação da saúde pública agravou-se; e (iv) o sistema prisional deteriorou-se. (COSTA, 1998, p. 119)

Além disso, o modelo de proibição do uso de drogas: (i) impediu a implementação de uma política séria de redução dos danos, com o agravamento dos problemas da saúde pública; (ii) colocou na clandestinidade o fenômeno da droga e a marginalizou pessoas, fomentando a criação de subculturas criminais; (iii) emplacou uma visão reducionista do problema, tratando-o como mera questão de polícia; e (iv) criou um funcionamento do sistema penal como controlador de preços no mercado da droga. (SICA, 2005, p. 20)

Enfim, perseguem-se os consumidores e não os autênticos traficantes. O alvo declarado é o tráfico, mas quem sofre os efeitos da guerra é o usuário (MARONNA, 2005, p. 57). Basta ver o exemplo da “cracolândia” em São Paulo.

A proteção da saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado, não justifica a criminalização da conduta do uso de drogas. Tanto é verdade que há drogas lícitas que causam males muito maiores à saúde pública e que não são criminalizadas, como o consumo de tabaco e álcool.

A eleição de algumas drogas como sendo proibidas e outras, não menos deletérias, como lícitas, permanecendo na legalidade, soa um tanto quanto errático (SILVEIRA, 2005, p. 34).

Diante de tudo o que foi exposto, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 se revela inescandível, porquanto viola todo o arcabouço teórico construído pela Constituição da República de

1988, especialmente, as disposições dos arts. 1º e 5º, X, do texto constitucional.

Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.” (Apelação Criminal n. 993.07.126537-3; Data do julgamento: 31.3.2008; Data de registro: 23.7.2008).

Com propriedade, afirma Alice Bianchini (2002, p. 33) que “do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira” desde que não violem os bens jurídicos de terceiros.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Tradução: Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. São Paulo: RT, 2002.

COSTA, Eduardo Maia. Direito penal da droga: breve história de um fracasso. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 19, n. 74, p. 118-122. Lisboa, jan./mar. 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. Notícias da guerra. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos: pri-*

meiro encontro de mestres e doutores do Departamento de Direito Penal da USP. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

HAMOY Jr., Benjamin. *A Inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 diante do arcabouço ideológico extraído da CF/88: Violação ao Princípio da Ofensividade*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 4 jun. 2009.

HARTMAN, Arlete. *Uso de drogas: Crime ou exercício de um direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARONNA, Cristiano. Proibicionismo ou morte. In: REALE JUNIOR, Miguel (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos: primeiro encontro de mestres e doutores do Departamento de Direito Penal da USP*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal e liberdade*. Boletim IBCCRIM n. 90, maio/2000.

QUINTAS, Jorge. *Regulação legal do consumo de drogas: impactos da experiência portuguesa da descriminalização*. Porto: Fronteira do Caos, 2011.

SICA, Leonardo. Funções manifestas e latentes da política de war on drugs. In: REALE JUNIOR, Miguel (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos: primeiro encontro de mestres e doutores do Departamento de Direito Penal da USP*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE JUNIOR, Miguel (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos: primeiro encontro de mestres e doutores do Departamento de Direito Penal da USP*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESPAÇO ABERTO

11

A FIGURA DO GARANTIDOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marina Franco Lopes Mavros Filizzola¹

RESUMO

Diante da dificuldade encontrada pela doutrina na equiparação dos delitos omissivos impróprios aos comissivos, faz-se necessário elucidar o conceito de garantidor, que é o cerne da fundamentação para responsabilidade nesse tipo de infração penal. O debate passa pela contraposição entre teorias formais e materiais, bem como pela divergência que há nestas últimas, na tentativa de encontrar a solução mais adequada à ordem jurídica vigente.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Garantidor. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

Because of the difficulty encountered by the doctrine of the Match unfit to commissives omissive offenses-do if necessary to elucidate the concept of guarantor, which is the core responsibility of the reasons for this type of criminal offense. The debate involves the opposition between formal theories and materials, as well as the divergence found in the latter, in an attempt to find the most appropriate solution to the current law.

¹ Mestre e especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Advogada. Professora de Direito Penal na Universidade de Itaúna-MG.

Keywords: Improper Omission. Guarantor. Democratic state.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A problemática da definição do conceito de garantidor. 3. Teorias formais (tradicionais) da posição de garantidor. 4. Teorias materiais (substanciais) para definição do garantidor. 5. Teorias mistas. 6. Conclusão 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os delitos omissivos, de extrema relevância, caracterizam-se por peculiaridades que dificultam sua aplicação nos casos concretos. Quando se fala em omissão, um dos temas mais tormentosos é a posição de garantidor, que será abordada no presente trabalho, a fim de atribuir-lhe conceito compatível com o Estado Democrático de Direito, a partir de uma revisão das principais posições doutrinárias acerca do tema.

Uma vez que nosso ordenamento jurídico não adotou o sistema “numeros clausus” para tipificação dos delitos omissivos impróprios, resta verificar como a cláusula geral prevista no artigo 13, § 2º, do Código Penal pode ser interpretada da melhor forma para proceder à equiparação da omissão à ação.

Ainda há tendência a entender que se aquele que tinha o dever jurídico de evitar o resultado (garantidor nos termos da lei) não o fez, este resultado lhe será imputado, independente das circunstâncias fáticas. Contudo, a Constituição Federal veda a responsabilidade penal objetiva por meio do princípio da culpabilidade, de tal sorte que o fato de se o agente “se encaixar” nas hipóteses estabelecidas no artigo referido, por si só, seria insuficiente para legitimar a imputação do resultado, sob pena de responsabilização penal impessoal: a imputação seria decorrente do exercício de cargo, ofício ou função, de celebração de contrato.

Ora, assim como nos crimes comissivos, também na omissão é necessária a ocorrência do elemento subjetivo norteador do não agir. Destarte, como se demonstrará, o tema necessita ser revisitado a fim de que lhe seja conferido entendimento harmonioso com o ordenamento jurídico reitor de nosso Estado Democrático de Direito.

2. A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE GARANTIDOR

Os crimes omissivos impróprios consistem na infração de um dever jurídico especial do autor, que está obrigado a agir adequadamente para evitar a realização do resultado lesivo ao bem jurídico, e por isso a ele (omitente) é atribuída uma posição de garantidor desse bem.

Com efeito, a determinação das fontes dessa posição de garantia é um dos temas mais problemáticos da teoria do crime, uma vez que as diferentes correntes de opinião são reflexo de decisões político-criminais, trazendo para a discussão acepções axiológicas, como a promoção da solidariedade social ou da liberdade de ação (que, por vezes, pode dar cabo a condutas excessivamente egoístas); corporativistas, revelando interesses específicos de determinadas classes, e outras situações alheias às ciências penais. (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2004, p. 238)

A doutrina brasileira ainda não apresenta uma solução convincente para os casos de omissão imprópria. A tendência é limitar a análise fundamentando a responsabilidade dos garantidores na posição genérica de garantidor que possuem em decorrência de norma ou contrato (independentemente da situação concreta), bastando, portanto, a comprovação de dita situação e a possibilidade de evitar o resultado.

Ocorre que, ao atribuir responsabilidade penal com base exclusivamente em um dever previamente existente, desconsidera garantia característica dos Estados Democráticos de Direito: a culpabilidade. Como assinala Nilo Batista (2001, p. 103), o princípio da culpabilidade deve ser entendido como repúdio à responsabilidade objetiva ou, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2010, p. 447-450), que enquadra a culpabilidade como condição material requerida pelo modelo garantista como justificação do poder punitivo – ainda que esta conquista moderna venha sido ignorada, retomando os primórdios jusprivatistas do Direito Penal – como a garantia da responsabilidade penal pessoal, subjetiva ou culpável.

Dispensável abordagem pormenorizada sobre a garantia, pois inafastável a vedação de responsabilização objetiva na seara criminal como um dos pilares do Direito Penal. A despeito disso, a doutrina

brasileira vem, de forma significativa, adotando a teoria formal de dever jurídico para delinear a figura do garantidor:

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2009) as fontes originadoras da posição de garantidor são a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, a assunção, por outra forma, da responsabilidade de impedir o resultado, e adoção de comportamento anterior que cria o risco de ocorrência do resultado, em referência às fontes legais de situação de garantia previstas na norma penal. No mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso (2003) entende que o dever jurídico que o garantidor tem de agir para evitar a causação do resultado advém das situações referidas no artigo 13, § 2º, do Código Penal, nas quais o agente assume a posição de garante da não superveniência do resultado, aduzindo que os pressupostos configuradores da posição de garantidor são elementos do tipo, devendo estar cobertos pelo dolo, devendo o agente ter, pois, consciência de sua posição de garantidor da não superveniência do resultado (ciência da situação genérica de garantia). Em posicionamento semelhante, a leitura de Rogério Greco (2011) é no sentido de que pessoas referidas no artigo 13, §2º, do Código Penal, detêm um *dever especial de proteção*, decorrente da obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, ou por ter assumido de outra forma a responsabilidade de impedir o resultado, ou por ter criado o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento anterior.

3. TEORIAS FORMAIS (TRADICIONAIS) DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR

A chamada *posição de garante* tem origem em Schaffstein, que partiu de critérios como *atuação precedente perigosa e proximidade do omitente com o bem jurídico protegido* para equiparar o omitente ao autor do correspondente tipo comissivo, como esclarece Ruy Celso Barbosa Florence (2010, p. 150). Foi aprimorada por Feuerbach que formulou a tese de que as obrigações derivadas da lei extrapenais de Direito Público ou de Privado e de contratos convertem o omitente em responsável pelo resultado não impedido, com base, dentre outros, nos seguintes exemplos: os pais (lei) que não dão de comer ao filho menor, levando a sua morte por inanição, assim como a babá (contrato) que omite a alimentação do bebê que tem sob seus cuidados

realizam, por comissão por omissão, delito contra a vida, assim como o salva-vidas funcionário de uma piscina privada (contrato) é responsável pela morte se não intervém para impedir o afogamento de um banhista. (GIMBERNAT ORDEIG, 1997, p. 13-15)

E, então, como demonstra Florence (2010) Johaness Nagler indicou como fontes formais da posição de garantidor a lei, o negócio jurídico e o atuar precedente – ideia que subsiste na doutrina brasileira, que, conforme demonstrado, tende a entender que a responsabilidade penal decorre da mera relação abstrata entre o obrigado a salvaguardar e o bem jurídico ou entre ele e a fonte de perigo de lesão a este bem, uma vez que o fundamento para a posição de garantidor é justamente a relação especial que o sujeito tem com o bem jurídico (que o diferencia dos demais membros da sociedade).

As explicações baseadas tão somente nas fontes formais de garantia, aparentemente satisfatórias, não respondem a todos os casos, tendo o próprio legislador antevisto este problema, razão pela qual deu o primeiro passo para limitar a obrigação de salvaguarda pelo emprego da expressão *podia agir*, que, segundo Nucci (2008, p. 156) significa que o agente que tenha o dever de agir, mas está fisicamente impossibilitado de atuar, não responde pelo delito. Isso porque a possibilidade de agir diz respeito à capacidade concreta (física-real) de executar a ação para evitar o resultado. (MIRABETE, 1998, p. 104)

Significa dizer que a omissão não pode advir um dever indeterminado de atuar, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade somente pode ocorrer diante da inobservância do dever concreto de agir, quando houver perigo real ao bem jurídico e quando houver conduta capaz de salvá-lo. (GALVÃO, 2013, p. 313)

Ora, a restrição do dever de agir pela conjugação dos fatores “consciência da obrigação de agir” e “possibilidade real de fazê-lo sem risco pessoal” – como posto por Delmanto (2012, p. 22) – continua não atendendo ao princípio da culpabilidade: a origem da responsabilidade pelo não agir segue decorrendo exclusivamente do fato de os agentes serem garantidores nos termos do artigo 13 do Código Penal. Não se nega que determinados agentes detêm maior responsabilidade no zelo por bens jurídicos com relação à sociedade em geral e por isso assumem o compromisso genérico de salvaguardar bens

jurídicos (são garantidores). Todavia não se pode admitir que este fato – isoladamente considerado – seja suficiente para que lhes seja atribuída a realização de um resultado típico.

Para se falar da punição daquele (garantidor) que tinha o dever de evitar o resultado delitivo, é necessário ir além do dever genérico de garantir decorrente das fontes formais. Como esclarece Juarez Tavares (2012), para quem a posição de garantidor é critério inconsistente na equiparação da omissão à ação, a teoria dos deveres formais é positiva, pois se ajusta ao princípio da legalidade, na medida em que determina legalmente aquilo que se pode exigir do sujeito, contudo é incompreensível a equiparação da omissão à ação exclusivamente com base na posição de garantidor que o agente tenha para com o ordenamento jurídico. Já para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (1997, p. 545), a formalização em texto legal das fontes de posição de garantidor sequer resolve os problemas que a tipicidade omissiva cria para o princípio da legalidade, pois nem toda omissão do cumprimento de um dever jurídico acarreta para o omitente responsabilidade criminal pelo resultado – e esse é justamente o problema que enfrentamos: o de determinar quando o não cumprimento do dever importa para responsabilidade ao omitente pelo resultado punível decorrente da omissão.

De todo modo, resta evidenciado que a existência das fontes formais do dever atuar, como salienta Regis Prado, (2013, p. 634) por si só, não justifica a atribuição de responsabilidade penal ao garantidor omitente e gera dúvida e insegurança no que tange à legalidade. Isso porque, como esclarece Pérez Cepeda (1997, p. 93), as fontes formais estabelecem a responsabilidade de evitar o resultado de um modo genérico aos sujeitos que desempenham determinada atividade ou ocupem determinada posição, o que indica que seu âmbito de aplicação é muito difuso – além de estático, enquanto a comissão por omissão impõe uma percepção dinâmica.

A aplicação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro impõe, em razão do princípio da culpabilidade, a verificação do compromisso específico de salvaguardar aquele bem lesionado, assumido pelo garantidor no caso concreto. Vale dizer, em se tratando de omissão imprópria, além de detentor da posição genérica de garantidor, deve ser possível comprovar que o agente a quem se pretende atribuir a prática

do resultado tinha um compromisso específico de contenção daquele risco e tinha condições de evitá-lo.

Nesse sentido, Ana Isabel Pérez Cepeda (2007, p. 32) adverte para a necessidade de limitar o âmbito punitivo baseado no princípio da precaução quando há abuso da responsabilidade penal do garantidor, pois essa postura conduz à responsabilidade penal objetiva, que é uma séria ameaça disfarçada pela suposta finalidade de ampliar a capacidade de resposta e eficácia no controle de delitos.

4. TEORIAS MATERIAIS (SUBSTANCIAIS) PARA DEFINIÇÃO DO GARANTIDOR

Daí a precisão de extrapolar as fontes formais da posição de garantidor e associá-las às teorias materiais dos delitos comissivos por omissão no estudo da omissão, a fim de estabelecer satisfatoriamente a figura dos garantidores.

Para essas teorias, ainda bastante minoritárias em nosso país, mas já adotadas pela doutrina e jurisprudência de alguns Estados europeus, o fundamento da omissão imprópria não está no mero descumprimento de um dever, e sim na realização do tipo pelo garantidor (equiparação da omissão à ação), razão pela qual buscam um critério de identidade entre a figura comissiva e a omissão, o que pressupõe dotar o conceito de garantidor de conteúdo material.

Armin Kaufmann (2006), entendendo que as fontes formais desconsideram o conteúdo do dever jurídico estabelecido, dificultando, assim, a delimitação das posições de garantia, optou por abandoná-las e deu início a essa tentativa de determinar os deveres do garantidor com base em critérios materiais por meio da “Teoria das funções”, amplamente difundida na Alemanha. O autor alemão esclarece que na omissão imprópria não cabe falar em decisão ou vontade de omitir, nem mesmo de omissão consciente, mas, sim, de um aspecto subjetivo que requer o conhecimento da situação típica, isto é, a representação da lesão ao bem jurídico que se ameaça produzir, bem como as circunstâncias fundamentadoras da posição de garantidor, além da cognoscibilidade da via de salvação – se ao garantidor não se deu conta de que a possibilidade de salvação lhe era conhecível e tentou salvar o bem de forma inadequada, cabe evocar a culpa.

Propôs, portanto, a criação de dois grupos de garantidores: um dos que tem a obrigação de proteger determinados bens jurídicos contra todo tipo de ataque (função protetora), que inclui as obrigações assumidas pelo sujeito ou impostas pelo direito, apresentando um elo entre o garantidor e a pessoa a quem se deve a custódia; e outro dos que tem a obrigação de controlar uma fonte de perigo (função de segurança ou vigilância), que abriga aqueles que têm o dever que vigiar determinadas fontes de perigo, em especial os que voluntária e previamente criaram a situação de perigo (risco não permitido) a um bem jurídico de terceiro. (FLORENCE, 2010)

Embora tenha sido de grande relevância sistemática a classificação mencionada, na tentativa de solucionar um problema, Kaufmann acabou por ampliar as situações em que poderia caracterizar-se a posição de garantidor. Aplicando-se a teoria, por exemplo, o condutor de veículos, o dono de animais domésticos e aquele que possui substâncias explosivas ocupariam a posição de garantidor, porque têm a obrigação de controlar essas fontes de risco.

Também na Alemanha, Mezger sugere que para imputar-se ao omitente a responsabilidade criminal pelo resultado é necessário não apenas o dever jurídico de agir, mas um dever jurídico de impedir o resultado, do qual decorre claramente que esse resultado deva ser tomado em consideração na punibilidade; enquanto Welzel, em oposição, entende que impedir o resultado é também, naturalmente, o fim visado pelo comando na omissão simples – teoria encampada por Aníbal Bruno –, sendo, pois, fator decisivo a posição de garantidor em que se encontra o agente em referência ao bem jurídico – garantidor da não realização do resultado, em consequência de particular relação de dever. (BRUNO, 2003)

Na Espanha, Luis Gracia Martín (1985) desenvolve um contraponto à ideia proposta por Schünemann: substitui o critério de domínio sobre a causa do resultado, defendido por este, pelo critério do domínio social como fundamento da posição de garantidor. O espanhol o faz, sobretudo, por entender que a teoria do alemão não explica porque o legislador teria que restringir o rol de autores já que todo aquele que tivesse domínio sobre o fundamento do resultado seria garantidor. Para Gracia Martín, além de ter o domínio causal na proteção do bem

jurídico, tendo domínio sobre sua vulnerabilidade (no sentido de Shünemann – critério de conteúdo ontológico), é necessário que o agente tenha domínio social (critério de conteúdo normativo), determinado por condições que fundamentam uma relação específica de dependência a uma classe de sujeitos, que têm o monopólio do exercício da função protetora, excluindo os demais membros da sociedade. Além de estabelecer que a posição do garantidor se caracterize formalmente pelo âmbito de proteção da norma e materialmente pelo exercício de uma função social, entende que é necessário que esse sujeito que possui o domínio social assuma mediante uma ação concreta uma posição de garantidor específica, incorporando à sua esfera de controle uma situação determinada de risco a um bem jurídico. A partir daí é que o não agir que efetivamente pudesse proceder a contenção do perigo ao bem jurídico pode ser equiparado à ação típica.

Santiago Mir Puig (2009, p. 319), por seu turno, propõe que, para haver a relação funcional entre o garantidor e o bem jurídico que está obrigado a proteger ou a controlar fonte de perigo, é necessário que ocorra, no caso concreto, a criação ou aumento voluntário (ou imputável), em momento anterior, de um perigo atribuível ao autor e que tal perigo determine, no momento do fato, uma situação de dependência pessoal do bem jurídico com relação ao causante do perigo, isto é, que esse perigo esteja sob controle pessoal do seu causador (não sendo suficiente a mera possibilidade de salvamento) – o que não acontecerá quando, por exemplo, o bem puder ser guardado por outra pessoa.

Por fim, merece destaque o trabalho de Jesús María Silva Sánchez (2003), que vai além da proposta de Mir Puig e traça sua “Teoría del garante”, segundo a qual haverá comissão por omissão quando o sujeito tiver, através de compromisso específico e efetivo de atuar, assumido em suas mãos o risco real ou hipotético, o que se concretiza por meio de uma “barreira de contenção”. Uma vez estabelecida a barreira com a assunção do compromisso inequívoco de salvaguardar, retirá-la (não conter o risco) ameaçaria o bem que tem que ser protegido, evidenciando autêntica identidade estrutural-normativa com a comissão. Assim, para o espanhol, a responsabilidade não advém de um rol genérico de funções, mas de situações concretas de garantia, com assunção específica e inequívoca de controle do risco.

5. TEORIAS MISTAS

O que se pode inferir do exposto é que ambas as teorias anteriores, isoladas, são insuficientes para atender às demandas que tangem a posição de garantidor. Para tratar do tema com segurança, é preciso associar as fontes formais com as teorias materiais: partir das fontes das relações do sujeito com o bem jurídico e, então, procurar estabelecer relações diretas do ponto de vista substancial para atribuir-lhes conteúdo material. (REGIS PRADO, 2013, p. 360)

Isto é: para definir a posição de garantidor deve-se, analisar o conteúdo das relações especiais entre o omitente e o bem jurídico e o grau de dependência do bem jurídico em relação ao omitente, para descartar posições de garantia legalmente referendadas, apesar de carentes de conteúdo material. (RODRÍGUEZ YAGÜE, 2004, p. 239)

6. CONCLUSÃO

O crime, seja comissivo ou omissivo, não é passível de responsabilidade objetiva no seio de um Estado Democrático de Direito. Dessa feita, não se pode prosseguir entendendo como “garantidor” aquele que formalmente se enquadra nas hipóteses descritas no artigo 13 do Código Penal, pois ao fazê-lo observa-se exclusivamente o princípio da legalidade, em detrimento de outras garantias constitucionais.

A leitura do dispositivo legal mencionado a partir das teorias mistas, que mesclam fundamentos formais e materiais para estabelecer a situação de garantia, traz respostas satisfatórias e coerentes com os pilares de um Estado Democrático de Direito, pois consideram as fontes formais, atendendo ao princípio da legalidade, e limitam as hipóteses de riscos idôneos a gerar a imputação de um delito de comissão por omissão em razão da existência de uma posição de garantidor com base nos dados do caso prático, atendendo às restrições impostas pela culpabilidade, uma vez que observa a concretude da situação de garantia (considerações materiais).

Todavia, o fato de haver mais de um ponto de vista de como deve ser feita a análise substancial do conceito de garantidor não permite o

pronto encerramento da questão, afinal, não há consenso sobre o que deve ser levado em conta para configurar a figura do garante à luz do nosso ordenamento jurídico e da dogmática penal.

A proposta de Silva Sánchez se revela como a mais restritiva entre aquelas que tratam do tema, pois exige que o sujeito assuma o compromisso específico – concreto, inequívoco e capaz de impedir a atuação de outros possíveis salvaguardadores – de controlar um risco que, com segurança, teria ocasionado o resultado.

Entende-se, portanto, que a definição da posição de garantidor depende da atribuição de conteúdo material ao seu conceito, cujas fontes formais estão estabelecidas na norma penal, através da verificação, no caso concreto, do efetivo e inequívoco compromisso do garantidor em salvaguardar o bem jurídico em perigo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral – introdução, norma penal, fato punível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da imputação objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La omisión impropia em la dogmática alemana: una exposición”. *ADPCP*, v. L, 1997, p. 13-15.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en lugar de otro en derecho penal I: teoría general*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução da segunda ed. alemã. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo, Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La responsabilidad de los administradores de sociedades*. Madrid: Cedecs, 1997.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. 1. ed. Madrid: Iustel, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: volume 1 – parte geral*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (Coord.). *Curso de derecho penal: parte general*. 1. ed. Barcelona: Experiencia, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

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

12

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE: INTERFACES DO INSTITUTO PERANTE OS AVANÇOS DOCTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS¹

Renata Apolinário de Castro Lima²

RESUMO

A Responsabilidade Civil consiste na obrigação de uma reparação de dano, que uma pessoa causa a outra, sendo que a Perda de uma Chance compreende uma modalidade ali inserida. A Perda de uma Chance não se encontra estabelecida em nenhum diploma específico, tendo surgido e se expandido inicialmente na França, sendo que em decorrência de sua repercussão e aplicabilidade, a mesma se desenvolveu em outros países europeus que passaram a adotá-la, inclusive Itália, que inicialmente apresentou resistência à nova concepção de

¹ Artigo escrito sob orientação acadêmica do Professor Mestre pela Universidade Gama Filho Roberto Apolinário de Castro, Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais, Professor dos Cursos de Direito da Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE (Governador Valadares) e Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC (Campus Teófilo Otoni).

² Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Pós Graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Vale do Rio Doce – FADIVALE. Gerente Jurídica da Procuradoria Geral do Município de Governador Valadares.

um dano emergente, que geraria posteriormente séries de inovações. Tal teoria teve origem com a análise de casos concretos, que levaram o julgador a fixar a indenização independente do resultado final do dano experimentado pela vítima, basicamente verificando a ação ou omissão que um indivíduo causasse a outro que o privasse de uma oportunidade. Assim, a doutrina e jurisprudência brasileiras passaram a aceitar e adotar a Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, de modo a conferir os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa que vê seu direito violado, por meio da perda de uma oportunidade.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Perda de uma Chance. Perda de Oportunidade. Direito Civil.

ABSTRACT

The Civil Liability is the obligation to redress the damage that one causes to another, and the Loss of Chance comprises a modality there inserted. The Loss of a Chance is not set in any specific diploma, having emerged and expanded initially in France, and because of its impact and applicability, it has developed in other European countries who began to adopt it, including Italy, which initially showed resistance to a new conception of an emerging damage, which would generate further series of innovations. This theory originated with the analysis of specific cases, which led the judge to fix the compensation regardless of the outcome of the harm experienced by the victim, basically checking the act or omission caused by an individual to another that deprived him of an opportunity. Therefore, the Brazilian doctrine and jurisprudence come to accept and adopt the Theory of Civil Liability for Loss of Chance, to confer rights and guarantees inherent to the person who sees his rights violated through the loss of an opportunity.

Keywords: Civil Liability. Loss of a chance. Loss of an opportunity. Civil Right.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E PERDA DE UMA CHANCE. 2.1 Definição de responsabilidade civil. 2.2 Perda de uma chance. 2.3 Requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante. 2.3.1

Proporcionalidade de ganho. 2.4 A fixação da perda de uma chance em decorrência do fator sorte. 3. DOIS IMPORTANTES JULGADOS PROFERIDOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. 3.1 O caso “Show do Milhão”. 3.2 Julgado que admite perda de uma chance autônoma. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A busca pela responsabilidade civil pela perda de uma chance é um instrumento hábil que pode ser utilizado pelo indivíduo que se vê privado de uma oportunidade, em decorrência da ação ou omissão de outrem.

Conforme leciona Sérgio Savi:

A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano. (SAVI, 2012, p. 119)

Trata-se de uma modalidade de responsabilidade civil, inicialmente encontrada no ordenamento francês, que permitiu, independente do resultado final não se basear em uma certeza absoluta, a fixação da indenização civil com base no dano experimentado (consistente em uma perda de oportunidade), fixada na sua proporcionalidade de resultado futuro, podendo-se ainda, falar em retrocesso em caso de não acolhimento da mesma, conforme elucida Gustavo Tepedino:

Negar a indenização pela chance perdida seria um retrocesso à evolução da responsabilidade civil, que hoje atua com arrimo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com a Constituição Federal de 1988, baseada em um paradigma solidarista. (TEPEDINO, 2008, p. 194)

O conceito da perda de uma chance passou a se expandir, tendo a aceitabilidade da teoria e sua aplicabilidade começado a ser adotada em diversos outros ordenamentos jurídicos, desenvolvendo-se em países europeus, notadamente, Itália, que a princípio a reprimiu, mas posteriormente e atualmente a aceita, eis que vê assim uma possibili-

dade de cessar em parte o dano causado a quem teve uma oportunidade lesada.

O Brasil também adota atualmente a Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, havendo casos que a seguir serão demonstrados, de modo que os magistrados fixam tal indenização com o fulcro de garantir os direitos e garantias individuais que concernem a cada pessoa, quando essas são lesadas por outrem que as priva de probabilidades de acréscimo patrimonial.

Conforme elucida Rafael Peteffi da Silva (2009, p.189), demonstrando o ensinamento de Carvalho Santos:

No passado, havia uma certa resistência em relação aos casos de responsabilidade pela perda de uma chance, por parte de alguns doutrinadores. Carvalho Santos, analisando casos de falta de recurso cabível diante de uma sentença desfavorável, afirma que 'parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada'. (SANTOS, 1956, p. 321-322)

Desse modo, o objetivo do presente artigo é esclarecer o conceito de perda de uma chance, desde o seu contexto histórico, ressaltando-se os casos pertinentes, adotados pelas doutrinas e jurisprudências pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro, para ao fim se chegar aos critérios utilizados para fixação da indenização em tal modalidade.

Assim, o presente artigo irá apresentar a normatização aplicável sobre a matéria, bem como analisará os aspectos gerais das decisões que forem estudadas, juntamente com o critério de fixação da indenização adotado pelos magistrados que julgam ações de tal caráter.

Aqui será realizada uma pesquisa nas doutrinas que abordam o tema em questão, e demais fontes escritas para maior aprofundamento do conteúdo abordado, sem que se esgote o assunto. Vale ressaltar, ainda, os entendimentos jurisprudenciais que trarão maior compreensão de como a perda de uma chance está sendo abordada nos tribunais brasileiros.

Nesse contexto, a pergunta que permeia essa pesquisa é: Como se definem e quais são os requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante?

A hipótese, aqui estudada, está na questão de que a perda de uma chance se trata de solução para amenizar o dano experimentado pela vítima que se vê privada de uma oportunidade de ganho patrimonial, que pode até mesmo se dar em decorrência do fator sorte.

Dessa forma, o texto será composto de três partes, além desta introdução, sendo que o capítulo dois conterà a questão da pergunta que permeia esta pesquisa, o capítulo três tratará dos casos concretos pertinentes ao ordenamento jurídico brasileiro, com a apresentação dos julgados de tribunais, tratando, ainda, as consequências de tais ocorrências no âmbito da indenização moral e material e o capítulo quatro apresentará a conclusão.

2. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Definição de responsabilidade civil

Inicialmente, antes de adentrar no mérito da Responsabilidade Civil decorrida da perda de uma chance, necessário se faz conceituar o que os autores entendem e tratam por Responsabilidade Civil.

A Responsabilidade Civil vem evoluindo, de tal forma, que sua expansão se dá desde os primórdios da história, eis que sempre existiram conflitos, e para resoluciona-los necessário sempre foi localizar o sujeito causador do dano, para ao fim encontrar alguém que pudesse repará-lo, sendo este o instituto da Responsabilidade Civil.

Maria Helena Diniz, citando Wald Arnoldo, ensina que:

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação). (DINIZ, 2007, p.10)

Com relação ao estudo da historicidade, nota-se que a vingança coletiva sempre prevaleceu, de modo que certo grupo de pessoas pertencente à vítima reagia em desfavor do agressor, havendo, ainda, a vingança privada, em que o ofendido passa a fazer justiça com as pró-

prias mãos, podendo citar, como exemplo, a Lei de Talião, que tinha por lema, “Olho por olho, dente por dente”.

Iniciou-se, mais à frente, o período denominado *Lex Aquilia de dammo*, que tinha por finalidade uma reparação pecuniária, que dependia da culpa do agente. Maria Helena Diniz ensina acerca de tal matéria:

A Lex Aquilia de dammo veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa com fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse precedido sem culpa. O Estado passa então a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. (DINIZ, 2011, p.27)

Ainda para Maria Helena Diniz (2011), a culpa está intimamente ligada à responsabilidade civil, eis que todas as possibilidades de reparação ainda não podem ser percebidas, tendo em vista que o dano pode vir a ocorrer independente da culpa. Segundo ela, “o fundamento da responsabilidade civil diz respeito à razão pelo qual alguém deva ser compelido a reparar um dano”. (DINIZ, 2011, p. 29)

Sobre o processo de humanização, ensina:

Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa, em particular aos trabalhadores e as vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubiemolumentun, ibi ius* (ou *ibionus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas consequências (DINIZ, 2011, p. 29).

Por fim, quanto à obrigação de reparar o dano, é claro o artigo 927 do Código Civil Brasileiro (2002):

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. (Código Civil Brasileiro, 2002)

2.2 Perda de uma chance

Adentrando ao mérito da responsabilidade civil pela perda de uma chance, pode essa ser considerada uma teoria relativamente nova, eis que se enquadra em nosso ordenamento jurídico recentemente, e surgida na França na década de 1960.

Acerca da evolução e surgimento da Teoria da Perda de uma Chance, veja-se o que descreve Sérgio Savi:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de se admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda da chance. (SAVI, 2012, p. 3)

No âmbito do Brasil, poucos resultados foram produzidos acerca de sua aplicabilidade na década de 1960 e seguintes, entretanto, recentemente, tal teoria vem despertando enorme interesse dos estudiosos de uma ciência tão moderna quanto esta, que tem por premissa o reconhecimento dos danos ressarcíveis, fundando-se na ideia primordial de uma indenização decorrente de uma perda séria e real, afastando-se, de tal forma, o tão conhecido posicionamento de que é necessária a configuração de um dano relacionado à perda patrimonial diretamente perceptível.

Conforme ensina Rafael Peteffi da Silva:

A produção brasileira sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance vinha se mostrando bastante tímida. Todavia, a doutrina atual parece passar por uma fase de ebulição na seara da teoria da perda de uma chance. (SILVA, 2009, p. 189)

O principal objetivo visado, no que diz respeito à reparação civil, trata-se, mais do que nunca, de uma valorização para reparação do

dano sofrido pela vítima, passando esta a possuir verdadeiras chances de ver seu dano reparável, eis que agora é possível provar no que consiste sua possibilidade de ser indenizada, já que poderá ser usado como fundamento que deixou de perceber uma vantagem ou não teve um prejuízo evitado em decorrência da conduta lesiva de outrem.

Em tal teoria, no caso de ser negada a indenização à vítima requerente, poder-se-ia ainda, considerar um retrocesso no que concerne à evolução da responsabilidade civil, com relação aos princípios elencados na Constituição Federal de 1988.

2.3 Requisitos para a configuração da perda de uma chance juridicamente relevante

Para se perquirir a configuração de uma chance, devem ser observados diversos fatores, dentre eles, o fator sorte, que veremos mais adiante.

2.3.1 Proporcionalidade de ganho

Para a configuração da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz, enumera os pressupostos necessários, comumente utilizados em nosso ordenamento: a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, e que seja qualificada juridicamente; b) Ocorrência de um dano moral e/ou patrimonial causado à vítima; c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação. (DINIZ, 2011, p. 52-54)

Maria Helena Diniz ensina que:

ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa. Ter-se-á ato ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico. (DINIZ, 2007, p. 37)

Ademais, quanto ao pressuposto denominado ação, leciona que o mesmo “consubstancia-se num ato humano do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada”. (DINIZ, 2007, p.37)

Quanto ao pressuposto denominado conduta, adentrando ao mérito da ação cometida pelo agente, entende Cavalieri Filho:

Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo. (CAVALIERI FILHO, 2012, p.25)

Quanto ao dever de reparar o dano, o mesmo se baseia na reprovabilidade da conduta cometida pelo agente, estando bem disposto no artigo 186, do Código Civil de 2002, senão vejamos:

o ato ilícito ocorre quando alguém por ação ou omissão voluntária (dolo) ou negligência ou imprudência (culpa), viole direito ou cause dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos. (Código Civil de 2002)

Tratando-se assim do dever de indenizar, o entendimento de Maria Helena Diniz é no sentido de que “o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco”. (DINIZ, 2011, p. 53)

Quanto ao nexo de causalidade, conceitua Sílvio Venosa, que este “é o liame que une a conduta do agente ao dano” (2006, p.45). E na mesma linha de raciocínio, Cavalieri Filho afirma que “é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (2012, p.49)

Com relação a tais pressupostos, vejamos por fim, como Maria Helena Diniz materializa as hipóteses em quê mesmo existindo o nexo de causalidade, não poderá incidir a responsabilidade civil:

Realmente não haverá a relação de causalidade se o evento se deu, p.ex., por culpa exclusiva da vítima (RF, 282:232); por culpa concorrente da vítima (CC, art. 945; RT, 477:111; 481:211; 480:88, AJ, 107:604), caso em que a indenização é devida pela metade (RT, 226:181) ou diminuída proporcionalmente (RT, 231:513); por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou caso fortuito (CC, art. 393), cessando, então, a responsabilidade ante a sua inevitabilidade (RT, 479:73, 469:84, 477:104, RF, 275:165). O mesmo se diga se houver cláusula de não indenizar, que em alguns casos é nula (art. 734, 2º parte). (DINIZ, 2011, p. 54)

Acerca dos critérios utilizados para a configuração de uma perda de chance juridicamente relevante, temos que a Responsabilidade Civil decorrente de tal modalidade ou teoria se caracteriza por sua diferença peculiar das demais formas de indenização comumente existentes, eis que para sua configuração, basta a identificação, sendo que a indenização ocorre diferentemente dos casos de perdas e ganhos.

Insta verificar que a perda de uma chance é focada em um dano injusto. Cumpre-se observar o ensinamento de Pietro Perlingieri, citado por Sérgio Savi em sua obra *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance* no tocante à tal questão:

A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações objetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos de Direito Civil à luz da Constituição. (SAVI, 2012, p. 119)

No que concerne à citada indenização pretendida, inicialmente a mesma decorre da perda de uma oportunidade pela vítima, que se vê prejudicada direta e indiretamente, pelo autor que lhe diminui a possibilidade de acréscimo ao seu patrimônio, sendo que assim, esse é responsabilizado por ter lhe causado um prejuízo direito e imediato, eis que a privou de uma oportunidade de ganho, ou seja, um resultado útil, ou mesmo não evitou que lhe fosse causado um prejuízo, tendo assim, o resultado final sido impedido pela ação ou omissão do agente causador do dano, que efetivamente é material, podendo, também ser moral.

De tal modo, por meio da Teoria da Perda de uma Chance as situações poderão ser observadas por meio do gênero das situações objetivas, que darão ensejo à indenização pretendida.

Tais situações, por meio da aceitabilidade da perda de uma chance, poderão ser visualizadas e julgadas de modo conjunto, eis que agora, observar-se-á o fator que deu causa à perda ou prejuízo sofrido pelo lesado.

Assim, o que se pretende indenizar não é a perda da vantagem que se esperou, mas a perda da chance de se obter uma vantagem patrimonial ou de se evitar um prejuízo posterior.

Por fim, no âmbito brasileiro, devem ser observados os motivos para admissão da indenização das chances perdidas.

Com fulcro em tal assunto, voltemos à didática expressa por Sérgio Savi, que é conhecedor do tema em análise e motivador em tais questões:

O Código Civil Brasileiro, elaborado sob a forte influência do Código Civil Francês, transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas francês e italiano. Isto porque, o Código Civil Brasileiro estabelece, em seu art. 186, uma cláusula geral de responsabilidade civil. (SAVI, 2012, p. 104)

Com relação à citação do Código Civil que permeia nosso ordenamento jurídico, vejamos o que estabelece seu artigo 927:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Código Civil Brasileiro, 2002)

Dessa forma, infere-se que embora o critério para aceitabilidade e fixação da perda de uma chance seja baseado nos Códigos Civil francês e italiano, o Código brasileiro também utiliza um conceito de dano, sem expressar quais as modalidades ali elencadas.

Prevalecendo-se para as fixações de indenização o ordenamento inserido no Código Civil brasileiro, tem-se que não há nele impedimento para se postular e conseguinte aferir indenização em decorrência de perdas, senão vejamos:

Não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance. (SAVI, 2012, p. 106)

De tal modo, conclui-se que não pode haver qualquer motivo que obste o percebimento de indenização em decorrência de perdas, se houver assim, motivos que a ensejaram, devendo de tal modo, ser observada a atitude do ofensor, a perda em questão e o nexo de causalidade entre ambas.

2.4 A fixação da perda de uma chance em decorrência do fator sorte

Anteriormente mencionado, mas sem ainda adentrar no mérito acerca de tal questão, o fator sorte é algo que pode ser observado e que serve para postulação e percebimento de indenização.

A sorte na questão da responsabilidade civil por perdas pode ser perquirida mediante jogos de loterias, rifas, programas de televisão ou rádio que envolvam perguntas e respostas, bem como a capacidade e o conhecimento do participante para se chegar ao resultado final.

Acontece que, não raramente, o indivíduo durante a participação em tais eventos, muitas vezes, sem perceber, se vê privado de um resultado futuro, eis que de má-fé o bilhete de loteria deixa de ser registrado, a rifa sequer tem os prêmios que se diz sortear e o pior, jamais será sorteada, os organizadores dos programas de televisão e rádio elaboram perguntas mal formuladas, com mais de uma opção e até irrespondíveis.

Assim, diante de tais situações, há possibilidade de se chegar ao percebimento da indenização, eis que para o critério de fixação da mesma basta a perda cumulada com a conduta do ofensor, que se trata de quem proferiu o dano experimentado ao lesado, tudo isso, observado conjuntamente ao nexo causal.

Sendo assim, em decorrência de tais acontecimentos é que se chegou a um julgado nesse sentido, conhecidíssimo, que será tratado a seguir: O caso Show do Milhão.

3. DOIS IMPORTANTES JULGADOS PROFERIDOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Antes de apresentar entendimentos jurisprudenciais brasileiros quanto à aceitabilidade da indenização fixada pela perda de uma chance, insta iniciar o assunto e explicá-lo, descrevendo o que dizem os doutrinadores acerca de tal aplicabilidade pela doutrina e pela jurisprudência.

Quanto à manifestação pela doutrina, anteriormente havia muita resistência da aceitação da perda de uma chance pela mesma, eis que se analisavam os casos de recurso.

De acordo com a citação de Carvalho Santos (1956), na doutrina de Rafael Peteffi da Silva, “parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar que a sentença seria efetivamente reformada”. (SILVA, 2009, p.189)

Assim, diante de tal posicionamento, para se iniciar a aceitabilidade da teoria das perdas, necessário era observar a possibilidade real e séria da chance, conforme destaca Rafael Peteffi da Silva, elucidando Miguel Kfoury Neto:

A chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria. (SILVA, 2009, p.191)

De tal modo, ao se admitir que o credor possa obter o que de fato perdeu, e o que minimamente não lucrou, elenca-se um importante princípio da responsabilidade civil, que é denominado reparação integral dos danos.

Traçando os objetivos pertinentes a tal princípio, ensina Sérgio Savi:

Este princípio é, portanto, verdadeiro princípio de justiça que deverá sempre nortear a atividade do intérprete quando da necessidade de se aferir o que deve ser objeto de reparação na responsabilidade civil. Apesar de reconhecido por grande parte da doutrina, há notícia de decisões judiciais que simplesmente ignoram a existência deste princípio. (SAVI, 2012, p. 108)

Lamenta-se, portanto, que alguns tribunais não reconheçam o mencionado princípio da reparação integral dos danos, que serve para embasar e fundamentar as perdas de chances.

Rafael Peteffi da Silva cita duas problemáticas, quais sejam, a da teoria clássica da responsabilidade civil por perda de uma chance e a modalidade em que para se aplicar a perda de uma chance necessário é recorrer a causalidade parcial. Vejamos:

A indenização das chances subtraídas pela conduta do réu é o único caminho para que a vítima seja reparada de alguma forma. Como a doutrina tradicional não aceita a causalidade parcial, utilizando-se do conceito de ‘tudo ou nada’, as chances perdidas de-

vem ser isoladas como um prejuízo independente. (SILVA, 2009, p. 104-105)

Assim, tratar-se-á da modalidade tradicional, em que se admite a perda de uma chance decorrida de um prejuízo independente, eis que é a corrente majoritária de entendimento dos mais nomeados doutrinadores.

Sérgio Savi, concordando com tal modalidade de aplicabilidade da perda de uma chance, elucida:

percebe-se que, apesar de haver posições diversas acerca do enquadramento da indenização das chances perdidas – se como dano patrimonial ou moral, dano emergente ou lucro cessante –, desde os clássicos até os autores contemporâneos, a grande maioria admite que, se se tratar de chance (oportunidade) séria e real, a mesma passa a ter valor econômico e, portanto, a ser passível de indenização. (SAVI, 2012, p. 46)

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, verifica-se que o mesmo vem se tornando cada vez mais presente em nosso ordenamento jurídico.

Apesar das instâncias primevas ainda encontrarem dificuldades para fixar uma indenização baseada em perda de uma chance, muitos tribunais em segunda instância já tem decidido favoravelmente quanto a tal pleito.

Alguns julgadores entendem que a perda da chance deve ser considerada uma modalidade de dano moral, ou em outras palavras, que seria capaz apenas de gerar um dano de natureza extrapatrimonial. Por outro lado, há farta jurisprudência reconhecendo a possibilidade da perda de uma chance gerar danos de natureza patrimonial. Nestes casos, os tribunais, na maioria das vezes, entendem que estaríamos diante de hipóteses de lucros cessantes. Raramente encontramos julgados entendendo que a perda de uma chance, quando gera dano material, deva ser tratada como modalidade de dano emergente. (SAVI, 2012, p. 47)

De tal modo, citaremos, a seguir, uma decisão, renomada em nosso ordenamento, que tratou do acolhimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgou corretamente o caso conhecido por “Show do Milhão”.

3.1 O caso “SHOW DO MILHÃO”

A decisão ocorrida com relação ao caso “Show do Milhão”, protagonizado no programa do apresentador Sílvio Santos, pode ser considerada um excelente julgado de amparo em matéria de responsabilidade civil pela perda de uma chance.

O julgamento ocorrera no dia 8 de novembro de 2005. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o tema, deixando claros os objetivos que permeiam a responsabilidade civil por perda de uma chance. A seguir, a ementa do acórdão em questão:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, Recurso Especial n.788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13.3.2006)

Conforme se verifica do relatório da presente decisão, com relação aos fatos, a autora teria participado do programa de televisão “Show do Milhão”, apresentado por Sílvio Santos e vinculado à emissora SBT.

O denominado “Show do Milhão” tratava-se de um programa de perguntas e respostas acerca de conhecimentos gerais, no qual o participante se chegasse ao resultado final, com resposta correta a uma série de perguntas, perceberia o prêmio máximo de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro.

De acordo com o regulamento do programa, quanto mais perguntas respondidas, maior é o montante recebido pelo participante, sendo que, se o mesmo acertar a penúltima pergunta acumulará R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

A demandante havia participado do referido programa e logrado êxito em responder até a penúltima pergunta, tendo chegado à “pergunta do milhão”, acumulando de tal forma os R\$500.000,00 (quinhentos mil reais).

Quando a autora tomou conhecimento da “pergunta do milhão” resolveu parar com o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), e optou por não respondê-la, eis que entendeu que a mesma fora mal formulada, não havendo nas opções resposta correta.

Diante de tal posicionamento, entendendo que a produção do programa agiu mediante má-fé ingressou em juízo postulando o ressarcimento por danos materiais e morais, sendo o dano material equivalente ao valor do prêmio máximo não percebido devido ao incidente ocorrido, e o dano moral correspondente à justificativa de ter seu sonho frustrado.

A “pergunta do milhão” foi a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do Território Brasileiro?”. Como possíveis respostas, o programa apresentou quatro alternativas: (1) 22%; (2) 2%; (3) 4%; ou (4) 10%.

No julgamento em primeiro grau, a demandante teve seu pleito material acolhido, já que a empresa apelante justificou ter a pergunta uma resposta, a qual estaria estabelecida no artigo 231 da Constituição Federal de 1998, porém tal justificativa não foi acolhida, pois a redação do mencionado artigo não se enquadrava em nenhuma das hipóteses inseridas como resposta.

Dessa forma a autora se utilizou do argumento de má-fé na elaboração da pergunta deliberadamente sem resposta, tendo tal empresa sido condenada a pagar à autora R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), com acréscimo de juros legais, a partir do ato lesivo.

Houve apelação pela BF Utilidades Domésticas Ltda. que teve o provimento negado, em decorrência da evidenciada má-fé da apelante, tendo sido constatada a impropriedade da pergunta, eis que apontou a Constituição Federal como fonte, embora tenha sido a resposta retirada da Enciclopédia Barsa.

Para apreciação da decisão foi adotado o ordenamento do Código Civil de 1916, vigente à época do ajuizamento da demanda, que se

deu em 15 de junho de 2000, tendo sido analisado o artigo 1.059 do mesmo, que dispunha:

Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (Código Civil de 1916)

Quanto à decisão em segunda instância, entendeu o Superior Tribunal de Justiça reformar, em parte, a decisão proferida em primeiro grau no que concerne ao valor anteriormente fixado, porém manteve a decisão em caráter condenatório, de acordo com o seguinte entendimento:

Firmado o debate no sentido de haver a recorrida optado por não responder a indagação diante da inviabilidade lógica de uma resposta adequada, ou, na dicção da petição inicial, de ser a pergunta ‘irrespondível’, não se pode negar, em consonância com as instâncias ordinárias, que a prestação foi impossibilitada por culpa do devedor, no caso a recorrente, que deverá ressarcir a recorrida do *quantum* perdido ou que razoavelmente havia deixado de lucrar. (STJ, Recurso Especial n.788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13.3.2006)

Por fim, condenou a BF Utilidades Domésticas Ltda. ao pagamento de indenização à autora no percentual de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), eis que entendeu o posicionamento da apelante, no sentido de que se fosse ser mantida a indenização, a mesma deveria ser equivalente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do valor total pleiteado pela autora, eis que assim refletiria as reais possibilidades de êxito desta.

Assim, foi conhecido o recurso especial e lhe dado parcial provimento para reduzir a indenização anteriormente fixada para o montante de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Necessário demonstrar o entendimento de Miguel Maria Serpa Lopes, citado no referido acórdão:

Tem-se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que possibilidade havia

uma *probabilidade suficiente*, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria *chance*, que o juiz apreciará *in concreto*, e não ao lucro ou perda que dela era objeto, uma vez que o que falhou foi *achance*, cuja natureza é sempre problemática na sua realização. (LOPES, 2000, p. 391)

Importante ainda explicar que no concernente a tal acórdão, foi afastada a invocação da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal, eis que a fundamentação é una e somente deve ser utilizada para se configurar decisão recorrida com mais de um fundamento suficiente, sendo inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

3.2 Julgado que admite perda de uma chance autônoma

Anteriormente, mencionou-se a problemática da diferenciação de perda de uma chance de lucros cessantes e dano emergente. É o que ensina a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NEGLIGÊNCIA. PERDA DE CHANCE. Teoria da Perda de chance é utilizada para calcular indenização quando há um dano atual, porém incerto, dito 'dano hipotético'. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante). Ausência de produção de provas testemunhal na ação trabalhista patrocinada e a consequente insuficiência de demonstração da justa causa, sendo que o advogado tinha perfeitas condições de fazê-lo. Ocorrendo a perda da chance, nisso já se reside o prejuízo. QUANTUM CONDENATÓRIO. Critérios para mensuração. Inexistência de parâmetros legais, sendo deixada ao prudente arbítrio do julgador. Deve atentar este para a função reparadora da indenização, que, antes de tudo, demanda a aplicação do princípio da equidade, a fim de que a parte sofredora do abalo moral não venha a locupletar-se com enriquecimento indevido. Julgada parcialmente procedente a demanda. Invertido o ônus da sucumbência (TJRS, 2009, AC n. 70025788159, DJ 23.7.2009).

Em tal julgado, edificou-se a aplicação da teoria da perda de uma chance, que não se enquadrava como dano emergente, lucro cessante ou dano moral, tendo o dano sido reconhecido decorrente da perda de chance como categoria autônoma.

4. CONCLUSÃO

Neste artigo abordou-se em breves comentários a historicidade e conceito da Responsabilidade Civil e Perda de uma Chance.

Também se procurou demonstrar como vem ocorrendo os julgamentos e aceitabilidade da Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, bem como os critérios utilizados para a fixação da indenização por perda juridicamente relevante.

A partir dos instrumentos jurídicos (Código Civil, Constituição Federal, Doutrinas e Jurisprudências) foi possível averiguar os critérios utilizados pelos Tribunais para fixação de indenização baseados em perda de uma chance, admitindo-se, ainda, o fator sorte.

Neste estudo percebeu-se a relevância das leis pátrias existentes que buscam estabelecer quais os critérios devem ser utilizados para se pleitear uma perda de chance juridicamente possível e para concessão da mesma.

A pesquisa bibliográfica fez compreender que há leis bem elaboradas e entendimentos diversos, que servem de busca e aprimoramento ao tema, os quais devem ser observados e entendidos antes de se aceitar a teoria da Perda de uma Chance.

Mostrou-se ainda um dos julgados mais relevantes ao nosso ordenamento brasileiro, que demonstra de forma correta como deve ser aplicada a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance e como deve ser fixado o critério para se delimitar o *quantum* indenizatório.

Por fim, demonstrou-se um julgado que esclarece a diferença tão peculiar e ao mesmo tempo, tão discutida pelos mais renomados juristas e doutrinadores quanto à problemática utilizada para diferenciação de perda de uma chance, lucros cessantes e dano emergente, para se chegar a admissão de uma chance perdida, em categoria autônoma.

Com efeito, sem a pretensão de esgotar o tema, foi possível vislumbrar a relevância do instituto e sua perfeita aplicabilidade ao ordenamento jurídico pátrio, a salvaguardar, por meio de indenização, os direitos daqueles que se veem tolhidos de uma oportunidade pela ação ou omissão de outrem.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Apelação Cível nº 70025788159*. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Sexta Câmara Cível. Relator Desembargador Êrgio Roque Menine. Julgamento: 23 de Jul de 2009. Disponível em: <<http://www.strs.jus.br>>, acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>, acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>, acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º Janeiro de 1916. Institui o Código Civil Brasileiro, revogado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. acesso em: 11 ago. de 2013.

BRASIL. *Recurso Especial nº 788.459*. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 8 nov. de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, acesso em 11 ago. de 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, v. VII, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, v. II, 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil Por Perda de uma Chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Rafael Peteffida. *Responsabilidade Civil Pela Perda de uma Chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v. IV, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

