

APRESENTAÇÃO

Apresento aos senhores defensores públicos, juristas e acadêmicos de direito, a revista de direito da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro de nº 23.

É fácil perceber que a velocidade nas modificações das relações sociais foi diagnosticada pelos autores nos belíssimos trabalhos que compõem a revista. Os temas retratam a dificuldade do direito em se manter dinâmico no enfrentamento dos problemas sociais que tanto afligem os brasileiros.

É orgulho institucional poder constatar que a Defensoria Pública fluminense é composta de juristas consagrados, fazendo ecoar nos labirintos da justiça a voz do povo.

Congratulo os autores pelas obras apresentadas ao CEJUR na pessoa do senhor diretor geral, Dr.Cláudio Mascarenhas e a todos os defensores públicos do estado do Rio de Janeiro por enaltecerem nossa instituição.

JOSÉ RAIMUNDO BATISTA MOREIRA
DEFENSOS PÚBLICO GERAL

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

- José Raimundo Batista Moreira..... 9

TRABALHOS DOUTRINÁRIOS

- ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA, DEFENSORIA PÚBLICA E O CONCEITO DE POBRE NA FORMA DA LEI.

- Ana Paula de Oliveira Adriano..... 13

- FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

- Delmalice Rocha e Silva 21

- O ATO INFRACIONAL, AS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS E O MITO DA IMPUNIDADE

- Eufrásia Maria Souza das Virgens..... 61

- A INCONSTITUCIONALIDADE (PROGRESSIVA?) DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS: UMA FILTRAGEM GARANTÍSTICA - CONSTITUCIONAL DO ART. 225 DO C.P.

- Felipe Lima de Almeida 84

- A NOVA EXECUÇÃO CIVIL: O QUE FALTA MUDAR

- José Augusto Garcia 107

- A ÉTICA PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

- Júlio Aurélio Vianna Lopes 142

- CONTROLE JURISDICIONAL DA INSTITUIÇÃO DE TIPOS PENAIIS - ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

- Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

- Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho

- Paula Castello Branco Camargo..... 146

- ACESSO À JUSTIÇA E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

- Raphael C. Berba 158

- **A CONFLITUOSA RELAÇÃO ENTRE A IMPRENSA E OS ADOLESCENTES AOS QUAIS SE IMPUTA AUTORIA DE ATO INFRACIONAL**
- Rodrigo de Castro Fuly 177
- **DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE - DEBATE SOBRE AS POSSIBILIDADES DE TRANSMISSÃO**
- Susana Cadore Nunes 205
- **O CASO JOÃO HÉLIO E A MAIORIDADE PENAL: O DISCURSO DO MAIS DO MESMO**
- Tiago Abud da Fonseca 252
- **“ANALFABETOS TECNOLÓGICOS” - “VULNERABILIDADE FÁTICA” - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**
- Vivian Baptista Gonçalves
- Maria Carmen Ferreira Leite Miranda de Sá 261

PEÇAS PROCESSUAIS

- **AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ**
- Diamantino Antunes Pereira 273
- **HABEAS CORPUS**
- Sérgio Paes Fraga 286

Assistência jurídica gratuita, Defensoria Pública e o conceito de pobre na forma da lei.

Ana Paula de Oliveira Adriano¹

Ementa: Assistência judiciária e assistência jurídica. Assistência judiciária gratuita. Beneficiários da assistência jurídica gratuita. Acesso à Justiça. Defensoria Pública.

1. Considerações iniciais: assistência judiciária e assistência jurídica

O acesso à Justiça é um direito fundamental do cidadão e o acesso ao Judiciário é um direito de todos e dever do Estado, ambos são instrumentos genuínos de promoção do princípio da igualdade, pois tentam compatibilizar as partes dentro do processo judicial ou mesmo em procedimentos extrajudiciais. O não oferecimento ou a disponibilização de meios insuficientes para que o cidadão exercite seu direito a uma prestação jurisdicional caracteriza o descumprimento de dever positivo institucional por parte do Estado e enseja sua responsabilização integral.

O instituto da assistência judiciária (que inicialmente era apenas a viabilização do direito de demandar em juízo) foi introduzido no direito positivo brasileiro pela Lei nº. 1.060/50 e foi recepcionado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXXIV, onde se assegura assistência judiciária aos necessitados. Com o advento da Carta Magna vigente, além da já referida assistência judiciária, o Estado assegurou a assistência jurídica (assistência judiciária + assessoria jurídica), ampliando o rol de direitos fundamentais do cidadão.

Alguns doutrinadores entendem que a Constituição Federal não recepcionou a Lei nº. 1.060/50 no que diz respeito à abrangência do benefício (que se restringia somente à dispensa do pagamento das custas), uma vez que a Constituição Federal estabelece textualmente a gratuidade da assistência jurídica (conceito mais amplo que abrange a gratuidade judiciária) e não faz ressalva alguma à regulamentação por lei ordinária. Nas Constituições anteriores, as normas que tratavam deste benefício (que apenas referia-se à gratuidade judiciária) eram de eficácia contida. Além disso, a norma constitucional que garante a assistência jurídica gratuita não pode ter seu alcance contido pela atividade do legislador infraconstitucional, o que caracterizaria a norma superveniente como inconstitucional.

A assistência jurídica gratuita e integral consiste em garantia de meios de acesso à Justiça mediante o exercício do direito de ação (assistência judiciária), bem como o assessoramento para exercício dos direitos no âmbito extrajudicial (assessoria jurídica).

Sobre a distinção entre os conceitos anteriores, Rui Portanova (2003, p. 86) ensina que “se o *benefício da justiça gratuita* é instituto pré-processual e a *assistência judiciária* é instituto de direito administrativo, tem-se que a *assistência jurídica integral* é uma garantia fundamental de aplicação geral e constitucionalmente garantida”. (itálico original)

Kazuo Watanabe (*apud* PORTANOVA, 2003, p. 85) apresenta uma visão dirigida ao plano da efetividade do acesso à Justiça, ao considerar que “trata-se de um instrumento de acesso à ordem jurídica justa, e não apenas de defesa técnico-processual ou pré-processual”.

Em virtude da previsão constitucional, a assistência jurídica integral e gratuita consiste numa forma de garantir o acesso à Justiça aos menos favorecidos economicamente e, pela observação feita durante seis meses de atendimento no Setor de Petição Inicial da Defensoria Pública do Estado do Ceará, este grupo representa a parte mais significativa do público atendido neste Núcleo.

A assistência judiciária, por sua vez, se destina a favorecer o ingresso em juízo, sem o qual não é possível o acesso à Justiça (em sentido estrito), a pessoas desprovidas de recursos

¹ Advogada em Fortaleza. Graduada em Direito Público pela Universidade de Fortaleza e Especialista em Processo Civil pela Faculdade Farias Brito.

financeiros que permitam a defesa judicial de seus direitos e interesses, abrangendo tanto a primeira como a segunda instância, indo até a execução de sentença. Por tal razão, a garantia de assistência jurídica em sentido amplo, fundamentada no princípio da isonomia, é uma decorrência lógica do princípio da inafastabilidade da jurisdição, contido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 47) oferece uma explicação bastante elucidativa acerca da evolução do conceito de assistência jurídica, não limitada à gratuidade de custas processuais, conforme se transcreve a seguir:

Em face da complexidade da nossa sociedade, é necessário que exista um trabalho de informação dos cidadãos acerca dos direitos e, inclusive, sobre as novas formas de composição de conflitos que vêm ganhando corpo no domínio da administração da justiça.

Ainda sobre a atual amplitude do conceito de assistência jurídica integral, relevantes as considerações de Rui Portanova (2003, p. 86):

Trata-se de verdadeira garantia fundamental com mais amplitude, transformada em direito constitucionalmente consagrado. Assim, além de abrir gratuitamente as portas do Judiciário, são garantidos serviços advocatícios de organizações estatais, não-estatais e até individual do advogado que se proponha a atender o necessitado. Ademais, a assistência jurídica integral garante aos pobres também o acesso gratuito a serviços extrajudiciais, como registro civil de nascimento e certidão de óbito.

2. Da assistência judiciária gratuita

A assistência judiciária gratuita consiste em outorga de defensor público (com intimação pessoal e concessão de prazos em dobro) e isenção² das taxas judiciárias devidas ao Estado, emolumentos de cartórios não-oficializados, despesas com publicações em jornais e reembolsos eventualmente devidos a testemunhas. Não se incluem na isenção: honorários de sucumbência e adiantamentos de honorários do perito e de auxiliares de encargo judicial, por não serem remunerados pelo Estado e por não estarem obrigados a prestar serviços gratuitamente.

São requisitos para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita: 1) situação econômica insuficiente para pagar custas judiciais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e da família; 2) declaração de sua própria condição na petição em que comparecer em juízo – o autor, na petição inicial e o réu, em sua resposta – e; 3) pedido de assistência judiciária, haja vista ser defeso ao juiz conceder, de ofício, a gratuidade judiciária.

A presunção relativa de pobreza é consequência da alegação do interessado, tendo seu estado de pobreza presumido até prova em contrário. Muito embora, o dispositivo constitucional determine que o interessado comprove sua insuficiência de recursos, prevalece a disposição infraconstitucional que transfere à parte adversa (quando esta impugna o pedido de assistência judiciária gratuita) o ônus de comprovar a suficiência econômica do assistido. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a este respeito, assim decidiu:

² A doutrina denomina impropriamente como isenção, entretanto, neste caso, trata-se de imunidade propriamente dita, haja vista que a dispensa do pagamento é instituída pela Constituição Federal.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O TEXTO LEGAL E O PRECEITO CONSTITUCIONAL. SIMPLES DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO INICIAL. A declaração de insuficiência de recursos é documento hábil para o deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita, mormente quando não impugnada pela parte contrária, a quem cumpre o ônus da prova capaz de desconstituir direito postulado. Incompatibilidade entre o texto legal e o preceito constitucional. Inexistência. Agravo regimental provido. (AI 136910 AgR/RS – Rel. Min. Maurício Corrêa – Julgamento: 26/06/1995 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 22-09-1995 PP-30598 EMENT VOL-01801-04 PP-00738).

O pedido de assistência judiciária gratuita será dirigido ao juiz e será concedido exclusivamente para o processo em que o interessado solicitar, podendo ser revogado a requerimento da parte adversária ou de ofício. O pedido instaura um incidente inicial, com direito ao contraditório e possível dilação probatória. O indeferimento do pedido constitui decisão interlocutória atacável por via de recurso, por força do que dispõe a Lei nº. 1.060/50, em seu artigo 17, como exceção ao agravo de instrumento, que é o meio processual para impugnação de decisão interlocutória.

3. Dos beneficiários da assistência jurídica gratuita

A doutrina define o pobre na forma da lei (beneficiário da assistência jurídica gratuita) como sendo o “indivíduo cujos recursos pecuniários não lhe permitam suportar o ônus de um pleito judicial, para fazer valer um direito seu ou de pessoa sob a sua responsabilidade, sem que se prive de algum dos elementos indispensáveis de que ordinariamente dispõe para a subsistência própria ou da família”³, condição esta suscetível de averiguação pelo magistrado e/ou defensor público⁴.

Podem ser beneficiários da assistência jurídica gratuita: a pessoa física, nacional ou estrangeira, residente ou não no território nacional, com encargos próprios e de família e também, em interpretação ampliada, a pessoa jurídica, em virtude da repercussão social e econômica dos resultados das empresas.

Inclusive a pessoa jurídica poderá ser beneficiada pela assistência judiciária gratuita, entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Ementa: RECURSO ESPECIAL – PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS – JUSTIÇA GRATUITA – CONCESSÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS SEM COMPROMETER A EXISTÊNCIA DA PRÓPRIA SOCIEDADE –

³ NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

⁴ Prerrogativa conferida pela Lei Complementar Estadual nº. 06/97, em seu artigo 2, § 2.

COMPROVAÇÃO. RECONHECIDA PELA CORTE A QUO – ENTENDER DE MANEIRA DIVERSA IMPLICA REEXAME DE PROVA – MATÉRIA PACIFICADA – SÚMULA 83 DESTA CORTE. 1 – Para a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas com fins lucrativos é imprescindível a comprovação minuciosa e exaustiva da impossibilidade de arcar com os encargos processuais, sem comprometer a existência da própria sociedade. (...) (Resp 715048/RS; RECURSO ESPECIAL 2004/0182819-0 - Relator(a): Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113) - Órgão Julgador: T4 – QUARTA TURMA - Data do Julgamento: 26/04/2005 - Data da Publicação/Fonte: DJ 16.05.2005 p. 365) (itálico nosso)

No mesmo sentido, existe a Resolução nº. 11, de 14 de abril de 2004, da Defensoria Pública do Estado do Ceará, que autoriza a concessão de assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas de caráter filantrópico e sem fins lucrativos, assim como aos microempresários (firmas individuais) quando de sua insolvência civil.

4. Do acesso à Justiça

Acompanhando a evolução da doutrina processualista, o conceito de acesso à Justiça também sofreu importante transformação.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1999, p. 89) cita a evolução do conceito de acesso à Justiça, acompanhando as “ondas renovatórias” do processo civil ⁵:

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária. Como consequência, as barreiras ao acesso à Justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo a assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de se esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras.

Relevante a explanação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12) sobre o novo conceito de acesso à Justiça, delineado com base na efetividade dos direitos já reconhecidos, conforme transcrito adiante:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções

⁵ Entendam-se como “ondas renovatórias” do processo civil as seguintes tendências processuais: assistência judiciária aos necessitados, ações coletivas e efetividade do processo.

sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (...) O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Para Nelson Nery Júnior (2002), a atribuição ao Estado da obrigação de oferecer assistência jurídica integral e gratuita (CF artigo 5º, LXXIV) decorre do princípio do amplo acesso à Justiça (inafastabilidade da jurisdição), consignado no artigo 5º, XXV da Constituição Federal.

5. Da Defensoria Pública

Incumbe à Defensoria Pública, por determinação constitucional (CF, artigo 134), a prestação de assistência jurídica aos pobres na forma da lei. No Estado do Ceará, a prestação de assistência jurídica gratuita e integral é atribuição da Defensoria Pública Geral do Estado, conforme dispõe o artigo 146 da Constituição Estadual.

Nos Estados onde ainda não existe Defensoria Pública ou onde a Defensoria Pública Geral está em fase de instalação, a assistência jurídica é prestada por procuradores estaduais designados para atuar junto à Procuradoria de Assistência Judiciária ou por convênios firmados entre o Estado, Universidades e a Ordem dos Advogados do Brasil. Os últimos Estados a instituírem a Defensoria Pública foram São Paulo, Goiás e Santa Catarina.

No Estado de São Paulo, a Defensoria Pública foi instituída pela Lei Complementar nº. 988, de 9 de janeiro de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. Os procuradores de assistência judiciária poderão optar entre se tornarem defensores públicos ou continuarem na Procuradoria Geral do Estado. Foi aberto concurso para provimento de 180 (cento e oitenta) cargos de defensor público. Aguarda-se também a definição do convênio firmado entre a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo quanto à prestação de assistência jurídica gratuita. Em Goiás, a Lei Complementar nº. 51, de 19 de abril de 2005, criou 60 (sessenta) cargos de defensor público. Antes da instituição da Defensoria Pública, a assistência jurídica gratuita era prestada pela Procuradoria de Assistência Judiciária, unidade integrante da Procuradoria Geral do Estado. Já no Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública ainda está em fase de implantação.

A Defensoria Pública da União, com representação em diversos Estados da federação, atende a pessoas cujas causas envolvam o governo e a administração pública federal, por exemplo, causas previdenciárias e trabalhistas.

6. Conclusão

A falta de um critério objetivo para se determinar quem são os beneficiários da assistência jurídica gratuita permite que ocorram diversas fraudes, haja vista que a simples afirmação gera presunção relativa. Toma-se como exemplo o seguinte caso: o autor requer o benefício na petição inicial, sendo assistido por membro da Defensoria Pública e, no curso do processo, vem a constituir um advogado particular. Entende-se que tal artifício, utilizado apenas com o intuito de se

esquivar do pagamento das custas e emolumentos, é completamente desnecessário por considerar que a gratuidade judiciária é uma das espécies do gênero assistência jurídica, e, por conseguinte, o interessado poderia requerer gratuidade judiciária ainda que esteja sendo assistido em juízo por um advogado particular.

Existe um projeto de lei (PLS 363/2004), de autoria do senador Álvaro Dias, tramitando no Senado Federal, que propõe requisitos objetivos a serem preenchidos por quem reivindicar o benefício da gratuidade judiciária. A finalidade da proposta é evitar fraudes na concessão da assistência jurídica gratuita e corrigir eventuais falhas existentes na legislação atual.

Considerando a subjetividade de tal conceito e a dificuldade de se determinar, partindo do critério subjetivo, o perfil do beneficiário da assistência jurídica gratuita, sugerem-se alguns parâmetros para concessão do benefício como: inscrição em programas sociais do Governo Federal, classificação como cliente residencial baixa renda junto à concessionária de energia elétrica, isenção de Imposto de Renda, renda mensal até uma determinada quantidade de salários mínimos.

Essa determinação de critérios objetivos para o juiz deferir o benefício da assistência judiciária gratuita não irá restringir o atendimento da população mais pobre porque a maioria dos assistidos atendidos no Núcleo de Petição Inicial da Defensoria Pública do Estado do Ceará é formada por pessoas cuja renda declarada não ultrapassa dois salários mínimos mensais. Verifica-se ainda que a quantidade de assistidos diminui à proporção que se considera uma renda maior, ou seja, a grande clientela da Defensoria Pública é, realmente, a população mais carente. Ademais, o valor das causas patrocinadas pela Defensoria Pública segue a mesma proporção observada quanto à renda mensal dos assistidos. Vale acrescentar também que um número bastante expressivo de assistidos são isentos de declaração de imposto de renda, ou beneficiários de programas assistenciais, sendo vários os critérios possíveis para se aferir objetivamente a impossibilidade do requerente de arcar com as despesas processuais.

7. Referências bibliográficas

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

CARDOSO, Alessandrus. *A assistência judiciária gratuita ou justiça gratuita no Brasil: breves considerações acerca de um importante instituto*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3193>>. Acesso em: 21 mai. 2005.

CEARÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Ceará*, Fortaleza, CE, Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, INESP, 2004.

CRUZ, Adenor José da. *Justiça gratuita aos necessitados, à luz da Lei nº 1.060/50 e suas alterações*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4876>>. Acesso em: 21 mai. 2005.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JORNAL DO SENADO – Especial Cidadania, ano III - nº. 61. Brasília, 21 a 27 de fevereiro de 2005.

JORNAL DO SENADO – órgão de divulgação do Senado Federal, ano XI – nº. 2077/18. Brasília, 14 a 20 de fevereiro de 2005.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Garantia de acesso à Justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Delmalice Rocha e Silva¹

A Diversidade de Padrão Familiar na Atual Sociedade Brasileira e Ausência de Hierarquia. O Regime Monogâmico e o Dever de Fidelidade. Famílias Simultâneas no Âmbito da Conjugalidade. A afetividade. Famílias Simultâneas Constituídas com Amparo na Boa-fé Subjetiva e Objetiva. A Viabilidade do Reconhecimento de Efeitos Jurídicos nas Relações Paralelas.

Introdução .

A agregação de seres, unidos por laços afetivos com o fim de constituir família, antes de ser enfrentado como um fato social deve ser considerado como um fato fundamentalmente natural.

O presente trabalho destacará pontos de necessária análise para reconhecimento de famílias simultâneas, abalizando através de elementos estruturais, um novo paradigma do conceito de entidade familiar. Pretende-se questionar o fato da marginalização da família plural como espécie de entidade familiar, e conseqüente expurgo da proteção jurídica no âmbito do direito de família, decorrer da rigidez de uma orientação fundada no princípio da monogamia.

Fato é que, com a inserção de uma nova tábua de valores no ordenamento jurídico, a luz da Constituição Federal, é imprescindível reformular o conceito de família, a fim de se coadunar o sistema jurídico à realidade social. Desarrazoada, portanto, a tentativa de impor “um modelo oficial para organizações familiares, uma espécie de família estatal”, quando o que se prima na atualidade é reconhecer a pluralidade de indivíduos que compõe uma sociedade e conseqüentemente a acepção aberta de entidade familiar.²

Diante da transformação da estrutura social da família brasileira, houve uma provocação de revalorização do caráter afetivo nas relações familiares, sendo esta a diretriz básica do novo direito familiarista.

Dessa forma, a família tradicional patrimonializada e matrimonializada cede espaço, de forma gradativa, a uma nova concepção de relacionamento afetivo, que não pode ser simplesmente ignorado pelo ordenamento jurídico, por não se encaixar nos padrões do conceito da monogamia.

A discussão em torno do reconhecimento da constituição das famílias simultâneas, na esfera do direito de família e dos efeitos jurídicos delas decorrentes, poderá ser vinculada à caracterização da boa-fé, sendo esta “condição”, objeto de análise.

Com efeito, as relações múltiplas podem, ou não, constituir famílias simultâneas, sendo certo que, como fato social poderá ser atribuído resultados jurídicos. Entretanto, deve-se verificar, diante dos elementos caracterizadores da relação apresentada, a possibilidade de sua tutela ser abraçada pelo direito de família.

A Diversidade de Padrão Familiar na Atual Sociedade Brasileira e a Ausência de Hierarquia.

Diante do novo paradigma axiológico constitucional, que tem como elemento finalístico da proteção estatal³ – a pessoa humana e conseqüentemente o desenvolvimento de sua personalidade, pode-se afirmar que o constituinte não pretendeu criar espécies de famílias hierarquizadas, mas oferecer proteção em âmbito Maior a todas as comunidades familiares identificadas pelo sedo do relacionamento afetivo. Neste aspecto, comenta Gustavo Tepedino que “a comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana”⁴

¹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Titular da 2ª Vara de Família de Madureira. Pós-Graduada em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; Temas Atuais de Direito de Família e Processo de Família, Primeira Série, Editora Lumen Júris, 2004, pág. 28.

³ “Note-se que pessoa humana e comunidade familiar não são vistas em oposição, porque se é verdade que a instituição familiar é protegida e reconhecida em função da pessoa, por outro lado é também verdade que o indivíduo só será tutelado até o ponto de não satisfazer seus egoísmos particulares ou tendências desagregadoras do núcleo familiar.” (SCALISI. La “famiglia”..., p.274). NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: Diálogos sobre Direito Civil Construindo a Racionalidade Contemporânea. Ed. Renovar, pág.298. 2002.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. Ed. Renovar. 3ª. Edição. 2004, pág. 405.

Na esteira desse processo progressivo de “*flexibilização das relações interpessoais*”⁵, a sociedade mais tolerante viabilizou aos seus integrantes a busca da felicidade pessoal, seguindo, cada qual o destino que seus sentimentos lhe reservavam. Floresce a liberdade individual, a solidariedade social e revigoração do afeto nas relações familiares. Neste aspecto sinaliza Maria Berenice Dias: “Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto do casamento, que deixou de ser marco de sua existência e único sinalizador do estado civil das pessoas.”⁶

O núcleo familiar, compreendido na sua forma mais restrita, seja tradicional, decorrente do casamento, com ou sem prole, ou entidade familiar constituída por pais separados com prole, união estável, entidade monoparental ou uninuclear, decorrem de um relacionamento socialmente e emocionalmente necessário ao desenvolvimento do ser humano.⁷

A ausência de um rol expresso e taxativo de espécies de entidade familiar é argumento suficiente para o reconhecimento de um modelo aberto de família, que comporta desde a família “desconstituída, recomposta, monoparental, homoparental, clonada ou gerada artificialmente.”⁸

Portanto o termo família utilizado no caput do artigo 226 da CF é lançado pelo constituinte de forma geral e abrangente, em conformidade com o comentário de Cristiano Chaves Farias: “é plural e indeterminado, firmando verdadeira clausula geral de inclusão. É o cotidiano, as necessidades e avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal.”⁹

O referido dispositivo há de ser interpretado a luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º III da CF), e por via de consequência, do princípio da igualdade e da solidariedade social (art. 3º e 5º da CF), sendo, portanto, vedada qualquer discriminação.¹⁰

Nesse panorama a família deixou de ser identificada, exclusivamente, pelo aspecto matrimonial, passando a abrigar as mais variadas espécies de relações oriundas do vínculo afetivo¹¹. A aliança afetiva, de qualquer natureza passou a ser um fato social relevante e merecedor de tutela jurídica específica, uma vez que, reconhecida como entidade familiar.

A nova acepção do conceito familiar é reflexo da compreensão social para os anseios individuais e busca incessante de oferecer tratamento igualitário, justo e solidário a cada grupo, reconhecido como familiar.

Acerca da diversidade de padrão familiar na atual sociedade brasileira, observa Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

“A menção a *entidade familiar* é feita no sentido de *núcleo familiar*, *família* no mais estrito sentido da palavra, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, dentro de uma perspectiva plurarista, de respeito à dignidade da pessoa humana (...)

O termo *família* é utilizado em sentido amplo, que pode ter o amplíssimo significado de família brasileira ou, p. ex., de parentes unidos segundo laços consangüíneos, que corresponde, segundo o Código Civil, até o sexto grau, bem assim as denominações família natural e família substituta adotadas pelo Estatuto da Criança e do adolescente, ECA, que incluem, portanto, as mais diversas acepções do termo, em sua acepção jurídica.”¹²

A família deixou de ser fundamento em si mesmo, para ser instrumento de realização e projetos de desenvolvimento da pessoa de seus componentes. Nesse passo, o indivíduo não é mais introduzido em um

⁵ DIAS, Maria Berenice. Adultério, Bigamia e União estável: realidade e responsabilidade. Artigo exibido Internet - site: mariaberenicedias.com.br

⁶ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual. Preconceito & Justiça. Ed. Livraria do Advogado. 2ª. Edição. 2001, pág. 64.

⁷ “O homem, ao se relacionar consigo mesmo e com os outros mediante estados emocionais, adquire como função primordial de sobrevivência a administração de seu lado afetivo. (...) A família é o lugar onde o indivíduo encontra refúgio, abrigo e segurança necessários ao convívio harmonioso em seu grupo.” KRELL, Olga Jubert Gouveia. União Estável Análise Sociológica. Ed. Juruá. Curitiba. 2003. Família e Sociedade Realidades Indissolúveis, pág. 21.

⁸ DIAS, Maria Berenice. Adultério, Bigamia e União estável: realidade e responsabilidade. Artigo exibido Internet - site: mariaberenicedias.com.br

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves. Temas de Direito e Processo Civil de Família. Coordenador Cristiano Chaves Farias. Artigo: Direito Constitucional à Família. Ed. Lúmen Júris. 2004, pág. 25.

¹⁰ Elucidativo o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no agravo de instrumento 240.297-SP-DJU, de 24/10/2000, às páginas 202 e 203 (*Boletim do Irib n. 314, de 15/5/2001*): “As expressões ‘casal’ e ‘entidade familiar’ constantes do art. 1º da Lei 8.009/90, devem ser interpretadas consoante o sentido social da norma, devendo a família ser caracterizada como instituição social de pessoas que se agrupam por laços de casamento, união estável ou descendência. Considerando que a lei não se dirige a um grupo de pessoas, mas permite que se proteja cada indivíduo como membro da instituição em apreço, mister se faz estender seus benefícios a qualquer pessoa integrante da entidade familiar, seja ela casada, solteira, viúva, desquitada ou divorciada, uma vez que o amparo legal é dado para que seja a esses assegurado um lugar para morar. Precedentes desta Corte.”

¹¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo e SCHIOCCHET, Taysa. Fonte: www.direitodafamilia.net

¹² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. Jus Navegandi, Teresina, a.6, n.56.2002. Disponível em <<http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em: 23.10.2005

modelo de núcleo familiar para dele, fazer parte, mas se agrega a determinados indivíduos por afinidade, cujo elo é puramente afetivo, formando um grupo que possui projetos de vida em comum - constituir família.

Assim sendo, a família não mais representa um núcleo de concentração de fortuna (segurança patrimonial), mas como expressão de realização afetiva (valorização do indivíduo) gerando multiplicidade de espécies, cujo gênero é entidade familiar. Ultrapassada a idéia de modelo oficial de “família estatal”, matrimonializada e patrimonializada, para se promover a personificação da família como um grupo socialmente reconhecido.

Na mesma linha de raciocínio é que Paulo Luiz Netto Lobo menciona que “O caput do art. 226 é, conseqüentemente cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.” Conclui, ainda, “O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas à sua permanente constituição e reinvenção.”¹³

Com a evolução do conceito de “família”, seus elementos caracterizadores procuram se adequar à realidade social. Alguns requisitos da *família constitucionalizada* podem ser apresentados como estruturais ou necessários a sua existência, tais como: *o afeto* que pode ser considerado a alavanca para a constituição desse grupo familiar, *a estabilidade* representando a segurança que serve de âncora para relação e *ostensibilidade* como resultado da expressão afetiva exteriorizada para além dessa unidade familiar.¹⁴

Em contrapartida, os demais elementos,¹⁵ que fazem parte da constituição das espécies de entidades familiares, como o casamento e união estável, não são necessários a existência das diversas modalidades de entidades familiares, servindo apenas, como indicadores de espécies de núcleos familiares; cada qual, com o devido resguardo no âmbito do direito, na medida em que geram efeitos jurídicos relevantes.

Esta concepção pluralista traz a lume discussões acerca do conceito estrutural de família¹⁶ e eventual hierarquia entre suas espécies, porém, qualquer espécie de entidade familiar, seja explícita ou implícita, é considerada entidade familiar, desde que presentes os elementos estruturais da afetividade, estabilidade e ostensibilidade. “Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.”¹⁷

Desta forma, oferecer proteção estatal a uma espécie de família, afastando outras, compromete o princípio da dignidade da pessoa humana, que ocupa cargo de verdadeiro alicerce Constitucional, como fundamento da própria República. Alçado pelo artigo 1º, inciso III da Lei Magna, representa a base da proteção à família, devida ao Estado, a teor do artigo 226 do referido texto.¹⁸

A igualdade na dignidade de cada pessoa, impede a proteção de uma em detrimento de outras, com relação a escolha que cada qual faz ao constituir o seu núcleo familiar, “uma vez que todas as entidades familiares desempenham a mesma função, qual seja, promover o desenvolvimento de seus membros”, conclusão de Ana Luiza Maia Nevares, que assevera, ainda, o seguinte:

“Note-se, portanto, que a equiparação de direitos não se dá em virtude de uma “cláusula de maior favorecimento”, mas em virtude do princípio da igualdade, cânone do sistema constitucional, cuja aplicação garante a atuação do princípio da pessoa humana”¹⁹

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Ed. Lumen Júris, p. 1-18, Rio de Janeiro 2004, pág. 06. e LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Obra citada: Entidades familiares constitucionalizadas...

¹⁵ São elementos indicadores da existência da união estável: Diversidade de sexos, coabitação, dever de lealdade/fidelidade.

¹⁶ “Tem-se discutido arduamente o conceito, por assim dizer, estrutural de família nos últimos anos, tendo em vista a abertura do seu tipo jurídico proporcionada pela Constituição de 1988. Isto ocorre tanto no assim denominado vínculo horizontal (relações de par) como no vínculo vertical (relações de filiação), propondo-se critérios variados para sua conseqüente incorporação gradual, na realidade normativa, dos diversos fenômenos manifestantes na realidade social. Tais propostas normativas designam escolhas que não são neutras, devendo, portanto, ser realizadas à luz da legalidade constitucional.” KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: botas sobre o tempo como elementos da *fattispecie* família. In: Diálogos sobre Direito Civil Construindo a Racionalidade Contemporânea. Ed. Renovar, pág. 318. 2002.

¹⁷ TEPELINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. Ed. Renovar. 3ª. Edição. 2004. Pág. 373.

¹⁸ Conforme explica Carlos Cavalcanti: “O texto constitucional consagrou, em matéria de direito de família, os seguintes princípios: com acepção genérica, a liberdade e a igualdade; como princípios específicos, o pluralismo das entidades familiares e a afetividade; todos informados e conformados ao atendimento do princípio maior, a dignidade da pessoa humana, considerado como primado. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS E CONCUBINATO ADULTERINO (ccaf@vcnet.com.br)

¹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In:

Trata-se, portanto, não só da necessidade de enquadrar corretamente na seara do direito a tutela de relações semelhantes, mas de interpretá-las em conformidade com os ditames constitucionais, a teor do princípio da igualdade e da solidariedade, conseqüentemente, do resguardo da dignidade da pessoa integrante de determinado grupo familiar.

A partir dessa digressão pautada na ausência de hierarquia entre as entidades²⁰, é possível concluir que, independentemente da espécie de entidade familiar, desde que presente seus requisitos existenciais, os conflitos devem, necessariamente, serem dirimidos no âmbito do direito de família.²¹

De fato, os novos conceitos e evoluções dos institutos do Direito de Família que foram abordados com especial cuidado no Código Civil de 2002, merecem, ainda, uma atividade interpretativa sob o prisma de uma sociedade voltada a padrões libertos de preconceitos sociais, políticos e sexuais. Sendo assim, a análise de cada um desses pressupostos deve ser detido as profundas mudanças na contemporaneidade.

O Regime Monogâmico e o Dever de Fidelidade.

O sistema monogâmico tem como elo de sustentação, até os dias de hoje, as regras de fidelidade. Porém, essas regras foram impostas as mulheres por questões econômicas, época em que sua condição de dependência era gerada pela falta de oportunidade de trabalho, esse quadro não mais reflete a realidade atual.

Atualmente, muitas mulheres detêm nas mãos o poder de decisão e gestão do poder público e privado; o poder que lhes proporciona a cada dia a liberdade de aceitação e de escolha do que lhes parece mais conveniente e capaz de proporcionar a tão almejada felicidade.

As relações matrimoniais não apresentaram as mesmas características ao longo de toda história, mas ao contrário, assumiram diversas formas como a poligâmica (casamento de um homem com várias mulheres), a poliândrica (uma mulher com vários homens) e a monogâmica.²²

Em breve digressão sobre elementos estruturais que determinam a longa duração da família ocidental Carlos Eduardo Pianovski apresenta a seguinte classificação:

“A monogamia endógena consiste na existência de uma única relação de conjugalidade no interior de uma mesma estrutura familiar. Ela não exclui a possibilidade de conjugalidades múltiplas, desde que exteriores à estrutura monogâmica constituída. Difere, pois, de uma monogamia também exógena, que implica na vedação absoluta do relacionamento sexual com outros indivíduos que não aquele com o qual se constituiu a conjugalidade.

A monogamia endógena, portanto, convive com a possibilidade de uma dada poligamia: a que se apresenta sob a forma de exógena, ou seja, exterior à estrutura familiar monogâmica.”²³

Com efeito, as relações extraconjugais masculinas são, hodiernamente, incentivadas, toleradas e, algumas vezes, aceitas pela parceira, ao passo que, as relações extraconjugais femininas enfrentam verdadeira repressão social. De suma importância a classificação, pois, ao definir o panorama atual da família brasileira seria possível, verificar a viabilidade do reconhecimento social do fenômeno da simultaneidade familiar, sem que seja afastado o sistema monogâmico adotado.²⁴

Diálogos sobre Direito Civil Construindo a Racionalidade Contemporânea. Ed. Renovar. pág. 315. 2002.

²⁰ “É necessário evitar que persista uma hierarquia entre os modelos familiares, de modo a retomar, novamente, como paradigma o casamento e, assim, ajustar arbitrariamente todas as outras entidades familiares aos seus pressupostos. A Constituição prevê a pluralidade de formas de constituir família e não estabelece qualquer hierarquia entre as mesmas. Além disso, os tipos familiares explicitados são meramente exemplificativos, uma vez que “o caput do artigo 226 da Constituição tem uma previsão aberta e genérica a partir do termo “família””.

O Reconhecimento Jurídico das Uniões Estáveis Homoafetivas no Direito de Família Brasileiro. BRAUNER, Maria Cláudia Crespo e SCHIOCCHET, Taysa. fonte: www.direitodafamilia.net

²¹ “ Viola o princípio da dignidade da pessoa humana a interpretação que exclua da proteção legal de qualquer entidade familiar, seja fundada no casamento, na união estável, em modelos monoparentais, em uniões homoafetivas e no que mais o homem escolha para se organizar em núcleos elementares. À luz do que se trilhou, impõe-se, por conseguinte, reconhecer todas as formas de entidades familiares como protegidas, tuteladas, pelo Direito de Família, sob pena de grave violência constitucional.” FARIAS, Cristiano Chaves de; Temas Atuais de Direito de Família e Processo de Família, Primeira Série, Editora Lumen Júris, 2004, pág. 33.

²² Veja: CAHALI, Yussef Said. Família e Casamento, Doutrina e Jurisprudência. Ed. Saraiva. 1988. Pág. 302 cit. LEWIS HENRY MORGAN, A Sociedade Primitiva. Tradução Maria Helena Barreiro Alves, Ed. Presença, 1877, v.1, pág. 41.

²³RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Ed. Renovar rio de Janeiro, pág. 98. 2005.

²⁴ Apropriadamente Maria Isabel da Costa, classifica-se a família quanto a relacionamento conjugal como: a) Promíscua: relacionamento temporário e sem compromisso de fidelidade pode haver vários parceiros ao mesmo tempo; Poliandria: relacionamento de vários homens com uma mulher, porém todos empenhados em constituir um grupo familiar com objetivos em comuns; b) Poligâmica: que por sua vez monogâmica. COSTA, MARIA ISABEL PEREIRA DA. Família: do autoritarismo ao Afeto. Revista Brasileira do Direito de Família , 32º. Volume- out-nov-2005, ed. Síntese, pág. 26

O sistema monogâmico é a forma eleita pelo Estado para a estruturação da família. O legislador aponta o sistema adotado ao indicar o impedimento dirimente público disposto no art. 1521, VI, do Código Civil:²⁵

“Art. 1521. Não podem se casar:
VI-as pessoas casadas.”

Não se questiona, portanto, o princípio da monogamia como regra e substrato da família no direito brasileiro, mas há de ser reconhecida a flexibilização desse princípio diante da disponibilidade dos componentes dos grupos familiares envolvidos, pois a questão é bem mais complexa do que parece.

Sherif MOHAMMED, conclui que no mundo atual é inconcebível proibir a poligamia, asseverando o seguinte:

“Tomar um segunda esposa, ainda que com o livre consentimento da primeira, é uma violação da lei. Por outro lado, trair a esposa, com ou sem o seu conhecimento e/ou consentimento, é perfeitamente legitimada. Qual é a sabedoria legal por detrás de tal contradição? A lei foi feita pra premiar a decepção e punir a honestidade? Este é um dos paradoxos fantásticos de nosso mundo “civilizado”.²⁶

No Brasil, dados estatísticos do censo, realizado em 2000, pelo IBGE²⁷, refletem uma realidade de excesso do número de mulheres com relação ao número de homens no país. A relação gira em torno de 96,87 homens para cada 100 mulheres, como resultado de um excedente de 2.696.545 mulheres em relação ao número de homens. Essa diferença é indicativa de um desequilíbrio de proporções consideráveis, sobretudo, na faixa etária superior de 30 anos, período em que, de ordinário, os casais se formam com intenção de formar família.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho em análise a crise no sistema monogâmico, apresenta quadro hipotético de estimativa de mulheres para cada homem, percebe-se que após os 30 anos de idade existem cerca de 11,3 mulheres para cada homem, aos 40 anos, 33,3 mulheres para cada homem e ao atingirem a faixa etária de 50 anos são 56,7 mulheres para cada homem.²⁸

Assinalando evidente crise que assola o sistema monogâmico com o reconhecimento de outras espécies de entidades familiares, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho, ilustra um processo de profundas modificações, aduzindo o seguinte:

“(…) verificamos um declínio da importância do casamento oficial, aliada a um aumento significativo do número de separações e divórcios, com a experiência do casamento-rompimento-recasamento. Além disso, é nítida uma maior preferência pelas uniões livres e surgem no cenário outros arranjos familiares menos usuais.”²⁹

O propósito monogâmico presente nos diversos arranjos familiares é preservado pelo dever de comportamento de fidelidade,³⁰ que impõe exclusividade no débito conjugal, com a renúncia à liberdade sexual com pessoa diversa do consorte.

O impedimento de relações sexuais com terceiros é imposição inerente à própria monogamia, porém, sempre direcionada com certo rigor à mulher conforme alerta Paulo Luiz Netto Lobo que “historicamente, voltava-se principalmente ao controle da sexualidade feminina, para proteger a paz doméstica e evitar a turbatio sanguinis.” Complementando, ainda, que “não se confunde, portanto, com o respeito e consideração mútuos.”³¹

É possível observar que, vem surgindo certa dificuldade de se inserir no sistema monogâmico, não só em razão da liberdade de escolha em constituir família em moldes mais flexíveis, como também por um processo natural de concorrência pela demanda excessiva da espécie no sexo feminino em relação ao sexo masculino. Exigir que uma mulher se conforme em permanecer solteira, não se relacione com o outro, não corresponde à idéia contemporânea de busca da felicidade no âmbito pessoal e sentimental.

²⁵ ver: Maria Helena Diniz. Código Civil Anotado. Ed. Saraiva. 2003, pág. 1016 e 1017.

²⁶ Westermarck, Eduard, Histoire de Mariage Paris, Mercure de France, 1934, v1. pág.34).

²⁷ Informações extraídas da pesquisa do último censo realizado em 2000. Encontrado no site: www.ibge.gov.br – mulheres.

²⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56. 2002. Disponível em: <http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>. Acesso em: 23.10.2005.

²⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>> Acesso em: 23.10.2005.

³⁰ Neste sentido explica MADALENO, Rolf. *Direito de Família em Pauta*. Ed.Livraria do advogado, pág. 70. 2004 .

³¹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929> . Acesso em: 29 mar. 2006.

Assim, a rotatividade de relacionamentos, que se formam e se dissolvem em espaço de tempo cada vez mais curto, não é fruto exclusivamente da emancipação feminina, mas de uma consequência natural de disputa em busca da necessidade de se agregar, viver em família.

Paralelamente a esse cenário, encontram-se os relacionamentos paralelos, por vezes momentâneos e outros duradouros, que podem, ou não gerarem efeitos, seja de natureza pessoal, como o nascimento de filhos, ou de constituição de patrimônio em comum. Esses efeitos devem ser tutelados pelo direito, para enfrentar a questão de forma não marginalizada, mas respeitosa, não para permitir a traição, mas para não premiá-la.

O ser humano, por natureza é um ser gregário. A família tem como fundamento a criação de condições de desenvolvimento da personalidade de seus componentes, de modo a proporcionar satisfação pessoal de cada um de seus indivíduos. A reunião de esforços de cada um de seus componentes é pautada, primordialmente, no afeto.

O Código Civil Brasileiro de 2002 no que concerne ao casamento dispõe no inciso I do seu artigo 1566 que, são deveres de ambos os cônjuges, entre outros, a fidelidade recíproca.

Dispõe, ainda, em seu artigo 1724, no que tange à união estável que: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

O rol de deveres da união estável é menos austero, na medida que os companheiros não estão submetidos à interferência Estatal na verificação do cumprimento do dever de fidelidade recíproca e da vida em comum, no domicílio conjugal. Aos companheiros é devido o dever de lealdade.

Entretanto, uma vez enfraquecida a concepção de família patrimonializada essa vigilância estatal deixa de fazer sentido perante a personificação da família. Desnecessária a interferência do Estado na medida em que não está presente o interesse público no âmbito desses deveres (fidelidade e lealdade), que dizem respeito exclusivamente aos conviventes, pois relativos a sua intimidade, liberdade e privacidade.

A flexibilização na cobrança do cumprimento do dever de fidelidade foi gradativa, porém coerente com a realidade social, pois a mulher deixa de "ser" para "estar" esposa, sendo a sua condição mera opção de vida a dois. Nesta concepção de convívio harmonioso, a fidelidade deixa de ser uma obrigação, para ser uma opção do casal, cedendo espaço ao dever de honradez e honestidade.

A lealdade, como direito/dever da pessoa do convivente é traduzido pela necessidade de ser transparente, honesto, ostensivo com suas reais intenções, convicções e projeto de vida em comum. Neste diapasão, surge para o convivente a opção de aceitar ou perdoar, expressa ou tacitamente as condutas do outro, sendo defeso a qualquer um, seja pessoa de direito público ou privado, a interferir na comunhão de vida instituída pela família (art. 1513 do CC).

Sob este prisma é que afirma Paulo Luiz Netto Lobo:

"A doutrina e a jurisprudência já vinham acenando com alguns temperamentos ao rigor desse ultrapassado dever conjugal, quando admitiam que o perdão expresso ou tácito eliminava a infração ou a ocorrência do crime de adultério, que representou a exasperação do controle estatal da sexualidade, pondo em mãos do cônjuge enganado o poder de provocar a punição ou o direito de graça."³²

Ressalte-se, ainda, que fidelidade e até mesmo a lealdade, enquanto dever de um e direito do outro, é inexecutável, apesar de servir como fundamento para o desenlace do casal, seja com imputação de culpa para o caso de vínculo matrimonial, ou para postular, no direito obrigacional indenização por danos eventualmente ocorridos em razão do descumprimento deste dever. É juridicamente impossível exigir ou obrigar a cumprir o dever de ser fiel ou leal, tão somente, a sua inobservância poderá acarretar efeitos jurídicos.³³

Desta forma, o fim do vínculo afetivo é causa suficiente para resultar na extinção do vínculo, chancelando o pedido de separação.

Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que a lealdade assume uma postura mais abrangente e aberta do dever, afirmando que a "fidelidade é uma espécie do gênero lealdade. Impõe-se como dever dos companheiros em atendimento ao princípio jurídico da monogamia, que por sua vez, funciona como um

³²LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929> . Acesso em: 29 mar. 2006.

³³ "Portanto, se a fidelidade não é um direito executável e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, nada justifica a permanência da previsão legislativa. Ninguém é fiel porque assim determina a lei, ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem legal. Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida ou estrutura o vínculo conjugal, mas simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal." Dias, Maria Berenice. Internet site: www.mariaberenicedias.com.br – **O dever de fidelidade** Data: 11/9/2005 Artigo publicado no mundo Jurídico(www.mundojuridico.adv.br).

ponto chave das conexões morais. (...) A lealdade está intrinsecamente atrelada ao respeito, consideração ao companheiro e, principalmente, ao *animus* da preservação da relação marital”³⁴

Porém, não convém sustentar que o legislador ao substituir o termo fidelidade por lealdade pretendeu impor a união estável maior rigor que a relação formalizada pelo casamento, razão pela qual, melhor interpretação é que a lealdade aponta o sentido “de um dever de transparência, de uma imposição ética de se agir com lealdade em relação às legítimas expectativas que o outro possui acerca da comunhão de vida instituída pela família que pode implicar, como é evidente, a pretensão de mútua exclusividade no relacionamento sexual entre os cônjuges.”³⁵

O dever de transparência implica na possibilidade, de realização de projeto de vida em comum instituída pela família, nos exatos moldes almejados pelo casal. Da mesma forma, importa em desenlace justificado da relação a partir do conhecimento de alguma relação simultânea contraída pelo outro, caso ferida as expectativas com relação à proposta de vida firmada por ambos.

Sendo assim, se ambos os conviventes com absoluto poder de disponibilidade sobre ao modo de constituição familiar, de comum acordo, aceitar ou acordar com a existência de uma relação simultânea, não há de se falar em quebra do dever de lealdade ou na existência de concubinato, pois leais com as legítimas expectativas com relação à pessoa do outro.

Outra não é a conclusão, senão a de que cônjuges que ao conviverem se deparam com a situação de conhecimento da relação simultânea do outro, e não se opõem a esta, não podem, após anos nesta condição, alegarem descumprimento do dever de lealdade, pois se presume a aceitação ou o perdão.³⁶

Na realidade, assim como ocorre para hipótese de imputação de culpa na separação do casal, a alegação de infidelidade por relacionamento extraconjugal, cai por terra ao se verificar que o cônjuge sempre teve conhecimento dessa situação e nunca se irressignou; não há como sustentar que, após viver 10 anos ostensivamente com uma relação paralela do convivente, pretenda o desenlace imputando culpa por descumprimento do dever de fidelidade. O dever de lealdade consiste exatamente em manter uma situação dentro das expectativas do outro cônjuge. Portanto, o silêncio durante anos deve ser interpretado como anuência do cônjuge com aquela situação.

Pela mesma razão se presume o perdão para o caso de cônjuge que pretende medida cautelar de afastamento do lar fundamentada na agressão física, quando esta se iniciou anos antes da propositura da ação. Não existe coerência em pedido baseado em situação que aparentemente não foi razão da ruptura da relação, pois perdurou durante meses na relação sem que o outro convivente lançasse qualquer espécie de resistência.

Se ambos os conviventes de comum acordo resolvem manter relações simultâneas, ou simplesmente, um deles admite que seu parceiro a mantenha, não existe quebra de lealdade. Havendo ostensibilidade na relação simultânea e, por conseqüência, conformismo do outro, encontra-se preservado o dever de lealdade, pois disponível entre as partes, assim, como o dever de coabitação, de procriação e, também, de manter relações sexuais.

Há de se observar que o dever de lealdade está relacionado à boa-fé dos consortes. Na medida em que a relação simultânea se estabelece nos moldes dos elementos estruturais que caracterizam a convivência estável, o reconhecimento dessa entidade familiar paralela merece ser acolhida com o reconhecimento de direitos inerentes a essa relação.

Famílias Simultâneas no âmbito da conjugalidade.

Somente o ser humano reconhece a afetividade como razão de agregação familiar. Os demais seres vivos em geral, somente se acasalam para reprodução da espécie e quando permanecem unidos é em função da preservação dos seus. A prerrogativa de criar elos afetivos é inerente do ser humano, por esta razão cada elo formado, desde que cristalizado sob o manto da afetividade, deve ter analisadas suas características, a fim de verificação da existência de um núcleo familiar.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, pág.30. 2004.

³⁵ Veja: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Ed. Renovar rio de Janeiro, pág. 193. 2005.

³⁶ A doutrina e a jurisprudência vinham já acenando com alguns temperamentos ao rigor deste ultrapassado dever conjugal, quando admitia que o perdão expresso ou tácito eliminava a infração ou a ocorrência do crime de adultério, que representou a exasperação do controle estatal da sexualidade, pondo em mãos do cônjuge enganado o poder de provocar a punição ou o direito de graça. Além do perdão, Pontes de Miranda entende haver limitação do dever de fidelidade quando o cônjuge concorre para que o outro o descumpra. A tendência do direito é a substituição do dever de fidelidade pelo dever de respeito e consideração, mais adequado aos valores atuais, como o fez a lei brasileira da união estável. O dever de respeito é um dever especial de abstenção em face dos direitos pessoais absolutos do outro, como diz Antunes Varela. Respeito das liberdades individuais e dos direitos de personalidade do cônjuge.”

(Lobo, Paulo Luiz Netto . IGUALDADE PARENTAL - DIREITOS E DEVERES. Artigo Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFPR Vol. 31 - 1999, pág. 135)

A união informal entre homem e mulher sempre existiu, pois é fruto da necessidade natural do ser humano em se agregar. Com várias denominações: união estável ou concubinato, por vezes, esses relacionamentos ocorrem de forma simultânea, o que são chamadas de relações paralelas.

A simultaneidade, ainda que visto como uma exceção diante do princípio da monogamia adotado no direito pátrio, é um fato juridicamente relevante. A flexibilização do princípio da monogamia é mera consequência da realidade social contemporânea. Cada casal busca de forma diversa, a felicidade familiar, sendo certo que sua opção de vida, diante da liberdade de escolha não pode ser ignorada pelo direito, pois não mais existe um modelo único de família em que o indivíduo deva se encaixar, mas ao contrário, o conceito de família se molda ao grupo familiar. O alicerce da entidade familiar é basicamente a afetividade, estabilidade, ostensibilidade e finalidade comum de formar uma família.

Carlos Eduardo Pianovski é quem melhor traduz o conceito ao expor:

“A simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém, ao mesmo tempo, se colocar como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum. As possibilidades de configuração concreta de hipóteses de simultaneidade são, como se vê, muito amplas.”³⁷

A silmultaneidade não se encontra positivada no Direito Brasileiro. Entretanto, considerando um olhar para o futuro, sob a ótica do princípio do eudemonista³⁸, em que prega a existência da família em função do desenvolvimento pessoal do indivíduo e, não este, existindo para constituição da família, é reconhecida como uma realidade da estrutura familiar contemporânea, podendo surtir efeitos jurídicos, que merecem amparo.

A família tornou-se, nos novos tempos, um verdadeiro instrumento de realizações pessoais, em que o indivíduo mantém um único foco: a felicidade. No âmbito pessoal a realização familiar representa, para cada ser, um projeto de vida a ser perseguido, cujo sucesso nada tem relacionado com progresso econômico, mas com anseios afetivos.

Consagra-se a afetividade como um princípio do direito familiarista, sendo, para alguns autores o pilar de sustentação da união entre os casais, ao reconhecer que a falência do afeto no casamento, por si só é razão de desenlace motivando a separação judicial, não sendo necessária imputação de culpa para que se decrete por sentença a separação do casal.

Outra não é a posição do legislador, na medida em que reconhece que a separação de fato por mais de dois anos ininterruptos, faz presumir a ausência de afeto o que enseja o direito potestativo de postular o divórcio direto.

Não há como negar uma modificação relevante no conceito de família, com o reconhecimento da valorização do afeto e aspectos expressivos na função pessoal. Neste contexto, é que se afirma que, como característica predominante na seara familiar, todo e qualquer relacionamento estável e ostensivo, que for calcado sob um fundamento afetivo deve ser tratado pelo direito familiarista.

Obviamente, ao se considerar a relevância jurídica da busca da felicidade individual, sob o aspecto da realização da família constitucional, a proteção ocorre na pessoa de cada um dos componentes, refere-se à felicidade e “dignidade coexistencial”³⁹.

Neste diapasão é que se vislumbra a relevância jurídica da pluralidade simultânea de relações familiares na medida em que a norma, atingindo cada um dos componentes da família, cada um de seus interesses serão resguardados, por força do disposto no parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal, ao dispor que “O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram(...)”. A norma constitucional não escolhe um ou outro ente a proteção de seus direitos, pois acolhe a família como um todo em que cada componente é a própria razão de sua existência, inclusive no que se refere à simultaneidade.

Desta forma, afere-se que “ o princípio eudemonista na Constituição de 1988 deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro.”⁴⁰

³⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar. Pág. 6

³⁸ v. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar. Pág. 24 “ eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere do disposto na primeira parte do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federa: P. 8º- O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram (...)”

³⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar. Pág. 183

⁴⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar. Pág. 28

Na realidade os arranjos familiares podem ser infundáveis. Trata-se desde bigamia ou da pluralidade de uniões estáveis, até mesmo pais separados que mantém vínculos afetivos com a primeira família e a família atual, enfim inúmeras hipóteses de famílias simultâneas que podem ou não gerar direitos e obrigações no âmbito jurídico.⁴¹

Há de se verificar que dos requisitos existenciais para caracterização de arranjos familiares múltiplos e simultâneos, a presença do afeto é incondicional. A manifestação deste elemento é externada através da convivência, sob o símbolo da familiaridade, “com ou sem coabitação, com ou sem relações íntimas, bastando a convivência”.⁴²

Importante registrar que o relacionamento extraconjugal de cunho sexual, eventual e clandestino não compõe as características de entidade familiar, estando, portanto, a margem da relação familiar simultânea que ora se defende, uma vez que não tem o objetivo de constituir família. Embora possam gerar efeitos jurídicos relevantes, os relacionamentos desta natureza, não possuem amparo no âmbito do direito de família.

Certamente os padrões de comportamento que determinam a conduta dos indivíduos de uma sociedade, hodiernamente, expressam novos anseios e necessidades da família brasileira. Desta forma, cada ser, tendo o seu desenvolvimento moral influenciado pelo meio em que foi criado, tem o seu modo particular de realização pessoal.⁴³ Assegurar a dignidade da pessoa desse ser, na qualidade de membro de um núcleo familiar é respeitar a sua opção de vida, liberta de qualquer modelo preordenado.

Muitas são as vozes que soam afastando do Direito de Família as relações simultâneas, precedidas de casamento ou da união estável, sob o fundamento do princípio da monogamia adotado pelo direito positivo (art. 1521 e parágrafo 1º do 1723 do CC).

Considerando os argumentos despendidos pelos autores discordantes, conclui-se que: O ponto crucial da questão que impede o reconhecimento de entidades familiares plurais é a prevalência do princípio da monogamia, sobre o princípio da afetividade das relações familiares.

Entretanto, uma vez reconhecido o princípio da afetividade como elemento vital para existência das entidades familiares, a teor do que consta nos parágrafos 3º e 8º do artigo 226 da Constituição Federal, há de se reconhecer, perante o sistema de ponderação de valores, que a afetividade decorrendo do próprio princípio da dignidade da pessoa do convivente, prevalece sobre o princípio da monogamia, que é flexibilizado pela conveniência (liberdade) dos conviventes.

Dissertando sobre a ponderação de interesses Luis Roberto BARROSO⁴⁴ define:

“ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se **procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos**. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.” (grifo nosso)

Complementa BARROSO que a decisão do intérprete da lei deve levar em consideração a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir um resultado justo no caso concreto, tendo fundamentos colhidos tanto pela comunidade jurídica quanto pela sociedade em geral. Argüindo que “além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.”⁴⁵

Corroborando com a teoria apontada, Mauro NICOLAU Junior argumenta o seguinte:

“Sendo da essência dos princípios que eles entrem freqüentemente em conflito entre si, cumpre ao interprete encontrar um compromisso, pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação. **Diante do conflito entre os princípios, não se deve de**

⁴¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar. Pág. 15

⁴² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em: 23.10.2005.

⁴³ KRELL, Olga Jumbert Gouveia, *União Estável : Análise Sociológica*, Ed. Juruá Curitiba, pág. 70. 2003.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 29 mai. 2006.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 29 mai. 2006.

modo algum tentar eliminar algum deles. A missão do intérprete é buscar uma solução conciliadora, definir a área de atuação de cada um dos princípios.⁴⁶ (grifo nosso).

Conclui-se, portanto, que não é preciso eliminar o princípio da monogamia para se reconhecer efeitos jurídicos decorrentes da simultaneidade familiar, em resguardo ao princípio da afetividade. A “missão do intérprete”, conforme menciona NICOLAU, é buscar uma solução que resulte em definição da área de abrangência de cada um dos princípios.

Não obstante, a ponderação de valores, na ordem principiológica constitucional que coloca a afetividade em patamar de maior relevância, merece ressaltar o fato de que o princípio da monogamia não pode ser capaz de determinar a existência ou não de uma entidade familiar devidamente constituída com estabilidade, afetividade, ostensibilidade e com o objetivo de instituir família.

Certamente a regra de unicidade relacional não tem o condão de vedar a inserção de famílias simultâneas na juridicidade. Caso contrário estaria premiando aquele que mantém duas famílias ao lhe retirar o peso das obrigações decorrente de uma relação constitucionalmente acolhida.

Não se pretende cancelar a infidelidade, mas atribuir direitos e deveres decorrentes da instituição de uma *família implicitamente constitucionalizada*. A simultaneidade de dois ou mais núcleos familiares no âmbito da conjugalidade, seja oriunda do matrimônio, ou não, deve estar pautada nos mesmos elementos estruturais caracterizadores de qualquer entidade familiar, para não ficar a margem de reconhecimento no âmbito do direito de família.

Nesta linha de raciocínio encontra-se a colocação de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, nos seguintes termos:

“Portanto, um Estado que se quer democrático, onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da república, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, entenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente na CF, a que denominamos entidades familiares implicitamente constitucionalizadas, como é a hipótese do concubinato adúltero.”⁴⁷

Em sintonia com a linha que se pretende defender, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI dispõe:

“Se, efetivamente, não é possível negar ao ser humano a condição de ser desejante, é indispensável distinguir duas situações: de um lado, de fato, não cabe ao direito imiscuir-se na comunhão de vida constituída pela família, sendo lícito encetar os arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva dos seus componentes; de outro, porém, se é dever do Estado proteger a família na pessoa de cada um de seus membros, impõe-se ao direito uma tutela que contemple uma dimensão coexistencial, em que não se proteja somente na esfera do desejo de um dos sujeitos, mas, sim, na dignidade intersubjetiva que deve constituir o *leitmotiv* de todas as relações humanas.”⁴⁸

Outra sustentação de peso é de Maria Berenice Dias, enveredando por esse caminho argumentando o seguinte:

“De todo descabido afastar do âmbito da juridicidade relação que atendeu a todos os requisitos legais, sob o fundamento de que mantinha o varão relacionamento simultâneo com outra pessoa. Esta tentativa de singelamente não ver a realidade, tentar apagá-la do âmbito do direito é atitude conservadora e preconceituosa, além de gerar injustiças e enriquecimento sem causa.

É inadmissível tentar não ver o que existe: mesmo sendo dois os relacionamentos em que se detecta a presença da vinculação afetiva, é imperiosa a extração de efeitos jurídicos,

⁴⁶ NICOLAU JUNIOR, Mauro. A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia. Revista de Direito. TJ-RJ., nº 65, Ed. Espaço Jurídico- 2005 (out/nov/dez), pág. 70. Esclarece Nicolau Jr.: “O juiz não pode prostrar-se diante do caso concreto como uma máquina insensível. Sua atividade desenvolve-se com o objetivo de pacificar com justiça o conflito de interesses submetido a sua apreciação. Para tanto, não pode o julgador acomodar-se sob os influxos da lógica do razoável, o juiz moderno é desafiado a assumir cada vez mais um papel ativo e criativo na interpretação da lei, adaptando-a, em nome da justiça, aos princípios e valores de seu tempo.”

⁴⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adúltero*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em: 23.10.2005.

⁴⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional*. Ed. Renovar. São Paulo. Renovar, pág. 187

senão pelos deveres de mútua assistência preconizados na lei, ao menos pelo tão conhecida expressão de Saint Exupéry : *“você é responsável pelas coisas que cativa!”*⁴⁹

Paulo Luiz Netto Lôbo analisa decisão ⁵⁰ do STJ que enfrentou questão desta natureza, referente a direitos a benefício previdenciários de homem casado, que manteve união concubinária, nos seguintes moldes:

“ A decisão, por outros fundamentos, chega à conclusão de que seria idêntica à que tivesse utilizado a interpretação constitucional sustentada nesta exposição, sem os equívocos que podem ser assim identificados: a) a decisão entende que se trata de entidades familiares simultâneas (refere a “duas famílias”), não podendo ter havido a fundamentação infraconstitucional referida (Código Civil), como “regra protetora da família”, o que supõe a exclusão de uma das duas; b) se são duas famílias, não pode ser legítima e outra “concubinária”, pois ambas estariam sob proteção constitucional, sobretudo pelo fato de haver afetividade, estabilidade (“coexistência duradoura”) e ostensibilidade (“prole”); c) as normas infraconstitucionais, que vedam o adultério- com tendência ao desaparecimento, conforme a evolução do direito - devem ser interpretadas em conformidade com as normas constitucionais, ou seja, não excluem essas uniões como entidades familiares e têm finalidade distinta, no plano civil (causa de separação judicial) e criminal (em forte desuso).”⁵¹

Sem embargo do posicionamento contrário de Rodrigo da Cunha Pereira, manifestado em sua obra *Concubinato e União Estável*, pode ser encontrada reflexão em sentido oposto, que conduz a interpretação de acolhimento dos efeitos da simultaneidade conjugal no âmbito do direito de família, extraída de Tese de Doutorado colacionado a seguir:

“Por outro lado não conceder direitos aos concubinos (geralmente à concubina) estar-se-ia fazendo injustiça e inclusive beneficiando os sujeitos da relação da protegida oficialmente, seja o casamento ou a união estável. Ademais, se considerarmos a interferência da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, concluiremos que o imperativo ético passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação. Isto significa colocar em prática o que disse antes, ou seja, que o Direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que isto custe “arranhar” o princípio jurídico da monogamia. Se o fim dos princípios jurídicos é ajudar a atingir um bem maior, ou seja, a justiça, este paradoxo do concubinato adulterino deve ser resolvido, então, em cada julgamento, e cada julgador aplicando outros princípios e a subjetividade que cada caso pode conter é quem deverá aplicar a justiça, dentro de seu poder de discricionariedade”.⁵²

De fato, trata-se de questão delicada, merecendo cuidados especiais, a fim de evitar constituir um emaranhado de direitos que podem acarretar insegurança jurídica.

Entretanto, partindo da premissa que o sistema monogâmico é preservado pelo dever de comportamento de fidelidade; e o dever de fidelidade é direito disponível entre os cônjuges, sendo o dever de lealdade, no caso de união estável, dever de corresponder às expectativas do outro, a interferência do Estado na esfera desses deveres não se justifica, por absoluta ausência de interesse público. Uma vez avençado entre os conviventes a dispensa da exclusividade de relacionamento sexual, abrindo possibilidade de se relacionar com outras pessoas, não se pode alegar quebra do dever de fidelidade e/ou lealdade.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Artigo que poderá ser encontrado no site: www.mariaberenicedias.com.br – União estável e o concubinato; Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade . e Artigo publicado em 11.07.2005, na Revista dos Juristas. Texto encontrado em <http://www.juristas.com.br> – pesquisa realizada em 10.05.2006.

⁵⁰ Rec. Especial nº 100.888-BA, DJ de 12.03.2001. “HOMEM CASADO. SITUAÇÃO PECULIAR. DE COEXISTÊNCIA DURADORA DO DE CUJUS COM DUAS FAMILIAS E PROLE CONCOMITANTE ADVINDA DE AMBAS AS RELAÇÕES. INDICAÇÃO DA CONCUBINA COMO BENEFICIÁRIA DO BENEFÍCIO.(...)”

II- Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1177 e 248, IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de segura de vida, porque casado o de cujus, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de “bigamia”, em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito.

III- Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária.”

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Revista Brasileira de Direito de Família, Ed. Lumen Júris, p. 1-18, Rio de Janeiro 2004. pág. 14.

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Curitiba. 2004. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Cit. : ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 66.

Em seguimento, vale mencionar que a unicidade relacional decorrente do princípio da monogamia, hoje não mais pode ser imposto, a teor do princípio da dignidade da pessoa do convivente. Cada membro que compõe determinado núcleo familiar e cada membro de núcleo familiar a ele correlacionado, deve ter sua dignidade assegurada – dignidade coexistencial.

A aceitação de um dos conviventes, com a condição de manutenção de um outro núcleo familiar por parte do seu parceiro, por si só geram efeitos, implicando não só no perdão, como na opção de vida nestes termos, de modo que a ausência de impugnação acarreta na impossibilidade de à frente buscar prevalecer o seu direito em prejuízo da pessoa que viveu nas mesmas condições com o convivente em comum.

Note-se que, no disposto no artigo 1.727 do Código Civil, a intenção do legislador é distinguir os institutos, concubinato e união estável.

Preceitua o artigo 1.727 do Código Civil: “As relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.” Esta relação se caracteriza pela natureza espúria, clandestina, ausência de lealdade e relacionamento constituído com má-fé. Portanto, o dispositivo não tem força de exclusão da união simultânea no campo do direito de família, considerando, sobretudo, a possibilidade de constituição de duas ou mais uniões estáveis paralelas, as quais não têm qualquer impedimento para o casamento.

A interpretação de modo diverso há de ser considerada inconstitucional, a luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º III da CF), e por via de consequência, do princípio da igualdade, e da solidariedade social (art. 3º e 5º da CF). Com efeito, o primordial é a verificação, no relacionamento desta natureza, dos requisitos básicos: estabilidade, publicidade, continuidade, boa-fé e afetividade.

A necessidade de conferir juridicidade a família simultânea no âmbito do direito de família, transcende as razões de sua constituição, mas em virtude dos efeitos decorrentes dessa união paralela.

Gerar o enriquecimento sem causa de um companheiro, em detrimento do outro, sem dúvida, vai de encontro com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A realidade social reflete, cada vez mais, a necessidade de se conferir efeitos jurídicos as determinadas hipóteses de uniões que faticamente se apresentam idênticas e simultâneas, impedindo injustiças.

Pode parecer estranho reconhecer uma relação paralela de um homem casado com uma mulher há 10 anos, com prole constituída, que vem a manter paralelamente durante 2 anos, união estável com a outra mulher e, vem a falecer. Legalmente se reconhece direitos a esposa.

De fato, essa questão não parece ter grandes entraves.

Entretanto, imaginemos a situação inversa, de um companheiro que mantém relacionamento estável com sua mulher por mais de 10 anos tendo, inclusive, advindo prole. Tempos após, conhece e casa-se com outra mulher, sem que houvesse rompimento do primeiro relacionamento. Mantendo o relacionamento paralelo, após dois anos, vem a falecer.

Neste caso, a companheira de 10 anos, não teria os mesmos direitos que aquela esposa do primeiro caso, embora o relacionamento tenha durado o mesmo tempo. A disparidade no tratamento dessas situações é que induzem a necessidade de repensar sobre a viabilidade de produção de efeitos jurídicos com igualdade de tratamentos das entidades familiares constituídas simultaneamente.

A afetividade

A relação de afetividade é o vínculo originário da entidade familiar simultânea, tendo como fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme menciona Ezequiel Paulo Zenellato:

“Sendo o núcleo familiar elemento de desenvolvimento do ser humano, deve –se vislumbrar que o arcabouço normativo que se propõe a regular as relações familiares deve ser analisado sob o enfoque do princípio constitucional que assegura a dignidade da pessoa humana, estando presente no ordenamento jurídico como fundamento da República Federativa do Brasil.”⁵³

Entretanto, a presença de contornos afetivos nas relações, é insuficiente para caracterizar uma entidade familiar simultânea que deve ser conjugada com os demais elementos caracterizadores que constituem a família atual constitucionalizada.

O afeto, explica Rodrigo da Cunha Pereira, como elemento formador de família não é qualquer afeto, pois, “se assim fosse, uma amizade seria elo formador de família”. Há necessidade de um afeto especial, um afeto familiar, conforme menciona Sérgio Resende de Barros definindo como “um afeto que enlaça e

⁵³ ZANELLATO, Ezequiel Paulo. O Afeto como Fator Preponderante para a Manutenção da Sociedade Conjugal. Revista Brasileira de Direito de Família Ed. Síntese. nº 34. fev-mar. 2006 pág.45.

comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.”⁵⁴

Desta feita, a concepção apurada e contemporânea de família, numa perspectiva pluralista, de respeito à dignidade da pessoa humana tem, nos diversos arranjos familiares, a mais pura “**manifestação de afeto**”.⁵⁵

É possível vislumbrar que as relações decorrentes de laços afetivos e convivência familiar vêm ocupando espaço relevante na atual sociedade, de modo que as relações oriundas de vínculo civil nem sempre prevalecem quando há um conflito entre o estado afetivo e o estado civil. O conflito deve ser dirimido sob uma orientação fundada no princípio da dignidade humana. Carlos Cavalcanti ALBUQUERQUE, conclui de forma brilhante:

“A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Até mesmo a função procracional, com secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de se sua finalidade precípua.”⁵⁶

O afeto como essencial mecanismo que rege as relações humanas e fonte criadora de realização pessoal, levou a um redimensionamento na maneira de pensar e sentir a família, como “uma comunidade constituída em razão da vontade, onde as pessoas buscam a realização pessoal própria daqueles que a cercam.”⁵⁷

Conclui-se, portanto, que a afetividade é construção cultural, fruto de uma sociedade atual liberta de preconceitos, com valores ligados à realização pessoal. O amor, a cumplicidade na convivência, a expressão de responsabilidade parental, enfim, a comunhão de esforços destinados à constituição e realização familiar, reflete a afetividade.

A possibilidade de constituição de famílias simultâneas no âmbito das entidades familiares.

As regras e princípios fazem parte de uma ordem sistemática, de modo que não podem ser analisados de forma isolada ou restrita. Neste sentido, é possível verificar a relevância e influência do princípio da boa-fé, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, nas relações familiares múltiplas.

Com efeito, a boa-fé tem destaque especial na seara do direito obrigacional. Entretanto, como princípio que atende a todas as relações humanas nada impede a sua compreensão e utilização no âmbito das relações familiares.

A boa-fé possui duas acepções distintas: a denominada **subjéctiva** refere-se a elementos internos, psicológicos ligados diretamente ao sujeito (ignorância da real situação jurídica); e a denominada **objetiva** é atinente a elementos externos, norma de conduta que determina o dever de agir do sujeito (dever de resguardar as leis expectativas do próximo - confiança).⁵⁸

Por oportunidade do exame do caso concreto da simultaneidade de conjugalidades, é de suma importância a análise da boa-fé, a fim de atribuir efeitos jurídicos da união estável à relação paralela. A proteção na pessoa de cada um de seus componentes dependerá necessariamente da existência da boa-fé no âmbito de cada relação.

⁵⁴ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

⁵⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Famílias simultâneas e concubinato adulterino*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em: 23.10.2005.

⁵⁶ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Repersonificação das Relações de Família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Ed. Lumen Júris, jun-jul- Rio de Janeiro 2004. pág. 155. O autor complementa, ainda: “A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isso é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar.” pág. 152.

⁵⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. União Estável Análise Sociológica. Ed. Juruá. Curitiba. 2003. Família e Sociedade Realidades Indissolúveis. Pág. 63. cit. CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Repensando o Direito de Família, Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. IBDEFAM, 1999, pág. 485-511.

⁵⁸ NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, São Paulo Saraiva, p. 133 “*mais do que duas concepções da boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjéctiva e outra objetiva. A primeira, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra boa-fé princípio*”.

União Putativa: Relação paralela amparada pela boa-fé subjetiva;

A União Putativa (*de putare*, que significa imaginar, pensar) é a união reputada ser o que não é, caracterizada pelo desconhecimento absoluto acerca de outra relação mantida por seu parceiro. Encontra-se em estado de putatividade, com relação ao companheiro, aquele que acredita estar vivendo a conjugalidade em conformidade com as expectativas que deram início ao relacionamento. Porém, em decorrência de conduta desleal ou infiel, o parceiro vem a frustrar o juízo que se formou com relação àquela união.

A doutrina mais abalizada vem se posicionando no sentido de reconhecer efeitos jurídicos da união estável putativa à companheira de boa-fé, interpretando, esta condição como desconhecimento absoluto sobre o estado civil do parceiro. Traça-se um paralelo com os direitos decorrentes de um casamento putativo, reconhecido ao cônjuge que acreditava ter contraído um casamento sem vícios.

Aldemiro Rezende DANTAS Jr. aborda o tema mencionando que se aplica por analogia à regra constante do artigo 1.561 do CC, referente ao casamento nulo putativo, gerando todos os efeitos da união estável com relação ao companheiro enganado, analisando alguns efeitos patrimoniais e sucessórios, nos seguintes termos:

“Assim, se vem a morrer o companheiro, ainda na constância dessa convivência entre ambos, a companheira de boa-fé herdaria nas mesmas condições acima examinadas, mas unicamente, a toda evidência, em relação aos bens que foram adquiridos na constância da união estável e, além disso, entre ambos, pois é bem possível e provável que neste mesmo período este varão tenha adquirido diversos bens que foram levados para o convívio que mantinham com a esposa, e é evidente que tais bens não concorrerá a companheira. Em outra palavras, embora entendamos que deva se admitida a concorrência sucessiva por essa companheira putativa, a herança terá limites não apenas temporais (bens adquiridos durante o período de existência da união estável), mas também espaciais (adquiridos no âmbito da convivência com a companheira). Desta forma, a companheira sobrevivente teria direito à meação do patrimônio que amealhou em comum com esse seu “companheiro”, e além disso ainda concorreria, na sucessão referente à meação que pertencia ao companheiro falecido”⁵⁹

Rodrigo da Cunha PEREIRA ressalva efeitos jurídicos à hipótese de União estável putativa, ao afirmar que:

“Se porventura subsistir a caracterização simultânea de duas ou mais uniões, socorre à parte que ignorava a situação o instituto da União Estável putativa, ou seja, aquele em que um dos partícipes desconhecia por completo a existência de outra união more uxório-matrimonial ou extramatrimonial- do outro, devendo esta produzir os mesmos efeitos previstos, para uma união monogâmica.”⁶⁰

Comunga do mesmo entendimento de Rolf MADALENO, se manifestando nos seguintes termos:

“(…) quando um dos conviventes age na mais absoluta boa-fé, desconhecendo que seu parceiro é casado, e que também coabita com o seu esposo, porquanto a lei assegura os direitos patrimoniais gerados de uma união em que um dos conviventes foi laqueado em sua crença quanto à realidade dos fatos”⁶¹

No mesmo caminho, Maria Berenice Dias:

“A diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, e ainda segundo esta corrente que vem se fortalecendo, somente quando a mulher é **inocente**, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra, há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de **união estável putativa**.”⁶²

Na esteira da evolução jurisprudencial alguns julgados, com intenção de promover a justiça, têm reconhecido os direitos à união putativa com amparo na boa-fé. Vejamos:

UNIAO ESTAVEL DISPUTA ENTRE DUAS COMPANHEIRAS SITUACAO PUTATIVA PROVA ORAL RECONHECIMENTO. Reconhecimento de união estável. Conviventes, uma desde 1978 e outra desde 1960 que mantiveram relações concomitantes,

⁵⁹ DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. União Estável Putativa. Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Primeira Série. Ed. Lumem Juris. (coord) Cristiano Chaves de Faria. 2004. RJ, pág. 609 e 610.

⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, pág. 66 e 75, 2004.

⁶¹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família em Pauta*. Ed.Livraria do advogado, pág. 71, 2004.

⁶² DIAS, Maria Berenice. Artigo que poderá ser encontrado no site: www.mariaberenicedias.com.br – União estável e o concubinato; Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade.

notórias e ininterruptas com o "de *cujus*", até o seu falecimento. Prova oral que confirma o reconhecimento do companheirismo concomitante com ambas perante parcelas distintas da sociedade pela qual transitava o falecido, tendo elas vivido em "*affectio maritalis*" com o "de *cujus*", cada qual à sua forma. Pessoas de boa índole e bem intencionadas que firmemente acreditavam na inexistência de uma relação amorosa intensa do obituado com a outra, havendo êxito deste em ludibriá-las por longos anos, e de se reconhecer a existência de união estável putativa com a apelante e com a apelada. Aplicação, por analogia do art. 221 do CC de 1916. Desprovemento do recurso.⁶³

UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO. RELACIONAMENTOS PARALELOS. PROVA. SEPARAÇÃO JUDICIAL DO VARÃO SEGUIDA DE RESTABELECIMENTO DO VÍNCULO. SITUAÇÃO PUTATIVA. Cabível o reconhecimento da união estável, embora não se possa constatar o término da sociedade conjugal, quando comprovada a convivência pública e notória entre autora e falecido e não evidenciado o conhecimento desta acerca do restabelecimento da sociedade conjugal do parceiro. Preliminar rejeitada. Apelo desprovido.⁶⁴

O Des. José Carlos Teixeira Giorgis fundamenta o seu voto trazendo a colação a seguinte decisão:

“Neste sentido, decidiu o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis deste Tribunal, sob relatoria do Eminentíssimo Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, que *“o fato de o de cujus não ter rompido definitivamente o relacionamento com a companheira com quem viveu longo tempo, mas com quem já não convivia diariamente, mantendo às ocultas essa sua vida afetiva dupla, não afasta a possibilidade de se reconhecer em favor da segunda companheira uma união estável putativa desde que esta ignore o fato e fique comprovada a affectio maritalis e o fato animo do varão de constituir família com ela, sendo o relacionamento público e notório e havendo prova consistente nesse sentido”*⁶⁵

Entretanto, além do reconhecimento da família simultânea constituída sob a base da boa-fé subjetiva, é plenamente viável o reconhecimento de efeitos jurídicos no âmbito do direito de família, à união simultânea se comprovada, no caso concreto, a existência de boa-fé objetiva, hipótese que passamos a examinar.

União simultânea constituída pela boa-fé objetiva;

O comportamento qualificado pela boa-fé objetiva significa atitude imbuída de lisura, lealdade, sinceridade, franqueza, autenticidade e honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte.

Considerando que a doutrina vem estudando de forma mais aprofundada a boa-fé no âmbito do direito obrigacional e consumerista, merece ressaltar os comentários de Cláudia Lima Marques no sentido de que a "boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva (...)".⁶⁶ Tais conceitos são perfeitamente aplicáveis às relações atinentes ao direito de família, na medida em que como princípio é elemento unificador do sistema jurídico.⁶⁷

Por tais considerações, não se pode conceber como convivente de boa fé em uma relação paralela, tão somente, aquele que desconhece que seu parceiro é casado, pois, seria interpretar de maneira restrita o significado de boa-fé como mera ignorância acerca de determinada circunstância. Com efeito, neste caso o parceiro está amparado, na qualidade de companheiro, sendo reconhecidos os direitos decorrentes da união estável.

Colhe-se, nesse sentido, a apurada assertiva de Flavio TARTUCE :

“ Ao nosso ver, dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, já que uma boa atuação presume, inexoravelmente, uma boa intenção. Portanto, toda vez que há

⁶³ APELACAO CIVEL nº 2005.001.15225 DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 10/08/2005 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

⁶⁴ Apelação Cível Nº 70006250856, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 27/08/2003

⁶⁵ Embargos Infringentes nº 599469202, julgado em 12/11/1999.

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I.

⁶⁷ “É certo que os autores mencionados até o momento se referem à boa-fé, sobretudo, no âmbito das relações de natureza obrigacional. De fato, é nessas relações que o princípio tem sido estudado e operacionalizado de modo mais intenso. Isso não significa, entretanto, que a boa-fé seja irrelevante para as relações atinentes ao direito de família. Os princípios, sendo elementos unificadores do sistema jurídico, permeiam toda ordem sistemática, concretizando-se em graus de intensidade e modos diversos consoante a situação específica a que estão a se aplicar.” RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. São Paulo. Renovar. Pág.192.

previsão da boa-fé objetiva, também está prevista a subjetiva, pela relação de mutualismo que os conceitos mantêm.”⁶⁸

Daí buscar-se, a análise da boa-fé ampliada para o campo objetivo, possibilitando o reconhecimento da relação simultânea no campo do direito familiarista. O cônjuge ou companheiro que tem ciência e permite a existência da relação paralela, desde o início ou no curso do relacionamento, não pode futuramente, argüir a impossibilidade jurídica de reconhecimento da referida entidade familiar com base no princípio da unicidade relacional.

Verificada a boa-fé objetiva na união simultânea seus efeitos se impõem, mormente pelo reconhecimento do princípio da liberdade de constituição de sociedades conjugais conforme preleciona Paulo Luiz Netto LÔBO: “O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas à sua permanente constituição e reinvenção.”⁶⁹ Não merece censura os casais que, detendo o controle sob suas próprias vidas, decidem pelo caminho da liberdade sexual, pois a decisão pela renúncia, tácita ou expressa, ao instituto da monogamia, não é capaz de desnaturar o instituto da união estável, salvo para os casais que aderem ao pacto.

Volta-se a afirmar que a boa-fé objetiva é traduzida pela correspondência às legítimas expectativas do parceiro. Ter um comportamento que assegure ao parceiro algo esperado, que não esteja presente ato de clandestinidade, ocultação ou engodo.

Nesta concepção, a mera ciência da manutenção de relacionamento paralelo pelo parceiro (seja desde o início ou no curso da relação), e o fato de não promover qualquer ato de impugnação (seja propositura de ação ou interrupção temporária de seu relacionamento até que cesse a relação paralela), importa em anuir tacitamente a esta situação; presume-se, assim, a aceitação da família simultânea e de eventuais efeitos jurídicos dela decorrente, não podendo futuramente argüir impossibilidade quanto aos efeitos, pois conivente com a relação existente.

No que se refere ao dever de fidelidade na comunhão de vida instituída pela família diz Carlos Pianovski RUZYK, que “devem ser lidos como lealdade às expectativas do outro, em proteção à dignidade coexistencial das pessoas que compõem a entidade familiar”. O referido autor, correlaciona, ainda, o dever de fidelidade ao princípio da boa-fé objetiva, explanando o seguinte:

“O dever de fidelidade inerente ao casamento pode ser lido à luz do princípio da boa-fé objetiva, não se resumindo a uma proibição absoluta de relacionamentos sexuais extraconjugais. Pode ser sustentável, até mesmo, que não há violação do dever de fidelidade, decorrente da boa-fé, quando os cônjuges mantêm de comum acordo, um “casamento aberto”. Daí emergir, inclusive, dessa leitura do dever de fidelidade, a viabilidade de relações de simultaneidade, de conjugalidades não clandestinas, constituírem famílias simultâneas, desde que permeadas pelo atendimento recíproco, entre todos os componentes, do princípio da boa-fé objetiva.”⁷⁰

No caso concreto, aspecto relevante para se verificar a presença da boa-fé objetiva em uma relação simultânea com natureza de entidade familiar, é aferir a ostensibilidade⁷¹. A publicidade é característica da própria entidade familiar, mas há de se demonstrar o conhecimento público de ambas as relações simultâneas. Sendo assim, o relacionamento mantido na clandestinidade não produz efeitos na esfera do direito de família, pois estaria ausente um dos elementos estruturais para existência de uma entidade familiar.

Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, afirma que “ Isso não significa, porém, que, para ser reputada como entidade familiar, ela necessite ser efetivamente conhecida dos sujeitos que compõem o núcleo familiar

⁶⁸ TARTUCE, Flavio " O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao novo código civil e cisão do projeto nº 6.960/02". Fonte de consulta: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo2-oldmar2004.html>

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929>>. Acesso em: 29 mar. 2006.

⁷⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. São Paulo. Renovar. Pág. 192.

⁷¹ Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, explica: “De outro lado, se a ostensibilidade é plena, estendendo-se a todos os componentes de ambas as entidades familiares __ sobretudo os que mantêm relação de conjugalidade com o componente comum – e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, pode ser viável concluir, segundo as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto à luz dos demais deveres inerentes à boa-fé, que a simultaneidade não seria desleal, não havendo violação de deveres de respeito à confiança do outro e, sobretudo, de proteção da dignidade dos componentes de ambas as famílias.” RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. São Paulo. Renovar. Pág. 194

a ela simultâneo.”⁷² Com efeito, não é necessário que as famílias se conheçam, mas que tenham conhecimento acerca da coexistência familiar.

A circunstância do cônjuge, ou o primeiro companheiro, desconhecer a existência de família paralela constituída por seu parceiro, obstará a produção de efeitos jurídicos idênticos aos decorrentes da união estável, caso não se verifique, na segunda união, a condição de putatividade.

Ora, se a boa-fé objetiva, importa em lealdade, mormente às expectativas do parceiro, uma vez frustradas, não atenderam à dignidade coexistencial dos componentes das relações paralelas. Como princípio⁷³ norteador das relações jurídicas, a boa-fé tem o condão de resguardar exatamente aqueles que prezam pela honestidade e transparência, evitando que aquele que agiu de forma inidônea tire proveito da própria torpeza.

Desta forma, é perfeitamente possível que a parceira paralela esteja de boa-fé se tem conhecimento que seu companheiro vive um relacionamento anterior, pois boa-fé objetiva não significa desconhecimento sobre determinada circunstância, mas sim não frustrar as expectativas do outro, ser leal, verdadeiro, enfim honesto. Portanto, a contrário senso, não se pode atribuir má-fé à companheira que tinha ciência do relacionamento simultâneo por parte do parceiro, pois, se não frustrou as expectativas da outra parceira, que tinha ciência, concordou ou aceitou (tácita ou publicamente) o segundo relacionamento, não agiu de má-fé, mas de acordo com o esperado, de forma clara, honesta, ou seja, sem intenção de prejudicar o outro, moral ou materialmente.

A classificação de concubinato adúltero puro ou de boa-fé e concubinato adúltero impuro ou de má-fé, há de ser reavaliada a luz do conceito da boa-fé objetiva. A mera ciência da situação do parceiro, que mantém uma relação anterior não pode descaracterizar a segunda relação, que merece ser reservado o mesmo direito inerente a União Estável.

O conceito amplo de boa-fé é relevante para identificar a união estável putativa e união estável simultânea de boa-fé objetiva (em que ambos os núcleos paralelos tem ciência, concordam ou aceitam a simultaneidade), ambos sediados no campo da boa-fé. De outro lado, o relacionamento mantido na clandestinidade, em que qualquer dos parceiros esconde a real situação de simultaneidade familiar, mantendo-se num estado de deslealdade e infidelidade para com os compromissos assumidos de acordo com princípio da monogamia, encontra-se de má-fé. Neste caso, a parceira do segundo núcleo paralelo constituído, aceitando a condição de clandestinidade do parceiro que possui uma união ou casamento, deixa de ser amparada pelos mesmos efeitos decorrentes da união estável, a primeira por similitude e a segunda de acordo com o art. 1727 do CC.

Constatada a lealdade as expectativas do parceiro, presente à boa-fé objetiva; logo a situação de simultaneidade não induz a presunção de conduta infiel ou desleal. Trata-se de presunção relativa, e não absoluta;⁷⁴ portanto, a comprovação da boa-fé será fundamental para o reconhecimento da relação simultânea como entidade familiar paralela.

A viabilidade de reconhecimento de efeitos Jurídicos nas relações paralelas.

As relações paralelas sempre fizeram parte da realidade social. Historicamente passaram por momentos de maior e menor aceitação. Entretanto, juridicamente não existe o reconhecimento merecido, no sentido de garantir a igualdade e liberdade social⁷⁵ na organização familiar.

Afastar a relação simultânea do campo da juridicidade, como argumenta Maria Berenice Dias,⁷⁶ é atitude conservadora e preconceituosa, capaz de gerar injustiças e enriquecimento sem causa.

⁷² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar, pág. 185.

⁷³ “ Já se afirmou que a boa-fé objetiva se apresenta como princípio e, por conseguinte, situa-se no âmbito do “dever ser” impondo um determinado agir. Essa conduta determinada pela boa-fé traz em seu bojo um mandamento que respeita a um agir leal.” RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar. Pág. 190.

⁷⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias Simultâneas da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional. Ed. Renovar. . São Paulo. Renovar. Pág. 195.

⁷⁵ “ O princípio da liberdade na família está contemplado, na Constituição, de maneira difusa, tendo duas vertentes: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade; e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.”LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonificação das Relações de Família. Revista Brasileira de Direito de Família, Ed. Lumen Júris, jun-jul- Rio de Janeiro 2004. pág. 154.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade. Artigo publicado em 11.07.2005, na Revista dos Juristas. Texto encontrado em <http://www.juristas.com.br> – pesquisa realizada em 10.05.2006. A autora lança seu alerta: “De todo descabido afastar do âmbito da juridicidade relação que atendeu a todos os requisitos legais, sob o fundamento de que mantinha o varão relacionamento simultâneo com outra pessoa. Esta tentativa de singelamente não ver a realidade, tentar apagá-la do âmbito do direito é atitude conservadora e preconceituosa, além de gerar injustiças e enriquecimento sem causa.”

Gustavo Tepedino, dissertando sobre a tutela constitucional das uniões estáveis e o alcance da previsão do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, aduz que “as medidas protetoras porventura adotadas pelo Estado em benefício da família devem aproveitar também às uniões não formalizadas, mas estáveis, entre homem e mulher as quais consideram, para esse fim, como entidades familiares”.⁷⁷

O referido Autor ao mencionar a distinção entre os efeitos jurídicos decorrentes do ato solene do casamento e efeitos emanados da relação familiar extramatrimonial, esclarece que se deve identificar *a ratio* das normas que se pretende interpretar. Assim, é possível concluir que as regras aplicadas às entidades familiares extramatrimoniais são idênticas às oriundas da União Estável, vejamos os argumentos:

” A união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.

(...) Quando informadas por princípios próprios da convivência familiar, vinculado à solidariedade dos seus componentes, aí, sim, indubitavelmente, a não aplicação de tais regras contraria o ditame constitucional.”⁷⁸

Pela via de raciocínio apresentada, é possível considerar que as hipóteses de simultaneidade familiar ingressam de maneira geral no sistema jurídico sob a proteção dos princípios constitucionais, recebendo tutela jurídico processual no âmbito do direito de família.

A verificação da existência de boa-fé (objetiva ou subjetiva), na constituição de dois ou mais núcleos familiares paralelos, será relevante para se aferir os efeitos jurídicos (alimentar, de partilha de bens e sucessórios) decorrentes da pluralidade sincrônica de famílias.

Uma vez verificada a presença da boa-fé, será viável a identificação dos efeitos jurídicos da união estável, para devida tutela, sob o domínio do direito de família. Há de se ressaltar que “a competência atribuída às Varas de especializadas de Família decorre seguramente da peculiaridade da matéria em conflito, relativa ao núcleo familiar, sendo para tanto irrelevante o seu modo de constituição. Em outras palavras, é a matéria a fixar a competência, não há a forma pela qual a entidade familiar se constituiu”.⁷⁹

O ordenamento jurídico não pode olvidar o amparo de pretensões que se destinam a preservar a dignidade coexistencial, com base no dever ético⁸⁰ e no princípio da boa-fé impondo eficácia jurídica à situação da família simultânea.

Não obstante o recente enunciado nº 14, aprovado no encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos seguintes termos: “**É inadmissível o reconhecimento dúplice de uniões estáveis concomitantes**”, orientação que vai de encontro com a realidade e aceitação social, alguns julgados podem ser encontrados, no sentido de lançar reflexões sobre a problemática do tema em tela, os quais trazemos a colação:

1) União estável putativa. Caso em que a autora uniu-se ao “*de cuius*” de boa-fé sem ter conhecimento que se tratava de homem casado. Reconhecimento de união estável putativa. Deram provimento. Por maioria. Apelação Cível nº 70003251469, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2001.

2) Apelação Cível Nº 70000897520, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 24/05/2000, com a seguinte ementa: **UNIÃO ESTÁVEL. CONCOMITÂNCIA A CASAMENTO EM SUA CONSTÂNCIA.** De regra, não é viável admitir-se o reconhecimento de união estável simultânea a casamento em sua constância. Ha, entretanto, situações em que, excepcionalmente, fazendo-se presente a boa-fé de um dos parceiros - que ignore ser o outro casado-, pode se configurar a união estável putativa. Dai porque não se pode rejeitar, de plano, a pretensão, eis que o pedido ostenta-se, em tese, juridicamente possível. Deram provimento, por maioria.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Novas Formas de Entidades Familiares : Efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Ed. Renovar. 3ª. Edição. 2004. Pág. 383.

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Novas Formas de Entidades Familiares : Efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Ed. Renovar. 3ª. Edição. 2004. Pág. 385.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Novas Formas de Entidades Familiares : Efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Ed. Renovar. 3ª. Edição. 2004. Pág. 387.

⁸⁰ “Na verdade, a ética é uma forma muito específica de funcionamento da moral. Embora toda ação ética contenha valor moral, nem todo valor moral cabe numa ação ética. O dever ético é aquele dever moral reconhecido como válido, como racional pelo agente.” PEREIRA Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais e Norteadores para Organização Jurídica da Família Curitiba. 2004. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR

3) Entretanto, decisão recente da Terceira Turma do STJ em julgamento do Recurso Especial 2005/0165379-8, em que foi relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade conheceram e deram provimento ao recurso deixando de reconhecer a união putativa, com a seguinte ementa: União Estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido.

4) O STF reconhecendo a relevância da situação já se manifestou no seguinte sentido: não tem suporte em qualquer princípio de moralidade é que venha a concubina a perder tudo aquilo que reconhecidamente foi fruto do seu labor, empregado na aquisição do imóvel, juntamente com aquele que era seu concubino, vindo este e sua esposa a ficar com tudo, mediante uma manobra sobremodo ardilosa e condenável.⁸¹

5) STJ: A censurabilidade do adultério não haverá de conduzir a que se locuplete, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica. Resp. no 47.103/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 13.02.1995.

6) Paulo Luiz Netto LÔBO,⁸² analisa decisão do STJ que enfrentou a questão de família simultânea em caso de seguro de vida realizado em favor da concubina, por homem casado, com a seguinte ementa:

“HOMEM CASADO. SITUAÇÃO PECULIAR DE COEXISTÊNCIA DURADOURA DO DE CUJUS COM DUAS FAMÍLIAS E PROLE CONCOMITANTEMENTE ADVINDA DE AMBAS AS RELAÇÕES. INDICAÇÃO DA CONCUBINA COMO BENEFICIÁRIA DO BENEFÍCIO(...)”

Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária.

7) Voto do Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade na AC nº 70006789226, 8ª. Câmara Cível do TJRS, em que foi relatora a Des. Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 11/12/2003, com as seguintes considerações:

“ É um caso que repete posições já bastante vivenciadas, nesta Corte. Minha posição é no sentido de que se a união paralela preenche os requisitos da união estável, embora ausente a fidelidade, porque a companheira sabia da manutenção do casamento formal, nesses casos, venho reconhecendo esta união paralela como união estável e pelo que depreendi do que existe nestes autos, o longo período de convivência, leva ao entendimento de que efetivamente não se tratou de uma convivência esporádica, de um amor qualificado, como dizia a Dra. Jucelana, quando com brilhantismo atuou nesta Câmara, mas evidentemente, uma autêntica união estável.

Então, com a devida vênia da eminente Relatora e do Revisor, reconheço esta união paralela, e , como consequência do reconhecimento, haverá a partilha de bens, obviamente esta partilha, como nós temos dado aqui, nas raras vezes em que somos vencedores, diante da composição da Câmara, é no sentido de que a convivente na união paralela reconhecida receba 50% da meação da mulher que mantinha o casamento formal para não atingir e prejudicar os filhos.

Então, com esses argumentos, que são conhecidos e não precisam ser aprofundados, provejo o apelo, inclusive com as consequências patrimoniais como antes enunciado.”

8) Voto discordante proferido pela Desembargadora Maria Berenice Dias na Apelação Cível nº 70011513371, da 7ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a saber:

“Ora, se o relacionamento existiu, não há como, por um passe de mágica a Justiça negar a sua existência.

A postura é nitidamente punitiva ao se negar qualquer consequência jurídica a um vínculo pelo simples fato de a apelante confessar que o companheiro mantinha seu casamento.

Ainda que o Estado preserve a monogamia como elemento estruturante da sociedade, quem infringe tal dogma não pode ser premiado ou favorecido. É isso o que preconiza o Relator, lastreado na jurisprudência majoritária, com o que está sendo conivente com o cônjuge infiel, livrando-o de qualquer encargo. Assim, o que se está é incentivando esse tipo de postura.

Para livrar-se de qualquer obrigação o melhor para os homens é manterem uniões simultâneas. Transforma-se em um grande negócio.

⁸¹ Voto vencido do Rel. Min. Aldir Passarinho, no Rec. Extr. 103.775/RS, julgado em 17.9.1985. RTJ 117, p. 1.269. Ementa: “*Concubina. partilha patrimonial. réu casado. compreensão da súmula 380. a ação de partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu e casado, visto que tanto conduziria ao despropósito da dupla meação. a súmula 380, interpretada a luz da jurisprudência que lhe serviu de base, e daquela que lhe sobreveio, refere-se a concubinos desimpedidos.*”

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Temas Atuais de Direito e Processo de Família, Primeira Série. Cristiano Chaves de Farias (coord). Ed. Lumen Juris p.15, RJ 2004. (R.Especial nº 100.888-BA, DJ de 12.03.2001).

Assim, impositiva é a procedência - ao menos parcial - da ação para deferir à apelante a quarta parte do patrimônio amealhado durante o período de convivência, com o que se está preservando a meação da esposa.”

9) No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a 8ª. Câmara Civil decide na Apelação nº 70006046122 de 23.10.2003, que restou demonstrado que o falecido nunca se afastou da esposa e dos filhos havidos no casamento, concluírem ainda, que a mulher e a concubina aceiraram o concubinato adulterino, criando-se uma situação anômala, em que a relação adulterina se tornara estável e não furtiva, portanto regular, merecendo ser judicialmente agasalhada, colocando a companheira no mesmo patamar da esposa.

O relator Antonio Carlos Stangler Pereira teve seu voto vencido, sendo vencedores os votos dos desembargadores Rui Portanova e José S. Trindade.

10) A 8ª. Câmara Cível do TJRS, decidiu por unanimidade, na Apelação nº 70005365838, datada de 12.06.2003, tendo como Relator Rui Portanova que “União afetiva dúplice. Caso em que se reconhece que homem, juridicamente solteiro, viveu união afetiva com duas mulheres. Com uma era casado no Uruguai, mas o casamento não está registrado no Brasil. Com outra, viveu união estável (como se fossem marido e mulher). Reconhecimento de direito a 25% do patrimônio adquirido na constância da união. Deram parcial provimento.”

11) O TJSP na Apelação nº 127.880-4/6-SJ- 4ª. Câmara Cível- Rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello-J.14.11.2002, se manifestou no sentido de reconhecer cabível a meação no caso de simultaneidade familiar, a saber: PARTILHA – Concubinato. Duplo ou simultâneo. Meação. Questão a ser solucionada de forma a partilhar os bens entre as duas companheiras. Se o réu viveu em duplo concubinato, ou concubinato simultâneo, no mesmo período, a questão da meação será solucionada de forma a efetivar a partilha entre as duas companheiras.

Conclusão.

1. A nova acepção de família tem o afeto como elemento essencial e indispensável mecanismo que rege as relações familiares; o afeto representa a valorização do elemento psicológico na formação da família, simbolizado pelo laço conjugal de partilha de sentimentos e comunhão de esforços em busca de realizações em comum, é externado pelo convívio fundado no desenvolvimento de um núcleo familiar.
2. A adesão ao sistema monogâmico, hodiernamente, não corresponde a um processo natural uma vez que a constituição da família obteve moldes mais flexíveis e a concorrência em razão da demanda excessiva da espécie no sexo feminino em relação ao sexo masculino é uma situação de fato ora existente. Assim, a busca da felicidade no âmbito pessoal e sentimental tem como consequência relacionamentos que podem se afastar do sistema eleito.
3. Deste rastro surgem os relacionamentos paralelos, que podem, ou não gerarem efeitos, seja de natureza pessoal ou patrimonial. Esses efeitos merecem a devida tutela, não para permitir a traição, mas para não premiá-la.
4. Enfraquecida a concepção de família patrimonializada e, diante da personificação da família, a interferência do Estado no âmbito dos deveres de fidelidade e lealdade deixa de fazer sentido, pois relativos a intimidade, liberdade e privacidade do indivíduo, ausente, portanto, o interesse público
5. A lealdade, como direito/dever da pessoa do convivente é traduzido pela necessidade de ser transparente com relação as suas reais intenções, convicções e projeto de vida em comum. Surge para o convivente a opção de aceitar ou perdoar, expressa ou tacitamente as condutas do outro, sendo defeso a qualquer um, seja pessoa de direito público ou privado, a interferir na comunhão de vida instituída pela família (art. 1513 do CC).
6. O dever de fidelidade é disponível entre as partes, assim, como o dever de coabitação, de procriação, bem como o dever de manter relações sexuais.
7. Uma vez reconhecido o princípio da afetividade como elemento vital para existência das entidades familiares, a teor do que consta nos parágrafos 3º e 8º do artigo 226 da Constituição Federal, há de se reconhecer, perante o sistema de ponderação de valores, que a afetividade decorrendo do próprio princípio da dignidade da pessoa do convivente, poderá prevalecer sobre o princípio da monogamia, flexibilizado pela conveniência (liberdade) dos conviventes.
8. A regra de unicidade relacional não tem o condão de vedar a inserção de famílias simultâneas na juridicidade, sob pena do não reconhecimento da família como entidade livre e solidária..
9. É de salutar importância à interpretação do disposto no artigo 1.727 do Código Civil, a luz da nova tábua axiológica constitucional. O concubinato consiste em relação de natureza espúria, clandestina, ausência de lealdade e constituído sobre o manto da má-fé. Portanto, o dispositivo não tem força de

exclusão da união simultânea no campo do direito de família, sendo certo que o reconhecimento de efeitos jurídicos nesta seara resguarda a segurança jurídica e social das relações.

10. O afeto como um essencial mecanismo que rege as relações humanas e fonte criadora de realização pessoal, levou a um redimensionamento na maneira de pensar e sentir a família como um grupo formado pelo sentimento anímico, onde as pessoas buscam a realização pessoal de seus integrantes.
11. A relação de afetividade, portanto, é o vínculo originário da entidade familiar simultânea, tendo como fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
12. A comprovação da boa-fé (objetiva ou subjetiva) viabiliza o reconhecimento de efeitos jurídicos, na relação simultânea, idênticos aos reservados na união estável.
13. A União Putativa é relação paralela amparada pela boa-fé subjetiva, caracterizada pelo desconhecimento absoluto acerca da relação mantida por seu parceiro. Traçando um paralelo, a doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo ao companheiro que acreditava ter contraído uma união sem vícios, os mesmos direitos decorrentes do casamento putativo.
14. A união simultânea constituída pela boa-fé objetiva é caracterizada pela correspondência às legítimas expectativas do parceiro; A boa-fé objetiva em uma relação paralela com natureza de entidade familiar é evidenciada pela ostensibilidade.
15. As hipóteses de simultaneidade familiar ingressam no sistema jurídico sob a proteção dos princípios constitucionais, recebendo tutela jurídica processual no âmbito do direito de família. Na hipótese da família paralela constituída sob o manto da boa-fé (subjetiva ou objetiva) os feitos jurídicos serão idênticos ao conferidos à união estável.

BIBLIOGRAFIA

- WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coordenadores) **Direitos Fundamentais do Direito de Família**, Ed. Livraria do Advogado, 2004
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2839>>. Acesso em: 23.10.2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Revista Brasileira de Direito de Família, Ed. Lumen Júris, p. 1-18, Rio de Janeiro 2004.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Ed. Renovar rio de Janeiro, 2005.
- AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.
- BITTENCOURT, Edgard Moura. **O concubinato no direito**. 2 ed. rev. amp. atu. Rio de Janeiro: Editora Jurídica Ltda, 1969. v.1.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson, **Comentários ao Novo Código Civil**, (coord.) Sálvio de Figueriredo Teixeira, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- GAMA, Guilherme Pereira Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CAHALI, José Francisco. **Contrato de Convivência: Na União Estável**. Ed. Saraiva, 2002.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Ed. Livraria do advogado, 2004.
- KRELL, Olga Jumbert Gouveia, **União Estável : Análise Sociológica**, Ed. Juruá Curitiba, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; **Temas Atuais de Direito de Família e Processo de Família**, Primeira Série, Editora Lumen Júris, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares**. Ed. Renovar. 3ª. Edição. 2004.
- DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, Bigamia e União estável: realidade e responsabilidade**. Artigo exibido Internet - site: mariaberenicedias.com.br
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo e SCHIOCCHET, Taysa. Fonte: www.direitodafamilia.net
- CAHALI, Yussef Said. **Família e Casamento**, Doutrina e Jurisprudência. Ed. Saraiva. 1988.
- Maria Helena Diniz. **Código Civil Anotado**. Ed. Saraiva. 2003,
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Ed. Livraria do advogado, 2004 .
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro . Jus Navegandi**, Teresina, a. 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929> . Acesso em: 29 mar. 2006.
- DIAS, Maria Berenice. Internet site: www.mariaberenicedias.com.br – **O dever de fidelidade** Data: 11/9/2005 Artigo publicado no mundo Jurídico(www.mundojuridico.adv.br).
- LOBO, Paulo Luiz Netto . **Igualdade Parental - Direitos e Deveres**. Artigo Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFPR Vol. 31 – 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 29 mai. 2006.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. **A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia**. Revista de Direito. TJ-RJ., nº 65, Ed. Espaço Jurídico- 2005 (out/nov/dez).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Curitiba. 2004.

ZANELATO, Ezequiel Paulo. **O Afeto como Fator Preponderante para a Manutenção da Sociedade Conjugal**. Revista Brasileira de Direito de Família Ed. Síntese. nº 34. fev-mar. 2006 .

BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 9, jul./set. 2002.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**, São Paulo Saraiva.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **União Estável Putativa. Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Primeira Série. Ed. Lumem Juris. (coord) Cristiano Chaves de Faria. 2004. RJ.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Ed.Livraria do advogado, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. I.

TARTUCE, Flavio " **O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual**. Apontamentos em relação ao novo código civil e cisão do projeto nº 6.960/02". Fonte de consulta: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo2-oldmar2004.html>

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Família: do autoritarismo ao Afeto**. Revista Brasileira do Direito de Família, 32º. Volume- out-nov-2005, ed. Síntese.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada**. In: Diálogos sobre Direito Civil Construindo a Racionalidade Contemporânea. Ed. Renovar. pág. 315. 2002.

I - Introdução

Os direitos da criança e do adolescente encontram-se descritos e assegurados, **com absoluta prioridade**, no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e assim enumerados: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Tal previsão, infelizmente, ainda parece uma obra de mera ficção para boa parte das crianças brasileiras, sem qualquer semelhança com a realidade que a cerca, o que não se pode reputar mera coincidência quando se constata que tais pessoas em formação pertencem à classe econômica sem acesso a tais direitos por falta de poder aquisitivo de compra dos serviços de saúde e educação, inclusive de alimentação e moradia dentre outros, não tendo poder de mobilização suficiente para exigir que o Estado forneça adequadamente tais serviços.

Não consta do rol de direitos da criança a moradia porque somente após a Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000, passou a integrar os direitos sociais como reflexo da dignidade da pessoa humana, sendo importante o respeito a tal direito como expressão do princípio da absoluta prioridade, evitando-se a ocorrência de outras tragédias e vergonhas nacionais expostas ao mundo, como foi o massacre da Candelária, quando crianças e adolescentes dormindo na rua, em frente a uma igreja do Centro da cidade do Rio, foram assassinadas.

Ao contrário do que considera o senso comum a cada episódio de participação de adolescente em crimes cometidos com violência ou ameaça contra a pessoa, não existe a apregoada impunidade dos jovens que cometem atos graves, sendo responsabilizados na forma prevista na Lei 8069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde há possibilidade de aplicação de medida privativa de liberdade, vale dizer, internação, conforme artigo 122 do referido diploma legal.

II-Breve análise histórica

A História do Brasil teve início com a violação de direitos da criança, não reconhecida como sujeito de direito em razão da dicotomia da sociedade, dividida entre senhores e escravos:

“Tomemos o tão discutido exemplo do trabalho infantil. Dos escravos desembarcados do mercado do Valongo, no Rio de Janeiro do início do século XIX, 4% eram crianças. Destas, apenas um terço sobrevivia até os 10 anos. A partir dos quatro anos, muitas delas já trabalhavam com os pais ou sozinhas, pois perder-se de seus genitores era coisa comum. Aos doze anos o valor de mercado dessas crianças já tinha dobrado. E por quê? Pois considerava-se que seu adestramento já estava concluído e nas listas dos inventários já apareciam com sua designação estabelecida: Chico “roça, João “pastor”, Ana “mucama”, transformados em pequenas e precoces máquinas de trabalho.”²

Também a História do Brasil, desde o início oficial, com a chegada dos portugueses, traz no seu registro as tristes marcas do tratamento dispensado às crianças, sobretudo em relação aos desafortunados:

“Não obstante, poucas crianças, quer embarcadas como tripulantes ou passageiros, conseguiam resistir à insalubridade das embarcações portuguesas, à inanição e às doenças; e um número ainda menor sobrevivia em casos de naufrágio. Se eram poucas as crianças embarcadas, o número de pequenos que chegavam vivos ao Brasil, ou mesmo à Índia, era ainda menor, e com certeza nenhum conseguia

¹ Defensora Pública da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente

² História das Crianças no Brasil. Mary Del Priori organizadora, 4ª edição, São Paulo, Contexto, 2004, pág. 12

chegar ileso ao seu destino. O menor mal que podia sofrer após viver alguns meses no mar, quando tinha sorte, era o de sofrer um grande trauma e deixar de ser criança; ver seu universo de sonhos, esperanças e fantasias desmoronar diante da cruel realidade do cotidiano das naus do século XVI; perder sua inocência para nunca mais recuperá-la.

Outras crianças, menos afortunadas, quando não pereciam durante a viagem, enfrentavam a fome, a sede, a fadiga, os abusos sexuais, as humilhações e o sentimento de impotência diante de um mundo que não sendo o seu tinha que ser assimilado independentemente da sua vontade. Combater o universo adulto desde o início seria tentar vencer uma batalha que já estava perdida”.³ (grifei)

Acerca do tratamento dispensado às crianças no Brasil merece registro a abordagem da historiadora Mary Del Priori, organizadora da obra *História das Crianças no Brasil*:

“O castigo físico em crianças não era nenhuma novidade no cotidiano colonial. Introduzido, no século XVI, pelos padres jesuítas, para horror dos indígenas, que desconheciam o ato de bater em crianças, a correção era vista como uma forma de amor...

As violências físicas, muitas vezes dirigidas às mães, atingiam os filhos e não foram poucas as famílias que se desfizeram deixando entregues ao Deus dará, mães e seus filhinhos: **fome, abandono, instabilidade econômica e social deixaram marcas em muitas das crianças.** Não são poucas as que encontramos, nos documentos de época, esmolando às portas de igrejas, junto com suas genitoras. Um processo crime datado de 1756, movido na Vila de São Sebastião, São Paulo, por Catarina Gonçalves de Oliveira revela imagem de outras violências: a de pais contra filhos. Nos autos, Catarina revela ter defendido seu enteado, uma criança pequena, de chicotadas deferidas pelo pai, ansioso por corrigir o hábito do pequeno de comer terra. As “disciplinas”, os bolos e beliscões revezavam-se com as risadas e mimos. Mas também com divertimentos e festas”.⁴ (grifei)

É lamentável constatar que ainda hoje, passados 500 anos, fome, abandono, falta de recursos econômicos da família e violência física, ainda deixam marcas em muitas crianças do Brasil, como podemos observar andando pelas ruas, lendo jornais e revistas, documentários como “Meninos do Tráfico” exibido pela Rede Globo em horário nobre, visitando unidades destinadas a abrigo de crianças e adolescentes ou à internação de adolescentes no chamado “sistema sócio-educativo”.

III- Imputabilidade penal

Sob o aspecto da imputabilidade penal no Brasil Colônia, era prevista a partir dos 7 anos através das Ordenações Filipinas — vigentes em Portugal e, no Brasil, até 1830, quando foi promulgado o Código Penal do Império — excluindo apenas a aplicação da pena de morte.

O Código Penal de 1830, por sua vez, fixou em 14 anos a imputabilidade penal plena, adotando critério biopsicológico para punição de crianças entre 7 e 14 anos, o que significa dizer que caberia ao arbítrio do juiz decidir sobre a imputabilidade ou não, de acordo com o discernimento da criança.

IV- A escravidão e as crianças no Brasil

³Ramos, Fábio Pestana. *História das Crianças no Brasil*. Mary Del Priori organizadora, 4ª edição, São Paulo, Contexto, 2004, pág. 49

⁴ Priore, Mary Del. *História das Crianças no Brasil*. Mary Del Priori organizadora, 4ª edição, São Paulo, Contexto, 2004, págs. 96/98

expostos:⁵ Mecanismo utilizado na época como alternativa ao abandono foi a chamada roda dos

“A criação das Rodas de Expostos evitou que bebês fossem abandonados nas ruas ou nas portas das igrejas por mães que buscavam ocultar a desonra de gerar um filho ilegítimo, ou que não tinham condições de criá-lo. **A escravidão possibilitou um uso bastante particular do sistema no Brasil: a exposição de filhos de escravas, cujos senhores buscavam receber o pagamento pela sua criação ou quem os criassem, indo posteriormente buscar o pequeno escravo em idade que pudesse ser iniciado nas atividades laborais**”. (Grifei)

Cabe ressaltar que tais casas destinadas a abrigar crianças eram mantidas por entidades religiosas, demonstrando que eram vistas como obras de caridade e não como obrigação do Estado.⁶

Portanto, a única forma existente de suposta proteção aos “desvalidos” ou abandonados era a caridade religiosa.

Como lembra a socióloga Vera Malaguti

“O que importa à reflexão é o que aconteceu com os filhos das mães pretas e babás que entregavam seu leite, seus corpos para o desfrute da infância branca. Estes foram e seguem sendo um estorvo no mundo escravo e no mundo assalariado. Povoaram a roda dos expostos, vagam pela cidade realizando pequenos ganhos, trabalhando em “soldadas”, nas Varas de Órfãos, nas bocas de fumo, Sam’s e Funabens da vida. Vão cumprindo assim sua profissão de alimento ao filicídio.”⁷

Com a abolição da escravidão e proclamação da República, ocorridas, respectivamente, em 1888 e 1889, houve a necessidade de centralizar a assistência aos chamados “menores” para evitar a cobrança de que até então era desenvolvida apenas como “caridade” de instituições religiosas e não como política de Estado.

V- O Código Mello Mattos

Somente no século XX, entretanto, o Estado passa a planejar e implementar as políticas de atendimento através da aprovação do Código de Menores, em 1927, idealizado pelo juiz Mello Mattos:

“O Juízo de Menores, na pessoa de Mello Mattos, estruturou um modelo de atuação que se manteria ao longo da história da assistência pública no país até meados da década de 1980, funcionando como um órgão centralizador do atendimento oficial ao *menor* no Distrito Federal, fosse ele recolhido nas ruas ou levado pela família. O juízo tinha diversas funções relativas à vigilância, regulamentação e intervenção direta sobre esta parcela da população, mas é a internação de menores *abandonados* e *delinquentes* que atraiu a atenção da imprensa carioca, abrindo espaço para várias matérias em sua defesa, o que, sem dúvida, contribuiu para a disseminação e aceitação do modelo. Pela crescente demanda por internações desde a primeira fase do juízo, percebe-se que a temática popularizou-se também entre as classes populares, **tornando-se uma alternativa de cuidados e educação para os pobres, particularmente para as famílias constituídas de mães e filhos**”. (grifei)⁸

⁵ Op. cit., pág. 24

⁶ “Os Recolhimentos de Órfãos do Rio de Janeiro e da Bahia foram criados pelas respectivas Santa Casa de Misericórdia; O Recolhimento de Nossa Senhora da Glória, em Pernambuco, resultou da iniciativa do bispo Azeredo Coutinho e o Recolhimento dos Remédios, no Maranhão, do padre jesuíta Malagrida” (op. cit., pág. 26)

⁷ Malaguti Batista, Vera. O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história, Rio de Janeiro, Revan, 2003, pág. 63

⁸ Rizzini, Irma e Irene. A institucionalização de Crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente, Editora Puc-Rio, São Paulo, Loyola, 2004, pág. 29/30

Ainda hoje, como podemos observar através das matérias publicadas no Jornal O Globo no mês de abril de 2006 (entre os dias 02 e 05), o assunto relativo à internação de adolescentes desperta interesse da mídia, inclusive para mostrar as condições atentatórias à dignidade da pessoa humana das unidades do “sistema sócio-educativo” em desrespeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, princípio este previsto no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Retomando os aspectos históricos, para demonstrar que a infância no Brasil sempre foi tratada de forma aviltante pelos poderes públicos, lembramos, mais uma vez invocando as professoras Irma e Irene, que

“Na ditadura implantada por Getúlio Vargas, intervir junto à infância torna-se uma questão de defesa nacional. A almejada assistência centralizada é implantada pelo governo Vargas, em 1941, com a criação do Serviço de Assistência a Menores (SAM)”.⁹

O Serviço de Assistência a Menores, ligado ao Ministério da Justiça funcionava na perspectiva do atendimento ao adolescente como objeto de assistência e repressão, indistintamente, demonstrando que a visibilidade desse destinatário do sistema era decorrente não apenas da prática de ato ilícito como de qualquer outra situação que tornasse necessária a intervenção do Estado.

VI- A educação como direito fundamental

Ao falar sobre educação Leonardo Boff, com a inteligência e a simplicidade dos grandes mestres, alerta:

“Investir em educação é inaugurar a maior revolução que se poderá realizar na história, a revolução da consciência que se abre ao mundo, à sua complexidade e aos desafios de ordenação que apresenta. Investir na educação é fundar a autonomia de um povo e garantir-lhe as bases permanentes de seu refazimento face a crises que o podem abalar ou desestruturar como a Alemanha e o Japão na Segunda Guerra Mundial, que, por causa do nível de educação de seu povo derrotado e humilhado, se reergueram das ruínas. Investir em educação é investir na qualidade de vida social e espiritual do povo. Investir em educação é investir em mão-de-obra qualificada. Investir em educação é garantir uma produtividade maior. O Estado brasileiro nunca promoveu a revolução educacional. É refém histórico das elites proprietárias que precisam manter o povo na ignorância e na incultura para ocultar a perversidade de seu projeto social, para reproduzir seus privilégios e perpetuar-se no poder”.¹⁰

Não podemos falar de educação no Brasil sem lembrar o saudoso mestre Paulo Freire, que revolucionou o ensino com a “Pedagogia do Oprimido” mostrando que a diversidade cultural deve ser respeitada e o professor fazer o papel de agente transformador, não mero repetidor de conceitos.

Ao discorrer sobre os grandes temas da política e da cidadania, em *Diálogo em torno da República*, Norberto Bobbio e Maurizio Viroli¹¹ lançam considerações sobre o cumprimento das leis e a importância da educação:

Viroli: Mas você mesmo explicou que as boas leis precisam dos bons costumes. No sentido de que a lei não pode sozinha realizar o fim de conservar uma boa comunidade democrática e liberal; precisa de ajuda daquele sentimento interior que é o senso do dever. Uma vez que o sentimento do dever civil é um sentimento interior, de que modo pode ser reforçado? É verdade que as leis, coagindo os cidadãos a observar determinadas regras de comportamento, modelam o costume. Acredito, no entanto, que o senso de dever, justamente pela sua

⁹ Op. cit., pág. 33

¹⁰ Depois de 500 anos: que Brasil queremos? Petrópolis, Rio de Janeiro, Vozes, 3ª edição, 2003, pág. 83/84

¹¹ *Diálogo em torno da República: os grandes temas da política e da cidadania*. Bobbio, Norberto; Viroli, Maurizio. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2002

natureza interior, precisa de algo que é distinto das leis. Como fazer nascer o senso de dever onde ele falta?

Bobbio: Com a educação. Porque partimos do pressuposto de que o animal homem deve ser domesticado. A educação é principalmente a imposição de deveres, não a solicitação de direitos”.

Aqui encontramos a resposta para a grande inquietação daqueles que alegam ter o Estatuto da Criança e do Adolescente previsto direitos e não deveres das crianças e adolescentes do Brasil. A educação não é apenas um direito, mas impõe aos alunos, em especial na idade em que se encontram no ensino fundamental, nos primeiros anos de vida, submissão a regras, horários, compromissos, e se houver a utilização de métodos pedagógicos de estímulo ao estudo e à importância para a vida, certamente terá a escola cumprido o seu papel.

Ocorre que a educação pública, pela desatenção histórica e cada dia mais grave das autoridades competentes nas esferas governamentais, vem condenando milhões de crianças à evasão escolar, ao baixíssimo interesse e falta de perspectiva sobre o futuro.

Também não podemos esquecer que os adolescentes, ou seja, aqueles que tiverem completado 12 anos de idade, sujeitam-se à responsabilização por ato análogo a crime, que o ECA denomina ato infracional.

Assim, não têm os jovens apenas direitos, mas deveres de não infringir a norma penal, e nos casos de conduta tipificada como crime ou contravenção, respondem a procedimento e estão sujeitos às medidas “sócio-educativas”, inclusive privativa de liberdade, que consiste na “internação” quando o ato atribuído for cometido com violência ou ameaça contra a pessoa ou quando cometer várias infrações graves.

O cumprimento de medidas sócio-educativas é mais um dos temas que revelam como o Brasil real ainda não acompanhou as mudanças, conquistas e evoluções das previsões constitucionais e legais sobre direitos do adolescente.

É possível verificar, especialmente na mídia, uma visão e tratamento da questão relativa à infância na ótica de evitar ou prevenir o crime.¹²

É como se apenas importasse para a sociedade que houvesse segurança e não que os direitos das crianças à educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, cultura, e outros fossem atendidos.

Ninguém ousaria dizer que a escola é o caminho para reduzir a criminalidade nas classes mais favorecidas economicamente, porque antes de tudo consideramos que a educação é um direito fundamental para formar o cidadão e prepará-lo adequadamente para enfrentar no futuro o competitivo mercado de trabalho.

Mas, para as famílias pobres sempre se coloca a educação na perspectiva de que estudando a criança e o adolescente estão livres de serem recrutados pelo tráfico ou atraídos para outras formas de criminalidade, como ocupação de tempo útil e não como forma real de desenvolvimento e formação para o exercício pleno da cidadania.

Ou seja, evolui o Direito, mudam as leis, mas ainda continuam muitos a trabalhar sob a mesma ótica do século passado.

Não se deve à falta de leis o agravamento da desigualdade social e econômica, porque desde 1988 o Brasil traçou, com a promulgação da Constituição, no art. 3º, III, como um dos objetivos da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Também não podemos atribuir o respeito ou desrespeito a direitos fundamentais das crianças do Brasil a um único ato de autoridade, qualquer que seja.

Nas sábias palavras do saudoso jurista e filósofo italiano, também senador vitalício da República da Itália, Norberto Bobbio:

“Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os **direitos do homem como um sinal de progresso moral da humanidade**, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral **não se mensura**”

¹² O Jornal O Globo de 16/04/2006, traz o seguinte título de matéria: “Escola: caminho para reduzir criminalidade” onde é mostrada entrevista com os economistas Sérgio Guimarães Ferreira e Fernando Velos, professores do Ibmecc. Pergunta a jornalista: “Dá para correlacionar as melhorias na educação com redução da criminalidade?” Responde o economista Veloso: “Não há estudo sistemático para estabelecer esta correlação para a Colômbia. Mas há estudos teóricos para os Estados Unidos que mostram, particularmente no ensino médio, que a melhoria do nível educacional contribui para a redução da criminalidade.”

pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio”.¹³ (grifei)

Talvez uma canção do atual Ministro da Cultura, Gilberto Gil, traga alguma reflexão:

“Nos barracos da cidade ninguém mais tem ilusão/ o poder da autoridade, de tomar a decisão/ e o poder da autoridade, se pode não faz questão, se faz questão não consegue, enfrentar o tubarão/ Gente estúpida, gente hipócrita/ O governador promete, mas o sistema diz não, os lucros são muito grandes, mas ninguém quer abrir mão, mesmo uma pequena parte, já seria a solução, mas a usura dessa gente, já virou um aleijão...”

A violência histórica que virou paisagem comum foi retratada de forma muito apropriada em artigo escrito pelo jornalista e escritor Luis Fernando Veríssimo cuja citação faz-se necessária diante da atualidade:

“A atual preocupação com a violência crescente do crime, da revolta e da reivindicação radical, da violência em sua forma concentrada e monstruosa, é em proporção direta à nossa desatenção histórica à violência diluída pelo tempo, à violência normal, parte da paisagem, que sofre a maioria brasileira”.¹⁴

VII- O Código de Menores

Com o advento do Código de Menores de 1979 surge a doutrina da situação irregular para designar como objeto de atendimento os menores abandonados, carentes ou delinquentes, numa visão nitidamente violadora dos direitos da criança e do adolescente, especialmente porque aplicada em larga escala, e sem direito à defesa, medidas de internação sob variados pretextos.

Pela simples leitura da lei¹⁵ verifica-se que os seus destinatários constituem a camada subalternizada da população, objeto de assistência social e da atuação do juiz, que assume um papel centralizador e praticamente incontestável, atuando de forma discricionária, uma vez que os conceitos são abertos e passíveis de interpretação conforme a sua própria visão.

Basta, para constatar tal fato, a informação seguinte:

“Neste tempo, de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes, “menores”, que não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle da pobreza, que Emílio García Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima. Esta também era, por conseqüência, a ordem que imperava nos Juizados de Menores”.¹⁶

¹³ Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer, Nova Ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, pág. 80

¹⁴ O Globo, de 03 de agosto de 2003

¹⁵ Lei 6.697/79, art. 2º: “Para os efeitos deste Código considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II- vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III- em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração de atividade contrária aos bons costumes;

IV- privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V- com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal”

¹⁶ Saraiva, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral – uma abordagem da responsabilidade penal juvenil, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pág. 47

Cabe ressaltar, ainda, que na edição do Código de Menores o Brasil ainda vivia sob o regime militar e a política de repressão também se dirigia àqueles que pudessem, de alguma forma, causar perigo à manutenção da ordem, devendo ser lembrado que eram conferidos poderes demasiadamente amplos aos magistrados, que logo passaram a ser questionados pela sociedade com a abertura política e a gradual transição para o regime democrático que estava prestes a nascer.

A mobilização social contra a institucionalização de crianças no Brasil teve início na década de 80, culminando com a realização, em 1984, do I Seminário Latino-Americano de alternativas comunitárias de atendimento a meninos e meninas “de rua” e, em 1986, na realização do I Encontro Nacional de Meninos e Meninas “de Rua”, também realizado em Brasília.

Lamentável e inacreditavelmente, alguns juízes e outros profissionais do direito ainda trabalham com a lógica do Código de Menores, primeiro internando, inclusive durante os plantões judiciais, para depois verificar que não se trata de hipótese legal de internação que, por expressa determinação legal e constitucional, está sujeita, como medida extrema que é, privativa de liberdade, aos princípios da brevidade e da excepcionalidade, restrita a aplicação aos atos infracionais com a natureza/condição especificados pelo art. 122 da Lei 8.069/90, conforme prevê a Constituição de 88, no seu art. 227, § 3º, V e o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 121.

A desigualdade econômica¹⁷ parece que é o pano de fundo que explica a situação da existência de dois tipos de criança no Brasil: a bem nutrida, que tem acesso à saúde desde o nascimento, inclusive pré-natal; à educação em escolas que funcionam de verdade; ao esporte (existem, inclusive, escolinhas de futebol de diversos clubes); ao lazer em praças públicas, prédios, parques, clubes e até na praia; à cultura, através de teatro, cinema, música; à convivência familiar no seio da família natural (são raríssimos os casos de destituição do poder familiar em que os pais não sejam pobres ou miseráveis, embora a falta de recursos econômicos, por expressa disposição legal, não seja motivo suficiente para a perda do poder familiar: art. 23 do ECA). O outro tipo são os filhos que o Brasil renega, muitos sem certidão de nascimento, sem o direito à convivência familiar, abrigados em instituições oficiais, sem alimentação, sem moradia, sem escola onde possam ter uma formação adequada, submetidas a trabalho desde a mais tenra idade, à prostituição, sem atendimento médico decente, sem acesso à cultura e ao lazer.

VIII- A doutrina da proteção integral e a inimizabilidade penal

A Constituição de 1988, nascida de amplo debate democrático promovido por movimentos sociais e por isso mesmo chamada de Constituição Cidadã pelo saudoso deputado Ulisses Guimarães, na histórica sessão de promulgação, incorporou ao ordenamento jurídico pátrio os princípios fundantes da “Doutrina da Proteção Integral” superando e se contrapondo à doutrina da situação irregular e consagrou o princípio da absoluta prioridade.

O artigo 227 merece ser citado por trazer o novo modelo de atendimento a direitos da criança e do adolescente sem qualquer distinção de origem, situação econômica ou social, colocando os destinatários desta norma de proteção como sujeitos de direito e não mais como objeto de atuação do Estado opressor:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O princípio da absoluta prioridade, portanto, consiste numa forma de atendimento aos direitos da criança e do adolescente e tem como obrigados a família, através dos cuidados inerentes ao poder/dever familiar e o Estado, através das políticas públicas nas áreas de saúde, educação, programas de

¹⁷ Kliksberg, Bernardo. Desigualdade na América Latina: o debate adiado; tradução Sandra Trabucco Valenzuela, 3ª edição, São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2002, pág. 31: “O esforço de pesquisa minuciosa das desigualdades, fundamental para a compreensão de seu funcionamento interno, deve ser acompanhado de um grande esforço para compreender suas interações e a dinâmica de conjunto. A ação conjunta dessas desigualdades está na origem de um dos sinais mais problemáticos com que a humanidade chega ao final do século XX, o denominado problema da exclusão social. Em diversas sociedades, amplos setores da população não têm acesso a ativos produtivos, créditos, educação de boa qualidade e, por conseguinte, rendas adequadas. Essas exclusões se reforçam mutuamente e conduzem a “círculos perversos” que deixam extensos grupos humanos desprovidos de capacidade de funcionamento básicas.” Mais adiante, na pág. 33, o autor menciona que “A América Latina é considerada, em nível internacional, a região com os mais elevados níveis de desigualdade”.

combate à fome, à discriminação, à exploração, bem como a sociedade, através dos conselhos de direitos e tutelares, e no acionamento dos poderes constituídos quando tomar conhecimento de qualquer violação aos direitos da criança.

Princípio, na lição sempre lembrada do brilhante jurista Celso Antônio Bandeira de Mello,

“é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”¹⁸

Constatamos que o Brasil apresenta importantes avanços no tratamento à questão da infância, sendo indicativo desta conquista a própria inclusão da matéria no texto da Constituição, superando a idéia de ser a criança e o adolescente objeto de políticas centradas na atuação para abrigar ou internar a pretexto de proteger/ressocializar, trazendo para o cenário jurídico a consideração e o respeito às crianças como especiais sujeitos de direito.

A Constituição Federal, nesse sentido, é instrumento jurídico fundamental para a garantia de direitos sonogados por tanto tempo na História do Brasil e impulsionadora da legislação sobre a criança e o adolescente, inspirada na futura convenção sobre direitos da criança do ano de 1989, ao consagrar o princípio da prioridade absoluta, que deve ser observado em todas as esferas de poder e áreas de atuação para efetivar a conquista obtida em sede constitucional, fruto de grande mobilização popular e de acordo com preceitos internacionais.

No aspecto constitucional, especialmente em relação à matéria aqui tratada, o Brasil pode se orgulhar de ser um país com atenção voltada para os direitos da criança, fazendo parte do mundo civilizado em relação ao atendimento e proteção, o que já é um começo depois da análise do percurso histórico de violação de direitos de crianças e adolescentes, inclusive com respaldo legal.

Quanto à concretização dos direitos das crianças do Brasil, recorro à análise feita pelo saudoso sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, em comentário ao art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que a

“tradição do Estado brasileiro é não levar a sério sua função social, é ter uma relação perversa com sua própria sociedade. Para se romper essa tradição, cabe à sociedade civil tomar a iniciativa de obrigar o Estado, em todos os níveis, a reencontrar-se com sua função social. O art. 7º pode constituir-se na pedra de toque dessa conversão ao social do Estado e da própria sociedade brasileira, que acostumou-se também a dormir em casa enquanto muitas de suas crianças dormem nas ruas”.¹⁹

O que falta não é previsão legal, mas apenas o cumprimento que exige dos poderes, especialmente Executivo e Judiciário, ações efetivas através de políticas públicas ou decisões judiciais obrigando o respeito ao princípio constitucional da prioridade absoluta, sendo totalmente despropositada e violadora da Constituição qualquer alegação sobre inexistência de recursos, até porque todos os governos têm verba de publicidade, que bem poderiam ser destinadas para atender os direitos da criança e do adolescente.

O Brasil tem uma dívida histórica com os excluídos, sejam os índios que foram praticamente dizimados, os negros que aportaram aqui nos navios negreiros e depois foram “libertados” em 13 de maio de 1888 e entregues à própria sorte, sem qualquer assistência ou direitos, os pobres e miseráveis de hoje, que formam a camada subalternizada, alijada do poder, vivendo na democracia formal, com direito a voto, mas sem participação efetiva, sem acesso aos bens e serviços que proporcionem uma vida digna.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, pág. 545/546

¹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, Malheiros Editores, 4ª edição, São Paulo, 2002, pág. 42. O art. 7º prevê o direito à vida e à saúde nos seguintes termos: “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”

Diante de tal situação é possível constatar que, especialmente crianças e adolescentes nascidos nestas camadas da população têm uma cidadania de “papel” como observado pelo jornalista Gilberto Dimenstein e que na República não cabem todos que aqui vivem, sendo o Brasil, ainda, um país que não cumpre o que determina a Constituição, sendo, nesta linha de pensamento, o Estado, através das esferas administrativas, o maior violador de direitos, um exemplo muito ruim para os jovens que deveriam ter modelo para inspirar a vida de acordo com a lei.

Afinal, embora ainda alguns setores da sociedade e do poder ajam sob inspiração do Código de Menores e utilizem abertamente a doutrina da situação irregular, estamos no Estado Democrático de Direito instituído em 1988 e que tem como um dos objetivos fundantes a dignidade da pessoa humana e como prioridade absoluta a realização dos direitos da criança e adolescente.

O Brasil, através da Constituição de 1988, incorporou a doutrina da proteção integral, antecipando-se, desta forma, à Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989, mais uma vez demonstrando que a Constituição da República está adequada, em matéria de proteção à criança e ao adolescente, aos conceitos e tratamentos conferidos em sede internacional, fazendo parte do mundo civilizado na concepção de que a criança deve ser prioridade absoluta de todas as nações.²⁰

O art. 228 da Constituição da República fixa em 18 anos a inimputabilidade penal, sujeitando as pessoas menores de dezoito à legislação especial, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal que estabelece a responsabilização através de procedimento de apuração de ato infracional cometidos por adolescente, ou seja, aqueles que tiverem 12 anos completos, conforme artigo 2º.

Juridicamente somente se pode falar em falta de responsabilidade ou de punição em relação à criança, ou seja, pessoa até doze anos incompletos, considerando que o artigo 105 estabelece que ao ato infracional praticado por criança corresponderão medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, sendo aplicável ao adolescente medidas que vão desde a advertência até a internação (art. 112).

Não é admissível aceitar passivamente o tratamento da questão da infância limitada a debates ocasionais e oportunistas, sobre, por exemplo, a proposta inconstitucional de redução de maioridade penal, diante da alarmista atuação de setores da imprensa e representantes de parcela da população, confundindo indevidamente inimputabilidade penal com impunidade a cada fato envolvendo a participação de adolescente.

“O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com norma constitucional de natureza garantidora de direito individual afirma a inimputabilidade penal daqueles com idade inferior a 18 anos completos. De tempos em tempos retoma força no País, em alguns setores da sociedade, a idéia da redução da responsabilidade penal para fazer imputáveis os jovens a partir dos 16 anos (há quem defenda menos). Esta tese, em princípio, convence-me, se faz inconstitucional, pois o direito insculpido no art. 228, da CF (que fixa em 18 anos a idade de responsabilidade penal) se constitui em cláusula pétreia, pois é inegável seu conteúdo de “direito e garantia individual”, referido no art. 60, IV, da CF como insuscetível de emenda. Demais a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, onde está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da Convenção” .²¹

Enquanto o Estado brasileiro não se adequar, através da Administração Pública, ao que estabelece a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer discussão sobre mudança na lei somente pode servir para tentar esconder o grave problema do descumprimento por parte das autoridades do Poder Executivo ou desviar atenção para questões periféricas, por ignorância ou má-fé.

Num país onde há crianças submetidas à prostituição, trabalho infantil, miséria absoluta de milhões de crianças em famílias desprovidas dos mínimos recursos de sobrevivência, dentre outras mazelas conhecidas dos operadores do direito e de toda população, por serem fatos públicos e notórios, apontar que o problema esteja na lei, que exatamente garante os direitos a uma existência digna e estabelece a prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, chega a ser algo inacreditável, para não dizer escárnio.

²⁰ “O Brasil foi o primeiro país da América Latina a adequar sua legislação nacional aos termos da Convenção. Em verdade, fê-lo mais, na medida em que incorporou seus primados no próprio texto da Constituição Federal”. Saraiva, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral – uma abordagem da responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, págs. 60/61

²¹ Saraiva, João Batista Costa. Direito penal juvenil: Adolescente e ato infracional- garantias processuais e medidas sócio-educativas, 2ª edição, revista e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pág. 19.

Superando a tradicional visão de crianças e adolescentes como meros objetos, espectadores da história, sem qualquer interferência, vontade ou direito assegurados pelos antigos Códigos de Menores, tivemos, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a regulamentação legal dos direitos previstos na Constituição de 1988, embora ainda se possa falar da existência das crises de interpretação e de implementação vividas pelo ECA, conforme nos lembra o mestre Emílio Garcia Mendez, consultor do UNICEF na América Latina²² na iniciativa conjunta da Escola Superior da Magistratura, Escola Superior da Defensoria Pública e Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, publicada no *site* da ABMP, e se lute contra a visão de alguns operadores do direito de que há lei inexecutável pelo fato de aspirar muito diante da realidade.

Primeiramente, cabe dizer que, lamentavelmente, ainda estamos distantes da concretização do princípio da prioridade absoluta dos direitos das crianças e adolescentes, bastando para tanto observar a existência de crianças residindo nas ruas, trabalhando quando há vedação legal para tanto, a maioria das vezes em condições desumanas e degradantes, crianças sem a convivência familiar assegurada, adolescentes vítimas de agressões físicas em unidades destinadas ao cumprimento de medida de internação, criança sem acesso à educação fundamental, à saúde, enfim, sobrevivendo miseravelmente apenas pela permissão divina, porque, como dizia um poeta indiano, Rabindranath Tagore “cada criança que nasce é uma prova de que Deus não perdeu as esperanças em relação à humanidade”.

A participação popular que se fez presente na elaboração do Estatuto e, principalmente, na conquista de incluir no texto constitucional, de forma pioneira, os direitos da criança e do adolescente, está presente na elaboração de políticas públicas e deliberações para assegurar os direitos previstos no ECA e na Constituição Federal, bem como atuar nos casos de violação a esses direitos.

Tal participação ocorre através dos conselhos de direitos (nacional, estaduais e municipais), conselhos tutelares e associações constituídas para tal finalidade, inclusive estas legitimadas para ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, nos termos do art. 210, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, diversamente do que ocorria por ocasião da vigência do Código de Menores, não há centralização das políticas relativas à infância, mas ampla possibilidade de participação da sociedade, tendo em vista a composição dos conselhos.

Enquanto se discute, em matéria de infância e adolescência, apenas conseqüências e o aparato estatal para punir aqueles que violam a norma penal e são responsabilizados pelo Ministério Público perante o Juízo da Infância e da Adolescência, como se fossem eles apenas os violadores de direitos, é omitida a inoperância do Estado brasileiro que não promove adequadamente os direitos sociais assegurados na Convenção sobre Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, valendo lembrar aqui as palavras do dramaturgo Bertold Brecht: “Do rio que tudo arrasta se diz violento, mas ninguém chama de violento as margens que o comprimem”.

Em razão da previsão do princípio constitucional da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente e a realidade do Brasil, que descumpra a promessa assumida na Constituição Federal, penso que o governo federal deveria criar um mecanismo de controle, através de acompanhamento periódico de unidades de abrigo e de internação, até porque o país está sujeito à responsabilização internacional na Corte Interamericana, como ocorreu recente na ação que teve por objeto o descumprimento da Convenção pelo Estado de São Paulo nas unidades da FEBEM.

Tal conduta não traria qualquer ingerência administrativa nos órgãos estaduais, mas buscaria contribuir para o melhor funcionamento do sistema de garantia de direitos, principalmente nas unidades destinadas ao cumprimento de medida privativa de liberdade, inclusive com a possibilidade de convênio com os Estados cujas instituições estivessem de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente em relação a condições físicas dos locais de internação e respeito aos direitos dos internos.

É um grande equívoco, de parte considerável da sociedade, imaginar que os jovens fiquem impunes pelos seus atos ou que há índices alarmantes de atos infracionais, que correspondem a tipos penais,

²² “Talvez nada caracterize melhor os problemas atuais do “Estatuto da Criança e do Adolescente” (ECA) que aquilo que se poderia denominar sua dupla crise, de implementação e de interpretação. Em todo o caso, se a primeira crise remete ao reiterado déficit de financiamento das políticas sociais básicas, a segunda é de natureza político-cultural. A crise de implementação remete às carências em saúde e educação, assim como à (inútil) tentativa de substituir a qualidade e quantidade de políticas universais, como a escola e os serviços de saúde, por sucedâneos ideológicos, sejam estes de corte social-clientelista (inadequada focalização de políticas assistenciais), sejam de corte repressivo (inefcazes e ilegais políticas autoritárias de lei e ordem, sem respeito pelas liberdades individuais e sem nenhum aumento real de segurança cidadã).”

cometidos por adolescentes, engano esse reforçado pela mídia²³ contendo informação sem indicar fonte, com o intuito de aumentar a tensão social provocada pelo medo.

Na obra “O medo na cidade do Rio de Janeiro”, a socióloga Vera Malaguti dá importante contribuição sobre a análise do tema tão atual, trazendo a investigação do passado:

“O final do século XX ilumina o nosso olhar sobre o século XIX. No liminar entre o século XX e o XXI, o medo não é só uma consequência deplorável da radicalização da ordem econômica, o medo é um projeto estético, que entra pelos olhos, pelos ouvidos e pelo coração. Referimo-nos anteriormente ao que Gizlene Neder denominou produção imagética do terror, em que as bancas de jornais e a tela da televisão reproduzem o que foi a praça pública para os autos-de-fé.”²⁴

A cultura jurídica nossa, ainda arraigada no individualismo, não dá importância adequada às demandas coletivas, o que é fundamental em defesa dos direitos da criança e do adolescente, em se tratando de direito social.

Ao contrário do que se alega observando a realidade, no sentido de que o Judiciário não tem força suficiente para obrigar o Poder Executivo a cumprir obrigações sociais, penso, como o Professor Lênio Streck, que

“O Estado Democrático de Direito depende (ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Claro que tal assertiva pode e deve ser relativizada, mormente porque não se pode esperar que o Judiciário seja a solução (mágica) dos problemas sociais. O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza, etc., *dever-se-ia esperar que o poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição*”.²⁵ (grifos no original)

A Constituição da República de 1988 foi pioneira em diversos aspectos, especialmente em relação aos direitos da criança e do adolescente, com a consagração no art. 227 do princípio da absoluta prioridade dos referidos direitos.

IX- A Defensoria Pública e a defesa dos direitos da criança e do adolescente

A despeito de não se encontrar expressamente prevista no art. 210 do ECA a legitimidade *ad causam* da Defensoria Pública para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos e difusos, foram ajuizadas ações civis públicas pela Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Rio de Janeiro contra o Estado em razão do descumprimento do ECA e das resoluções do Conselho Estadual de Direito da Criança e do Adolescente, antes mesmo da aprovação da lei 11.448, que conferiu recentemente tal legitimidade à Defensoria Pública, sustentado que tal possibilidade decorre do sistema de garantias de direitos, da proteção integral, do princípio da absoluta prioridade e das atribuições da Defensoria expressamente previstas no texto constitucional e na Lei Complementar 80/94, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do acesso à justiça como direitos fundamentais, inclusive e especialmente de crianças e adolescentes.

A Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134 da Constituição Federal, é o órgão incumbido pela Lei Maior de prestar assistência jurídica integral e gratuita, assistência que foi erigida pelo texto constitucional em garantia individual, na medida em que constitui meio para assegurar direitos, não apenas através de ações judiciais, mas providências extra-judiciais, como gratuidade na lavratura de registros e averbações, dentre outros.

²³ Revista Época, na edição de 03 de abril de 2006, traz, a propósito de tratar de alternativas ao tráfico, a informação, sem citar fonte alguma, de que “30% dos acusados de homicídio no Rio de Janeiro são adolescentes”. Relatório da organização internacional de direitos humanos Human Right Watch, com apoio em pesquisas de dados na Secretaria de Segurança Pública e Vara da Infância e da Juventude da Capital, desmentindo tal afirmação, mostra “que os jovens com menos de 18 anos foram responsáveis por menos de 1% dos homicídios em 2003 e 2004, e por 1,5% a 3,6% dos roubos com ameaça ou uso de força em 2003”. In www.hrw.org. Na escuridão: abusos contra jovens internos no Rio de Janeiro, pág. 07

²⁴ Malaguti Batista, Vera. O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história, Rio de Janeiro, Revan, 2003, pág. 75

²⁵ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 5ª edição revista e atualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, pág. 55/56

Também é importante destacar que a atuação constante da Defensoria Pública na defesa de direitos da criança e do adolescente confere à Instituição conhecimento dos obstáculos ao cumprimento do respectivo estatuto, não podendo, diante da violação de direitos coletivos, deixar de atuar para buscar judicialmente o cumprimento por parte do Estado das obrigações impostas pela lei e pela Constituição, em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Na defesa individual de adolescentes responsabilizados na Vara da Infância e da Juventude pelo Ministério Público em razão da atribuição de ato infracional, podemos dizer que praticamente a totalidade é atendida pela Defensoria Pública, que impetra *habeas corpus* frequentemente para que seja respeitado o princípio constitucional da excepcionalidade da medida privativa de liberdade, que sujeita a possibilidade de sua aplicação apenas às hipóteses taxativamente enumeradas pelo art. 122 do ECA, e da brevidade, especialmente em relação ao prazo de 45 dias para conclusão do procedimento, além de exercer a defesa dos adolescentes na execução, acompanhando o andamento do processo, prestando atendimento semanal na unidade de internação e requerendo progressão da medida em atendimento ao princípio constitucional e legal da brevidade da medida privativa de liberdade.

Muitas vezes não logramos êxito no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na defesa da tese da Defensoria Pública no sentido da impossibilidade, por exemplo, de aplicar-se medida de internação nos casos de processo atribuindo ato infracional análogo a tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6368/76) e porte de arma (Lei 10826/2003), o que fazemos com fundamento na Constituição de 88, na Convenção Internacional sobre direitos da criança da qual o Brasil é signatário, e, ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁶, mas temos conseguido bastante acolhida no Egrégio STJ²⁷, o que implica dizer que depois de longo tempo é reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação da medida privativa de liberdade, em desrespeito a direito fundamental do adolescente.

A Defensoria Pública, pela atuação em defesa dos direitos de adolescente privado de liberdade, mereceu reconhecimento da organização internacional de direitos humanos Human Rights Watch, no relatório divulgado em junho 2005, com a referência seguinte:

“Os defensores públicos visitam praticamente todos os centros de internação juvenil semanalmente. Não há nenhuma outra entidade autônoma do governo que esteja presente com tal frequência no sistema de internação juvenil do Estado. Como resultado, **a Defensoria Pública tem um conhecimento inigualável do sistema e goza de alto grau de confiança por parte dos jovens internos**”.²⁸

Superando a falta de garantia e arbítrios judiciais do antigo Código de Menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente avançou no sentido de estabelecer a necessidade de obediência ao devido processo legal nos procedimentos para apurar a prática de ato infracional atribuído a adolescente.

A imposição de medidas sócio-educativas, se comprovada pelo Ministério Público a responsabilidade no procedimento previsto em lei, está sujeita a princípios estabelecidos na Constituição Federal no art. 227 § 3º, V, quais sejam excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, também previstos no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A internação, que constitui medida privativa de liberdade, somente pode ser aplicada quando o ato atribuído ao adolescente, análogo a crime, for cometido com violência ou grave ameaça contra pessoa; reiteradamente o adolescente tiver praticado outros atos graves ou descumprir reiterada e injustificavelmente medida imposta, conforme expressa previsão contida no art. 122 do ECA.

Evidente violação da Constituição e da lei por autoridades judiciárias demonstram que ainda estamos distante de concretizarmos os princípios contemplados depois de árdua luta pelo restabelecimento da democracia, e, o mais grave, a demora na decisão leva ao descrédito das instituições, fato notório em nosso país, além de significar prejuízo ao direito fundamental à liberdade, mormente em se tratando o sujeito de direito de adolescente, cujo direito goza de prioridade absoluta.

²⁶ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I- tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
- II- por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III- por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

²⁷ A exemplo da decisão proferida no julgamento do *habeas corpus* substitutivo de recurso especial interposto por mim e distribuído sob o número 46716.

²⁸ <http://www.hrw.org>. Relatório Brasil na escuridão: abusos ocultos a jovens internos no Rio de Janeiro, pág. 41/42

X - O respeito às normas constitucionais como realização do princípio democrático e republicano ou a luta (pelo direito) continua

A democracia deveria significar que todos estão igualmente sujeitos à lei, mas diante da falta de mecanismos de reparação dos danos causados por aqueles que a infringem, torna-se comum a proliferação de ilegalidades cometidas exatamente por quem deveria aplicar as leis conforme a Constituição.

A História do Brasil é pródiga em violações de direitos da criança e do adolescente, inicialmente através da inexistência de proteção legal, tendo sido o tráfico de escravos mecanismo de povoamento da colônia, inclusive com a vinda para os trópicos de crianças em tenra idade, sujeitas a muitas privações e violência física, até mesmo sexual.

Atualmente, não encontra mais fundamento legal qualquer forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” contra a criança, antes havendo determinação constitucional prevista no art. 227 da CF/88 obrigando a família, a sociedade e o Estado a protegê-la e assegurar o exercício pleno do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, dentre outros.

Não podemos deixar que a opinião pública, diante de apelos da mídia em situações de comoção social, tenha a última palavra no debate que deve considerar a manifestação institucional defendendo que existe no Brasil um sistema de responsabilização de adolescentes de acordo com os preceitos constitucionais e conforme prevê a Convenção sobre Direitos da Criança da qual o Brasil é signatário, sendo a legislação brasileira modelo para a América Latina.

O debate está aberto e esperamos que não se modifique a Constituição da República para reduzir a maioria, sob pena de inconstitucionalidade de tal norma em razão de violação do art. 60, § 4º, IV da Constituição de 88 e que a Administração Pública cumpra os mandamentos de respeito aos direitos da criança, conferindo-lhes a proteção integral para somente, então, discutirmos alguma proposta de mudança da lei.

A lição deixada pelo grande civilista alemão Rudolf von Ihering na célebre obra “A luta pelo Direito” deve nortear o nosso pensamento, sem olvidarmos que “o fim do direito é a paz, o meio de que se vale para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça — e isso perdurará enquanto o mundo for mundo —, ele não poderá prescindir da luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”.

Bibliografia

- IHERING, Rudolf von. A Luta pelo direito
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004
- BOBBIO, Norberto e VIROLLI, Maurizio. Diálogo em torno da República: os grandes temas da política e da cidadania, tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2002
- CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do, MENDEZ, Emílio Garcia. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 4ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- DEL PRIORI, MARY. História das Crianças no Brasil, 4ª edição, São Paulo, Contexto, 2004
- EM DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Defensorias Públicas e Infância, São Paulo, Saraiva, Unicef, DF, 2004
- SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003
- SARAIVA, João Batista Costa. Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas, 2ª edição revista e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002
- RIZZINI, Irma e Irene. Institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente, Editora Puc-Rio, São Paulo, Loyola, 2004,
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 5ª edição revista e atualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004
- DIMENSTEIN, Gilberto. O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil, 20ª edição, 4ª impressão, São Paulo, Editora Ática, 2004
- BOFF, Leonardo. Depois de 500 anos: Que Brasil queremos? Petrópolis, Editora Vozes, 2003
- BATISTA, Vera Malaguti. O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história, Rio de Janeiro, Revan, 2003

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002
Revistas de Direito da Defensoria Pública
Revistas de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
www.abmp.org.br
www.hrw.org/portuguese

A INCONSTITUCIONALIDADE (PROGRESSIVA?) DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS: UMA FILTRAGEM GARANTÍSTICA - CONSTITUCIONAL DO ART. 225 DO CÓDIGO PENAL.

FELIPE LIMA DE ALMEIDA¹

Ementa:

Direito Constitucional – Penal – Processual Penal. Crimes Sexuais. Ação Penal. Ilegitimidade do Ministério Público. Hipossuficiência Financeira. Defensoria Pública. Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Inconstitucionalidade Progressiva. Direitos Fundamentais. Filtragem Garantística-Constitucional.

I – Introdução.

O Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848 de 07/12/1940), cujo conteúdo disciplina os Crimes Contra os Costumes, possui atualmente um total de cinco capítulos², dentre os quais, verifica-se em relação aos dois primeiros, a previsão legal dos tipos penais de: estupro (art. 213); atentado violento ao pudor (art. 214); posse sexual mediante fraude (art. 215); atentado violento ao pudor mediante fraude (art. 216); assédio sexual (art. 216-A) e corrupção de menores (art. 218).

Já o Capítulo IV contém a disciplina das disposições gerais aplicáveis a estes delitos, iniciando com o art. 223 e parágrafo único, modalidades qualificadas pelo resultado lesão corporal de natureza grave ou morte, e o art. 224 que dispõe sobre a presunção (relativa) de violência, igualmente, sem maiores repercussões no presente trabalho.

Certo é que o objeto deste breve estudo concerne tão-somente à disciplina da ação penal a ser deflagrada ante o cometimento de quaisquer daqueles delitos, com previsão legal no art. 225 e parágrafos do Código Penal, cuja norma define a espécie de demanda a ser deflagrada, dependendo do caso, para o exercício do *ius puniendi* estatal.

Em primeiro lugar, vislumbra-se que o *caput* do aludido artigo determina a regra geral aplicada a estes crimes, i. e., ação penal privada propriamente dita, *in verbis*:

Art. 225 – Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

Logo em seguida, em seu parágrafo primeiro e incisos, o artigo 225 trata das hipóteses de ação penal pública.

O inciso II regula, ao nosso ver acertadamente, a ação penal como sendo pública incondicionada na hipótese dos delitos terem sido praticados com abuso do pátrio poder (*rectius*: poder familiar) ou quando o agente perpetrar a conduta típica na qualidade de padrasto, tutor ou curador, visto que havendo envolvimento de incapaz e de vínculo familiar, outra não poderia ser a modalidade exercitada pelo *Parquet*.

Já o inciso I conjugado com o parágrafo segundo, regulamenta o ponto nodal deste estudo, o caso de ação penal pública condicionada à representação, que ocorrerá quando a vítima ou seus pais não puderem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou família, ou seja, a denominada insuficiência de recursos³, situação prevista pela Constituição da República em seu art. 5º, inciso LXXIV.

Desta forma, torna-se claro que o cerne da questão, o âmago da problematização a ser provocada por este texto, envolverá o dispositivo previsto no inciso I do parágrafo primeiro e o parágrafo segundo do art. 225 do Código Penal, que determinam no caso da vítima ser pobre, o manejo por parte do Ministério Público de ação penal pública condicionada à representação, o que irá gerar, como será visto a seguir, situações altamente questionáveis, de duvidosa constitucionalidade.

¹ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Direito Público. Pós-Graduado em Processo Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

² Considerando a recente reforma realizada pela Lei 11.106 de 28 de março de 2005, que revogou o art. 217 (sedução), bem como Capítulo III (Do Rapto) em sua integralidade, além de alterar outros tantos dispositivos, não abarcados pelo presente trabalho.

³ Também denominada de necessidade econômica ou hipossuficiência financeira.

II – Da inconstitucionalidade do art. 225, §1º, I e §2 do Código Penal.

II.1 – Da assistência jurídica integral e gratuita e da Defensoria Pública.

Inicialmente, necessário se faz analisar a redação do art. 225, §1º, inciso I do Código Penal, que define o necessitado econômico (vítima ou seus pais), para fins de promoção por parte do Ministério Público, da ação penal respectiva, qual seja, de acordo com o parágrafo segundo, pública condicionada à representação, *in verbis*:

Art. 225 – (...)

§1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I- se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

(...)

§2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

É certo que o legislador constituinte originário de 1988, quando da elaboração do Título II da Carta Política (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), em seu Capítulo I fez inserir no artigo 5º (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), o inciso LXXIV, o qual define ser direito subjetivo do cidadão e dever imposto ao Estado, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, de direito subjetivo fundamental absoluto, instituído pelo ordenamento jurídico, com o escopo de não deixar sem guarida quem quer que seja, criminoso ou ofendido, lesado ou logrador, desde que comprove a insuficiência de recursos.

Neste sentido é a lição de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

A concessão de assistência jurídica a quem não puder constituir advogado sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, quer para a propositura da ação penal privada, quer para a habilitação como assistente de acusação, bem como para a defesa em processo criminal, se impõe porque o preceito contido na Constituição, artigo 5º, inciso LXXIV, não oferece nenhuma limitação, pelo contrário, acena, de forma expressa como assistência integral.⁴

Assim, verifica-se a preocupação do constituinte em ampliar e promover o acesso à justiça e respeitar o sagrado princípio da ampla defesa, principalmente àqueles desprovidos de recursos financeiros, perfazendo, outrossim, os direitos fundamentais, previstos nos incisos XXXV e LV do mesmo art. 5º da Constituição da República, i. e., o acesso a uma ordem jurídica justa, com obediência ao contraditório e à ampla defesa.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 45.

Foi com o escopo de tornar efetivos tais direitos, que o legislador constituinte criou o art. 134 de nossa Carta Política, prestigiando a Defensoria Pública, definindo-a como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo incumbida da orientação jurídica e da defesa em todos os graus, dos necessitados referidos nos termos do art. 5º, LXXIV.

Por conseguinte, o parágrafo 1º do aludido artigo 134, determinou que Lei Complementar organizaria a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios, e prescreveria normas gerais para sua organização nos Estados, uma vez que estes poderiam através de suas Constituições e Lei Orgânicas das próprias Defensorias Públicas (Leis Complementares Estaduais), tratar sobre minudências institucionais.⁵

A partir de então, diante da referida norma de eficácia limitada, em 12 de fevereiro de 1994, entrou em vigor a Lei Complementar nº 80, denominada Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, regulando a atividade da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como as Defensorias Públicas Estaduais, tornando obrigatória a instituição destas últimas, na estrutura dos Estados-membros.

Ocorre que, não obstante a previsão deste preceito fundamental em nossa Constituição da República, verdadeira garantia ao direito subjetivo conferido pela ordem jurídica instituidora do Estado Democrático e Social de Direito, infelizmente, alguns estados de nossa Federação resistem até hoje sem implementar uma Defensoria Pública organizada, gerando uma constrangedora situação de inconstitucionalidade por omissão.

Certo é que após a recente organização da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, atualmente, apenas o Estado de Santa Catarina não organizou efetivamente no âmbito de seu território, uma Defensoria Pública, possuindo um projeto de lei em tramitação perante a sua Casa Legislativa, com o objetivo de cumprir a mencionada garantia constitucional.

II.2 – Da ilegitimidade do Ministério Público e a não-recepção (revogação) do art. 225, §1º, inciso I e §2º do Código Penal.

A Constituição da República, ao disciplinar as funções institucionais do Ministério Público, prescreve em seu art. 129, inciso I, o monopólio da ação penal pública, corolário de um Sistema Acusatório adotado por nosso país:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Como se pode observar, a nossa *Lex Fundamentalis* incumbiu o Ministério Público, de forma genérica, da plena defesa da sociedade, de interesses difusos e coletivos que digam respeito à comunidade como um todo, não prevendo em momento algum, patrocínio na defesa de interesses patrimoniais, notadamente, individuais. Assim, em tais hipóteses, o cidadão, necessitado econômico, terá à sua disposição o serviço de assistência jurídica gratuita prestado pelo Estado através da Defensoria Pública.

Convém ressaltar, que a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LC 80/94), em seu art. 4º, inciso II, prevê como função institucional, o patrocínio de ação penal privada e subsidiária da pública, *in verbis*:

Art. 4º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – (...)

II – patrocinar ação penal privada e subsidiária da pública.

⁵ Cumpre ressaltar que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foi a primeira organizada em nosso país, remontando a Lei nº 2.188 de 21 de julho de 1954. Atualmente é regida pela sua Lei Orgânica Estadual (LC-RJ 06/77), com assento na Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 179 ao 181).

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, cumpre relevar o fruto do Poder Constituinte Derivado Institucionalizador, *verbis*:

Art. 179 – A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei.

(...)

§2º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras que lhe são inerentes, as seguintes:

(...)

V – patrocinar

a) ação penal privada;

No mesmo sentido, disciplina a Lei Orgânica Estadual (LC 06/77), senão vejamos:

Art. 22 – Aos Defensores Públicos incumbe, genericamente, o desempenho das funções de advogado dos juridicamente necessitados, competindo-lhes especialmente:

(...)

VII – propor a ação penal privada nos casos em que a parte for juridicamente necessitada.

Depreende-se pela interpretação sistemática dos artigos 5º, LXXIV; art. 134, *caput*, e §1º, todos da CRFB/88, com o art. 4º, inciso II da LC 80/94, ser o Ministério Público, parte ilegítima para promover a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e corrupção de menores, quando a vítima ou seus pais não puder prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, nos termos do art. 225, §1º, I e §2º do Código Penal.

A toda evidência, a promoção de ação penal pública condicionada à representação pelo órgão ministerial, ante o simples fato da vítima ou seus pais serem necessitados econômicos, quando na espécie deveria haver o ajuizamento de ação penal privada patrocinada pela Defensoria Pública estadual, afigura-se flagrante usurpação de função pública.

Destarte, entendemos de forma nítida, por este e outros motivos que serão expostos neste trabalho, que o aludido dispositivo do Código Penal, em decorrência do princípio da supremacia da constituição, não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional, uma vez que todo o ordenamento jurídico no plano infraconstitucional deve estar harmônico com a Lei Maior, o que equivaleria, segundo a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e doutrina majoritária, a própria revogação do instituto, ante a sua incompatibilidade material com os novos ditames constitucionais, não ensejando, sequer, controle de constitucionalidade pela via de ação direta.⁶

⁶ Neste sentido: Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67-82; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 96; VELLOSO,

Na esteira deste raciocínio são as palavras de Luis Roberto Barroso:

Quando da promulgação de uma nova Constituição, a legislação infraconstitucional anterior que seja com ela incompatível, fica revogada. (...) O princípio da supremacia da Constituição, fruto da legitimidade superior do poder constituinte, é nota distintiva de toda a interpretação constitucional e pressuposto do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Por força de tal superioridade jurídica, nenhuma lei, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente no âmbito do Estado se for incompatível com a Lei Fundamental.⁷

Infelizmente este não é o entendimento predominante, visto que a jurisprudência praticamente unânime, tende a manter e cumprir os exatos termos propostos pelo legislador penal de 1940, conforme os argumentos que serão vistos adiante, bem como no campo doutrinário, tal discussão fica à margem da maioria dos debates acadêmicos.

III – A inconstitucionalidade progressiva.

Há quem sustente, como justificativa para aplicação do art. 225, §1, I e §2º do Código Penal, a teoria da inconstitucionalidade progressiva, provavelmente numa tentativa de postergar o deslinde desta verdadeira *vexata quaestio*.

III.1 – Definição jurídica.

Conforme aduzido alhures, não se pode olvidar a existência de Estados-membros na Federação, que não possuem Defensoria Pública organizada. Com base neste fato, surgiu uma orientação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dentre as técnicas de decisão do controle concentrado de constitucionalidade, com o objetivo de não declarar inconstitucional normas similares ao art. 225, §1, I e §2º do Código Penal, pelo fato de sofrerem inconstitucionalidade progressiva, ou como sustentam alguns, processo de inconstitucionalização ou declaração de lei ainda constitucional.

Certo é que por esta orientação, o órgão judicial declarará que a norma é constitucional enquanto for mantida a situação de fato existente naquele momento. Assim, a norma ainda não é inconstitucional, visto que existe uma situação de fato que fundamenta sua constitucionalidade. Portanto, trata-se de uma advertência no sentido de que tal norma está em trânsito para se tornar inconstitucional, o que ocorrerá quando a situação fática que existe naquele momento desaparecer por completo.

Neste sentido são as palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Na declaração de norma ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade (*noch verfassungsmä ìge Rechtslage*), o órgão judicial ressalva a possibilidade de vir a declarar a inconstitucionalidade da norma jurídica aferida no controle abstrato, porque a afirmação da sua constitucionalidade é

Carlos Mário da Silva. Controle da constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. *in Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 138; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 116.

⁷ BARROSO, *Interpretação...* p. 297-298.

fundamentada em circunstância fática, que se modifica no tempo. Em conseqüência, no dispositivo da decisão definitiva de mérito, o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade é julgado improcedente, de arte que a lei ou ato normativo é declarado constitucional, em razão do reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de inconstitucionalidade.⁸

É certo que tal teorização, surgiu quando a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil *ex delicto* prevista no art. 68 do Código de Processo Penal, cujo objeto é eminentemente patrimonial, logo, individual, foi contestada face a Constituição da República perante o Supremo Tribunal Federal.

Mutatis Mutandi, foram utilizados os mesmos argumentos acima apontados, no que tange à função institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública, delineados pela Constituição Política de 1988.

Dessarte, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 135.328/SP, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, fixou entendimento de que:

“enquanto o Estado não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art. 134), subsistirá, íntegra, na condição de norma ainda constitucional - que configura um transitório estágio intermediário, situado entre os estados de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade, - a regra inscrita no art. 68 do CPP, mesmo que sujeita, em face de modificações supervenientes das circunstâncias de fato, a um processo de progressiva inconstitucionalização”.

O assunto foi novamente debatido no RE 147.776-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, no qual restou assente:

“A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *A Declaração de Constitucionalidade e a Lei ainda Constitucional*. in Consulex, nº 35, 1999, p. 32-35

a viabilizem. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do CPP - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado - se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do CPP será considerado ainda vigente”.

Ademais, a matéria foi apreciada, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica no julgado divulgado no informativo jurisprudencial nº 193 de dezembro de 2003.

ACÇÃO CIVIL EX DELICTO.
LEGITIMIDADE. MP.

A jurisprudência já se assentou no sentido de que, apesar de a CF/1988 ter afastado das atribuições do Ministério Público a defesa dos hipossuficientes, pois a incumbiu às Defensorias Públicas, há apenas inconstitucionalidade progressiva do art. 68 do CPP enquanto não criada e organizada a Defensoria no respectivo Estado. Assim, o MP detém legitimidade para promover, como substituto processual de necessitados, a ação civil por danos resultantes de crime, isso no Estado de São Paulo, pois lá ainda não foi implementada a Defensoria Pública. Precedente citado: EREsp 232.279-SP, DJ 4/8/2003. REsp 475.010-SP, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 25/11/2003.

Sendo assim, é possível concluir segundo a orientação dominante no Supremo Tribunal Federal, que a atuação do Ministério Público nas ações penais promovidas com fulcro no art. 225, §1º, I e §2º do Código Penal, na vigência da atual Constituição, somente é constitucional a título provisório (inconstitucionalidade progressiva), até que se viabilize em cada Estado, a implementação e organização da Defensoria Pública.

Desta forma, uma vez instituída a Defensoria Pública no Estado-membro, a atuação do Ministério Público passará a ser inconstitucional (inconstitucionalidade progredida ou atingida), cabendo a assistência jurídica integral e gratuita, daí por diante, exclusivamente aos membros da Defensoria Pública, que deverão patrocinar a ação penal respectiva.

Ocorre que tal ação penal a ser patrocinada pela Defensoria Pública, considerando o monopólio da ação penal pública, destinado ao Ministério Público pela Constituição da República, deverá ser uma ação penal privada, ou seja, não poderá a Defensoria Pública invadir a seara exclusiva do *parquet*, o que deverá acarretar, necessariamente, uma supressão deste §1º, inciso I e do §2º do mencionado art. 225 do Código Penal.

III – A inconstitucionalidade material e imediata do art. 225, §1º, I e §2º do Código Penal e a Filtragem Garantística Constitucional.

III.1 – Ação Penal Pública X Ação Penal Privada

Consoante o disposto no *caput* do art. 225 do Código Penal, verifica-se que como regra geral, a ação penal naqueles delitos será privada, ao passo que se a vítima ou seus pais forem necessitados econômicos (*rectius*: pobres ou miseráveis), a ação penal será a pública condicionada à representação.

Ora, é cediço que a ação penal privada e a ação penal pública, são espécies totalmente diferentes de um mesmo gênero, qual seja, a ação penal condenatória. É certo que ambas não se confundem, uma vez que seus princípios reitores são completamente diferentes, senão vejamos.

A maioria da doutrina ensina que a ação penal pública é regida, principalmente, pelos princípios da oficialidade, da legalidade ou obrigatoriedade e da indisponibilidade.⁹

Em primeiro lugar, de acordo com o princípio da oficialidade, cabe ao Ministério Público, órgão oficial do Estado, promover a ação penal pública, com espeque no art. 129, I da Constituição da República, personificando a pretensão punitiva estatal.

Consoante o princípio da legalidade ou obrigatoriedade, o Ministério Público, presente às condições da ação, tem o dever de promover a ação penal condenatória, não podendo deixar de fazê-lo por razões de oportunidade ou conveniência.

Certo é que o princípio da obrigatoriedade não retira do Ministério Público o poder-dever de verificar se estão presentes as condições da ação, para se for o caso oferecer a denúncia, formando livremente sua *opinio delicti*, entretanto, uma vez preenchida as condições, estará o órgão ministerial por força de tal princípio, obrigado à oferecer denúncia.

Neste sentido é a lição do professor Afrânio Silva Jardim, um dos maiores expoentes do *thema* ação penal:

O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do Poder Público, postulado básico do Estado de Direito, faz com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação penal pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas penais incriminadoras, sendo o Estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo legal expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não.¹⁰

Ademais, conforme o princípio da indisponibilidade ou da indesistibilidade da ação penal, o Ministério Público não poderá desistir da ação penal intentada, consoante o art. 42 do Código de Processo Penal. Inclusive, o Ministério Público também não poderá desistir de recurso que haja interposto, ou seja, o princípio da indisponibilidade alcança inclusive a fase recursal, de acordo com o art. 576 do mesmo diploma legal.

No que diz respeito à ação penal privada, primeiramente, necessário ressaltar a ocorrência do fenômeno da substituição processual, i. e., haverá uma legitimação extraordinária do ofendido, visto que não há coincidência entre as titularidades do direito material invocado e o direito de ação, não

⁹ Nota: a doutrina aponta ainda o princípio da indivisibilidade (cuja aplicação é controvertida na ação penal pública) e o princípio da intranscendência, que não serão abordados neste artigo, em respeito à delimitação temática proposta. Neste sentido: Cf. JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: o princípio da obrigatoriedade*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. I, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁰ JARDIM, *op. cit.*, p. 99.

havendo coincidência entre a titularidade do direito de punir, que pertence ao Estado, e o direito de ação, que a lei outorga, em caráter excepcional, ao particular, que funciona como verdadeiro substituto processual.

Certo é que a ação penal privada é regida, precipuamente, pelos princípios da discricionariedade (princípio da oportunidade e princípio da conveniência como definem alguns) e da disponibilidade.¹¹

Desta forma, na ação penal privada o ofendido promoverá ou não a competente ação ao seu exclusivo critério, fica ao seu alvedrio exercer ou não o direito de queixa, competindo-lhe avaliar a oportunidade e conveniência do exercício deste direito. Ninguém pode compeli-lo a querelar.

Assim, o princípio da discricionariedade exige por parte do ofendido, um juízo de conveniência e oportunidade quanto à propositura da ação penal, o que se contrapõe ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que como visto anteriormente, uma vez presente às condições da ação, a conduta do promotor de justiça estará vinculada, i. e., haverá obrigatoriedade na propositura da ação penal pública.

É certo que como corolário da discricionariedade na ação penal privada, existem os institutos da decadência e renúncia, causas de extintivas da punibilidade que demonstram o caráter facultativo da ação privada, visto que dizem respeito à oportunidade e conveniência do ofendido exercer o seu direito de queixa dentro do prazo previsto em lei.

Frise-se que, em regra, o prazo para o ofendido querendo, exercer o direito de queixa sob pena de decadência, é de seis meses a contar do dia que veio a saber que é o autor do crime, segundo o art. 38 do Código de Processo Penal.

Uma vez ultrapassado o referido lapso temporal, sem exercício do direito de queixa pelo ofendido, este será fulminado pela decadência, extinguindo, conseqüentemente, a punibilidade do agente nos termos do arts. 103 e 107, IV do Código Penal.

A renúncia consiste na abdicação do exercício do direito de queixa, podendo ser expressa ou tácita, e sendo dirigida a um dos autores do delito, a todos se estenderá (art. 50, 57 e 49, respectivamente, do Código de Processo Penal).

A renúncia ao exercício do direito de queixa, tal como a decadência, ocorre sempre antes da instauração da ação penal privada, ou seja, de ser exercido o direito de queixa (pois apenas se renuncia o que não se exerceu, caso contrário tratar-se-ia de desistência), e extingue, outrossim, a punibilidade do agente, nos termos do art. 104 e 107, V, primeira parte, do Código Penal.

Ao lado do princípio da discricionariedade (oportunidade e conveniência), surge um outro princípio atinente à ação penal privada, o princípio da disponibilidade. De acordo com tal princípio, diferentemente do que vigora na ação penal pública, o querelante poderá desistir da ação penal privada intentada, ou simplesmente perdoar o querelado, bem como poderá ainda dar causa à perempção. Vejamos uma a uma as hipóteses.

No que se refere à desistência, o direito de queixa já foi exercido, há uma ação penal privada em curso. Assim, após o oferecimento da queixa crime, caso seja, por exemplo, celebrado um acordo civil entre querelante e querelado, tal acordo não será considerado como renúncia (princípio da discricionariedade) mas sim como desistência da própria queixa (princípio da disponibilidade), uma vez que não existe aqui a obrigatoriedade da ação penal.

Neste diapasão, o instituto do perdão, tal como a renúncia, poderá ser expresso ou tácito, sendo considerado como negócio jurídico processual que só produz efeito quando aceito pelo querelado, bem como se houver mais de um acusado, somente produzirá efeito em relação àquele que o aceitar, conforme o disposto nos arts. 57, 58 e 51, respectivamente, do Código de Processo Penal, extinguindo a punibilidade do agente nos termos do art. 105, 106 e 107, V, segunda parte, do Código Penal e parágrafo único do art. 58 do Código de Processo Penal.

No que concerne a perempção, cujas hipóteses estão taxativamente previstas nos quatro incisos do art. 60 do Código de Processo Penal, a ação penal privada será extinta, da mesma forma a punibilidade do agente, nos termos do art. 107, IV do Código Penal.

Assim sendo, à guisa de exemplo, o Ministério Público em alegações finais, segundo o art. 385 do Código de Processo Penal, pode opinar no sentido da absolvição do réu, o que, para maioria, não impede o juiz de condenar, pois a ação penal pública é indisponível, princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Na hipótese de ação penal privada, o juiz não pode condenar tendo o querelante deixado de

¹¹ Nota: a doutrina aponta ainda o princípio da indivisibilidade e o princípio da intranscendência, que não serão abordados neste artigo, em respeito à delimitação temática proposta. Neste sentido: Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. I, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

pedir a condenação, porque na ação penal privada vigora o princípio da disponibilidade, e neste caso dá-se a preempção, cabendo ao juiz declarar extinta a punibilidade.

Destarte, diante desta breve explanação, fica fácil perceber a imensa diferença entre a disciplina da ação penal privada prevista no *caput* do art. 225 do Código Penal, e da ação penal pública condicionada à representação prevista no §1º, inciso I e §2º do mesmo art. 225, o que gera na prática, situações totalmente desiguais e injustas, entre o autor de um mesmo injusto penal, mas contra vítima rica, e outro contra vítima pobre.

III.2 – Da violação aos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e da Vedação dos Atos Discriminatórios.

A Constituição da República de 1988 consagrou em seu corpo, inúmeros princípios e garantias de suma importância para a construção e manutenção de um verdadeiro Estado Democrático-Social de Direito.

A nossa Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III, definiu como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, pedra de toque de toda gama de direitos e garantias de uma dogmática constitucional moderna.

É bem verdade que tal princípio possui, inclusive, reconhecimento universal a partir de sua inclusão no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, da ONU, de 1948, *verbis*:

Art. 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

Certo é que o referido princípio é por demais abstrato, sendo detentor de uma carga axiológica muito forte. Verificando tal característica, aduz Grandinetti que “os autores concordam acerca da dificuldade em conceituar o princípio da dignidade. É relativamente fácil compreendê-lo, mas difícil traduzi-lo em palavras. Isso ocorre porque, sem dúvida, é o princípio mais carregado de sentimentos do que qualquer outro.”¹²

O professor Ingo Sarlet enfrentando essa questão, sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana possui maior hierarquia valorativa de todos os princípios reconhecidos constitucionalmente e, assim, os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana.¹³

Há ainda quem sustente, como Daniel Sarmento, que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce a função de critério para integração da ordem constitucional, prestando-se para reconhecimento de direitos fundamentais atípicos, bem como diretriz para a interpretação do ordenamento jurídico, sendo considerado pelo autor como epicentro axiológico da ordem constitucional.¹⁴

Ademais, inaugurando o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, encontra-se no *caput* do artigo 5º, um dos pilares de sustentação de toda nova ordem constitucional democrática, o princípio da igualdade (ou isonomia)¹⁵.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

¹² CARVALHO, *op cit.*, p. 26.

¹³ Neste sentido: Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed., 2. tiragem, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 59.

¹⁵ O presente estudo trabalhará com o conceito de princípio da igualdade como sinônimo de princípio da isonomia, não adentrando as discussões travadas na doutrina sobre a sua diferenciação.

A origem da noção de isonomia, segundo Luís Roberto Barroso, “Remonta à Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, França). Daí, foi transportada para outras legislações do mundo civilizado, sendo acolhida, no Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 e as que lhe seguiram”.¹⁶

Complementando a lição, o escólio de Alexandre de Moraes: “A Constituição de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.”¹⁷

Assim, de acordo ainda com Grandinetti, o princípio da isonomia e o da dignidade humana são indissociáveis e têm o mesmo escopo que correspondente àquela idéia fundamental da Constituição em estabelecer um processo legal, democrático e justo.¹⁸

Novamente Alexandre de Moraes: “A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama.”¹⁹

Como corolário do princípio da igualdade, em seu artigo 3º, inciso IV, a Constituição Cidadã de 1988, dispõe ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Verifica-se, assim, a preocupação do Constituinte em preservar a igualdade entre as pessoas, procurando vedar e reprimir qualquer espécie de ato discriminatório.

Mutatis Mutandi, conclusiva é a lição de Grandinetti:

Que valor constitucional está sendo prestigiado com a desigualdade entre o indiciado pobre e o não-pobre, nesse particular? Pelo contrário, há um valor supremo, constitucional, que está sendo flagrantemente desprestigiado: a liberdade. A situação econômica está interferindo no direito à liberdade. Ora, o princípio da igualdade está fortemente ligado ao bem jurídico liberdade, tanto que Pontes de Miranda afirmou que “lógica e historicamente, caminham liberdade e igualdade no mesmo sentido” porque consequência da “igualdade foi a extensão da liberdade a todos”.²⁰

Em suma, determinar se a resposta penal dada pelo Estado a uma mesma conduta típica, será através de uma ação penal privada, com todas as institutos e facilidades a ela inerentes, ou pública, com todo o rigoroso e severo regramento que a norteia, utilizando para tanto, única e exclusivamente o critério financeiro da vítima, é manifestamente desigual e discriminatório, sendo, por conseguinte, inconstitucional. Não estando o aludido critério, coadunado com a nova ordem jurídica de nosso país.

III.3 – A filtragem constitucional e a Teoria garantista dos direitos fundamentais.

É certo que, em um ordenamento jurídico no qual vigore o princípio *kelsiano* da supremacia da constituição, cujas normas constitucionais estão no ápice da pirâmide jurídica (sistema escalonado), não há hierarquia formal ou material entre aquelas fruto do poder constituinte, contudo é

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. A Igualdade Perante a Lei. Algumas Reflexões. *in Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Primeira Série. Rio de Janeiro: UERJ, 1987, p. 92.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 62.

¹⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p. 43.

¹⁹ MORAES, *op. cit.*, p. 63.

²⁰ CARVALHO, *op. cit.*, p. 46.

inegável que certas normas concretizadoras de valores, dotadas de alto grau de abstração, possuem indubitavelmente uma carga axiológica muito maior.

Nesta perspectiva constitucional, que parte da doutrina mais moderna capitaneada por Luigi Ferrajoli, vem definindo esta hierarquia normativa de *Estado Constitucional de Direito*, fundamento do modelo penal garantista defendido pelo aludido autor.

Nesse sentido, professa Ferrajoli: “O garantismo, entendido no sentido do *estado constitucional de direito*, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens.”²¹

Na esteira deste raciocínio, esclarecedora é a colocação de Salo de Carvalho:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.²²

Conclui o ilustre professor gaúcho:

Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.²³

Em remate, relevante são as palavras do professor Lenio Streck:

Assim, o garantismo proposto por Ferrajoli deve ser entendido como uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos e por essa razão pode ser considerado o traço mais característico estrutural e substancial da Democracia: *garantias tanto liberais como*

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, p. 74-75.

²² CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

²³ *idem*.

sociais, expressam os direitos fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas.

A perspectiva garantista de Ferrajoli tem como base um projeto de Democracia Social, que forma um todo único com o Estado Social de Direito: consiste na *expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado na maximização das liberdades e na minimização dos poderes*, o que pode ser representado pela seguinte fórmula: *Estado e Direito mínimo na esfera penal*, graças à minimização das restrições de liberdade do cidadão e à correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; *Estado e Direito máximo na esfera social*, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.²⁴

Por outro lado, cumpre salientar que a doutrina constitucionalista mais moderna, interpretando os princípios da supremacia da constituição, da hierarquização axiológica, da unidade do sistema jurídico e da força normativa da Constituição, bem como da recepção das normas infraconstitucionais, acabou consolidando um instituto denominado filtragem constitucional, cujo escopo é criar uma preponderância dos princípios (numa perspectiva pós-positivista), garantias e direitos fundamentais previstos na vigente Constituição da República, utilizando-os como um filtro axiológico para uma reinterpretação dos diplomas legais editados sob a égide de uma vetusta ordem constitucional.

Como se depreende das lições do professor Paulo Ricardo Schier, poderíamos conceituar a filtragem constitucional como o *“mecanismo teórico possibilitador da releitura de todo o universo jurídico e, designadamente, do direito infraconstitucional à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”*.²⁵

A doutrina mais abalizada faz menção, ainda, a necessidade de se compreender cada uma das constituições à luz de sua história, de seu *locus* social e político, analisando, portanto, a Constituição Brasileira de 1988, fruto do processo de redemocratização do país, a qual qualifica de vinculante, compromissória, democrática, dirigente.

Ademais, o contexto constitucional brasileiro possibilita pensar – e buscar – um discurso de normatividade e efetividade integral da Constituição de 1988, na qual o processo político de poder é dominado por suas normas ou, pelo menos, a elas adaptado.

Assim, a partir desta perspectiva que Paulo Ricardo Schier identifica a importância do instituto da filtragem constitucional como instrumento capaz de possibilitar uma releitura da dogmática jurídica sob o viés democrático e emancipatório.

Preleciona o festejado autor:

A filtragem constitucional, nesta perspectiva, pressupõe a força normativa da Constituição e a sua concepção enquanto um sistema aberto de normas e princípios.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Da Utilidade de uma Análise Garantista para o Direito Brasileiro*. Disponível em <http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html>. Acessado em 28.03.2006.

²⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 160.

Diferencia-se, assim, da preeminência normativa da Constituição e não se confunde com o instituto da interpretação conforme. Assim, a filtragem constitucional determina que todo o ordenamento jurídico deve ser lido a partir do filtro axiológico das normas constitucionais, servindo como instrumental para a orientação e decisão de casos concretos. Através dela, então, se dá a constitucionalização do direito infraconstitucional.²⁶

IV – Da Conclusão

1) À guisa de conclusão podemos afirmar que se torna óbvia a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura de ação penal pública (condicionada a representação), na hipótese do art. 225, §1º, inciso I c/c §2º do Código Penal, ou seja, na hipótese de vítimas hipossuficientes financeiras, ao passo que as vítimas ricas possuem a sua disposição a ação penal privada.

2) Em que pese à força e a técnica dos argumentos aduzidos pela ilegitimidade do Ministério Público no patrocínio de causas afetadas a Defensoria Pública (garantia individual dos necessitados econômicos), estes acabam esbarrando na orientação pretoriana da inconstitucionalidade progressiva das normas desta natureza.

3) Ousamos discordar da orientação prevalente da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do art. 225, §1º, inciso I e §2º do Código Penal. Assim, nossa posição é de que há uma inconstitucionalidade material, imediata e latente maculando o mencionado dispositivo legal, e não como afirma a maioria, progressiva.

4) Entendemos que, desde a promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988, não mais existe embasamento e amparo constitucional para justificar a existência de tais dispositivos em nosso ordenamento jurídico penal, não havendo necessidade, *data venia*, de se aguardar a criação e organização da Defensoria Pública no Estado-membro, para se reconhecer a sua inconstitucionalidade.

5) Como se verificou alhures, a disciplina de uma ação penal pública imposta ao pobre é infinitamente mais severa e rigorosa do que uma ação penal privada que recai sobre a vítima rica, o que acarreta uma patente desproporcionalidade entre ambas.

6) A questão que se põe, traduz-se no fato de se estar dando tratamento diferenciado a uma mesma conduta penalmente relevante, levando em consideração tão-somente à capacidade financeira da vítima. Ora, o direito penal deve se ater à ação típica, ao desvalor da conduta e do resultado, não considerando as características da vítima para qualificar o *ius perseguendi* do Estado (o que acarretaria algo semelhante ao Direito Penal do Autor).

7) Por que para a vítima rica desses crimes o Estado delega o *ius puniendi*, e para o pobre o Estado pune com exclusividade? Será que o Estado quer delimitar a prática de tais delitos ao universo de vítimas ricas? Se não for isso, é o que parece! Parece que se está estimulando a prática de tais crimes contra vítimas ricas, o que seria mais vantajoso sob a perspectiva do criminoso, que poderá facilmente ficar impune numa ação penal privada, do que aquele que se sujeitará ao oficioso processo da ação penal pública no caso de vítima pobre.

8) Não se pode negar a relevância desta questão sob o enfoque do tratamento dado ao réu. Imaginemos a seguinte situação: um companheiro supostamente constringe a sua convivente a com ele praticar conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Trata-se, em tese, de crime de estupro, delito considerado pela maioria como hediondo, pena cominada de seis a dez anos de reclusão, disciplina rigorosa (*rectius*: inconstitucional), pouquíssimas probabilidades de não ter ceifada a sua liberdade durante a instrução criminal, etc. Sendo o casal possuidor de boa condição financeira, que possa promover o andamento do processo, a ação penal será privada, ao contrário, sendo o referido casal desprovido do mesmo poder aquisitivo, tratando-se de pessoas hipossuficientes, mais humildes, a ação penal será pública condicionada à representação.

²⁶ *idem*.

9) Como visto anteriormente, com relação ao casal rico, antes de oferecida à queixa crime poderá ocorrer a decadência do direito de queixa, bem como a renúncia do mesmo, e, malgrado oferecida exordial pela vítima, sobrevindo uma reconciliação do casal, poderá haver o perdão, causa extintiva da punibilidade. Frise-se que até surgindo algum arrependimento por parte da vítima, poderá ocorrer a desistência ou perempção, mesmo que tal fato decorra de uma coação exercida pelo querelado sobre a querelante, não importa, haverá extinção da punibilidade.

10) Agora o mesmo casal, sendo pobre, cuja vítima muitas vezes mesmo contra a sua vontade vem representar perante o Ministério Público, uma vez iniciada a ação penal, esta não estará sujeita à renúncia, retratação, desistência, perdão ou perempção, ante o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade que rege a ação penal pública. Certo é que a ação penal nesta hipótese irá até o fim, não havendo nada que possa ser feito pela vítima para evitar que seu companheiro ao final seja condenado, e condenado a pena mínima que for, venha a ter segregada a sua liberdade.

11) É evidente que *in casu*, quem tem dinheiro pode ficar impune, possuindo tratamento diferenciado, ao passo que o pobre está sujeito à própria sorte num processo penal, no qual se julgam e se condenam certos delitos (como os aqui tratados) pela simples palavra da vítima ou por meros indícios.

12) É indiscutível que a toda evidência, o art. 225, §1º, I e §2º do Código Penal, viola a Constituição da República frontalmente, e não pelos argumentos quanto à ilegitimidade do Ministério Público e a conseqüente inconstitucionalidade progressiva, mas sim pela sua inconstitucionalidade imediata decorrente da incompatibilidade deste dispositivo com o postulado básico de um Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade e da vedação dos atos discriminatórios (art.3º, IV e art. 5º, *caput*, todos da CRFB/88), bem como o intangível e inegociável núcleo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88).

13) Dessarte, muito embora o referido entendimento pretoriano de nossa mais alta Corte de Justiça seja digno de aplausos no aspecto dogmático, no caso vertente, entendemos ser um retrocesso acolher tal posicionamento.

14) É bem verdade que, se considerarmos as modernas teorias de preservação e fulguração dos direitos e garantias individuais, como o garantismo penal de Ferrajoli, aliada às mais modernas técnicas de interpretação e hermenêutica constitucional, como a filtragem constitucional, poderíamos chegar ao que Lenio Streck convencionou de Filtragem Garantística-Constitucional.

15) Desta forma, o mesmo filtro normativo-axiológico utilizado pela filtragem constitucional para releitura de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, sob um panorama dos preceitos fundamentais contidos em nossa Carta Magna, fará essa mesma filtragem com o predomínio e a hegemonia que os direitos e garantias fundamentais exigem, segundo o modelo garantista penal, rechaçando do sistema jurídico quaisquer normas contrárias a estes postulados reitores, i. e., os princípios instituidores de um Estado Democrático-Social de Direito..

16) Neste diapasão, *mutatis mutandi*, ensina o professor Lenio Streck:

No âmbito do Direito do Trabalho, é de se indagar: quantas normas, resoluções, súmulas (enunciados do TST) resistiriam ao (devido) *processo de filtragem garantístico-constitucional*? Quantas normas trabalhistas (e penais, processuais penais, civis, processuais civis, administrativas, comerciais, etc) não estariam em flagrante contradição com os princípios instituidores do Estado Social-Democrático de Direito brasileiro - em especial, buscando lições de além-mar, aquilo que, em Portugal, o Tribunal Constitucional chama de "cláusula de proibição de retrocesso social".²⁷

17) Não obstante ser demasiadamente acadêmica a discussão aqui proposta, necessário ressaltar o começo de mudança do entendimento por parte da jurisprudência, que malgrado acanhada, começa

²⁷ STRECK, *op. cit.*

a florescer, conforme se verifica no acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja relatoria se deve ao eminente Desembargador Álvaro Mayrink da Costa, *in verbis*:

ESTUPRO. TENTATIVA.
EXAME DE CORPO DE
DELITO. PROVA DO
RELACIONAMENTO SEXUAL.
AUSENCIA DE
COMPROVACAO. Penal.
Tentativa de estupro. Ação penal
de iniciativa pública. Vítima
hipossuficiente. Manifestação
expressa, na instrução criminal, de
que "se tivesse condições
financeiras não estaria com uma
ação para processar o réu pelos
fatos narrados na denúncia". A
questão da liberdade sexual e
autodeterminação da mulher. A
regra geral. Conjunto probatório
controvertido. Recurso improvido.
1. Diante de uma prova incerta da
recusa da mulher, que saindo de
um baile, na companhia de seu
parceiro de noitada, informado o
estado etílico pelas circunstâncias
do ato em plena via pública, sem
que tivesse havido a frontal recusa,
tudo corroborado, *a posteriori*, por
suas próprias declarações perante o
juiz instrutor, de que não desejaria
processar o réu, sendo direito
subjetivo a proteção a sua
intimidade e sua dignidade sexual,
como retratado em suas
declarações de que se sentia
constrangida por se ver obrigada,
em razão de sua hipossuficiência,
promover ou continuar a presente
ação penal de iniciativa pública
quando, se tivesse posses, estaria
seu desejo abrigado dentro de uma
ação penal de iniciativa privada e,
na hipótese, deve-se preservar,
pelo conjunto probatório, a
vontade do sujeito passivo. 2.
Recurso improvido. (TJ/RJ – 3ª
Câmara Criminal - Apelação
Criminal nº 2003.050.00562 – Rel.
Des. Álvaro Mayrink da Costa. j.
29.04.2004).

18) Destarte, podemos afirmar que ao se utilizar a nova técnica denominada de filtragem garantística-constitucional, haverá uma releitura do art. 225, §1º, I e §2º do Código Penal, sob o aspecto da teoria garantista penal e da técnica de filtragem constitucional, expurgando assim de nosso ordenamento jurídico, o dispositivo incompatível com a nova ordem constitucional, devendo-se, por conseguinte, aplicar tão-somente a regra geral prevista no *caput* do art. 225, ou seja, ação penal privada, em ambas as hipóteses, quando então aquele que for considerado necessitado econômico, obterá junto a Defensoria Pública, por força da própria Constituição, a assistência jurídica integral e gratuita para patrocínio da causa, velando desta forma, por um tratamento igualitário e digno, livre de discriminações, em situações idênticas perante o direito.

V - Bibliografia:

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. A Igualdade Perante a Lei. Algumas Reflexões. in *Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Primeira Série. Rio de Janeiro: UERJ, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da Pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed., São Paulo: RT, 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: o princípio da obrigatoriedade*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Declaração de Constitucionalidade e a Lei ainda Constitucional*. in *Consulex*, nº 35, 1999, p. 32-35
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed., 2. tiragem, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. *Da Utilidade de uma Análise Garantista para o Direito Brasileiro*. Disponível em <http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html>. Acessado em 28.03.2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. I, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Controle da constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*. in *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

A NOVA EXECUÇÃO CIVIL: O QUE FALTA MUDAR

José Augusto Garcia de Sousa
Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Radiografia de uma falência – 3. As alterações promovidas pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06 – 4. Desdobramentos necessários da nova sistemática: 4.1 A importância da questão hermenêutica e o fortalecimento do princípio da efetividade da execução; 4.2 O princípio da efetividade da execução e os meios executivos; 4.3 O princípio da efetividade da execução e as impenhorabilidades; 4.4 O princípio da efetividade da execução e o princípio da boa-fé; 4.5 O princípio da efetividade da execução, o princípio da instrumentalidade e o setor procedimental – 5. Palavras finais.

RESUMO: O artigo dedica-se à execução civil, transformada pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06. Primeiro, descreve-se a lastimável situação da execução das obrigações de pagar no Brasil antes das reformas legislativas, identificando-se fatores que contribuíram decisivamente para aquela situação. Depois, analisam-se concisamente as principais alterações trazidas pelas reformas. A terceira parte é a mais relevante do artigo, cuidando dos rumos da execução no país, à luz do renovado contexto normativo. Destaca-se então a questão hermenêutica, apresentando-se várias aplicações da sistemática nova, todas elas envolvendo o fortalecimento do princípio da efetividade da execução, com o conseqüente enfraquecimento do princípio da menor gravosidade da execução para o executado. Na conclusão, encarece-se o estabelecimento de equilíbrio no campo executivo, algo que não vinha acontecendo, mercê da proteção excessiva deferida ao executado.

EXPRESSÕES-CHAVE: processo civil – execução – reformas – Leis 11.232/05 e 11.382/06 – hermenêutica processual – princípio da efetividade da execução – princípio da menor gravosidade da execução para o executado.

1. INTRODUÇÃO

Demorou mas chegou. Demorou para o programa reformador do processo civil brasileiro, iniciado efetivamente em 1994, alcançar as execuções relativas às obrigações de pagar. Mas finalmente tais execuções, na prática numerosíssimas, experimentaram o sopro da mudança, com a edição das Leis 11.232/05 e 11.382/06.¹ Já não era sem tempo.

¹ A Lei 11.232/05 estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Já a Lei 11.382/06 reformulou o Livro II do Código de Processo Civil, agora reservado às execuções fundadas em título extrajudicial, sem prejuízo da aplicação subsidiária ao cumprimento da sentença, “no que couber”, das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial (art. 475-R do CPC).

De fato, seria muito difícil apontar outro território processual, entre nós, que apresentasse índices tão alarmantes de falta de efetividade. Palco de impressionantes “fracassos” e “amargas experiências”, no dizer incisivo de Cândido Rangel Dinamarco,² a execução forçada das obrigações de pagar transformou-se no grande “calcanhar de Aquiles”³ do processo civil brasileiro, nela predominando o sistemático favorecimento do devedor e a larga tolerância em relação a manobras protelatórias e desleais. Aliás, outros personagens da mitologia e da história poderiam ser invocados na descrição do descabro. Ter êxito em uma execução de pagar, aqui, tornou-se autêntico trabalho de Hércules, sendo corriqueira, para milhares e milhares de exequentes, a sina melancólica de uma vitória de Pirro. Ou melhor, Pirro talvez não seja adequado evocar. Afinal, a célebre vitória do Rei Pirro contra os romanos, apesar das baixas excessivas, não deixou de ser uma vitória, artigo raro no reino das nossas execuções...

Especialmente chocante era a falta de efetividade das execuções lastreadas em título judicial, um título “desmoralizado” no Brasil.⁴ Depois de uma longa caminhada pelas veredas da cognição (mais longa ainda se envolvesse a necessidade de liquidação da sentença), o titular de um direito já certificado era submetido a uma jornada processual ainda mais cruciante.⁵ Sobretudo os exequentes pobres não tinham fôlego para chegar ao

² Dinamarco, Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 295. Uma das “amargas experiências” referidas, de resto algo vivenciado cotidianamente pelos operadores jurídicos brasileiros, veio do exercício profissional de Dinamarco e mereceu reprodução, a título ilustrativo (mesma obra, pp. 295-296): “Depois de um árduo processo de conhecimento, em que o devedor fora condenado a pagar vultosa quantia, deparou o credor com grande dificuldade para encontrar bens penhoráveis no patrimônio do devedor. Descobriu finalmente que este guardava boa soma em dólares americanos em um cofre-forte bancário. Pediu o arrombamento do cofre, a ser feito com todas as cautelas destinadas à idoneidade do ato, responsabilizando-se pelas despesas do arrombamento. O juiz da causa, a quem certamente não importavam os resultados do seu exercício jurisdicional, despachou simplesmente: ‘diga a parte contrária’. É fácil imaginar onde foram parar os dólares! E o credor, vencido por essa atitude burocrática do juiz, viu-se obrigado a renunciar a grande parte de seu crédito, aceitando um acordo pelo qual veio a receber somente quarenta por cento deste.”

³ Expressão usada por Athos Gusmão Carneiro (Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar, *Revista de Processo*, n. 123, maio 2005, p. 116).

⁴ Petrônio Calmon, Sentença e títulos executivos judiciais, in *A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 103.

⁵ Escreve a propósito, com bastante verve, Athos Gusmão Carneiro (Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei n. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo. Por que não?, in *A Nova Execução de*

fim dessa jornada, submetendo-se muitas vezes a acordos altamente desfavoráveis, verdadeiras extorsões. De nada valia, então, reformar e melhorar o procedimento cognitivo, porque tudo se perdia na hora da execução. Pode-se dizer até que uma certa esquizofrenia tomou conta do nosso processo civil: o lema da efetividade, ao mesmo tempo em que influenciava bastante os eventos cognitivos, restava ignorado justamente no momento culminante do processo, a execução forçada.

No presente texto, pretendemos discutir em primeiro lugar, com a necessária concisão, as causas da falência das nossas execuções de pagar. Depois, apontaremos as alterações mais significativas trazidas pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06. À vista daquelas causas e destas alterações, estaremos prontos para defender, na parte principal do trabalho, algumas aplicações da nova sistemática, aplicações que reputamos relevantes ao propósito de imprimir maior efetividade às execuções de pagar. Ou seja, tencionamos falar, de maneira obviamente não exaustiva, do passado, do presente e do futuro dessas execuções. Para o futuro, foco primordial das nossas reflexões, uma coisa é certa: ele só será mais luminoso se à reforma legislativa corresponder uma autêntica alteração de mentalidade daqueles que trabalham no sistema, postulando e decidindo.⁶

2. RADIOGRAFIA DE UMA FALÊNCIA

Por que chegamos, no campo das execuções de pagar, a uma situação absolutamente ruinosa? Várias e complexas são as causas. Não é uma autópsia fácil de realizar. Aqui, dadas as limitações naturais do artigo (e do autor), resta impossível aprofundar a discussão.

Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 16): “[...] Os tempos correm, a apelação do réu é por fim rejeitada, recursos de natureza extraordinária são intentados e repelidos, e certo dia — *mirabile dictu* — o paciente autor recebe a grata notícia: a sentença a ele favorável havia transitado em julgado. Alvíssaras, pensou o demandante. Pensou mal. Para receber o ‘bem da vida’, cumpria fosse proposto um ‘segundo processo’ [...]”

⁶ A respeito da necessidade de uma nova mentalidade — pautada no marco teórico-dogmático da moderna teoria dos direitos fundamentais — para o enfrentamento dos problemas da tutela executiva, confira-se Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, especialmente pp. 80-81, valendo aduzir que essa obra primorosa de Lima Guerra ilumina várias passagens do nosso trabalho.

De qualquer forma, algumas causas da “falência” podem ser sugeridas, arqueologia que se afigura útil para quem deseja evitar os mesmos erros.

De início, deve ser considerado que em lugar algum executar constitui tarefa tranqüila. “Falar é fácil, fazer é que são elas” consiste em dito popular apoiado no bom senso e com amplas aplicações. Tome-se por exemplo a teoria dos direitos fundamentais. Não por acaso, nunca foi simples a efetividade dos direitos prestacionais, tantas vezes sujeita à “reserva do possível”. No plano das atividades processuais não é diferente. Declarar um direito costuma ser bem menos problemático do que realizar coativamente esse direito. Não bastasse, entre a silogística declaração e a chã realização, a primeira sempre foi vista como atividade bem mais nobre do ponto de vista intelectual, o que aumentou ainda mais as resistências contra a atividade executória. Aqui e alhures, forjou-se mentalidade processual francamente simpática à cognição, em detrimento da função executiva. A função precípua da jurisdição seria exatamente a indicada pela sua literalidade etimológica: dizer o direito, não necessariamente efetivar esse mesmo direito. Eloqüentes, a respeito, são as palavras de Roger Perrot sobre essa mentalidade que durante muito tempo predominou — e até hoje subsiste — nos meios processuais: “O jurista, e o processualista em particular, pensou por longo tempo que sua tarefa se encerrasse com a prolação da sentença, considerada como a meta final de suas reflexões doutrinárias. Dito o direito, a execução efetiva da decisão judicial parecia-lhe coisa secundária, pertinente a outro mundo: o do *imperium*, estranho à ciência processual e confiado já não ao Judiciário, senão aos agentes da força pública. Tanto isso é verdade, aliás, que com grande freqüência o advogado, uma vez proferido o julgamento, fechava serenamente sua pasta, sem preocupar-se com o resto. Tal visão era duplamente nefasta: para o credor, como é óbvio, mas também para a credibilidade da Justiça em geral.”⁷

Ou seja, causas “naturais” e fatores não privativos da realidade nacional contribuíram para o desmazelo da nossa execução. Sem embargo, maior parece ter sido a

⁷ Perrot, O processo civil francês na véspera do século XXI, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *Revista Forense*, n. 342, abr./jun. 1998, p. 167.

contribuição dos fatores nativos. A começar pelas deficiências do modelo de execução implantado pelo Código de Processo Civil de 1973, o “Código Buzaid”.

Fiel a tradições romanistas, o Código de 1973 reservou um processo autônomo para a atividade executiva, mesmo quando o título consistisse em sentença. Para cada atividade tínhamos um processo distinto, eis o modelo do “Código Buzaid” na sua versão original (hoje completamente reformulada). Era um modelo que tinha lá a sua lógica. Mas era uma lógica presa a aspectos conceituais, presa ao império da segurança, presa ainda ao “processo civil do réu”, a quem eram dadas chances excessivas para defender-se — e brechas generosas para evadir-se das obrigações eventualmente impostas. Nem é preciso dizer que essa lógica, justificável sob o prisma dos conceitos e da segurança, mostrava-se nefasta diante de outros crivos. Especialmente sob a ótica do “consumidor” dos serviços judiciários, tão enaltecida por Mauro Cappelletti, tratava-se de uma estrutura incompreensível e artificial, que acabava se traduzindo em gravames desnecessários para o detentor de uma sentença favorável.⁸ Como bem ressaltado por Petrônio Calmon, crítico severo do fracionamento da pretensão e da jurisdição, “o autor da ação não se dirige à Justiça para buscar uma sentença, mas sim para que se lhe proporcione a *satisfação* de seu direito. A *certificação* é apenas uma exigência do método utilizado pela jurisdição (o processo), já que o juiz não pode proporcionar a satisfação de mera alegação. [...] O mais é pura ficção, criação da ciência processual, eis que toda pretensão é, pois, em realidade, uma pretensão de satisfação e não de sentença de mérito.”⁹

Além da autonomia vista acima, outra característica negativa das nossas execuções de pagar era (e em parte continua sendo) a rígida sujeição ao modelo da sub-rogação “ao

⁸ Exatas, a respeito, as palavras de Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, O contexto da reforma processual civil, in Renault e Bottini (coordenadores), *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 9: “A existência de dois processos distintos, um de conhecimento e um de execução, representava uma cisão de pouca praticidade, porque as partes litigantes eram as mesmas e a pretensão, ainda que tivesse natureza diversa, recaía sobre o mesmo objeto, salvo algumas exceções. E esta cisão apresentava problemas concretos, como a necessidade de citação do réu para a formação da relação processual de conhecimento e, após o término desta etapa, nova citação para o início do processo de execução. Ora, como a citação é pessoal, era imensa a dificuldade de localizar o devedor, especialmente para comunicá-lo do início da execução [...]”

⁹ Petrônio Calmon, *Sentença e títulos executivos judiciais*, cit., p. 96, grifado no original.

quadrado”, ou modelo “pague sob pena de penhora”.¹⁰ Sendo pouco estimulada a penhora de dinheiro, e havendo grande “preconceito”¹¹ contra as medidas coercitivas — de modo especial quanto às execuções de pagar —, praticamente só era oferecida ao exequente a possibilidade de satisfação através da alienação do patrimônio do devedor, o que implicava um procedimento complexo e oneroso, que desaguava — geralmente muitos anos depois de iniciado — na fatídica hasta pública, sinônimo de fracasso e desperdício. A “sorte” é que dificilmente se chegava à hasta pública, já que as execuções rotineiramente estacionavam antes, por falta de bens penhoráveis... Eis aí, por sinal, outra marca do nosso sistema, sobretudo após o advento da Lei 8.009/90: a contemplação de inumeráveis casos de impenhorabilidade, bem acima do que seria razoável admitir. Em tempos pretéritos, a vontade humana era considerada intangível. Para a ordem processual brasileira, o patrimônio do devedor é que se mostrava quase intangível (o que não mudou muito).¹²

Dessa forma, tínhamos sistemática legal pesada, ultrapassada, que apresentava índices risíveis de êxito.

É claro que o quadro descrito não foi desenhado apenas por fatores legais. Os operadores do sistema também ajudaram bastante, naturalmente. Das partes e seus

¹⁰ As expressões são de Cassio Scarpinella Bueno, que assim as explica (Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias, *Revista de Processo*, n. 113, jan./fev. 04, p. 35, grifado no original): “Substitui-se a vontade do devedor pelos atos executivos, que agem, exclusivamente, sobre seu patrimônio, e *substitui-se* seu patrimônio, assim apreendido ou destacado, pelo seu equivalente monetário.” Esse modelo de dupla sub-rogação (ou dupla substituição) tem trazido, de acordo com Scarpinella Bueno (mesmo artigo e página), “graves problemas” para o cumprimento das sentenças condenatórias de pagar (dar) dinheiro, embora seja justificável cultural, histórica, social e tecnicamente.

¹¹ Diz a respeito Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., pp. 41-42, grifado no original: “Infelizmente, ainda se encontra bastante arraigada em segmento expressivo da doutrina, essa concepção que reflete um *imotivado juízo negativo de valor* em relação às medidas coercitivas, herança, ao que parece, de concepções vigentes no século XIX e em boa parte do século XX, na cultura jurídica européia, que exacerbavam o dogma da intangibilidade da vontade humana [...] Pelo que se disse, percebe-se que idéias como essas devem ser consideradas puro *preconceito*, uma vez que baseadas sobre uma premissa geral — a de que nas obrigações fungíveis a tutela executiva sempre será melhor prestada através das medidas sub-rogatórias — que simplesmente jamais foi, e nem poderia mesmo vir a ser, verdadeira.”

¹² Carlos Callage, logo após a edição da Lei 8.009, vaticinava ironicamente (Inconstitucionalidade da Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990: impenhorabilidade de imóvel residencial, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, n. 43, 1991, p. 48): “[...] A não ser que a medida do Governo Sarney signifique um último estágio na história das dívidas. No passado o devedor respondia com o próprio corpo. No presente responde com seu patrimônio e, neste futuro, não responde mais.”

advogados partiram, vezes reiteradas, manobras protelatórias e pouco éticas. Já os juízes assumiram, amiúde, postura passiva, burocrática, desinteressada, impulsionando “sem qualquer apetite”¹³ a execução, como se esta fosse assunto exclusivo das partes, dominado inteiramente pelo princípio da demanda.¹⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, avançada em outras questões, fez pior: “sacralizou”¹⁵ o bem de família e deu peso extraordinário ao princípio da menor gravosidade da execução, desequilibrando o sistema.

Nesse ponto, deparamos novamente com a questão cultural, altamente relevante em qualquer matéria jurídica. Da cultura não é possível fugir, positivamente. E a cultura nacional tem ingredientes que não facilitam, muito pelo contrário, o bom desempenho das execuções. Tome-se a nossa índole bacharelesca. Executar é realizar na prática, trabalhar no concreto, colocar a mão na massa. Só que o país adora discursos, na mesma proporção em que despreza trabalhos manuais e técnicos, considerados inferiores. Como a execução pode dar certo? Não é de admirar a ênfase muito maior que sempre foi dada aqui à atividade cognitiva, sendo sintomático o sucesso, entre nós, da chamada “exceção de pré-

¹³ Leonardo Greco, A crise do processo de execução, *Estudos de Direito Processual*, Campo dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 8. Em seu ensaio, Greco desfia inúmeros fatores que prejudicam a atividade jurisdicional no campo executivo. A título de exemplo, registre-se que o ilustre processualista critica vigorosamente a pouca atenção dada, na execução, ao princípio da oralidade e seus consectários (p. 20): “O processo de execução que passa de mão em mão burocratiza o juiz, descompromissando-o da busca perseverante dos resultados almejados e transformando-o em instrumento dócil da chicana e dos incidentes procrastinatórios.”

¹⁴ Mais uma vez é útil ouvir Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 155, grifado no original: “[...] Aliás, cumpre observar, nessa ordem de idéias, que não se justifica a permanência de uma mentalidade, infelizmente muito comum entre os juízes brasileiros, que tolere uma atitude de total passividade e inércia do devedor, ao mesmo tempo em que exige do credor todas as diligências necessárias a preparar a expropriação forçada. Essa mentalidade se manifesta, por exemplo, na recusa do magistrado, bastante freqüente, em expedir ofícios a cartórios, órgãos públicos e qualquer outra instituição, no sentido de colher informações sobre a situação patrimonial do devedor, sob a alegativa de que *incumbe ao credor esse tipo de diligência*. Essa mesma mentalidade é a que aceitaria, sem maiores investigações, a nomeação à penhora de bem diverso que dinheiro, se o *credor* não localizar, em atividade verdadeiramente detetivesca, o respectivo numerário no patrimônio do devedor.”

¹⁵ Jandyr Maya Faillace, Da alteração do processo de execução: sobre o PL 4.497/2004, in Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini (coordenadores), *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 89. Faillace ilustra seu texto com exemplos da “sacralização” do bem de família, aduzindo que “no Tribunal Superior do Trabalho não há registro de anomalias jurisprudenciais semelhantes.”

executividade”, que significa exatamente o avanço da cognição em pleno território executivo.¹⁶

Mais deletério ainda, para as execuções, é o acendrado individualismo do homem “cordial” brasileiro, incapaz de enxergar ordenações coletivas.¹⁷ Esse individualismo cria enormes resistências à imposição de qualquer sanção, por mais necessária que seja. Faz parte do nosso código genético a leniência com o erro, ou melhor, a leniência em relação a quem erra. Especialmente individualista se mostra a cultura jurídica nacional, nela predominando um garantismo que por um lado é oportuno, dadas as nossas raízes autoritárias, mas por outro lado é amigo da impunidade e do clima de vale-tudo que desgraça este solo há séculos.¹⁸ *Fiat justitia* (individualmente), *pereat mundus* é o que sugerem muitas das doutrinas e jurisprudências mais incensadas entre nós. Veja-se o que ocorre sempre e ocorreu novamente nas últimas eleições (2006), apesar da vigilância da opinião pública: com o beneplácito do Tribunal Superior Eleitoral, notórios malfeitores, presumidamente inocentes — condição que decerto nunca perderão, mesmo porque até hoje o Supremo Tribunal Federal nunca condenou um parlamentar¹⁹ —, puderam assumir seus cargos eletivos, para mais um mandato de patifarias. Veja-se ainda o que está acontecendo na área criminal. Com uma defesa eficiente e ativa em todas as instâncias, autores de

¹⁶ Sintomática, a propósito, era a redação do antigo art. 463 do CPC (alterado pela Lei 11.232/05), pela qual “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional...”, como se o zênite da atividade jurisdicional fosse a simples declaração de direitos, mesmo que desacompanhada de efeitos práticos.

¹⁷ Quando falamos em homem “cordial” brasileiro, referimo-nos naturalmente à concepção de Sérgio Buarque de Holanda, lavrada em *Raízes do Brasil*, uma das obras fundamentais da nossa literatura no século passado. A cordialidade do brasileiro, na visão de Buarque de Holanda, representa não só emotividade, mas também características menos abonadoras, como a aversão a comandos impessoais e a dificuldade de compreender a distinção entre os domínios do privado e do público. De acordo com Buarque de Holanda (*Raízes do Brasil*, 26. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 205, grifado no original), “essa cordialidade, estranha, por um lado, a todo formalismo e convencionalismo social, não abrange, por outro, apenas e obrigatoriamente, sentimentos positivos e de *concordia*. A inimizade bem pode ser tão *cordial* como a amizade, nisto que uma e outra nascem do *coração*, procedem, assim, da esfera do íntimo, do familiar, do privado.”

¹⁸ A propósito, escreve José Carlos Barbosa Moreira a respeito da radicalização do garantismo no campo probatório (A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *Temas de Direito Processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 123): “Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada.”

¹⁹ A propósito: Alan Gripp e Carolina Brígido, STF jamais puniu um parlamentar: congestionamento de processos beneficiária investigados, que têm foro privilegiado, *O Globo*, 18/03/07, p. 3.

crimes gravíssimos, como homicídio e assalto aos cofres públicos, dificilmente vão para a cadeia ou cumprem penas proporcionais aos seus delitos, valendo-se de dádivas garantistas patrocinadas com entusiasmo pelo Supremo Tribunal Federal, para perplexidade da massa ignara do lado de fora. Ou seja, muitas vezes não conseguimos sancionar devidamente nem mesmo quem tira uma vida humana (quicá a vida de uma criança) e destrói uma família por motivos abjetos.²⁰ Se assim é, como esperar que ilícitos menos dramáticos, no plano cível, sejam tratados com um mínimo de rigor? Fazemos juras de amor eterno aos direitos fundamentais, mas só aos de primeira geração. Valores individuais tendem a sobrepular bens coletivos. Explica-se perfeitamente, dessa forma, que o princípio da efetividade da execução, salutar do ponto de vista social e coletivo, leve goleadas tremendas do princípio da menor gravosidade da execução, este último um princípio francamente liberal e individualista.²¹

²⁰ Na semana em que concluímos este artigo, foram aprovados pelo Congresso Nacional alguns projetos endurecendo o sistema penal. Foi uma resposta ao bárbaro trucidamento do menino João Hélio no mês passado (fevereiro de 2007), na cidade do Rio de Janeiro. Para muitos, resultado do clima de “histeria” causado pela morte de João Hélio. Com a vênha de quem entende assim, pensamos diferente. No dia em que um crime como o que vitimou aquela criança não causar comoção, aí sim, estaremos irremediavelmente perdidos. E nem se trata de comoção bissexta, porque os crimes brutais têm ocorrido com alarmante frequência. Se queremos realmente valorizar a vida, como impõe a nossa Constituição, não podemos deixar que “matar alguém” (ou qualquer outra ação típica contra a vida) se torne um delito banal, sem uma resposta adequada do sistema. Sancionando mais adequadamente quem atenta contra a vida humana é obvio que não estaremos resolvendo o problema assaz complexo da criminalidade, mas ao menos estaremos mitigando o sentimento de impunidade que tomou conta da nossa sociedade, um sentimento amargo, doloroso e extremamente nefasto do ponto de vista coletivo.

²¹ No terreno da economia, confirmaram-se Armando Castelar Pinheiro e Fabio Giambiagi, *Rompendo o Marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2006, pp. 24-27, discorrendo sobre a “cultura do coitado” que prevalece no Brasil. No terreno específico das execuções judiciais, vários autores percebem a influência dos fatores culturais e ideológicos. Jandyr Maya Faillace é contundente a respeito (Da alteração do processo de execução..., cit., p. 91): “Existe na cultura pátria um acentuado viés pró-devedor. Uma cultura na qual se considera que nada há de errado ou, muito menos, imoral, em dever, ter como pagar, ainda que com sacrifício, mas não pagar. Esta cultura se observa em diversos níveis. [...] A isso se soma, lamentavelmente, um sistema judiciário fortemente contaminado pela mentalidade de que é algo mesquinho insistir até o fim na cobrança de dívida e de que o devedor deve ser tutelado de todas as formas. E se o devedor zomba da ordem judicial de pagar considera-se isto problema particular do credor, e não, como verdadeiramente é, questão que afeta a ordem social, a ordem econômica e põe em risco a credibilidade das instituições, em especial do Poder Judiciário.” Também Luiz Rodrigues Wambier (A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la, *Revista de Processo*, n. 109, jan./mar. 2003, p. 134) fala no “crescimento — entre nós, no Brasil — de postura ideológica que visivelmente privilegia o devedor” e acaba favorecendo o “calote”. Por seu turno, Leonardo Greco (A crise do processo de execução, cit., p. 8) destaca o advento de “um novo ambiente econômico e sociológico”, no qual “o espírito empresarial e a sociedade de consumo estimulam o endividamento das pessoas e o inadimplemento das obrigações pelo devedor deixou de ser vexatório e reprovável, o que multiplica as ações de cobrança e execuções, através das quais o sujeito passivo ainda usufrui vantagens, às custas do credor”.

3. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS 11.232/05 E 11.382/06

Portanto, inúmeras razões — universais ou domésticas, legais ou culturais — levaram-nos ao fundo do poço em matéria de execução das obrigações de pagar. A situação tornou-se insustentável. Ficou claro que os percalços da execução estavam prejudicando a própria economia do país, emperrando o seu crescimento. Também em favor de alterações profundas no campo da execução, veio a Emenda Constitucional 45/04 (a chamada “Reforma do Judiciário”), encarecendo o acesso à justiça e assegurando a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Como resultado de todas essas pressões, editaram-se as Leis 10.232/05 e 10.382/06, reformulando por completo a execução das obrigações de dar dinheiro, tanto as oriundas de títulos judiciais quanto as derivadas de títulos extrajudiciais. É bem verdade que mudar a lei não basta, vez que fatores extraleais, como visto, conspiram intensamente contra a efetividade das execuções. Mas mudar a lei é também uma tentativa de influenciar a cultura, conscientizando os operadores do sistema sobre a necessidade de dar efetividade às execuções, em prol do acesso substancial à justiça.²²

Tantas foram as modificações empreendidas que seria inviável, aqui, descrevê-las de maneira exaustiva. Neste espaço, basta citar as alterações mais significativas. Pois bem, alteração marcante, representando autêntica mudança de paradigma, foi a eliminação quase total do processo autônomo de execução fundada em título judicial (remanescendo apenas

²² Críticas sensatas têm sido ouvidas em relação à frequência excessiva das alterações da lei processual. Nesse sentido, advertem José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 10, grifado no original): “[...] E que não se veja na alteração ininterrupta dos textos da lei a *solução* para os problemas da justiça brasileira, até porque, verdadeiramente, não é a mera alteração legislativa que fará com que o sistema funcione mais adequadamente aos seus fins.” Por seu turno, assinala Luciana Drimel Dias (O ocaso das recentes reformas do CPC sob o enfoque da pós-modernidade e globalização, *Revista de Processo*, n. 121, mar. 05, p. 106, grifado no original): “[...] Entretanto, num mundo da *glocalização* [neologismo referente à coexistência de tendências globalizantes e localísticas] não podemos mais nos contentar com um projeto iluminista esperançosos em ‘códigos salvadores’ [...] Por mais sofisticadas que sejam as reformas legislativas não se pode esquecer que os fatores essenciais nos quais se apóia a administração da justiça são: homens (sociedade) e estruturas. A crise é fato (constante) daí porque novas perspectivas (sempre variáveis) são essenciais.” Também nós entendemos que o processo reformador deve aquietar-se, pelo menos durante algum tempo. Sem embargo, em relação à execução, dado o caos que

em algumas poucas hipóteses), restando igualmente suprimidas as sentenças condenatórias “puras”, aquelas que simplesmente propiciavam a deflagração de uma nova ação, em outro processo. No mesmo contexto, ditado pela Lei 11.232/05, foi suprimido o processo autônomo de liquidação de sentença. Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, abandonamos o sistema romano da *actio iudicati* — um sistema “formalista, demorado e sofisticado” — e retornamos em parte ao direito comum medieval, com a sua expedita execução *per officium iudicis*.²³ Fechamos assim um ciclo virtuoso: primeiro veio a Lei 8.952/94, que abriu as portas para a expansão dos processos interditaes, mas só no âmbito das obrigações de fazer e não fazer; depois tivemos a Lei 10.444/02, fulminando de vez as execuções autônomas de condenações relativas a obrigações de fazer e não fazer, bem como as condenações relativas a obrigações de entregar coisa; finalmente, a Lei 11.232/05 estendeu o mesmo tratamento para as obrigações de pagar resultantes de sentença.

Outras inovações, estas dizendo respeito não só aos títulos judiciais mas também às execuções estribadas em título extrajudicial, merecem destaque. O modelo da sub-rogação “ao quadrado” restou mantido, porém em termos menos rígidos. De fato, a reforma fomentou a penhora de dinheiro, a ser efetivada principalmente por meios eletrônicos (estimulados bastante, como não poderia ser diferente), autorizando-se de maneira expressa, e em termos bem favoráveis, a já conhecida penhora *on line*, cabendo ao executado o ônus da prova quanto à impenhorabilidade das quantias depositadas em conta corrente. Também foi autorizada expressamente a penhora de percentual do faturamento de empresa. E, não havendo a apreensão de numerário do devedor, a adjudicação foi eleita o mecanismo preferencial de expropriação dos bens do executado (na forma do art. 685-A e parágrafos do CPC, dispositivos criados pela Lei 11.382/06 que evidenciam a valorização desse meio expropriatório, inclusive se ampliando a respectiva legitimação), passando a hasta pública para o terceiro lugar na lista das preferências, atrás ainda da alienação particular. Tudo isso, insista-se, contribuiu para suavizar o modelo vigente, diminuindo os

reinava, as reformas legislativas faziam-se realmente indeclináveis. Mas é claro que não bastam, e esse, exatamente, é o mote principal do presente trabalho.

²³ Gusmão Carneiro, Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei n. 11/232/05..., cit., p. 15.

casos em que se faz necessário, para a satisfação do exequente, converter em pecúnia o patrimônio do executado.

Sem embargo, continua sendo inevitável muitas vezes a conversão de patrimônio em pecúnia. Algumas inovações vieram para tornar esse caminho menos tortuoso. Assim, afrouxaram-se alguns casos de impenhorabilidade, tornando-se penhoráveis, por exemplo, bens móveis residenciais que sejam “de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida” (art. 649, II, do CPC, com redação da Lei 11.382/06).²⁴ Outrossim, foi aprimorada a sistemática da alienação dos bens do executado, estimulando-se a alienação por iniciativa particular e permitindo-se a substituição da hasta pública por alienação realizada através da rede mundial de computadores.

Dentro do mesmo espírito de melhorar o desempenho do sistema executivo, tratou-se de endurecer o regime processual relativo ao executado, diminuindo-se o espaço para fraudes e manobras procrastinatórias. Com efeito, perdeu o executado a faculdade de indicar os bens a ser penhorados; ao mesmo tempo, apertou-se o dever de lealdade e veracidade que lhe toca, podendo-se exigir dele, agora, informações precisas acerca do patrimônio penhorável;²⁵ além disso, retirou-se o efeito suspensivo automático das defesas do executado; e passaram a ser permitidas — boa medida para coibir a fraude — averbações em registros públicos, relativas aos bens sujeitos a penhora ou arresto, logo no início da execução, antes de qualquer ato construtivo.

²⁴ A respeito, já defendia Luiz Rodrigues Wambier (A crise da execução..., cit., pp. 144-146, grifado no original), quanto aos limites da impenhorabilidade dos bens que garantem o imóvel de residência da família, a consideração da “*média nacional de conforto*, isto é, o padrão de vida médio da sociedade brasileira” — que poderia ser aferida objetivamente, de acordo com dados coletados pelo IBGE —, ficando fora do regime de impenhorabilidade os bens acima dessa média. Assim, teríamos uma execução equilibrada, permitindo a todos a manutenção de um “padrão médio de dignidade”, sob pena de estar-se, mais uma vez, “*privilegiando os já privilegiados* e incentivando o ‘calote’.”

²⁵ A propósito desse endurecimento do dever de lealdade e veracidade, vale ouvir Cândido Rangel Dinamarco (Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 295), que, antes mesmo das alterações legislativas, reformulou a opinião que tinha a respeito: “vinha então postulando uma compreensão para com aquele que deixa de colaborar para a satisfação do direito do credor, na consideração de que toda resistência meramente passiva seria legítima porque ninguém poderia ser obrigado a atuar contra seus próprios interesses. Hoje [a primeira tiragem da obra é de 2003], impressionado com os fracassos da execução por quantia certa, já não tenho aquela preocupação, porque nenhum princípio é absoluto e não há por que dar tanto valor ao do contraditório, a dano da efetividade da tutela jurisdicional”.

Timidamente que seja, buscou a reforma, ainda, aumentar a taxa de cumprimento não resistido das obrigações exequêndas, através de medidas de estímulo ao pagamento e de desestímulo à inadimplência.²⁶ Entre as primeiras está a redução pela metade da verba honorária e a possibilidade de parcelamento do débito.²⁷ E para desestimular a inadimplência temos a imposição de multa de dez por cento sobre o valor do débito.²⁸

Portanto, não chegou a haver uma revolução no campo da execução, mas progressos sensíveis ocorreram. E não tivesse a Lei 11.382/06 sido atingida por dois vetos bastante questionáveis, apostos pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o resultado teria sido ainda melhor.²⁹ Seja como for, mesmo não havendo revolução, mesmo tendo havido os vetos, evoluímos enfim no campo da execução das obrigações de pagar quantia. Uma evolução legislativa que reflete anseios irresistíveis e, além disso, passa a representar um dado hermenêutico de enorme relevância, no sentido da ampliação da efetividade da atividade executiva, ficando para trás o tempo da soberania do devedor.

4. DESDOBRAMENTOS NECESSÁRIOS DA NOVA SISTEMÁTICA

4.1 A importância da questão hermenêutica e o fortalecimento do princípio da efetividade da execução

²⁶ No ordenamento processual brasileiro se vêem outras hipóteses interessantes de desestímulo à litigiosidade. Nesse sentido, o art. 1.102-C, § 1º, do CPC, prevendo a isenção de custas e honorários advocatícios quando o réu cumpre o mandado de pagamento na ação monitória, e o art. 61 da Lei 8.245/91, favorecendo o locatário que, em algumas hipóteses específicas de despejo, manifesta sua concordância com a desocupação do imóvel.

²⁷ Destaque-se essa possibilidade de parcelamento do débito em até seis vezes, condicionada ao depósito inicial de 30% do valor em execução, conforme previsto no novo art. 745-A do CPC. Agora se tornou direito o que antes, sem base legal, era freqüentemente requerido pelos executados. Para Humberto Theodoro Júnior (*A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 217), a possibilidade não se aplica à execução por título judicial, já que “não teria sentido beneficiar o devedor condenado por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recursos e delongas do processo de conhecimento.”

²⁸ Também serviu ao mesmo propósito a elevação dos juros legais promovida pelo Código Civil de 2002.

²⁹ Os vetos mencionados protegem devedores privilegiados dentro da população brasileira, impedindo a penhora de imóveis residenciais de valor superior a 1.000 (mil) salários mínimos (sendo que só reverteria para a execução o que superasse tal valor depois da transformação em pecúnia) e de rendimentos superiores a 20 (vinte) salários mínimos mensais (aqui só seria considerado penhorável até 40% do total recebido acima de 20 salários).

Saliente-se a questão hermenêutica, mencionada no final do tópico anterior. A questão assume enorme importância no campo da execução. Mais do que em outros campos jurídicos? Talvez. Na execução, afinal, assiste-se a um duelo acirradíssimo entre dois princípios antagônicos, o da efetividade da execução e o da menor gravosidade para o executado — projeção daquela disputa maior, assídua em todos os trechos do direito processual, entre efetividade e segurança³⁰ —, envolvendo implicações sérias, até dramáticas: para o executado, a atividade executiva pode significar a perda compulsória de bens; para o exequente, a frustração definitiva — e inexplicável — de um direito já certificado. É um contexto processual de alta densidade axiológica (e alta temperatura também), no qual os princípios assumem papel decisivo, vendo-se amortecida freqüentemente a força da lei formal. Não admira, então, que as agruras vividas no plano da execução derivem apenas em parte, como foi visto, de fatores legais. Nesse plano, insista-se, a questão hermenêutica é fundamental.³¹

Se a questão hermenêutica revela-se tão importante assim, deve merecer máxima atenção. Dessa forma, tem grande apelo hermenêutico o efeito maior da nova sistemática, a saber, o fortalecimento do princípio da efetividade da execução, com o conseqüente enfraquecimento do princípio da menor gravosidade para o executado (explicitado no art. 620 do CPC). Já vimos, com efeito, que a execução mudou em virtude da generalizada reprovação ao sistema anterior, bastante simpático ao executado. Não se querendo trair os valores subjacentes à reforma, a interpretação das normas relativas à nova execução deverá necessariamente exaltar o princípio da efetividade.

³⁰ Esse conflito entre efetividade e segurança foi magistralmente abordado por Francesco Carnelutti, há quase meio século (*Diritto e Processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 154): “Lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione *in adiecto*: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura.”

³¹ Sobre a importância da hermenêutica no Direito atual, confira-se Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 866 (grifado no original): “À luz da Nova Crítica do Direito que aqui proponho, desaparecem os mitos da univocidade signica, da interpretação unívoca, da vontade da lei, do espírito do legislador, da essência da norma, da clareza da lei, e tantos outros construídos e consolidados no interior do imaginário dos juristas. Interpretar é dar sentido. Interpretar é aplicar. *As tentativas de construção de linguagens rigorosas para o Direito fracassaram! De igual modo a metodologia jurídica não conseguiu construir um arcabouço ‘técnico’ apto a dar a ‘certeza do sentido gramatical ou sistemático do texto’, isto porque o método é o supremo momento da subjetividade. [...]*”

É claro que, antes mesmo das reformas, já seriam possíveis releituras ousadas da lei processual com base no princípio da efetividade da execução. Tais possibilidades foram exploradas avidamente, na doutrina brasileira, por Marcelo Lima Guerra, para quem o direito à tutela executiva constitui autêntico direito fundamental, componente obrigatório que é do direito fundamental ao processo devido, dotado este de conteúdo vasto, revelador de várias exigências específicas.³² Assim, o direito à tutela executiva submete-se ao regime próprio dos direitos fundamentais, sendo munido de força positiva e aplicabilidade imediata. Mais ainda, a eficácia do direito fundamental à tutela executiva confere ao juiz “o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, *mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei*, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.”³³ Ou seja, mesmo diante de um quadro legal adverso, o hermenauta atento aos valores constitucionais já conseguiria “subverter” a tradicional inépcia do sistema executivo brasileiro, dele extraindo uma dose bem maior de efetividade.

Se antes das reformas já era assim, depois não há mais o que discutir. As reformas legais deixaram bastante explícito o intento de virar o jogo no campo da execução. Eloquente a esse respeito é a norma do art. 655-A, § 2º, do CPC (dispositivo trazido pela Lei 11.382/06), referente à penhora *on line*: “Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.” Como se sabe, a figura do ônus da prova muitas vezes não opera de forma neutra, correspondendo em vez disso a uma técnica colimando a proteção de determinados valores. No sistema

³² Diz Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 102, grifado no original: “No presente trabalho, o que se denomina *direito fundamental à tutela executiva* corresponde, precisamente, à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É a essa exigência, portanto, que se pretende ‘individualizar’, no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no ‘due process’, denominando-a *direito fundamental à tutela executiva* e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema completo de tutela executiva [...]”

³³ Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 104, grifado no original.

consumerista, por exemplo, inverte-se o ônus da prova para favorecer o consumidor. Aqui, igualmente, é bem reveladora da inspiração das reformas essa atribuição do ônus da prova ao executado (quanto à impenhorabilidade de quantias depositadas em conta corrente). Também sintomática se mostra a nova redação do art. 668 do CPC (com redação da Lei 11.382/06): “O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620).” Aduza-se que, além dos encargos probatórios que acabaram de ser declinados, previstos expressamente na lei, outros podem ser atribuídos ao executado no propósito de facilitar a efetividade da execução, na medida em que essa efetividade tornou-se o valor mais prestigiado do sistema.

Mais transcendente ainda foi a reforma constitucional, trazida pela Emenda 45/04, positivando o direito fundamental à “razoável duração do processo” e aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). É certo que também esse direito fundamental, posto que não explicitado, já se aninhava tranqüilamente no rol dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento brasileiro, nele se identificando mais uma exigência inerente ao acesso substancial à justiça. De toda sorte, a explicitação constitucional de um direito significa indiscutível *plus* em termos de eficácia normativa, reforçando sua exigibilidade e ampliando sua força argumentativa. Ora, execução insatisfatória e lenta não combina, positivamente, com o direito à duração razoável do processo, agora explicitado na Constituição. A efetividade da execução é um efeito elementar desse direito constitucional, que, se não tiver aplicação na seara da execução, não frutificará em seara alguma.

Sem dúvida alguma, portanto, restou encarecido o princípio da efetividade da execução, a tradução normativa de valores enfim predominantes. Ao mesmo tempo, subtraiu-se oxigênio daquela mentalidade excessivamente simpática ao executado, a qual repercutiu bastante no plano hermenêutico, como não poderia deixar de ser. Cumpre observar que tanto protecionismo — e até mesmo uma certa glamourização da figura do devedor — alimentou-se muitas vezes de pias intenções. Como inumeráveis execuções

concernem a créditos de grandes entidades financeiras, repletos de encargos proibitivos, a falta de efetividade das execuções teria um reflexo social salutar, evitando a concretização de iniquidades. Em verdade, nunca se justificou tal pensamento, que tem várias falhas. Esquece-se primeiramente que também pessoas carentes executam — o que ocorre cada vez mais, em virtude da ampliação do acesso à justiça —, sendo justamente as que mais sofrem com os problemas das execuções. E mesmo que assim não fosse, a soma de dois erros não produz um acerto. Se o direito material tem problemas, as energias devem voltar-se para o aprimoramento do direito material, nunca para o desvirtuamento das funções do processo. Não parece, demais, que se possa construir um país melhor com base na inadimplência e no calote.³⁴

Vale a ressalva de que não se quer, em absoluto, combater a inclinação social do processo civil brasileiro, um viés que decorre diretamente da nossa Constituição social, representando objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Constituição, art. 3º, I). E nem se quer negar a importância do princípio da menor gravosidade, de meritória tradição humanitária, hoje enriquecido pelo imperativo constitucional da dignidade humana e pela doutrina do mínimo

³⁴ O pensamento que combatemos é defendido em texto de Amilton Bueno de Carvalho, Lei nº 8.009/90 e o Direito Alternativo, *Direito Alternativo em Movimento* (coletânea de artigos do autor), 5. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, valendo assinalar que o texto foi publicado pela primeira vez em 1991. Pelo menos no tocante ao Judiciário Comum Civil preconiza Bueno de Carvalho o aumento cada vez maior da classe dos bens impenhoráveis, em prol sobretudo da classe média (pp. 49-50): “Não há dúvida que a Lei 8.009 protege, via de regra, a classe média contra seus credores (normalmente empresários e banqueiros). É que o Judiciário Comum Civil não tem como litigantes os pobres (a não ser no direito de família); estes não logram obter crédito, eis excluídos do processo produtivo, e quando em débito os credores sequer tomam medidas judiciais, pois inócuas. [...] Mas se a classe média, na relação processual, é a parte frágil, aquela que busca o resgate do valor dignidade humana, se há de acudi-la, há que se comprometer com ela, mesmo porque nos dias atuais sofre crescente grau de proletarização e seus integrantes invadem inclusive o mercado da economia informal.” Dentro dessa visão, o crédito é visto como algo um tanto pecaminoso, originado sempre de uma relação opressiva, sem benefício algum para o devedor (p. 52): “fique claro que restringir a dignidade do devedor é, por certo, aumentar os proveitos do credor. Os interesses estão em luta: diminuir de um é crescer ao outro. Queira-se ou não, seja consciente ou não, há em qualquer das hipóteses opção de classe. E a alternatividade tem a clara e definida escolha: sempre e sempre está ao lado do mais fraco.” Desconhece-se se Bueno de Carvalho manteve a mesma posição em relação à Lei 8.009/90. De toda sorte, em trabalho posterior (apresentado originariamente em 1993) e encartado na mesma coletânea — “Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou Uma práxis em busca de uma teoria)” —, o autor cuida do amadurecimento do movimento do direito alternativo, superando (p. 79) “a visão até certo ponto infantil que se teve no início do movimento. Há, efetivamente, certa predisposição em favor do frágil, mas não de forma dogmatizada, eis, por óbvio, muitas vezes o aparente oprimido tem comportamento eticamente deplorável agredindo os princípios gerais do direito.”

existencial.³⁵ O princípio da menor gravosidade pode mesmo, em determinadas situações, sobrepujar o princípio da efetividade, até porque existem vários “estilos” de execução, a merecer tratamentos diferenciados — por exemplo, a execução do grande banco em face de um pequeno devedor assalariado atrairá com muito mais facilidade o princípio da menor gravosidade do que uma execução entre partes equivalentes sob o prisma material. Sem prejuízo das observações precedentes, o direito processual existe basicamente para realizar o direito material.³⁶ Resta inevitável, portanto, a supremacia do princípio da efetividade da execução, que só excepcionalmente poderá ser desconsiderado. Na dúvida, deve ser adotada a solução mais favorável ao exequente.³⁷

Mas quais são, afinal de contas, as repercussões da supremacia do princípio da efetividade da execução? Listá-las de maneira exaustiva mostra-se obviamente impossível, porque elas são ilimitadas, desdobrando-se na pluralidade dos casos concretos. No entanto, algumas aplicações mais vistosas podem ser mencionadas. É o que se verá abaixo.

4.2 O princípio da efetividade da execução e os meios executivos

³⁵ A respeito do tema, vale consultar Ricardo Lobo Torres, *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990, e Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, especialmente pp. 140-154, 179-184 e 206-230. Confira-se também Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002. Nessa obra, a autora desenvolve, no seio da dogmática contratual, o “paradigma da essencialidade”, que terá grande importância hermenêutica, autorizando uma interpretação diferenciada para contratos atinentes a bens considerados essenciais à dignidade da pessoa humana.

³⁶ Sobre essa óbvia vocação do direito processual, fala bem o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 159.930-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento por maioria em 06/03/03): “O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize.”

³⁷ A propósito da supremacia do princípio da efetividade, atente-se para a crítica de Cândido Rangel Dinamarco à posição jurisprudencial (bastante forte no Superior Tribunal de Justiça) hostil à penhora sobre o faturamento de empresas (Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 300, grifado no original): “Reputo exagerada essa posição, porque lança a proposta de privilegiar *sempre* o devedor, sem atenção aos direitos do credor. Amenizar, sim, privilegiar, não. Esse é o espírito do art. 620 do Código de Processo Civil. [...] Não havendo outro meio razoável e ameno para satisfazer o credor, que se penhore toda a empresa, ou seu estabelecimento mesmo, ou mesmo que se transfiram a terceiro (mediante o procedimento da expropriação, inerente à execução por quantia certa) as próprias atividades da empresa devedora. Tudo, menos deixar o credor insatisfeito.”

Tome-se inicialmente a crucial questão dos meios executivos. A esse respeito, emitiu a reforma da lei processual mensagens relevantes. Em primeiro lugar, rebaixou-se sensivelmente a importância da hasta pública: de meio expropriatório preferencial passou ao terceiro lugar na lista de preferências, atrás da adjudicação e da alienação particular, podendo ser substituída, ainda, por alienação realizada pela rede mundial de computadores. Outrossim, surgiram medidas inéditas de estímulo ao cumprimento das obrigações exequiendas (redução pela metade de verba honorária, possibilidade de parcelamento do débito) e desestímulo à inadimplência (imposição de multa de dez por cento sobre o valor do débito). Leitura conjunta das inovações mencionadas indica um norte bastante sensato: para a efetividade da execução, convém investir na “cooperação” do devedor, vez que não é bom negócio apostar nas vias sub-rogatórias tradicionais, manifestamente complexas, pesadas e caras. Novamente, aliás, deparamos com as deficiências flagrantes do modelo da sub-rogação “ao quadrado”. Sempre que possível, dele se deve fugir.

Insista-se pois nessa tecla decisiva: nada melhor, para a execução das obrigações de dar dinheiro, do que evitar a execução forçada, no seu sentido sub-rogatório tradicional.³⁸ Antes que se faça necessário o recurso às vias sub-rogatórias, cumpre quebrar a resistência do devedor. Logicamente, sem poder estatal não existe execução digna deste nome. Entretanto, a experiência tem revelado, sobretudo nos países em que a máquina pública está longe de ser exemplar — certamente o nosso caso —, que é como potência que o poder estatal aparece em sua melhor forma.³⁹ No próprio plano do direito administrativo,

³⁸ O sentido tradicional é declinado por Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 36. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 8, grifado no original: “Do ponto de vista estritamente técnico, entende-se por *execução forçada* a atuação da sanção por via dos *meios de sub-rogação*. [...] Quer isto dizer que sem agressão direta sobre o patrimônio do devedor, para satisfazer o direito do credor, não se pode falar tecnicamente em execução forçada.” Na atualidade, é de se rejeitar tal pensamento, como informa Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 32: “[...] No entanto, essa concepção, que restringe o conceito de execução forçada — e, conseqüentemente, a própria noção de tutela executiva — à satisfação do credor obtida através de medidas sub-rogatórias, revela-se totalmente inadequada a uma compreensão abrangente dessa modalidade de tutela jurisdicional, principalmente em ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, onde a lei, agora, em face de recente reforma processual, atribui ao órgão jurisdicional amplos poderes para impor medidas coercitivas no processo de execução.”

³⁹ Comentando a parte processual do Código do Consumidor, Kazuo Watanabe (Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 707) fortalece a nossa argumentação, sustentando que “o acesso à justiça e os correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização.”

incentivam-se cada vez mais atuações de alguma forma consensuais.⁴⁰ Mais amplamente, pode-se dizer que a época atual prefere a prevenção à repressão, e à força prefere o convencimento e o consenso. Reprimir e usar a força, conquanto inevitável em inúmeras situações, encerra custos bastante elevados. Grande exemplo disso é o procedimento sub-rogatório tradicional das execuções de pagar, fonte de exasperante morosidade.

À vista das premissas postas, como se deve expressar o princípio da efetividade no plano dos meios executivos? Não parece difícil concluir que o princípio da efetividade vem estimular a utilização intensa dos meios executivos coercitivos, que têm exatamente a função de “convencer” o devedor, favorecendo o cumprimento das obrigações. Inegavelmente, não pode haver projeção mais favorável para as execuções de pagar do que essa projeção de um alto índice de cumprimento das obrigações, sem a necessidade do uso de meios sub-rogatórios, tornados subsidiários em razão do poderio dos meios coercitivos adotados. Ocorre que, como já foi assinalado, no Direito brasileiro perdura grande resistência em relação ao emprego de meios coercitivos nas execuções de pagar. Nesse contexto, afigura-se dúbia a previsão de multa de dez por cento sobre o valor da condenação judicial, para a hipótese de não ser pago o débito em quinze dias (art. 475-J do CPC): por um lado, tem-se aí a introdução de um primeiro mecanismo coercitivo nas obrigações de pagar; por outro, porém, fica parecendo que o sistema comporta exclusivamente essa acanhada multa de dez por cento (que, prevalecendo o entendimento no sentido da não-incidência de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, pouco sentido prático tem).

Com o reconhecimento de um patamar mais qualificado para o princípio da efetividade da execução, insta repensar a animosidade das execuções de pagar em relação aos meios coercitivos. Relembre-se a propósito a lição de Marcelo Lima Guerra: sendo o direito à tutela executiva um direito fundamental, protegido constitucionalmente, ficam

⁴⁰ A esse respeito se manifesta Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 303-304: “A atividade administrativa consensual era desconhecida do direito administrativo clássico. A partir da década de 1970, no entanto, a Administração Pública deu-se conta da necessidade de negociar com os administrados e de buscar parcerias para a execução das tarefas públicas. A consensualidade se apresenta, assim, como um instrumento capaz de aumentar a eficiência, a transparência, a legitimização e a estabilidade da função administrativa.”

autorizadas medidas executivas não previstas e até mesmo vedadas em lei. No tocante às multas coercitivas, não há qualquer vedação quanto ao seu uso em execuções de pagar. Pelo contrário, tais multas vêm-se estimuladas pelo art. 14, inciso V c/c par. único, do CPC, que traz prescrições bastante abrangentes (incorporadas ao nosso estatuto processual pela Lei 10.358/01),⁴¹ valendo aduzir que no art. 656, § 1º, do CPC, referente à execução por quantia certa, a reforma inseriu expressa remissão ao art. 14, par. único. Dessa forma, o uso de multas coercitivas no âmbito das execuções de pagar não parece sequer ousado. A tendência é muito clara no sentido de que tais multas sejam aceitas cada vez mais, mesmo nas execuções de pagar.

Vale a ressalva de que o tema dos meios executivos coercitivos é daqueles que atraem intensamente a sobrenorma da proporcionalidade. Por tal motivo, a multa cominatória deve ser reservada para os casos, por sinal corriqueiros, de resistência injustificável à execução, casos em que o executado tem possibilidade de pagar seu débito, só não o fazendo por motivos pouco valiosos do ponto de vista jurídico.⁴² Casos de “inadimplemento voluntário e inescusável” da obrigação, pegando de empréstimo a oportuna letra do dispositivo constitucional que permite a prisão civil do devedor de alimentos (art. 5º, LXVII). Caracterizado o inadimplemento voluntário e inescusável de qualquer obrigação de pagar, nada parece impedir a imposição de multa cominatória. De fato, não valeria muito o princípio da efetividade da execução — e valeria menos ainda o direito à duração razoável do processo — se o juiz não pudesse em casos determinados, positivada a malícia do devedor, impor multa cominatória em relação a obrigações de pagar. Situação diversa é a do devedor carente, que realmente não tem condições de pagar

⁴¹ Nesse sentido, pronuncia-se Cândido Rangel Dinamarco, Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 293: “Essas disposições [art. 14, inciso V e par. único, do CPC] endereçam-se particularmente à execução específica, sem atenção especial à execução por quantia certa, mas a parte final do novo inc. V do art. 14 comporta interpretação razoabilíssima no sentido de uma abrangência total, valendo também para as obrigações pecuniárias. [...]”

⁴² Diz Luiz Guilherme Marinoni, O custo e o tempo do processo civil brasileiro, *Revista Forense*, n. 375, set./out. 2004, p. 102: “[...] parece que a sentença que impõe o pagamento de soma em dinheiro ganharia em efetividade se fosse possível a ordem de pagamento sob pena de multa. Como é lógico, jamais seria admissível a ordem de pagamento sob pena de multa contra aquele que não dispõe de patrimônio. De modo que a ordem sob pena de multa somente poderia ser endereçada à parte que detém patrimônio, e portanto desobedece à sentença ainda que podendo cumpri-la.”

o débito exequindo sem se privar do essencial à subsistência. Nesse último caso, a imposição de multa perde as bênçãos do princípio (ou regra) da proporcionalidade.⁴³

À vista do comportamento reprovável e emulativo do devedor, outras medidas coercitivas além da multa podem ser cogitadas, até mesmo medidas completamente atípicas, utilizando-se para tanto a norma aberta do art. 461, § 5º, do CPC, que consagra verdadeiro “poder geral de efetivação”, aplicável às execuções de pagar, alguns chegando a sugerir a possibilidade de inclusão do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito (como é o caso do conhecidíssimo SPC).⁴⁴ Quando houver necessidade de vencer a resistência de devedores manifestamente recalcitrantes, tal possibilidade não deve ser descartada. É claro que as medidas coercitivas mais duras só serão legítimas se vierem acompanhadas do procedimento devido, garantido o contraditório prévio. Aliás, embora o citado art. 461, § 5º, do CPC autorize o atuar de ofício do juiz, é conveniente que se evite ao máximo essa atuação, a ser guardada para casos excepcionais, em função da indisponibilidade dos interesses em jogo. Ou seja, à luz do princípio da efetividade da execução, não há óbice à determinação de medidas coercitivas duras nas execuções de

⁴³ Para Marcelo Lima Guerra, que há muito defende a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas nas execuções por quantia certa, tais medidas “podem ser empregadas tanto como *coadjuvante* da expropriação forçada, quanto como *alternativa* a ela”, sempre à luz das circunstâncias concretas do caso (*Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 153). Complementa Lima Guerra (mesma obra, p. 155, grifado no original): “[...] a exigibilidade da multa diária — como, de resto, é o caso em qualquer medida coercitiva — está subordinada à possibilidade material do devedor cumprir os atos, cuja prática se busca compelir, precisamente, através da multa. Não parece, contudo, razoável que se atribua *ao credor*, exclusivamente, o ônus de demonstrar tal possibilidade, justificando-se que se atribua ao devedor o ônus de demonstrar a impossibilidade material em praticar os respectivos atos, a fim de afastar a incidência da multa.” Teríamos aí, então, a atribuição de mais um encargo probatório para o executado, atribuição esta que, como já demonstramos em outro ponto do trabalho, afina-se perfeitamente com o princípio da efetividade da execução.

⁴⁴ A expressão “poder geral de efetivação” é usada por Fredie Didier Jr., Esboço de uma teoria da execução civil, *Revista de Processo*, n. 118, nov./dez. 2004, p. 26. Um pouco à frente, no mesmo escrito, informa Didier Jr.: “No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, consagrou-se prática de execução indireta para pagamento de quantia não-tipificada: a inscrição do devedor/executado nos cadastros de proteção ao crédito [...]” Marcelo Lima Guerra menciona a mesma possibilidade, aduzindo (*Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 157, grifado no original) “que o uso de medidas coercitivas inominadas, diversas da multa diária, pode ser de grande eficácia, também para contornar os problemas associados aos casos de *insolvência formal* do devedor, em descompasso com sinais de riqueza aparente. [...] Em tais casos, a cominação de medida coercitiva pode gerar o mesmo efeito ‘mágico’, de fazer surgir do ‘nada’ o dinheiro devido, que causa, em hipóteses semelhantes, na execução de prestação alimentícia, a ameaça de prisão do devedor.” No mesmo sentido, a interessante monografia de final de curso de Paulo Henrique Camargo Trazzi, *O amplo uso de meios atípicos de coerção, inclusive a negatização do nome do devedor no “SPC”*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2007.

pagar, contanto que sejam proporcionais e tenham sido autorizadas no bojo de um procedimento legítimo, ou melhor, legitimante.

E quanto ao meio coercitivo mais drástico de todos, a privação de liberdade? Mesmo que não houvesse impedimento constitucional, a privação coercitiva de liberdade em execuções de pagar dificilmente passaria pelo teste da proporcionalidade. À evidência, prender alguém para obter o pagamento de uma dívida pecuniária não se afigura razoável. A não ser que... A não ser que se trate de dívida alimentar, envolvida com a subsistência do credor. Cuidando-se de dívida alimentar, a própria Constituição ressalva a possibilidade de prisão (art. 5º, LXVII), pela óbvia razão de que o direito à liberdade, embora valiosíssimo, não chega a ombrear-se ao direito à vida. Assim, o devedor de alimentos — obrigação de pagar —, não fica sujeito apenas a desconto de salários e penhora de bem de família, como autorizado de modo expresso pelos arts. 649, § 2º, do CPC e 3º, III, da Lei 8.009/90, respectivamente. Fica sujeito ainda à prisão coercitiva. E isso não só quando os alimentos derivarem do direito de família, mas também quando a gênese for a responsabilidade civil. Tal abrangência já é reconhecida em relação ao desconto de salários e à penhora de bem de família,⁴⁵ devendo doravante ser reconhecida também no tocante à prisão civil. Do ponto de vista axiológico, com efeito, não há por que privilegiar o credor de alimentos oriundos do direito de família. E nem a nossa Constituição o faz. O direito à vida embutido no crédito alimentar não distingue a origem dos alimentos. Seja qual for a origem, o direito à vida implicado no crédito alimentar deve prevalecer sobre o direito à liberdade, respeitadas as condições impostas constitucionalmente (inadimplemento voluntário e inescusável de

⁴⁵ No caso dos descontos, confira-se o Recurso Especial 194.581-MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgamento unânime em 19/05/05: “Responsabilidade civil. Lesões corporais seguidas de morte. Indenização por ato ilícito. Danos morais. Cabimento. Pensão de natureza alimentar. Pagamento através de desconto em folha. Admissibilidade. Inteligência do art. 1.537, II, do antigo Código Civil.” Já no que concerne à possibilidade de penhora de bem de família, confira-se o Recurso Especial 437.144-RS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgamento unânime em 07/10/03: “O comando do art. 3º, III, da Lei n. 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito — acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora — e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que [se] mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência.”

dívida atual). Eis aí uma tese ainda minoritária, mas que, com o apoio hermenêutico do princípio da efetividade da execução, deve ganhar expressão e espaço.⁴⁶

Antes de passar adiante, assinale-se que efetividade gera efetividade. Quanto mais diversificado e eficiente for o arsenal executivo, menos compensadora será a resistência do devedor, e melhor funcionará o sistema. É essa corrente virtuosa que os meios executivos coercitivos podem ajudar a acender.

4.3 O princípio da efetividade da execução e as impenhorabilidades

Restou assentada acima uma repercussão muito importante da supremacia do princípio da efetividade da execução: o estímulo aos meios executivos coercitivos, evitando-se a utilização dos meios sub-rogoratórios, amiúde problemática. Não se conseguindo todavia escapar da execução sub-rogoratória, nem por isso deixará de ser sentida a influência do princípio da efetividade.

Sobretudo a penhora é um território fértil para a força normativa do princípio da efetividade da execução. Afinal, como já enfatizado, o sistema brasileiro mostra-se, em mais esse terreno, excessivamente favorável ao devedor, alargando demais as hipóteses de impenhorabilidade.⁴⁷ Temos aí um sinal claro da doença do nosso sistema executivo: a exceção não é a impenhorabilidade, mas sim a penhorabilidade! Confira-se a propósito, no excelente *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, de Theotônio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, uma lista de bens considerados impenhoráveis pelos nossos tribunais. Figuram nessa lista: antena parabólica, aparelho de som, *freezer*, máquina

⁴⁶ A tese é brilhantemente defendida por Eduardo Talamini, *Prisão civil e penal e “execução indireta”* (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal), *Revista de Processo*, n. 92, out./dez. 1998.

⁴⁷ Embora seja ponderosa a norma da menor onerosidade, “é preciso estar atento a não exagerar impenhorabilidades, de modo a não as converter em escudos capazes de privilegiar o mau pagador” (Cândido Rangel Dinamarco, *Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo*, cit., p. 298). Por conta dos excessos nesse campo, surgiu a proposta da “média nacional de conforto”, já mencionada antes, para regular adequadamente a aplicação concreta das impenhorabilidades (Luiz Rodrigues Wambier, *A crise da execução...*, cit.). Além de Dinamarco e Wambier, vários outros autores ilustres já reclamaram de excessos no campo da impenhorabilidade.

de lavar louças, máquina de lavar roupas, microondas, secadora de roupas.⁴⁸ Ao ângulo subjetivo também houve significativos alargamentos. Para afirmar a impenhorabilidade do bem de família do solteiro, o Superior Tribunal de Justiça chegou a recorrer a um certo sentimentalismo: “não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.”⁴⁹ Pior de tudo, a aplicação das impenhorabilidades foi feita muitas vezes de maneira intransigente, criando situações de clamorosa injustiça. Ilustração campeã, nesse departamento, é dada pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade, por força da Lei 8.009/90, de o fiador executar bem residencial do locatário afiançado.⁵⁰ Ou seja, o fiador paga a dívida do locatário (pagamento que pode envolver a perda de bem residencial do fiador) mas não pode recuperar o que pagou, mesmo o locatário afiançado tendo patrimônio. Difícil, positivamente, imaginar situação mais afrontosa a uma noção elementar de justiça.

Além de criar um legião imensa de exequientes “sem-penhora” — contribuindo decisivamente para o fracasso da nossa execução expropriatória e sub-rogatória —, esse protecionismo ilimitado no campo da impenhorabilidade revelou, com eloquência, um traço marcante das execuções no Brasil: a quase “invisibilidade” do credor, tornado um figurante secundário da cena processual, titular de uma abstração igualmente despicienda: o crédito.⁵¹

⁴⁸ Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 36. ed. (atualizada até 10/01/04), São Paulo, Saraiva, 2004, p. 1.245.

⁴⁹ EREsp 182.223-SP, Rel para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgamento por maioria em 06/02/02.

⁵⁰ Nesse sentido, Recurso Especial 255.663, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julgamento unânime em 29/06/00 e Recurso Especial 263.114-SP, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, julgamento unânime em 10/04/01.

⁵¹ Bem reveladora da pouca importância dada ao crédito e a seu titular é a ementa do Recurso Especial 162.205-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgamento unânime em 06/06/00: “Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Não podem ser objeto da constrição judicial os móveis que guardam a casa destinada à moradia do casal ou da entidade familiar. Excluem-se os veículos de transporte, as obras de arte e adornos suntuosos. Não há como ampliar essas exceções, com base em equivocado entendimento de que a impenhorabilidade só alcançaria o indispensável às necessidades básicas, ligadas à sobrevivência.” Como se vê, prevalece a unilateralidade. Não se enxerga a mais remota preocupação com os interesses do credor, com a efetividade da execução e com a necessidade ética de respeitar e garantir o crédito.

Felizmente, as reformas abrandaram esse protecionismo exagerado (progresso que poderia ser mais acentuado não fossem dois vetos apostos pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em relação ao texto da Lei 11.382/06). Persistem, porém, hipóteses questionáveis de impenhorabilidade, as quais podem gerar, concretamente, graves injustiças. Saliente-se, a propósito, que as impenhorabilidades incidem mesmo na presença de ilícitos extracontratuais, por mais condenáveis que sejam e por mais graves que se revelem as suas conseqüências (regime só excepcionado, como já mencionamos, quando estão em jogo créditos alimentares). No entanto, graças à incidência do princípio da efetividade, também a área das impenhorabilidades pode experimentar releituras bastante proveitosas.

O princípio da efetividade da execução inspira-se em outros princípios e valores extremamente caros à nossa ordem constitucional, como o acesso à justiça — aí embutida a garantia da duração razoável do processo —, a moralidade, a vedação do enriquecimento sem causa. Demais, onde a execução não é efetiva, não se cumprem os escopos políticos da jurisdição: o Estado não afirma o seu poder-dever de pacificar os conflitos e acaba favorecendo reações sociais pouco desejáveis (descrença no sistema e/ou busca de justiça pelas próprias mãos). Não bastasse, a efetividade da execução remete a uma regra universal — e elementar — de direito e justiça: aqui ou na Lua, as obrigações existem para ser cumpridas. Só que as impenhorabilidades agridem todos esses valores alocados no princípio da efetividade da execução, repercutindo negativamente no campo econômico também, na medida em que desprestigiam o crédito.⁵² Tantas agressões podem ser toleradas? Sim, mas só se estiverem estritamente a serviço da dignidade do devedor, da proteção do seu mínimo existencial. Presente essa valia, admite-se a violação, ou melhor, o recuo, o afastamento temporário, dos relevantíssimos valores defendidos pelo princípio da efetividade da execução. O problema, reitera-se, é que certas hipóteses de impenhorabilidade tendem a desbordar da missão de proteger a dignidade e o mínimo existencial do devedor, tornando-se ilegítimas, inconstitucionais. Recorde-se a lista de bens considerados impenhoráveis pelos nossos tribunais e indague-se: será realmente que a

⁵² Não é preciso ser *expert* em economia para perceber que dificuldades excessivas na recuperação dos créditos não solvidos tendem a encarecer a concessão dos créditos em geral, em detrimento do conjunto da população. Esse é um dos traços negativos da concepção individualista que preconiza a defesa intransigente do devedor.

posse de máquina de lavar louça é imprescindível a uma vida digna? Não se está banalizando e “consumerizando” em excesso a noção de dignidade? Por outro lado, será que o crédito vale tão pouco assim no Brasil? Um país que trata tão mal o crédito tem condições de progredir econômica e moralmente?

Qual é então o papel do princípio da efetividade no setor da penhora? Primeiro: assentar firmemente a noção de que as hipóteses de impenhorabilidade, na medida em que afetam valores os mais relevantes da nossa ordem jurídica (e de qualquer ordem jurídica), devem ser consideradas excepcionais e assim interpretadas, só se admitindo a impenhorabilidade quando realmente útil à proteção da dignidade e do mínimo existencial do devedor. Segundo: servir à “fiscalização” do caráter necessariamente excepcional das impenhorabilidades.

Como operaria a “fiscalização” mencionada? Através do princípio da efetividade da execução, solidamente arrimado em normas constitucionais, poderíamos chegar à inconstitucionalidade abstrata de algum inciso do art. 649 do CPC ou de algum dispositivo da Lei 8.009/90 (que continua de pé, sofrendo apenas derrogação)? Não chegamos a tanto. Declarar a inconstitucionalidade abstrata parece um passo ousado demais, e portanto inconveniente — se a jurisdição constitucional ousa demais, corre o risco de desvalorizar-se, tornar-se voluntarista. No entanto, entendemos possível, sim, reconhecer concretamente a existência de *incidências inconstitucionais* das regras de impenhorabilidade, possibilitando o afastamento dessas regras em casos determinados.⁵³ Tal afastamento concreto será especialmente lícito e desejável quando: a) a impenhorabilidade invocada pelo devedor não se revelar essencial à proteção da sua dignidade; b) o exequente mostrar-se hipossuficiente, sob o prisma substancial, em relação ao executado; c) houver algum tipo de malícia na conduta do executado. Dos requisitos listados acima, o primeiro sem dúvida

⁵³ Confirmam-se a propósito os comentários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *in* Luís Roberto Barroso, org., *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 375): “[...] Essa situação — aquela em que uma regra não é em si inconstitucional, mas em uma determinada incidência produz resultados inconstitucionais — começa a despertar interesse da doutrina. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha.”

é o mais relevante, mas os outros dois eventualmente poderão tornar-se decisivos, como no caso que passaremos a analisar.

Pois bem, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, algumas vezes aqui criticada, comparece com ótimo precedente acerca da possibilidade — e necessidade — de relativizações concretas das regras de impenhorabilidade. Trata-se do Recurso Especial 554.622-RS, Rel. o Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento unânime em 17/11/05. Na ementa do excelente acórdão, ficou assentado: “A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei 8.009/90, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva.” Em seu voto, declarou o Relator: “Tudo tem limites, todavia, e nenhum regramento genérico pode ser aplicado em concreto se contrariar o princípio da boa-fé objetiva [...]”. Por seu turno, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, para ratificar as conclusões do Relator, explorou as peculiaridades do caso: “No caso, há uma inversão de bem de família, ou seja, o devedor tirou o bem de família do credor e, nessa medida, o bem de família que foi retirado por um ato que configurou uma enganação, um rompimento da boa-fé objetiva, não está alcançado por aquele precedente que, de forma geral, entendeu que, na verdade, não pode haver a renúncia do bem de família, mas isso, é claro, admitindo-se a hipótese da normalidade. Quando se enfrenta uma peculiaridade dessa natureza, que está configurada nos autos, ou seja, três famílias pobres e, portanto, sem cultura, sem saber específico, que habitam em uma mesma casa pequena e são procuradas por uma empresa de engenharia, que lhes oferece uma permuta de bem, pega o terreno para construção e lhes oferece dois apartamentos nesse mesmo prédio, não vindo a cumprir a obrigação, e já tendo sido retirado o bem de família dessas pessoas, que hoje são as credoras, evidentemente não se pode aplicar a solução técnica em um caso no qual não havia tal peculiaridade.” Por último votou o Ministro Humberto Gomes de Barros, que afirmou: “[...] houve uma fraude, e nós juízes existimos justamente para preservar a lei contra as fraudes.”

Melhor caso não poderia haver para demonstrar o caráter não absoluto das impenhorabilidades, independentemente do que diga a lei. Note-se que não se tocou na questão da dignidade ou do mínimo existencial dos devedores, porque outros valores

falaram mais alto, a saber, a hipossuficiência dos credores e principalmente a necessidade de fazer valer o princípio da boa-fé. Ou seja, a penhora que foi autorizada pode até ter afetado a dignidade dos devedores. Se fosse porém reconhecida a impenhorabilidade, lesão muito mais grave adviria, atingindo-se em cheio a dignidade dos credores, hipossuficientes e inocentes. Mais uma vez resta demonstrado que a tese do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana é uma tese bem-intencionada mas ingênua, olvidando a realidade: muitas vezes a preservação da dignidade de um violenta intensamente a dignidade de outro, ou de muitos outros.⁵⁴

O precedente do Superior Tribunal de Justiça acima citado deixa patente a importância do trabalho hermenêutico na área das execuções de pagar. Daí o mérito da introdução de cláusula relativizadora no âmbito da impenhorabilidade dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, permitindo-se a penhora dos bens que sejam “de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida” (art. 649, II, do CPC, com redação da Lei 11.382/06). Em vez de uma impenhorabilidade rígida, a própria lei oferece a possibilidade de modulação concreta da extensão da impenhorabilidade, viabilizada pela textura aberta da cláusula relativizadora. Tratando-se de cláusula aberta, o juiz não fica nem um pouco engessado, podendo sopesar com maior liberdade os valores em jogo e considerar os quesitos da proporcionalidade. Sobretudo, pode o juiz avaliar concretamente se a impenhorabilidade invocada pelo devedor não extrapola a sua legítima destinação. Nem é preciso dizer que esse esquema normativo potencializa a aplicação do princípio da efetividade da execução, ao mesmo tempo em que inibe a ocorrência de injustiças, notadamente naqueles casos em que as impenhorabilidades vêm socorrer um devedor malicioso e mais abastado do que o credor. Tudo isso sem prejuízo do que sustentamos no parágrafo anterior: mesmo à míngua de uma cláusula relativizadora expressa, como a inserta no art. 649, II, do CPC, o juiz está autorizado pelo princípio da efetividade a mitigar

⁵⁴ Ao mesmo tempo em que defende a ampliação da incidência da Lei 8.009/90 no âmbito do Judiciário Comum, Amilton Bueno de Carvalho, no texto já anteriormente citado — Lei nº 8.009/90 e o Direito Alternativo —, sustenta, p. 56, que “no Judiciário Trabalhista não se aplica, de regra, a Lei 8.009”, apresentando-se situação em que “as ‘dignidades’ estão em conflito”, a do devedor *versus* a do trabalhador, ficando o direito alternativo ao lado do último. Essa posição de Bueno de Carvalho reforça a necessidade de relativização dos comandos consagradores de impenhorabilidades.

concretamente outras hipóteses de impenhorabilidade (aplicação que naturalmente exigirá dose maior de cautela, aí incluída a necessidade de fundamentação mais elaborada na decisão em favor da relativização).

Em suma, na seara da penhora, o princípio da efetividade da execução atua com grande desembaraço na hipótese do art. 649, II, do CPC, aproveitando a cláusula expressa de relativização existente. Nos outros casos de impenhorabilidade, mesmo sem o apoio de ressalva legal expressa, o princípio da efetividade pode interferir. Valendo-se da sua força constitucional, o princípio proporciona ao sistema uma *cláusula implícita de relativização*, sempre ao alcance do juiz.

4.4 O princípio da efetividade da execução e o princípio da boa-fé

Nas duas seções anteriores, especialmente na última, verificou-se que a solução das controvérsias na órbita da execução pode envolver aspectos ligados à boa-fé. De uma forma geral, o princípio da menor gravosidade da execução deve arrefecer quando o executado assume postura emulativa, ou seja, quando resiste à satisfação do crédito exequendo mesmo tendo recursos, querendo assim “cansar” o credor, até o levar à exaustão. Por identidade de razões, é o princípio da efetividade que deve recuar se a conduta maliciosa parte do exequente. Percebe-se claramente, portanto, que a questão ética não é irrelevante no plano da execução, muito pelo contrário.

Sensível à questão ética e atenta às regras de experiência — as quais demonstram que partem do pólo passivo os deslizos mais frequentes —, a reforma impôs deveres de lealdade e veracidade mais rigorosos ao executado. A título de ilustração, confira-se a nova redação do inciso IV do art. 600 do CPC: tornou-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que, “intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.”⁵⁵ Ou seja, estabeleceu-se

⁵⁵ Saliente-se que a redação do art. 600, IV, do CPC não mudou tanto assim. Antes da modificação, era considerado atentatório o ato do executado que “não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.” Com essa redação, no entanto, o dispositivo quase não era aplicado. Agora, o dispositivo ganhou redação mais incisiva. Além disso, a Lei 11.382/06 incorporou ao nosso estatuto processual outros comandos no mesmo sentido, quais sejam, o art. 652, § 3º — “O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente,

para o executado um dever positivo de transparência. Ele fica obrigado a prestar informações precisas sobre o patrimônio penhorável, mesmo que tais informações venham a prejudicar — é o que normalmente ocorrerá — a sua estratégia defensiva. Restou prestigiado, dessa forma, o princípio da boa-fé, algo que pode ser considerado mais um efeito notável da reforma.

Em outras esferas, o princípio da boa-fé já vem há muito exercendo papel transcendente. Grande exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor, cuja sistemática ancora-se em boa parte no princípio da boa-fé objetiva. A própria Constituição brasileira impulsionou bastante o princípio da boa-fé, ao projetar um Estado profundamente ético e frisar a exigência de moralidade em várias ocasiões.⁵⁶ No terreno das execuções de pagar, contudo, o princípio tem atuado com excessiva parcimônia. Não são comuns precedentes como o examinado há pouco, enaltecendo a boa-fé. Ao contrário, práticas bastante reprováveis têm sido toleradas e chanceladas pela jurisprudência. O abuso do direito de defesa, conquanto sancionado no plano da antecipação de tutela (art. 273, II, do CPC), vem repercutindo escassamente no círculo da execução forçada.

No excepcional artigo aqui citado inúmeras vezes, Cândido Rangel Dinamarco apresentou boa ilustração desse quadro de pouco apreço pelo princípio da boa-fé: “[...] O outro fato a que me refiro é um acórdão no qual um tribunal paulista afirmou ser legítima e não constituir litigância de má-fé a prática consistente em resistir indefinidamente à

determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora” — e o art. 656, § 1º — “É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).” Com esse conjunto de inovações, espera-se que comece a haver, na prática, um rigor maior em relação à conduta processual do executado.

⁵⁶ Evidentemente, toda ordem jurídica tem compromisso com a moral. Todavia, no caso da Constituição brasileira, uma constituição altamente axiológica e substancialista, a aliança entre direito e moral mostra-se bastante forte. Sobre o tema disserta muito bem Diogo Figueiredo Moreira Neto (A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 7, 1995). Para ele (p. 19), não temos ainda um Estado de Justiça, “o advento da plenitude ética na política”, mas a Constituição brasileira avançou bastante no caminho da submissão do poder à moralidade, cuidando ela não só da legalidade e da legitimidade mas também da licitude, presente esta “em nada menos que cinquenta e oito menções à moralidade no seu texto, sendo que dez dedicadas à moralidade na administração pública.” Destaquem-se a respeito, para fins de ilustração, dois dispositivos constitucionais: o art. 5º, LXXIII (tornando causa específica de ação popular a lesão à moralidade administrativa) e o art. 37, *caput* (elevando a moralidade à condição de um dos princípios magnos da administração pública).

execução, inclusive mediante recursos protelatórios; sustentou o voto condutor desse acórdão que ao devedor é lícito ganhar tempo à espera de melhores oportunidades para pagar mais comodamente, ou para criar condições de obter um bom acordo... naturalmente, à custa do cansaço do credor e das suas angústias por receber ao menos parte do que lhe é devido.”⁵⁷

Ilustrativas, outrossim, são algumas posições pretorianas. Tome-se mais uma vez a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima das questões infraconstitucionais. Lá é possível ver, sem dúvida alguma, orientações sensíveis ao princípio da boa-fé.⁵⁸ Mas existem também, reconheça-se, linhas jurisprudenciais pouco simpáticas ou no mínimo indiferentes ao princípio da boa-fé. Um primeiro exemplo está no enunciado 195 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.” De acordo com tal enunciado, motivos puramente processuais têm o condão de impedir sejam reprimidas fraudes perfeitamente identificadas.⁵⁹ Também mostra indiferença em relação ao princípio da boa-fé o entendimento de que “a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei nº 8.009/90”, pois o benefício seria indisponível, coberto por normas de ordem pública, em favor não só do devedor mas também da sua família.⁶⁰ Há até motivos nobres a justificar esse entendimento, mas ele inegavelmente se presta a práticas protelatórias e pouco nobres, contra as quais o exequente praticamente não possui

⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco, Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo, cit., p. 296.

⁵⁸ Confira-se por exemplo o Recurso Especial 170.140-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgamento unânime em 07/04/99: “De acordo com a orientação jurisprudencial que se firmou na Quarta Turma, se o bem penhorado retorna ao patrimônio do devedor em virtude da procedência de ação pauliana, não tem aplicação a impenhorabilidade preconizada pela Lei n. 8.009/90, sob pena de prestigiar-se a má-fé do devedor.”

⁵⁹ José Luiz Bayeux Filho sustenta brilhantemente a possibilidade de reconhecimento da fraude contra credores alegada pelo exequente em embargos de terceiro (Fraude contra credores e fraude de execução, *Revista de Processo*, n. 61, jan./mar. 1991, pp. 255/256, grifado no original): “Os entes processuais não têm uma existência física, que obrigue o intérprete a aceitar que uma sentença seja declarativa ou constitutiva, com a mesma rigidez que se aceita que uma vaca é uma vaca e não um cavalo. [...] Mais razoável nos parece interpretar-se essa situação jurídica à luz do princípio maior: *fraus omnia corrumpit*. Se *fraus* se comprovou, o ato está corrompido, e assim pode ser *declarado*. [...] E é em nome dessa ‘Raison Raisonable’, em nome da tão decantada *instrumentalidade do Direito Processual*, que advogamos a tese daqueles que admitem, em caráter excepcional, que, desde que *provada*, desde que *evidenciada*, nos embargos de terceiro, a ocorrência de fraude contra credores, esta deve ser pronunciada, rejeitados os embargos e mantida a penhora.”

defesa, já que muitas vezes não terá como identificar no bem dado à penhora um bem de família, situação que pode depender de comprovação mais demorada.⁶¹

Agora, tudo pode, e deve, mudar de figura. As alterações legais havidas têm o efeito de fortalecer o princípio da boa-fé na seara da execução (o que aliás já deveria ter ocorrido há muito tempo, mesmo sem ação legislativa, até porque o velho art. 125, III, do CPC atribui ao juiz o dever de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça”). Além das alterações legais, a valorização da efetividade da execução tonifica ainda mais o princípio da boa-fé. A exigência de boa-fé, já o dissemos, é bilateral. Mas sem dúvida a aplicação do princípio contribui preponderantemente para o aumento da efetividade das execuções. Por isso, pode-se dizer que os princípios da efetividade e da boa-fé freqüentemente terão atuação conjunta, este auxiliando aquele. A malícia do devedor não pode ser estimulada ou premiada, devendo atrair, ao revés, enérgicas medidas sancionatórias, as quais direta ou indiretamente ajudarão a efetividade da execução.

Enfim, a hora é de levar a sério o princípio da boa-fé também no campo das execuções de pagar, a bem da efetividade dessas execuções, em atenção ainda à força normativa da Constituição pátria.

4.5 O princípio da efetividade da execução, o princípio da instrumentalidade e o setor procedimental

Por último, aborde-se o setor procedimental, que igualmente não pode escapar à influência do princípio da efetividade da execução. Para que tal influência se concretize, mais uma alteração de rota mostra-se crucial, qual seja, a valorização da instrumentalidade das formas no campo executivo. Eis aí mais uma das idiossincrasias das execuções de pagar: enquanto em outros recantos processuais a presença da instrumentalidade tem sido

⁶⁰ Recurso Especial 511.023-PA, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, julgamento unânime em 18/08/05.

⁶¹ Também dá margem a fraudes o entendimento de que “A circunstância de já ter sido beneficiado o devedor, com a exclusão da penhora sobre bem que acabou de ficar no patrimônio do ex-cônjuge, não lhe retira o direito de invocar a proteção legal quando um novo lar é constituído” (Recurso Especial 121.797-MG, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento por maioria em 14/12/00).

marcante, no sítio da execução ela comparece de forma discreta, o que representa mais uma causa de inefetividade.

Como se sabe, efetividade e instrumentalidade são figuras intimamente ligadas, aparecendo ambas como protagonistas das grandes conquistas metodológicas do direito processual nas últimas décadas. Todavia, a distinção entre os dois termos não costuma ser estampada com clareza. Essa questão terminológica tem alguma relevância, mas aqui não há espaço para aprofundá-la. Diga-se simplesmente que, a nosso juízo, a instrumentalidade — no sentido de flexibilidade de formas, fungibilidade de meios⁶² — representa o caminho, a trilha, enquanto a efetividade constitui o porto final da jornada, a destinação teleológica última.⁶³

Desse modo, a valorização da instrumentalidade no campo executivo significa a escolha das formas e das técnicas mais afeiçoadas ao propósito da efetividade da execução. A propósito, ensina José Carlos Barbosa Moreira, citação obrigatória quando se debate a

⁶² Explorando magistralmente o princípio da fungibilidade, que a bem da instrumentalidade do processo não pode ficar restrito à seara recursal, confirmam-se os seguintes ensaios da Prof^a Teresa Arruda Alvim Wambier: Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001; O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo, *Revista dos Tribunais*, n. 821, mar. 2004 (versão atualizada e ampliada do primeiro texto); e O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade, *Revista de Processo*, n. 137, jul. 06. Nesse último texto, diz Teresa Wambier (pp. 134-135): “O de que a doutrina ainda não se deu conta de forma satisfatória é que este princípio tem um espectro de incidência muito mais amplo. Esta afirmação é decorrência direta e inexorável da razão de ser deste princípio, tão afeiçoado à processualística contemporânea: não pode a parte ser prejudicada pela circunstância de doutrina e jurisprudência não terem chegado a um acordo quanto a qual seja o meio adequado para se atingir, no processo, determinado fim. [...] Não só na esfera dos recursos ocorrem situações como esta. Com efeito, às vezes a parte fica em dúvida até quanto ao tipo de ação deve manejar!...”

⁶³ Com o imprescindível amparo de Cândido Rangel Dinamarco (*A Instrumentalidade do Processo*, 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 391, grifado no original), vale consignar que “A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir [...]; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’”.

questão da efetividade do processo,⁶⁴ que é falsa a idéia de uma oposição entre efetividade e boa técnica: “[...] quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades.”⁶⁵ Ousamos apor um adendo ao ensinamento do grande mestre. Em regra não existirá, realmente, incompatibilidade entre técnica e efetividade. Casos há, no entanto, em que a técnica não se mostra unívoca, podendo levar tanto ao sul como ao norte. Nesses casos, um e outro viajantes, embora separados por milhares de quilômetros, podem dizer-se acompanhados pela técnica. Isso porque há técnicas e técnicas, umas levando ao Oiapoque, outras ao Chuí. Ou, se preferirem, existem diferentes leituras da técnica processual, conforme os fins a instrumentalizar. Em conseqüência, nem sempre uma solução considerada técnica será a mais indicada, vez que o só fato de ser abençoada pela técnica não garante a sua adequação teleológica. Continua importante verificar se a solução dada a um determinado problema está de acordo com o figurino técnico, mas isso não basta nos dias atuais; há de se ver também se a técnica adotada mostra-se compatível com as finalidades do sistema. Sem o referencial dos fins, a técnica não se sustenta, sendo uma noção insuficiente. A dogmática processual não ficou indiferente ao exuberante pluralismo dos dias contemporâneos. Os conceitos e a técnica continuam sendo elementos importantes no mundo do processo, mas cederam espaço, muito espaço, para hermenêutica centrada nos valores e fins que se extraem do sistema.

Aplicando o que acabou de ser dito ao campo da execução, miremos novamente o modelo da pureza funcional, de que resultava a exigência de um processo autônomo para a atividade executiva. Era um modelo técnico e lógico? Certamente. Mas a técnica usada estava muito mais a serviço da segurança do que da efetividade. Quando chegou a estação da efetividade, o modelo tornou-se indesejável, em que pese a sua inspiração técnica.

⁶⁴ Os cinco requisitos básicos para um processo merecer a qualificação de “efetivo”, listados e desenvolvidos por Barbosa Moreira em texto clássico (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, *Temas de Direito Processual: terceira série*, São Paulo, Saraiva, 1984), até hoje são vistos como índices obrigatórios em qualquer discussão sobre a questão da efetividade processual.

⁶⁵ Barbosa Moreira, Efetividade do processo e técnica processual, *Temas de Direito Processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 28.

Considere-se outro exemplo, mais específico: a discussão acerca do termo inicial do prazo de quinze dias previsto no art. 475-J do CPC (prazo para pagar o valor da condenação estipulada na fase cognitiva, sob pena de multa de dez por cento). Para o prazo fluir, deve haver alguma intimação? Havendo intimação, a quem se destinará? À parte ou ao seu advogado? Doutrinadores ilustres defendem a necessidade de intimação pessoal da parte, já que o ato a ser praticado — o pagamento — é ato da parte, não do advogado.⁶⁶ Tal entendimento reverencia a técnica? Sem dúvida (basta ver o gabarito dos seus defensores). Do ponto de vista teleológico, no entanto, o entendimento deixa a desejar. Se pudesse prevalecer, frustraria uma das medidas mais elogiadas da reforma, o cancelamento do processo autônomo de execução por título judicial (ressalvadas algumas poucas exceções). Deveras, mesmo nominalmente existindo um processo só, a necessidade de intimação pessoal faria com que tivéssemos, em termos práticos, a mesma situação e o mesmo embaraço do tempo do processo autônomo de execução. Seria muito mais uma mudança de nomenclatura, entrando “intimação” no lugar de “citação”, com ganho quase nulo em termos de celeridade.⁶⁷

Portanto, a instrumentalidade consiste em forte aliada da efetividade da execução, sendo o norte da efetividade que deve regular as técnicas e as formas do campo executivo. Aqui, reitera-se esperança já manifestada no tópico anterior, versando sobre o princípio da boa-fé: a esperança de que tendências muito fortes em outras terras do mundo jurídico empolguem também o país da execução.

Por último, aponha-se a ressalva, ditada pela prudência, de que a flexibilização das formas é salutar até um certo ponto, podendo deparar com barreiras insuperáveis, fixadas constitucionalmente. Flexibilizações radicais devem ser rejeitadas, na medida em que

⁶⁶ Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara, *A Nova Execução de Sentença*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 113-114; e também José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento de sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/05), *Revista de Processo*, n. 136, jun. 06.

⁶⁷ É claro que, prevalecendo o entendimento por nós considerado correto, é bem provável que venha a se multiplicar o número de renúncias por parte dos advogados dos executados, exatamente para forçar a intimação pessoal, o que será lamentável (e eventualmente caracterizará ato atentatório à dignidade da justiça). É o que teme também Carlos Alberto Carmona, Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005, in *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 68.

prejudicam um dos pilares maiores de qualquer sistema processual: a previsibilidade dos seus comandos. Sem previsibilidade, o devido processo legal fraqueja e se acentuam em demasia os poderes judiciais, ficando comprometida a legitimidade das medidas executivas. Em qualquer compartimento processual, o equilíbrio é de ouro. Assim, algumas medidas mais ousadas propostas neste trabalho em prol da efetividade da execução só podem materializar-se após o cumprimento inflexível das garantias ligadas ao devido processo legal.

5. PALAVRAS FINAIS

Esperamos ter demonstrado o óbvio: mudar a lei foi um passo importante que se deu, mas ainda insuficiente. Sob pena de fenecerem os ideais que presidiram as reformas, é preciso haver mudança correspondente na mentalidade dos que operam o sistema, abrandando-se o excessivo protecionismo em favor do executado. A partir dessa mudança de mentalidade, deverão prevalecer interpretações mais preocupadas com o aspecto da efetividade da execução, índice decisivo para se aferir a efetividade geral do processo civil brasileiro. De fato, sem uma execução efetiva não há o desejável “processo de resultados”, tão encarecido na quadra atual do processualismo, mas sim um processo de grandes frustrações e de *maus* resultados. Assume especial relevância hermenêutica, então, o fortalecimento do princípio da efetividade, a incidir em todas as frestas do campo executivo, atraindo para a lida outros princípios de grande envergadura, como os princípios da boa-fé e da instrumentalidade, de resto princípios bastante prestigiados fora da área executiva. Percebe-se aliás que nem estamos pedindo muito para a área específica das execuções: queremos apenas que ela seja “contaminada” pelos avanços e conquistas ocorridos em outros setores do Direito.

Com o pretendido fortalecimento do princípio da efetividade, é natural que reflua o princípio da menor gravosidade da execução para o executado. Ressalve-se, porém, que o princípio da menor gravosidade, embora menos valorizado, deve continuar ativo e alerta. À base desse princípio, afinal, encontram-se idéias humanistas e generosas que não podem ser abandonadas, ainda mais em um país como o nosso, repleto de miséria e desigualdade. A

desmesurada proteção do devedor, no entanto, deve ser evitada. Ela deprecia o crédito, atinge valores fundamentais e desmoraliza o Estado-juiz, não dando conta a jurisdição dos escopos políticos com que está comprometida.

O que se deseja enfim é uma execução equilibrada, como preconizam enfaticamente vários dos autores aqui citados. Equilíbrio é a palavra de ordem. Para chegarmos a esse equilíbrio, no atual momento histórico, faz-se imperioso incrementar a efetividade da execução, restabelecendo-se a visibilidade jurídica e a dignidade processual da parte exequente.

Niterói, março de 2007.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAYEAUX FILHO, José Luiz. Fraude contra credores e fraude de execução. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, jan./mar. 1991.

BRÍGIDO, Carolina, GRIPP, Alan. STF jamais puniu um parlamentar: congestionamento de processos beneficiária investigados, que têm foro privilegiado. *O Globo*, 18/03/07, p. 3.

BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 113, jan./fev. 2004.

CALLAGE, Carlos. Inconstitucionalidade da Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990: impenhorabilidade de imóvel residencial. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, n. 43, 1991.

CALMON, Petrônio. Sentença e títulos executivos judiciais. *In A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232. *In A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 123, maio 2005.

_____. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei n. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo. Por que não? *In A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO, Amilton Bueno. Lei nº 8.009/90 e o Direito Alternativo. *Direito Alternativo em Movimento*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- _____. Atuação dos juízes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática (ou Uma práxis em busca de uma teoria). *Direito Alternativo em Movimento*, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DIAS, Luciana Drimel. O ocaso das recentes reformas do CPC sob o enfoque da pós-modernidade e globalização. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 121, mar. 05.
- DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 118, nov./dez. 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FAILLACE, Jandyr Maya. Da alteração do processo de execução: sobre o PL 4.497/2004. *In A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. *Estudos de Direito Processual*. Campo dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 375, set./out. 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento de sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/05). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 136, jun. 06.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 7, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 36. ed. (atualizada até 10/01/04). São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI, tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 342, abr./jun. 1998.

PINHEIRO, Armando Castelar, GIAMBIAGI, Fabio. *Rompendo o Marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm, BOTTINI Pierpaolo Cruz. O contexto da reforma processual civil. In *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e execução “indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, out./dez. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990.

TRAZZI, Paulo Henrique Camargo. *O amplo uso de meios atípicos de coerção, inclusive a negativação do nome do devedor no “SPC”*. Monografia de final de curso. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 109, jan./mar. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. *In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*, coordenadores Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 821, mar. 2004.

_____. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, jul. 06.

“A ética pública do Estado Democrático de Direito”

Júlio Aurélio Vianna Lopes¹

Hodiernamente, a teoria constitucional, diversamente do que ocorria em sua versão clássica, enfatiza a “fórmula política” das Constituições como o núcleo de sua configuração como ordenamento jurídico e premissa – ao lado de seu preâmbulo – condicionadora de sua exegese por quaisquer métodos de interpretação do texto.

Desde a contribuição de Pablo Lucas Verdú², generalizou-se o reconhecimento do caráter compromissório das Constituições contemporâneas, à medida que elas se situam como fenômenos jurídicos cuja produção normativa implica na confluência entre variados interesses e valores, representativos dos diversos segmentos sociais presentes na definição histórica do destino dos Povos e, portanto, na elaboração de suas Cartas Magnas.

Neste sentido, a “fórmula política” da Constituição exprimiria a combinação entre os elementos ideológicos responsáveis pela articulação dos princípios e regras que estruturam o ordenamento fundamental do País. Ela é uma sistematização dos valores explicitados no Preâmbulo e inserida no próprio texto, que aponta o tipo de Estado constitucionalizado e as tradições ideológicas que inspiraram, diretamente, o Poder Constituinte Originário.

A Constituição Federal de 1988 define sua “fórmula política” expressamente, desde seu início (art. 1º) e, conseqüentemente, o tipo de Estado adotado: um Estado Democrático de Direito. A análise de seus termos componentes e a interpretação sistemática do texto revela as tradições ideológicas envolvidas nesta formulação. Assim, o tipo de Estado formulado na Carta Magna de 1988, reúne os valores típicos dos marcos ideológicos, tanto do Estado de Direito, quanto da Democracia.

Do Estado de Direito como marco ideológico, a Constituição brasileira adota todos os valores relativos às suas dimensões formal e material. Formalmente, Ele é caracterizado pela *Legalidade* como princípio geral constitucional que exige a submissão de todos ao Direito Objetivo – mormente o Estado, significando que não apenas o Povo (art. 5º, II), mas também e, especialmente, as autoridades (art. 37, *caput, in fine*) se submetam ao ordenamento jurídico. Materialmente, o Estado de Direito se caracteriza pela Cidadania (art. 1º, II) como princípio fundamental que exige a funcionalidade do Poder Público para a garantia de direitos, de modo que não haja qualquer modalidade de direito – civil, político, social ou mesmo de 3ª/4ª geração – cujo exercício não comprometa o Estado como seu principal propiciador.

Do Regime Democrático como marco ideológico, a Constituição Federal também adota todos os valores relativos às suas dimensões formal e material. Formalmente, ele é caracterizado por procedimentos que ensejam a participação popular (art. 1º § único) direta e indireta (art. 14 e seus incisos) de modo que o Estado Democrático se caracteriza pela *Igualdade* ou Isonomia de tratamento dos cidadãos e perante os quais (art. 5º *caput*) deve ser efetivo, especialmente no que tange às suas políticas públicas (art. 144) e sociais (art. 193). A Democracia Constitucional brasileira se materializa na promoção igualitária das oportunidades provenientes do Estado, implicando que ela não se esgote em seu aspecto eleitoral.

Obviamente, além dos valores acima elencados, outros valores explícitos e implícitos na Constituição Federal, também integram as inspirações ideológicas do Estado de Direito e da Democracia. Assim, dentre os princípios positivados no texto, já pertencem ao senso comum dos constitucionalistas brasileiros os fundamentais do título I, vinculados ora ao Estado de Direito, como a tripartição de Poderes (art. 2º da CF), ora ao Estado Democrático, como o pluralismo

¹ Pesquisador em Direito da Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB), Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ, Professor de Teoria Constitucional Contemporânea do Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais da UFF.

² VERDÚ, Pablo Lucas. *Derecho Político*. Madri: Editorial Madri, 1978.

político (art. 1º, V da CF). Dentre os princípios implícitos no texto e descobertos pela doutrina brasileira e pela jurisprudência pátria, podem ser apontados (para aqueles que os distinguem em sede doutrinária) o da razoabilidade (impondo a pertinência entre meios e fins dos programas governamentais) e o da proporcionalidade (impondo a ponderação entre os bens jurídicos envolvidos nas políticas públicas para a solução de eventuais colisões de direitos). Respectivamente, são princípios que contêm valores típicos do Estado de Direito e da Democracia.

O que importa reter, de todo o exposto acima, porém, é que o Estado Democrático de Direito – a “fórmula política” da Constituição brasileira de 1988 – advém da conjugação ideológica entre Estado de Direito e Democracia. Conseqüentemente, consiste numa arquitetura constitucional estabelecida sobre os valores da Legalidade, Cidadania, Participação Popular e Igualdade (isonomia) de tratamento pelo Estado como fontes primárias de legitimidade do Poder Público.

Na “fórmula política” do Estado Democrático de Direito, ademais da confluência entre Democracia e Estado de Direito (bem como de sua dupla dimensão formal e material) é preciso reconhecer que aquele é o elemento ideológico central da combinação realizada pela Assembléia Nacional Constituinte, da qual se originou.

Trata-se de assumir a Magna Carta de 1988 como um ordenamento jurídico imiscuído de valores democráticos, cuja efetivação incumbe, principalmente, ao Direito. É através dele que a Democracia se efetiva, tanto em seu aspecto eleitoral (como se verifica com a progressiva afirmação do ramo do Judiciário especializado em seus procedimentos), quanto em seus aspectos extra-eleitorais (como no desempenho da assistência jurídica pelas Defensorias Públicas – onde as mesmas estão instaladas...) Nesta “fórmula política”, o Direito é o principal instrumento da Democracia.

Por outro lado e como reflexo do que foi dito acima, o Direito próprio a esta ordem constitucional deve estar imbuído de vocação democrática. É o que se depreende da interpretação sistemática da Carta Magna quanto à produção de atos normativos no âmbito dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo: Assim, respectivamente, a Constituição exige a participação da sociedade civil organizada no processo legislativo ordinário (art. 58, II); admite juizes leigos no tratamento de questões cíveis de pouca complexidade e criminais de menor potencial ofensivo (art. 98, I); e incita a inserção popular na operacionalização de programas governamentais relevantes (art. 194, VII, art. 204, II e art. 206, VI).

Neste sentido, centralizar a Democracia na ordem constitucional brasileira implica asseverar, não apenas que a mesma compõe a inspiração ideológica de sua “formula política”, como ainda que ela é o nexa que agrega seus componentes, de modo que o Estado e o Direito devem ser democráticos. Conseqüentemente, a centralidade da Democracia na formulação constitucional de 1988 impõe a radicalização da opção republicana dos constituintes (confirmada posteriormente pelo Povo brasileiro no Plebiscito Constitucional de 1993 e disciplinado pelo art. 2º das Disposições Transitórias).

Significa que, se é próprio da República uma ética de responsabilidade das autoridades de Estado, a centralidade conferida à Democracia pela “formula política” adotada na Constituição Federal, importa na *ampliação do controle das instituições públicas, no alargamento do conceito jurídico de publicidade dos atos públicos* (art. 93, IX) e no *rigor da sua sindicabilidade* pelos cidadãos.

Evidentemente, numa ordem constitucional que prevê, como exemplos respectivos e significativos dos 3 aspectos acima expostos, a economicidade como ingrediente da regularidade administrativa (art. 71, *caput*); a fundamentação das decisões judiciais como condição de sua validade e eficácia jurídicas; e a disponibilidade e questionamento da *legitimidade* das contas municipais pelos cidadãos (art. 31 §3º); a corrupção se configura como um fenômeno social que a lesiona direta e gravemente.

Por propiciar o desvio de finalidade nas atividades desempenhadas pelas autoridades do Estado, a corrupção, ao lado da exclusão social, consiste no mais perverso fenômeno social habilitado, com sua continuidade, a sabotar a ordem constitucional de 1988. Opõe-se diretamente aos valores progressistas de Legalidade (convertendo-a em fancaria), Cidadania (ao ocultar privilégios), Participação popular (dissolvendo a orientação programática legitimada) e a Igualdade (estabelecendo tratamentos não-isonômicos). Sua gravidade independe da magnitude espacial que apresenta, decorrendo da negação reiterada da ética pública – fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Como relação tendencialmente continuada, a articulação entre corruptores e autoridades corrompidas também é deletéria, à medida que impede a maturação da rigorosa ética pública, requerida pelo Estado Democrático de Direito. Isto é, ainda quando não dilapide recursos públicos, inviabilizando projetos institucionais imediatamente essenciais ao interesse social, a corrupção é uma grave ameaça a este tipo de Estado, por sufocar a emergência e a consolidação de uma ética pública que, nesta ordem constitucional, exerce uma insubstituível função pedagógica para a relação entre o Povo e Poder, que almeja.

Pois a fórmula política constitucional do Estado Democrático de Direito, com a imbricação entre Democracia e Cidadania que a caracteriza, *implica em priorizar o combate à corrupção* nas instituições públicas, como mais que uma preocupação meramente eventual e dentre outras. A Democracia constitucionalizada em nosso País há cerca de 15 anos atrás (como se depreende das exigências de publicidade e sindicabilidade da instituições públicas, marcadas por dispositivos como o art. 1º § único; 37 *caput in fine*; 34, VII alínea a; 58, §2º, II; 93, IX e 85, II dentre tantos) implica num fortalecimento da ética pública, *para além da tradição republicana*, de modo que até mesmo a eficiência das instituições dependa da plena publicização de seu funcionamento.

Por tudo isso, cabe afirmar que ao Estado Democrático de Direito, formulado em 1988, corresponde uma esfera pública ampliada que não se limita às instituições públicas em si mesmas, incluindo sua articulação com as relações sociais nas quais operam. Conseqüentemente, a sintonia entre Diógenes e Democracia exige a formação e reiteração de rigorosa ética pública no Estado, não só para apartá-la da dimensão privada, mas, principalmente, para a busca – conjunta com os cidadãos – de uma sociedade brasileira na qual o “bem de todos” (art. 3º, IV) seja, uma realidade progressivamente afirmada.

Controle Jurisdicional da Instituição de Tipos Penais

- Análise do Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Juiz de Direito

Doutor pela UERJ

Mestre pela PUC-RJ

Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho

Juíza de Direito

Paula Castello Branco Camargo

Estagiária da EMERJ

I. Introdução

O atual momento da política criminal brasileira é bastante delicado em razão de uma sucessão de leis penais e processuais penais nas quais não se consegue extrair uma clara e segura diretriz de política criminal.

As sucessivas leis criminais, que estão sendo feitas à margem dos códigos, e que, na maioria das vezes, rompem com as diretrizes neles consagrados, acabam por esgarçar, desfigurar o sistema, demandando um intenso trabalho criativo da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência para recriar um sistema operativo capaz de resolver adequadamente os casos submetidos aos tribunais de uma maneira isonômica.

Os tipos penais são definidos sem a devida atenção aos valores constitucionais. As penas são abstratamente fixadas sem um critério uniforme, compreensível e justificado. As diferenças nas cominações abstratas de penas causam conseqüências processuais relevantes, como o da competência e do rito

processual a ser adotado, com repercussões sérias no exercício da defesa e no estatuto da liberdade¹.

Tudo isso demonstra a inafastável necessidade de controlar a constitucionalidade da atividade legislativa no tocante à definição de tipos penais e na cominação de sanções penais.

A Lei nº 11.343/2006, ainda que tenha o grande mérito de afastar, definitivamente, a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de substância entorpecente, também padece de alguns problemas de natureza constitucional. No âmbito desse trabalho enfocaremos apenas o artigo 28 da Lei citada à luz da Constituição e no contexto da própria legislação.

II. Premissa Fundamental: O Legislador Penal não Tem um Cheque em Branco

A doutrina constitucional tem discutido as duas dimensões do princípio da proporcionalidade: de um lado a proibição de excesso; de outro, a proibição de proteção deficiente. A primeira dimensão importaria em restrições à intervenção estatal excessiva e nos direitos fundamentais. A segunda, em violação dos direitos fundamentais pela omissão do Estado em protegê-los eficazmente.

Aqui, importa a primeira dimensão. Quanto à segunda, remete-se à doutrina².

¹ Pense-se, como exemplo, nos crimes hediondos e a proibição da liberdade provisória para determinados crimes. Ou na lesão corporal culposa, no trânsito, com ou sem a presença de causas de aumento de pena, o que influenciará na competência, ou não, dos Juizados Criminais, e no rito mais ou menos concentrado. O mesmo acontece em uma infinidade de outros casos: a calúnia, com ou sem a majorante do artigo 141 do C. Penal; a lesão corporal em circunstância de violência doméstica praticada contra homem e a praticada contra a mulher, etc.

² Ver SARLET, Ingo Wolfgang – Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47, março-abril de 2004, Ed. Revista dos Tribunais; STRECK, Lênio Luiz – Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade, Revista JurisPoiesis, p. 225/256, ano 8, nº 7, 2005.

Parte-se de uma premissa fundamental: o legislador penal não tem um cheque em branco. Ele não pode tipificar livremente condutas, sem qualquer controle e critério. Especialmente em direito penal, em que as restrições a direitos fundamentais são mais graves, ao Judiciário incumbe exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis penais.

A inconstitucionalidade da lei penal não se manifesta apenas quando a lei penal viola frontalmente a Constituição, mas, também, quando não valora adequadamente os bens constitucionais; quando não tem racionalidade ou razoabilidade; quando as medidas por ela adotadas não são proporcionais.

Ao definir como típica uma conduta, o legislador concretiza uma ponderação entre os vários e possíveis direitos fundamentais que podem estar em choque. Essa ponderação precisa estar racionalmente justificada; caso contrário, a ponderação legal deve ser afastada pelo Judiciário.

Além disso, a própria utilização do direito penal não pode ser maximizada em razão do direito geral de liberdade, princípio reitor das constituições democráticas e também da brasileira. A atuação do direito penal só se justifica quando ele for a *ultima ratio*, a última medida para lidar com a conduta agressiva aos valores da sociedade.

Nesse sentido, leciona Luiz Luisi:

“É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções...”

E sendo a reação penal a ultima ratio, ela não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime. Há de ser proporcional, ou seja, estrita e evidentemente necessária”³

³ Bens Constitucionais e Criminalização, Revista Eletrônica do Conselho da Justiça Federal nº 5, <http://www.cjfj.gov.br/Publicações>.

Por um outro ângulo, que também deságua no mesmo raciocínio antes desenvolvido, cuida-se de um bem jurídico penal constitucional e valorativo, cuja violação seja grave o suficiente para legitimar a sanção penal. Luiz Regis Prado compartilha da idéia de bem jurídico penal com esse sentido constitucional e valorativo, tanto que afirma que *“a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”*. No pensamento democrático, acrescenta, *“a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através dos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade”*.⁴ E, mais adiante, conclui que:

*“por essa doutrina, a caracterização do injusto material advém da proeminência outorgada à liberdade pessoal e à dignidade do homem na Carta Magna”*⁵.

Não é, portanto, só na lei penal, que se deve iniciar o estudo acerca da criminalização de determinadas condutas.

Especificamente quanto ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, é preciso antes identificar os direitos fundamentais envolvidos e compreender o alcance da ponderação feita pelo legislador ao criminalizar as condutas descritas. No caso, os valores em colisão seriam o direito geral de liberdade e o direito à saúde pública, que é o bem jurídico pretensamente tutelado pela norma penal.

O legislador brasileiro, diante de tal colisão, tem feito preponderar o segundo deles. Assim já ocorria ao tempo da lei anterior (Lei nº 6.368/76). Indicativo de tal ponderação de bens era a criminalização do uso de substância entorpecentes, prevendo-se a pena de detenção de seis meses a dois anos e multa (artigo 16). A opção pela pena de privação da liberdade era indicativa do

⁴ PRADO, Luiz Régis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. São Paulo: RT. 2ª edição, 1997, p. 63/64 e 72/73.

⁵ Ibidem, p. 76/77.

peso consideravelmente maior atribuído pelo legislador ao princípio da saúde pública.

Esse peso maior, perceptível pela intensidade da repressão penal, desapareceu com a edição do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, como se verá.

III. O artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e o Princípio da Ofensividade

Assentada aquela premissa fundamental, cumpre, agora, verificar se o tratamento legal das condutas descritas no artigo 28 da lei citada preenche os parâmetros constitucionais. Vejamos o dispositivo legal:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I- advertência sobre os efeitos da droga;
- II- prestação de serviços à comunidade;
- III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

Para o caso de descumprimento de tais medidas por parte do autor do fato, a lei prevê as seguintes consequências:

“Art. 28 (...)
§6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput,

nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I- admoestação verbal;

II- multa.”

Como se vê, não é tão nítida assim a precedência que o legislador pretendeu dar ao direito à saúde pública. A intervenção na liberdade de quem usa substância entorpecente foi bastante reduzida, eliminando-se qualquer possibilidade de pena privativa de liberdade. A reação do direito é, assim, menos intensa, menos gravosa, com o que se demonstra que não há uma distância muito grande, em termos de ponderação de bens, entre o direito de liberdade – que é o bem restringido - e o da saúde pública – que é o bem protegido. O modelo de pena adotado pelo legislador é indicativo dessa pequena preferência concedida à saúde pública.

Contudo, mesmo a intervenção mínima precisa estar justificada racionalmente. Não pode ocorrer restrição no direito geral de liberdade, ainda que mínima, sem que exista uma razão plausível. Sobre o tema manifestou-se Robert Alexy:

“...el principio de la libertad negativa exige una razón suficiente para toda restricción de la libertad, es decir, también para aquellas relativamente insignificantes... Pero, ser restringido arbitrariamente en la libertad contradice la dignidad de la persona, también cuando de trata de pequeñeces...”^{6 7}

⁶ Teoría de los derechos fundamentales, p. 347, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁷ O autor comenta uma decisão do Tribunal Constitucional alemão que reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei que impunha a internação obrigatória, em estabelecimento de assistência social, de pessoas com debilidade de vontade e que corriam, por isso, o risco do abandono. Na oportunidade, citando palavras do Tribunal, o autor assinalou: “*Como el fin de la*

A razão plausível para intervir na liberdade individual, no caso examinado, não parece estar devidamente justificada. Em princípio, ainda permanece discutível, na doutrina brasileira, ser a saúde pública o bem penal tutelado pela norma. Depois, a leveza da *pena* imposta já indica a fragilização de uma preponderância da saúde pública em caso de uso de substância entorpecente. Por fim, as condutas parecem não demonstrar a ofensividade que caracterizam as infrações penais.

Ora, quando o legislador prevê, abstratamente, para condutas que deveriam ser sérias e que mereceriam a intervenção penal, a *pena* de advertência – que é a que será suficiente para o geral dos casos em que o autor do fato seja primário – e para o seu descumprimento a *pena* de admoestação, impõe-se reconhecer que tais condutas não têm a gravidade que reclama a intervenção do direito penal.

O princípio da ofensividade, decorre diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição, que impede a tipificação de condutas que não ofendam seriamente algum bem jurídico.

Além dessa menção indireta por meio do princípio da dignidade, o princípio da ofensividade foi expressamente mencionado pela Constituição, no artigo 98, I, que prescreve a competência dos Juizados Criminais para as infrações de menor potencial ofensivo. Ora, se as infrações menos graves são aquelas de *menor* potencial ofensivo, daí decorre logicamente que toda infração penal precisa ser ofensiva a bens jurídicos.

Em outras palavras, as condutas referidas não têm ofensividade. Se não têm ofensividade, não se justifica constitucionalmente a sua criminalização. Eventual criminalização é um excesso que deve ser declarado pelo Judiciário.

mejoría de un adulto no puede bastar como razón relevante para privar de la libertad personal', el derecho fundamental de la libertad queda afectado en su contenido esencial" (Ibidem, p. 289).

IV. O Estudo do Artigo 28 no Contexto da Lei nº 11.343/2006

Ainda que se entenda que não houve qualquer violação à Constituição, o exame da própria lei afasta o que resta de criminalização das condutas descritas no artigo 28.

Referido enunciado normativo está alocado no Título III da Lei assim nominado: *Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas*. Já o Título IV trata da repressão à produção e ao tráfico ilícito, descrevendo figuras típicas e cominando penas.

Assim, pela localização do artigo 28, já se pode dizer que não se está cuidando de repressão penal, mas de tratamento.

Veja-se que os incisos I e III do referido dispositivo cominam verdadeiras medidas educativas, que não têm o condão de qualificar a conduta como criminosa, nem dotam o Juiz Criminal da prerrogativa de cominar-lhes pena concretamente caso julgue necessário e cabível.

Do mesmo modo, o parágrafo 6º, deste art. 28, e o artigo 29 atribuem às sanções dispostas no *caput* a natureza de medidas educativas, expressamente.

Está certo que o título do capítulo em que está inserido o dispositivo cuida dos crimes e das penas e que há referências a penas em outras passagens da lei (artigos 30 e 48, § 5º).

Ora se duas interpretações da mesma lei são possíveis, o intérprete deverá orientar-se pela solução menos gravosa ao réu, como decorrência dos princípios democráticos que governam a intervenção estatal. Há que se guiar, também, pelos princípios constitucionais que sinalizam para a não ofensividade das condutas definidas no artigo 28 e pela não proporcionalidade da alegada criminalização.

V. A Escolha das Penas por Parte do Legislador

O regramento que o legislador devia atender quando da cominação abstrata de penas e que vigorou até a Constituição de 1988 era o do artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal – Decreto-Lei nº 3.914/41⁸. O artigo 5º, XLVI, da Carta, contudo, alterou profundamente a sistemática existente, ao estatuir:

“XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) a privação ou restrição da liberdade;*
- b) perda de bens;*
- c) multa;*
- d) prestação social alternativa;*
- e) suspensão ou interdição de direitos”;*

Com essa alteração, tem-se pretendido sustentar a revogação do artigo 1º da Lei de Introdução, bem como a plena aptidão da *pena* de advertência como sanção penal. Quanto à primeira conclusão, realmente ocorreu a revogação, ou não recepção, do referido dispositivo legal. Quanto à segunda conclusão, impõe-se um cuidado maior.

O fato de a Constituição permitir ao legislador penal impor as sanções que expressamente mencionou, *entre outras*, não significa, mais uma vez, que o legislador tenha um cheque em branco. A liberdade do legislador penal, ainda que ampla, é controlável por outros princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma pena excessiva pode ser permitida, em princípio, pelo inciso XLVI, da Constituição, mas pode violar os princípios da dignidade e da proporcionalidade. O legislador, portanto, não está inteiramente livre.

⁸ *“Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”*

Além disso, nem todas as penas referidas no inciso XLVI têm natureza penal. Basta pensar nas multas e interdições administrativas. Assim, importa mais a natureza da pena do que a nomenclatura.

Daí decorre a conclusão de que a circunstância de o legislador chamar a *pena* de advertência de pena, não a transforma automaticamente em sanção penal, embora possa ser um forte indício.

Quanto às penas do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que, tanto a primeira, como a terceira sanção, não têm caráter penal. Tratam-se, na realidade, de medidas educativas, sanções de cunho administrativo, tendentes a conscientizar o usuário de drogas dos efeitos maléficos causados à saúde pela substância. Apenas a segunda sanção - prestação de serviços à comunidade -, esta, sim, poderia, em princípio, se afigurar como uma sanção penal, nos moldes do disposto no art. 43, IV, do diploma penal.

Contudo, conforme já afirmado, o próprio art. 28 da Lei nº 11.343/2006, em seu parágrafo 6º, conferiu à sanção do inciso 2º natureza de medida educativa. Causaria espécie, inclusive, afirmar que um mesmo dispositivo poderia cominar sanção penal e administrativa alternativamente, motivo bastante para reforçar a caracterização da *abolitio criminis* da qual se está diante.

VI. A Incompetência do Juizado Criminal para Processar Infrações Administrativas

Tratando-se de infração meramente administrativa, não pode ser submetida ao Juizado Especial Criminal, ainda que o artigo 48 da Lei se refira ao procedimento da Lei nº 9.099/95.

Novamente, há que se buscar o parâmetro constitucional. O artigo 98, I, da Constituição criou os Juizados para processarem e julgarem *infrações penais de menor potencial ofensivo*, não cogitando de infrações administrativas.

A não ser que se emende a Constituição, tal não será possível.

VII. A Transação Penal e as *Penas* do Artigo 28

Embora o artigo 48, § 5º, possa pretender fazer alusão à transação penal, ao utilizar a expressão *aplicação imediata de pena prevista no artigo 28*, não parece ser o caso daquele instituto.

Na transação penal, as duas partes cedem alguma coisa. O Ministério Público abre mão da imposição de pena de prisão (artigo 72 da Lei nº 9.099/95) e da reincidência (artigo 76, § 6º, da mesma Lei) e o autor do fato dispensa um processo com todas as garantias processuais.

No caso do artigo 28 da lei em comento, em que estará cedendo o Ministério Público? A transação penal teria o mesmo objeto que a condenação penal.

Além disso, se for para somente advertir ou admoestar, o processo penal não parece ser o meio adequado e proporcional para fazê-lo, bastando que se o faça como já se faz nos maços de cigarro e nos rótulos de bebidas alcoólicas. O processo penal, assim, seria um excesso, que violaria o princípio da proporcionalidade.

Por fim, a suposta transação penal só poderia incidir nas *penas* do artigo 28 por expressa determinação do artigo 48, § 5º, não sendo possível oferecer qualquer outra modalidade de prestação.

VIII. O Contexto Social da Lei nº 11.343/2006

A jurisprudência já vinha, de há muito, questionando o caráter penal do artigo 16 da Lei nº 6.368/76:

STJ:

“PENAL – ENTORPECENTE – QUANTIDADE ÍNFIMA. A Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, para conceder a ordem de trancamento da ação movida em face do ora paciente – Atipicidade (Art. 16, da Lei 6.368). Concede-se a ordem de trancamento da ação penal, em face da ínfima quantidade de “maconha”, em cujo uso foi flagrado o ora paciente, configurado o chamado princípio da insignificância.” (5ª Turma, RHC 7205/RJ, Rel. Ministro José Dantas, julgado em 07/04/1998)

TJSP:

“Quantidade ínfima de maconha. Inocuidade para gerar distorções psíquicas. Fato atípico.” (TJSP - AC 42.883 – Rel. Gonçalves Sobrinho – RJTJSP 102/451)

“Em 1 gr de maconha, o THC que é o seu componente responsável pela euforia corresponde à 10 mg. Destes, apenas metade é absorvida, o que é insuficiente para gerar distorções psíquicas no agente, em face do metabolismo.” (TJSP - Rel. Paulo Neves – RT 585/290)

TJRS:

“(…) Uso de entorpecente. A conduta de trazer consigo entorpecente para uso próprio não configura delito, pois ausente a lesividade. (...)” (8ª Câmara Cível, AC 70005160916, Rel. Rui Portanova, julgado em 07/11/2002)

“Apelação Crime. 1) Porte de substância entorpecente para uso próprio (conduta “guardar”). “Cannabis sativa” apreendida na residência do acusado. Art. 16, da Lei 6.368/76. Violação dos princípios da dignidade, humanidade e ofensividade. Absolvição mantida. (Art. 386, III, do CPP) (...)” (6ª Câmara Criminal, AC 70007669427, Rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, julgado em 04/03/2004)

“ (...) Em verdade, penso que tanto o artigo 52, como a primeira parte do inciso I do artigo 118 da LEP devem ser (re)lidos de forma a compatibilizá-los com as alterações introduzidas na legislação penal pelas Leis n.ºs 9.099/95 e 10.259/01, de modo que delitos de escassa lesividade, como o é o do artigo 16 da Lei n.º 6368/76, sejam excluídos do rol de crimes dolosos, cuja cometimento caracteriza falta grave e autoriza a regressão do regime prisional, independentemente do trânsito em julgado da futura e eventual sentença condenatória.(...)” (5ª Câmara Criminal, AC 70013858626, Rel. Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, julgado em 29/03/2006)

“(...) Artigo 16, da Lei nº 6.368/76. Quantidade ínfima de maconha. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Sendo ínfima a lesão ao bem jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno, que não subsiste qualquer razão para que se imponha reprimenda. Apelo parcialmente provido.” (Câmara Especial Criminal, AC 70004657698, Rel. Drª. Maria da Graça Carvalho Mottin, julgado em 17/12/2002)

“PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME)

- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgência punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas a autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.

- Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior – atenta: fatos sem

lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Kanam e Salo de Carvalho.” (5ª Câmara Criminal, AC 70004802740, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho julgado em 07/5/03)

Na verdade, a jurisprudência, ainda que minoritária, estava recolhendo influências emanadas da sociedade, especialmente de correntes das ciências da saúde que sustentam a inadequação do tratamento jurisdicional do uso de substância entorpecente.

Inegavelmente, o Judiciário interage com tais influências daí podendo surgir novas orientações jurisprudenciais e até novas leis. Esse fenômeno é descrito e explicado por vários autores.

André Jean Arnaud a ele se refere como polisistemia, explicando que tais sistemas, que estão à margem do direito, têm vocação para se tornarem direito:

“Se, por outro lado, se considera o direito por um prisma que não o dos juristas dogmáticos, isto é, como sistema jurídico, ele passa a ser objeto de uma dialética infinita com os outros sistemas que lhe fornecem alimento: a sociedade, a política, a moral, a psicologia, a religião, a economia e a ciência...

Ora, há um modo de descrição simples das relações entre sistemas: nós o designaremos polisistemia...

Assim, paralelamente ao direito, e, às vezes, contra ele, se organizam sistemas jurídicos concebidos e vivenciados como pré-formados e flexíveis...

Entre esse sistema comum e o direito há uma interação que aparece como um afrontamento entre dois sistemas jurídicos...

Da confrontação entre esses sistemas jurídicos, que se fundamentam em razões divergentes, poderá ocorrer uma mudança jurídica...

Do choque pode nascer uma inovação, uma adaptação, uma vacinação do velho sistema ou uma recuperação do novo pelo mais antigo”⁹.

Embora com algumas divergências em relação ao autor anterior, Niklas Luhmann também sustenta deva a jurisprudência consultar e deixar-se influenciar por outros sistemas porque ele não se basta em si:

“O sistema funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nessa base um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições...

...o sistema deve implementar a sua própria autopoiesis num mundo circundante, cuja complexidade ele não pode abarcar...

...não podemos negar o fato de que os programas do sistema jurídico não podem determinar completamente as decisões dos Tribunais. Dito de outra forma: o sistema não pode operar somente com um lógica puramente dedutiva... Não existe nenhuma jurisprudência mecânica. Os Tribunais devem, queiram

⁹ Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos, p. 327/333, 2000, Ed. Renovar.

ou não..., interpretar, construir e, se for o caso, distinguir os casos...”¹⁰

Se já caminhávamos na direção da descriminalização, como apontavam parte da doutrina e da jurisprudência, por que voltaremos atrás para criminalizar o que não precisa de criminalização? Antes da criminalização, tais condutas precisam de uma política séria e conseqüente de informação, de educação e de tratamento terapêutico gratuito por parte do Poder Público.

A hipocrisia da lei fica patente quando se observa que todos os artigos que impunham prestações positivas do Estado em prol do tratamento efetivo do uso de drogas foram vetados, livrando-se, o Executivo, de qualquer responsabilidade. Mas, ao Judiciário, não se poupou a sua responsabilização, impondo-se não só a implementação de *curso educativo* – que não existe na rede pública -, até a incômoda tarefa de advertir *sobre os efeitos das drogas*, para a qual não tem preparo técnico e científico.

IX. Conclusão

Conclui-se, assim, que o *tipo* do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não é penal, mas administrativo, e que seu preceito secundário contém penas administrativas, que fogem à competência dos Juizados Criminais.

Chama-se, assim, a responsabilidade do Executivo para implementar um serviço administrativo capaz de lidar com a grave nocividade do uso abusivo de substância entorpecente.

¹⁰ A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico, Revista da AJURIS, nº 49, ano XVII, 1990,

julho.

ACESSO À JUSTIÇA E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Raphael C. Berba¹

SUMÁRIO: I- Introdução; II- Acesso à Justiça e Juizados Especiais Cíveis; III- Informação, acesso e assistência jurídica nos Juizados Especiais Cíveis; IV- Efetividade da prestação jurisdicional nos Juizados Especiais Cíveis; V- Conclusão; VI- Referências Bibliográficas.

I- INTRODUÇÃO

O tema referente ao acesso à Justiça possui notada importância para o Direito, sobretudo no que se refere à realização da Justiça, e ao atual estágio de desenvolvimento social, em especial no Brasil, onde a exclusão de classes representa apenas uma face da grave crise social hodierna.

Em relação à ciência do Direito, necessário se apresenta um debate permanente acerca do acesso à Justiça, com a finalidade de promover a realização concreta de princípios como Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana, pilares componentes do ideal de Justiça.

Sem embargo dos diversos prismas passíveis de observação em relação ao tema, pode-se observar o acesso à Justiça como fator necessário para a compensação das diferenças impostas pela própria característica da sociedade atual, representando, mais que o acesso a um serviço essencial, o que, diga-se, já mereceria atenção, uma necessidade vinculada à busca do equilíbrio entre os integrantes da sociedade, através da redução das diferenças econômico-sociais.

Constitui o acesso à justiça processo em contínuo desenvolvimento, haja vista as constantes transformações sociais, e conseqüentemente jurídicas, sob o ponto de vista da evidente necessidade de disciplina das relações sociais.

Possibilitar o pleno acesso à justiça representa, conforme a lição dos maiores pesquisadores do tema, a exemplo de Mauro Cappelletti, a superação de barreiras impeditivas, sejam estas econômicas, legislativas, estruturais ou institucionais.

Deve o referido acesso ser efetivado em concreto, o que representa hoje a adoção, além das citadas medidas, de uma mentalidade voltada para sua viabilização efetiva.

Destaca-se que, o inicialmente visto como a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, atualmente representa, além do acesso à ordem jurídica, a necessidade de acesso à ordem jurídica justa.

Relaciona-se de forma direta, o acesso à justiça, com os direitos fundamentais, em particular com o princípio da dignidade humana, considerando, sob este aspecto, a necessidade de efetivação de todo um conjunto de direitos fundamentais que representam acesso ao Direito, um movimento para a efetividade dos direitos sociais como um todo.²

Com relação ao paradigma democrático, importa o acesso à justiça, na medida em que este se relaciona com a participação dos indivíduos no processo decisório, vinculado ao exercício do poder político e jurisdicional.

Em sendo assim, o que se pode aferir atualmente, é que o direito à assistência jurídica integra o rol daqueles considerados pela Constituição da República como fundamentais, o que importa dizer que o respectivo direito transcende, por um lado, a órbita estatal administrativa, e, de outro lado, a esfera de disponibilidade privada, passando a representar atividade essencial à própria distribuição da jurisdição.

O presente trabalho tem por finalidade expor uma breve análise crítica do acesso aos Juizados Especiais Cíveis, com vistas a suscitar o debate acerca da assistência jurídica, destacando, neste ponto, a função institucional da Defensoria Pública junto a este microsistema, partindo da premissa de que estes fatores rendem influência na efetividade da respectiva prestação jurisdicional.

Ocorre que os Juizados Especiais surgem, no Brasil, como resposta as necessidades inerentes ao acesso à justiça, e, mais especificamente, de ampliação da tutela jurisdicional, no caso para

¹ Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela UNESA.

² Ribeiro, Antônio de Pádua. O Judiciário como Poder Político no século XXI. Conferência proferida em 23/06/99, por ocasião do Congresso Brasil-Portugal ano 2000, em Coimbra, Portugal. Internet, Disponível em: <www.iusnavigandi.com.br>. Acesso em 10/11/2004.

abarcam conflitos de pequena monta resultantes da evolução social, ou seja, demandas que muitas vezes não seriam levadas ao Poder Judiciário, e que tornavam necessária uma justiça mais célere e menos formal.³

Entretanto, não se pode abstrair da busca pelo acesso a uma prestação jurisdicional efetiva, que possa traduzir o anseio de se possibilitar o acesso a uma ordem jurídica justa.

De outro lado, não se pode negar ainda como finalidade da instituição dos Juizados Especiais, além da universalização da jurisdição, ampliação do acesso à justiça, não apenas daqueles hipossuficientes juridicamente, mas em termos genéricos, com a redução de custos financeiros para as partes.

Observa-se através da análise estrutural das leis n.ºs 9.099/95, e 10.259/01, que formam o estatuto os Juizados Especiais, que a finalidade objetivada pelo legislador consiste em tornar efetiva a promessa constitucional de outorga da tutela jurisdicional ampla, a ser materializada principalmente através da efetivação de dois fatores: a facilitação do acesso, e a celeridade.

Assim, conclui-se que, se de um lado a lei n.º 9.099/95 representou verdadeira revolução no tocante ao acesso à justiça, de outro fez emergir a necessidade da análise de todo um conjunto de fatores influentes em sua finalidade, sob a ótica da prestação jurisdicional.

Aberto o caminho do acesso aos Juizados Especiais, faz-se necessária a investigação dos aspectos referentes ao aprimoramento de todo o sistema, principalmente com relação à assistência jurídica, com vistas à obtenção da plena efetividade da prestação jurisdicional.

Quando se faz referência à análise sobre a efetividade da prestação jurisdicional no âmbito dos Juizados Especiais, ponto importante se descortina, ao lado do acesso à justiça, especificamente com referência à assistência jurídica junto ao mencionado microsistema.

O percurso lógico iniciado com a análise do acesso à justiça, passa necessariamente pela assistência jurídica, para que se possa atingir o pretendido aspecto da efetividade da prestação jurisdicional e pelo papel a ser desempenhado pela Defensoria Pública nos Juizados Especiais Cíveis.

As disposições constantes no Estatuto dos Juizados Especiais demandam análise conjunta com os demais preceitos acerca da assistência jurídica gratuita, ou seja, passa-se a questionar a forma como esta deve ser prestada junto aos Juizados Especiais Cíveis.

Em sendo assim, revela-se necessária uma uniformização de interpretações, e a implantação, em concreto, de previsões normativas que conduzam a um serviço de assistência jurídica prestado de forma igualitária, e que proporcione a efetividade da prestação jurisdicional.

Constitui, pois, objeto do presente estudo, o acesso à justiça e sua influência na efetividade da prestação jurisdicional, considerando os aspectos referentes, principalmente, à assistência jurídica e à função da Defensoria Pública, com suas particularidades, conseqüências e finalidades, no sistema dos Juizados Especiais Cíveis.

II- ACESSO À JUSTIÇA E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Lei n.º 9.099, de 1995, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis surge como reflexo da denominada terceira onda renovatória⁴, resultado de profunda pesquisa empreendida pelos mais respeitados cientistas jurídicos.

Este movimento, chamado de onda em razão da apresentação de diretriz, e mesmo tendência, é sucessor de outras duas ondas anteriores, e demonstra a importância do direcionamento do ângulo de visão sobre a evolução, para a necessidade de se conferir novo enfoque a todo o sistema jurídico, tanto do ponto de vista técnico, quanto do ponto de vista estrutural, para uma maior efetivação do acesso à justiça.

Sob outro ponto de vista, a implantação dos Juizados Especiais reflete a necessidade aferida atualmente como anseio social, de universalização da justiça, tendo sido afirmado por muitos doutrinadores, que os Juizados Especiais representam a “Justiça da era Moderna”.

Refletem os Juizados Especiais, em sua moldura legislativa brasileira, em parte a estrutura verificada junto às “small claims courts”, dos Estados Unidos da América⁵, guardadas,

³BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: A Lei n.º 9099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 03.

⁴Sobre o movimento das ondas renovatórias Cf.: GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Cândido, e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

evidentemente, inevitáveis diferenças decorrentes de aspectos culturais, econômicos etc., respeitantes a cada uma das realidades sociais.

Observa-se através da análise estrutural da mencionada Lei referente aos Juizados Especiais, que a finalidade objetivada pelo legislador consiste em tornar efetiva a promessa constitucional de outorga da tutela jurisdicional ampla⁶, a ser materializada principalmente através da efetivação de dois fatores: a facilitação do acesso, e a celeridade.

A facilitação do acesso aos Juizados Especiais relaciona-se inegavelmente com o acesso à justiça como um todo, representando, neste aspecto, imensurável avanço em termos legislativos.

A busca pela celeridade na prestação jurisdicional, por sua vez, guarda relação com o acesso não apenas aos tribunais, mas à prestação jurisdicional que confira ao titular do direito aquilo a que faz jus, ao tempo suficiente, eis que a prestação jurisdicional tardia não é satisfativa sob o ponto de vista da efetividade, e, portanto, não é satisfatória.

Como observa com a propriedade que lhe é peculiar, Alexandre Câmara, vive-se atualmente a era dos estatutos, sendo estes, diplomas destinados a disciplinar de forma completa um determinado segmento da vida social.⁷

Levando-se em linha de conta a previsão constitucional sobre os Juizados Especiais, bem como a existência da Lei nº 9.099/95, e a posterior Lei nº 10.259/01, observa-se que os mencionados textos legislativos compõem de acordo com o citado Autor o que se denomina Estatuto dos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que resulta em um sistema processual próprio, adequado para causas cíveis de menor complexidade.

O micro-sistema dos Juizados Especiais, instituído pelas mencionadas Leis, possui princípios e regras próprios, distintos daqueles estabelecidos pelo Código de Processo Civil, sendo certo, entretanto, que este lhes é subsidiariamente aplicável.

Considerando-se que ambas as Leis dispõem sobre causas da mesma natureza, torna-se inevitável o entendimento de que uma complementa a outra, em aplicação subsidiária e complementar, constituindo um único sistema legislativo.

As Leis nº 9.099/95, e nº 10.259/01 formam um mesmo estatuto, sendo que suas normas se aplicam subsidiariamente, por exemplo, aos recursos e as medidas de urgência.

Destaca-se que os princípios estabelecidos pela Lei nº 9.099/95, representam na realidade, vetores hermenêuticos, na abalizada previsão de Alexandre Freitas Câmara, de forma a irradiarem-se a toda e qualquer previsão acerca do microsistema dos Juizados Especiais.

Existem autores que alertam para o fato de que a instituição dos juizados especiais ultrapassou a diminuição da litigiosidade contida, causando o efeito inverso, de litigiosidade exacerbada, em razão da modificação verificada pelo acesso direto.⁸

Em relação ao acesso à justiça especificamente previsto na lei nº 9.099/95, verifica-se a inovação representada pela permissão do ajuizamento das ações diretamente pelos cidadãos, sendo facultativa a representação por advogado, nas causas até um determinado valor,⁹ e obrigatória a assistência jurídica acima deste valor, até o valor correspondente ao teto dos Juizados.

A criação dos JECS diminuiu a litigiosidade contida, mas contribuiu para a litigiosidade exacerbada, na medida em que passou a possibilitar o acesso direto dos indivíduos aos Juizados Especiais, prevendo mesmo a isenção de custos em primeiro grau de jurisdição.

Nesse passo, cumpre destacar que a possibilidade de acesso direto das partes representa um diferencial tão significativo, que se tornou possível afirmar que desta feita, foram abertas à sociedade as portas do Poder Judiciário, expressão forte, mas que deve ser compreendida em razão da possibilidade do próprio titular do direito deduzir ao Estado-Juiz, sua pretensão.

Para alguns doutrinadores, como Alexandre Câmara, e Calmon de Passos, por exemplo, o acesso direto previsto no artigo 9º da lei nº 9.099/95 seria inconstitucional, por afronta ao artigo 133, da Constituição da República, sendo certo que o Supremo Tribunal de Justiça se manifestou pela constitucionalidade do dispositivo.

⁵ Cf.: NETO, Caetano Lagrasta. *Juizado Especial de Pequenas Causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 17.

⁶ Sobre jurisdição abrangente vide AYOUB, Luiz Roberto, *Arbitragem: O acesso à Justiça e a efetividade do processo. Uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 06.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas, *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, uma abordagem Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 312.

⁸ Idem.

⁹ Lei nº 9.099/95, artigo 9º: “Nas causas de valor até 20 salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

Vale destacar que o artigo 1º I, segunda parte, da Lei nº 8.906, de 1994, referente ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil foi alvejado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1127-8, ajuizada pela associação dos Magistrados, com vistas a suprimir a necessidade de representação por advogado de forma obrigatória nos procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal afastou a indispensabilidade de patrocínio jurídico advocatício em relação aos Juizados Especiais.

Observa-se que a Lei referente aos Juizados Especiais contém, quanto ao citado acesso direto, preceitos que, em termos práticos constituem extremos.

É que, se de um lado a Lei faculta a representação para o ajuizamento da ação, bem como para a prática de atos processuais ulteriores, por outro lado estabelece como obrigatória a representação em segundo grau de jurisdição, ou seja, em caso de haver interposição recursal.

Deve ser destacado que a Lei dos Juizados Especiais prevê o acesso direto dos indivíduos ao Poder Judiciário, o que representa avanço imensurável em termos de acesso à justiça.

Entretanto, o referido acesso direto perfaz-se apenas com relação ao primeiro grau de jurisdição, sendo certo que em havendo interposição recursal, há necessidade de pagamento de taxas judiciárias.

Além disso, em caso de interposição recursal, passa a ser necessária a representação por profissional habilitado.

Levando-se em linha de conta que tais óbices são inexistentes no primeiro grau do microsistema dos Juizados Especiais, o sistema normativo respectivo cria, na realidade uma dualidade em relação ao acesso aos Juizados Especiais.

Essa dualidade em relação aos acessos em primeiro e segundo grau de jurisdição é criticável, uma vez que o pagamento de taxas e o patrocínio necessário, constituem barreiras econômicas ao acesso à Justiça.

Em se tratando do acesso das partes diretamente aos Juizados Especiais Cíveis, afigura-se necessário analisar a assistência judiciária a ser prestada junto aos mesmos, para que esta seja prestada de forma materialmente igualitária, possibilitando o respeito aos princípios processuais constitucionais, e o acesso à prestação jurisdicional efetiva.

Em que pese à possibilidade de se analisar o acesso à Justiça por diversos aspectos, nota-se a inafastabilidade do conceito de que a finalidade da Justiça não é outra que não o bem comum.

E o meio para que se possa atingir o bem comum é a atividade estatal, sendo, pois, o exercício da jurisdição um dos aspectos deste conjunto de atividades estatais, sobretudo aquele que diz respeito a por fim aos litígios, dizendo o direito aplicável ao caso concreto, em caráter definitivo, mas, de outro lado, proporcionando o devido acesso a todo o conjunto de atividades estatais necessárias a prestação jurisdicional efetiva.

Atualmente, existe na doutrina o entendimento de que, sob o ponto de vista do direito processual civil, o acesso à Justiça representa um princípio maior, do qual decorrem os demais princípios.¹⁰

Assim, tomando-se como exemplo o princípio do devido processo legal, torna-se possível aferir-se que este é decorrente do acesso à justiça, uma vez que, primeiramente deve-se garantir o acesso ao Poder Judiciário, para, em momento posterior, assegurar a observância das regras estabelecidas em lei, para plenitude das garantias.

Destaca-se, nesse passo, que a Constituição da República exerce o papel fundamental no sentido da previsão do acesso à justiça, este, por sua vez, instrumentalizado pelas normas processuais.

Nota-se que, na realidade a Constituição da República representa o pilar fundamental do processo,¹¹ tendo-se em conta que nela se encontram os princípios norteadores da atividade processual.

O que se afere em relação à Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é a clara intenção do legislador constituinte em tornar acessível a Justiça para todos os indivíduos, levando-se em consideração que tal representa a democratização dos procedimentos.

Esta democratização do processo tem por fim assegurar a participação dos indivíduos no processo decisório, remetendo ao paradigma democrático, consoante anteriormente desenvolvido na presente pesquisa.

Considerando-se as premissas acima, afigura-se necessário que estas sejam asseguradas concretamente, momento em que obrigatoriamente passa-se ao debate da questão referente à efetividade como elemento essencial da prestação jurisdicional.

¹⁰ BATISTA, Lindberg Leitão. *Acesso à Justiça face a Lei n.º 9.099/95: Eis o grande desafio*. Disponível em <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 11.12.2004.

¹¹ Idem.

Primeiramente observa-se que o Estado tem o dever de prestar proteção aos direitos, sendo certo que esta proteção deve ser realizada em concreto, ou seja, efetiva.

Em segundo lugar, esta proteção estatal aos direitos deve ser realizada em tempo útil ao titular do direito, o que se denomina “adequação temporal,”¹² observando-se ainda a necessidade de efetividade também sob o aspecto do tempo necessário para a prestação jurisdicional.

Justamente na esteira das premissas acima destacadas, surgiu o micro-sistema dos Juizados Especiais Cíveis, representando, em sua face mais importante, o conceito de socialização da Justiça, através da previsão do acesso direto dos indivíduos ao Poder Judiciário.

Certo é que a Lei nº 9.099/95 prevê a possibilidade de que o indivíduo deduza sua pretensão em juízo sem a necessidade da representação por advogado, demonstrando a intenção socializante anteriormente descrita.

Desta forma, o que se verifica, sobretudo sob o ponto de vista da efetividade da prestação jurisdicional, é que a garantia referente ao acesso direto não se revela bastante, sendo necessário que existam, sob o ponto de vista estrutural, instrumentos que possam garantir a concretização desta previsão legal, sob pena de desvio da própria *ratio legis*.

Ocorre que a Lei instituidora dos Juizados Especiais traz em seu corpo, a previsão da existência do serviço de assistência judiciária junto àquele micro-sistema, estabelecendo o artigo 56 do referido diploma que: “Instituídos os Juizados Especiais, serão implantadas as curadorias necessárias e o serviço de assistência judiciária”.

Importante ponto a ser debatido diz respeito à questão da hipossuficiência econômica e jurídica no âmbito dos Juizados Especiais.

A Lei nº 9.099/95 estabelece normas que têm por finalidade buscar o equilíbrio na relação jurídica processual. Prevê a possibilidade de que o Juiz, ao verificar a existência de desequilíbrio entre as partes, em caso de Autor ou Réu, desacompanhado de Advogado, tome medida para restabelecer a igualdade processual.

Nesse passo, torna-se necessário estabelecer a diferença entre a hipossuficiência econômica, e a hipossuficiência jurídica.¹³

A hipossuficiência jurídica, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, diz respeito à posição desfavorável em relação ao patrocínio jurídico por profissional habilitado, tendo em vista a possibilidade de acesso direto do indivíduo no âmbito dos Juizados Especiais.

De outro lado, a hipossuficiência econômica é referente à impossibilidade do indivíduo de arcar com o custo econômico do processo, bem como de profissional habilitado a patrocinar seus interesses em juízo, sem prejuízo do sustento próprio, dispendo a lei nº 1.060/50, em seu artigo 2º, o seguinte: “parágrafo único: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Na prática dos Juizados Especiais o que se nota é que, em sendo verificado desequilíbrio entre as partes, ocorre a nomeação, pelo Juízo, de Advogados dativos para patrocínio dos interesses daquele que se encontra desassistido juridicamente.

A nomeação de Advogados dativos ocorre, tanto para os feitos em curso, quanto *ad hoc*, ou seja, para a prática de atos específicos, ocorrendo com maior frequência para a realização imediata das audiências de instrução e julgamento, evitando, assim, o adiamento do ato.

Entretanto, esta solução não parece ser aquela pretendida pelo legislador ao adotar a previsão do artigo 9º, da Lei nº 9.099/95, sendo que há quem sustente com propriedade, como Alexandre Câmara, que a figura do Advogado Dativo não existe, à luz dos preceitos referentes aos Juizados Especiais.¹⁴

Isso porque a Lei, no mencionado artigo, em seu parágrafo 2º, preceitua que: “sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local”.

Em sendo assim, observa-se que dispõe a lei de mecanismos para que seja estabelecido (ou restabelecido) o equilíbrio processual, devendo-se destacar, entretanto, que existem diferenças entre aqueles indivíduos que fazem jus à assistência judiciária estatal, e os demais, aos quais será conferida a

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 321.

¹³ GARCIA, José Augusto. *Solidarismo Jurídico: Acesso à Justiça e funções atípicas da Defensoria Pública*. In: Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, 2002, p. 168.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre, *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, uma Abordagem Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 199.

possibilidade da constituição de patrono, sem que o Juízo adote a utilização indiscriminada da figura do Advogado Dativo.

O que deve ser adotado em termos estruturais e procedimentais é a instituição, pelo Estado, da assistência judiciária no âmbito dos Juizados Especiais, estabelecendo-se ainda a divisão entre a assistência ao hipossuficiente jurídico, e ao hipossuficiente econômico, esta constitucionalmente de atribuição da Defensoria Pública.

Consoante já destacado, para alguns processualistas, o acesso direto dos indivíduos, previsto no estatuto dos Juizados Especiais seria inconstitucional, por afronta ao artigo 133, da Constituição da República, que prevê a indispensabilidade do patrocínio advocatício¹⁵.

Afere-se que o Estatuto dos Juizados Especiais prevê a necessidade de que o Estado preste a assistência judiciária, sendo que, especialmente em relação a esta expressão, parece-nos que seria mais adequada a utilização do vocábulo “jurídica” para qualificação da assistência gratuita, eis que esta representa a completa orientação dos hipossuficientes, independentemente da existência de uma ação em Juízo, pelas razões anteriormente mencionadas.

Assim, conclui-se que, se de um lado a lei nº 9.099/95 representou verdadeira revolução no tocante ao acesso à justiça, de outro fez emergir a necessidade da análise de todo um conjunto de fatores influentes, sob a ótica da prestação jurisdicional.

Aberto o caminho do acesso aos Juizados Especiais, faz-se necessário o passo posterior, referente ao aprimoramento de todo o sistema, principalmente com relação à assistência jurídica, com vistas à obtenção da plena efetividade da prestação jurisdicional.

III - INFORMAÇÃO, ACESSO E ASSISTÊNCIA JURÍDICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

O acesso à justiça integra o conjunto de direitos sociais estabelecidos em nosso ordenamento jurídico na Constituição da República de 1988.

Os direitos sociais, ao lado de necessitarem de efetivação em concreto, carecem ser devidamente informados a todos os integrantes do corpo social, o que se revela de certa forma problemático em termos nacionais, sobretudo levando-se em conta as mais diversas realidades sociais dentro do Brasil.

É necessário que exista informação, para que os cidadãos possam exigir do Estado uma atividade inerente à efetivação concreta de determinado direito social.

Ocorre que é público e notório neste país, que o acesso à educação e, por conseguinte, à informação, tem se revelado difícil e desigual, podendo ser mesmo atestado como negativamente seletivo.

Em relação ao acesso à justiça, revela-se imprescindível a informação da população acerca do dever estatal em prover assistência jurídica, sendo certo que, além do preceito normativo abstrato garantidor do acesso, torna-se necessário todo um conjunto de mecanismos para sua concretização.

Nesse passo, é preciso que todos os indivíduos juridicamente necessitados possam conhecer todos os aspectos referentes às estruturas dispostas pelo Estado para a prestação do serviço de assistência jurídica gratuita, como, em exemplo simplório, onde e quando encontrar um órgão da Defensoria Pública.

Esses fatos podem à primeira vista parecer menos importantes, mas vale lembrar que na realidade cotidiana de funcionamento de um órgão da Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro, é perfeitamente normal que haja assistidos incapazes de distinguir a instituição encarregada da assistência jurídica, e outras instituições com atribuições diversas, como o Ministério Público.

A informação acerca da advocacia privada existe, decorrência da atividade dos advogados de forma geral, mas verifica-se uma enorme carência em relação a informações sobre a assistência jurídica gratuita, que se reflete, por exemplo, no fato de que diariamente são atendidas pessoas nos órgãos da Defensoria Pública que sequer reconhecem a assistência jurídica estatal como direito próprio, julgando ser o mesmo caritativo.

Desta forma, não se pode aferir como plena a informação sobre o acesso à justiça, sem as devidas informações sobre as estruturas e órgãos encarregados pelo Estado, para a prestação da assistência jurídica gratuita.

¹⁵ Opinião de CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 66. tb CALMON DE PASSOS, J.J., *In Câmara, Op. cit.*, p. 02.

Afigura-se inegável que, para o exercício de um direito, é necessário o prévio conhecimento do mesmo. Assim, para que o acesso à justiça seja realmente efetivo, faz-se necessária a devida divulgação deste no seio da sociedade, como garantia fundamental.

Portanto o direito à informação é, como salientado por Paulo César Pinheiro Carneiro, o ponto de partida e ao mesmo tempo, de chegada, para que o acesso à justiça possa ser alcançado por todos.¹⁶

Por outro lado, retornando à técnica processual, destaca-se como trilogia moderna do processo: liberdade; igualdade das partes, e a participação em contraditório, devendo ser questionado se a referida tríade resta viabilizada sem comprometimento com a plenitude da informação.

Em relação aos Juizados Especiais, os aspectos referentes à informação acima destacados ganham contornos ainda mais salientes, haja vista o acesso dos indivíduos sem patrocínio jurídico, sendo certo que neste caso, resta ainda mais necessário o cuidado com a preservação do direito de informação das partes, em respeito aos princípios mencionados.

A necessidade de informação assume particularidade junto aos Juizados Especiais Cíveis em razão da possibilidade prevista pela Lei, do acesso dos indivíduos de forma direta, o que traduz a importância de que, em particular esta espécie de parte possa ter acesso às informações acerca do procedimento adotado, bem como da prática de atos processuais, e, mais importante, sobre os prazos e a produção probatória.

Necessária ainda a informação acerca da estrutura disponível pelo Estado, para prestação da assistência jurídica gratuita, mesmo em sede dos Juizados Especiais, levando-se em conta que a nomeação de um profissional pode decorrer de uma necessidade verificada no curso do procedimento.

Especificamente nesse passo, observa-se como diferencial o fato de que as normas processuais contidas na Lei referente aos Juizados Especiais, dirigem-se não apenas aos operadores do direito, mas também aos indivíduos leigos, uma vez que podem pleitear diretamente ao Estado-Juiz. Entendimento contrário conduz necessariamente à obrigação de que os Juizados Especiais Cíveis possuam, em sua totalidade, órgãos destinados a orientar anteriormente ao procedimento, as partes que não se encontram patrocinadas por advogado.

A informação faz-se necessária mesmo para possibilitar a materialização em face daqueles ônus processuais observados no curso do procedimento, como por exemplo, a distribuição processual do ônus da prova.

Destaca-se que a Lei nº 9.099/95 não dispõe expressamente sobre alguma particularidade acerca da informação das partes, mesmo em relação a citações e intimações,¹⁷ prevendo a norma, entretanto, a possibilidade de que o Juiz oriente a parte acerca da necessidade de patrocínio jurídico.¹⁸

Esta norma traz em seu bojo importante reflexo do anseio dos processualistas modernos por um maior ativismo judicial¹⁹ no processo, ou seja, uma postura mais ativa do Juiz no procedimento, o que, em termos de informação, não possui quaisquer contra-indicação.

O dispositivo em comento, apesar de seu valor como indicativo da busca pelo equilíbrio na relação jurídica através da informação, refere-se a momento processual avançado, quando do comparecimento em Juízo, e que pode se afigurar tardio em determinadas situações.

O que se observa em termos de direito de informação, em relação aos Juizados Especiais, é que, em consequência das particularidades procedimentais, bem como do grande diferencial existente neste micro-sistema, que é o acesso direto dos indivíduos, a amplitude da informação se revela de suma importância para a efetividade da própria prestação jurisdicional.

Não se pode olvidar que a informação, em termos procedimentais, tem por finalidade precípua assegurar a participação, cuja importância se afere desde as bases do princípio democrático: liberdade de informação e participação da sociedade²⁰, afinal escolher requer participar, até o nível processual, mais exatamente procedimental, uma vez que, os pólos do princípio do contraditório são: informação e reação, devendo-se, pois, assegurar a participação das partes através da informação.

¹⁶ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça, Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 111. Aduz o Autor: “Esse dado, o direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso, é tão importante como o de ter um advogado, um defensor que esteja à disposição daqueles necessitados que, conhecedores dos seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes- os “não- partes” são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”.

¹⁷ Lei n.º 9.099/95, artigos 18 e 19.

¹⁸ Lei n.º 9.099/95, artigo 9º, par. 2o.

¹⁹ sobre ativismo judicial, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 307.

²⁰ Idem, p. 135.

Assim, conclui-se que, se de um lado a lei nº 9.099/95 representou verdadeira revolução no tocante ao acesso à justiça, de outro fez emergir a necessidade da análise de todo um conjunto de fatores influentes, sob a ótica da prestação jurisdicional.

Aberto o caminho do acesso aos Juizados Especiais, faz-se necessário o passo posterior, referente ao aprimoramento de todo o sistema, principalmente com relação à assistência jurídica, com vistas à obtenção da plena efetividade da prestação jurisdicional.

IV-EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A efetividade é elemento indispensável à prestação jurisdicional, e se por um lado, o Estado deve oferecer os instrumentos para a efetiva proteção aos direitos, de outro se pode dizer que esta proteção deve ser apresentada em tempo útil, consagrando o que se denomina adequação temporal da prestação jurisdicional.

A referida efetividade deve ser observada pela ótica do destinatário final da prestação jurisdicional, ou seja, o indivíduo jurisdicionado, devendo ser implantada uma perspectiva na qual todo o sistema jurídico seja visto como instrumento a serviço da sociedade, conforme a lição de Mauro Cappelletti.²¹

O tempo exerce influência na prestação jurisdicional, uma vez que uma prestação jurisdicional efetiva deve ser entregue ao destinatário final em prazo razoável.

De outro lado, constata-se presente o dilema entre a segurança jurídica conferida pela prestação jurisdicional, e a celeridade, para harmonia e efetividade do serviço público denominado jurisdição.

Desta forma, relaciona-se estreitamente o fator tempo, com a efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que um dos fatores que a compõe, sem dúvida é a tempestividade na prestação do serviço público denominado jurisdição.

Em relação aos Juizados Especiais Cíveis, ao lado da particular possibilidade de acesso direto, com as mudanças daí decorrentes, pode ser destacado como grande objetivo a celeridade na prestação jurisdicional.

Feitas essas considerações, o que se afigura necessário é a conciliação entre a celeridade que se pretende alcançar, e a segurança jurídica na prestação jurisdicional.

A composição entre estes dois fatores passa obrigatoriamente pela questão referente à assistência jurídica, esta aqui referida de forma abrangente, com relação à instrumentalização do direito de informação aos indivíduos, e ainda, do (re) estabelecimento do equilíbrio nas relações jurídicas processuais.

Exemplo claro, em sede de Juizados Especiais Cíveis, a norma do artigo que prevê a possibilidade de adiamento da audiência de instrução e julgamento deve ser de aplicação cautelosa, uma vez que, levando-se em conta o fato de que a maior parte dos Juizados Especiais se encontra com excesso de feitos, em termos práticos, um adiamento pode significar um retardo de vários meses nos processos.

Em sendo assim, a assistência jurídica deve ser implantada de modo a possibilitar que as partes, de um lado tenham plenamente assegurado o acesso à justiça, mas de outro, possam obter uma prestação jurisdicional que seja realmente efetiva.

Desta forma, a influência do tempo se relaciona diretamente com a necessidade de que a tutela jurídica seja útil ao seu destinatário, sendo que, obtida tardiamente, a prestação jurisdicional sofre perda em termos de utilidade.

A prestação jurisdicional, além de ser adequada, deve ser útil ao jurisdicionado, sob o ponto de vista temporal, uma vez que não se pode haver como efetiva uma prestação jurisdicional tardia.

Em relação ao tempo de duração dos processos, destaca-se a recente reforma do texto constitucional,²² com a normatização expressa de novo direito fundamental, no inciso LXXVIII, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. Apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20.

²² Inciso acrescentado ao artigo 5º, da Constituição da República, pela emenda constitucional n.º 45, de 08-12-2004.

Desta forma, em relação aos Juizados Especiais, o que se nota é verdadeiro duelo entre dois valores, sendo um deles expresso no próprio texto do estatuto dos Juizados Especiais, que é a celeridade, e de outro lado segurança jurídica, ponto este estreitamente vinculado com a efetividade da prestação jurisdicional, esta reflexiva dos objetivos da ciência processual moderna.

No estudo referente à efetividade da prestação jurisdicional junto aos Juizados Especiais Cíveis sob a ótica do acesso à justiça, ocorre a inevitável abordagem dos aspectos referentes à assistência jurídica no citado micro-sistema.

O percurso lógico iniciado com o acesso à justiça, passa necessariamente pela assistência jurídica, para que se possa atingir o pretendido aspecto da efetividade da prestação jurisdicional.

O que se pode concluir sem esforço, é que as questões inerentes à assistência jurídica nos Juizados Especiais guardam estreita relação com a efetividade da prestação jurisdicional verificada junto a esse sistema, devendo, para alcance da referida efetividade, haver a uniformização da referida assistência.

Levando-se em conta as questões referentes à diversidade da assistência jurídica verificadas, desde a necessidade de esta seja realizada de forma mais ampla, até a solução prática da utilização de quadro de advogados dativos, a conclusão inevitável é a diversidade na prestação jurisdicional, conforme a adoção das mais variadas soluções em termos estruturais, com influência profunda na efetividade da mesma.

Não se pode admitir que a assistência jurídica de um Juizado Especial seja diversa daquela instituída em outro, sob pena de prestações jurisdicionais diferenciadas, em clara violação ao princípio da igualdade.

Posteriormente, deve ocorrer a adoção de medidas que possibilitem a conformidade entre a assistência jurídica prevista no estatuto dos Juizados Especiais, e os preceitos mais genéricos acerca do tema, principalmente aqueles que possuem sede constitucional.

Fatores referentes às próprias estruturas dos Juizados Especiais devem, pois, ser levados em conta para a materialização da igualdade em relação à prestação jurisdicional oferecida.

Adiante, devem ser providenciadas medidas que tenham por finalidade materializar a igualdade entre as partes, com relação ao acesso e à assistência jurídica nos Juizados Especiais, em ambas as esferas, federal e estadual, através da instituição de órgãos que viabilizem a igualdade na prestação do respectivo serviço público.

Importante destacar que, em termos legislativos, sempre que se busca a igualdade material, são utilizados fatores discriminantes,²³ ou seja, é conferido tratamento desigual àqueles que se encontram em posições jurídicas diferentes, com vistas ao equilíbrio nas relações.

Tomando como parâmetro lição acima mencionada, de Calmon de Passos, acerca da adoção, pelo sistema jurídico de fatores discriminantes, deve-se levar esta premissa ao microsistema dos Juizados Especiais, para que o fator utilizado para aferir direito à assistência jurídica gratuita seja sempre o mesmo, em todas as unidades dos Juizados Especiais.

Ocorre que não se deve permitir que a utilização dos critérios utilizados pelo legislador contribua, em concreto, para a diminuição da efetividade na prestação jurisdicional pretendida junto aos Juizados Especiais.

Assim, é inafastável a conclusão de que, se o legislador utilizou critérios que visam a proporcionar a observância dos princípios inerentes aos Juizados Especiais, torna-se necessário todo um conjunto de medidas organizacionais, estruturais, institucionais, e materiais, para que se possa efetivar em concreto, as previsões legais.

Deve-se evitar, portanto, a utilização de soluções diversas acerca do acesso aos Juizados Especiais, bem como em termos de assistência jurídica, sob pena de considerando-se a diversidade de realidades sociais, comprometer-se a própria prestação jurisdicional.

As disposições constantes no Estatuto dos Juizados Especiais devem ser interpretadas conforme os demais preceitos acerca da assistência jurídica gratuita, ou seja, a assistência jurídica gratuita deve ser prestada de forma integral pelo Estado, através do órgão constitucionalmente incumbido do respectivo serviço público, qual seja, a Defensoria Pública.

Em sendo assim, revela-se necessária uma uniformização de interpretações, e a implantação, em concreto, de previsões normativas que conduzam a um serviço de assistência jurídica prestado de forma igualitária.

O que se pretende, na realidade, em termos de acesso à ordem jurídica justa, é a evolução nesta direção, mas sem que se abra mão do direcionamento para a justiça, pois a ampliação da jurisdição deve ser acompanhada pela efetividade da prestação jurisdicional.

²³ CALMON DE PASSOS, J.J. *In: Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.169-185.

Em relação aos Juizados Especiais, sempre devem ser sopesadas a segurança jurídica, e a celeridade na prestação jurisdicional, para que este sistema possa representar a ampliação do acesso, não apenas à prestação jurisdicional, mas o acesso a uma ordem jurídica justa.

Outro ponto que merece destaque é o que se refere à materialização estrutural dos preceitos normativos referentes aos Juizados Especiais.

Ocorre que a Lei instituidora dos Juizados representa, como já dito, verdadeira socialização da Justiça, ao possibilitar a superação de inúmeras barreiras ao acesso à Justiça.

Nota-se, como se poderia claramente prever, que tais inovações na forma de ministrar a prestação jurisdicional, acarretaria o incessante aumento de feitos a sobrecarregar os Juizados Especiais.

Na realidade, a ampliação dos litígios submetidos ao Estado-Juiz, culmina com a necessidade de que o Estado acompanhe esta evolução, sob o ponto de vista estrutural, sob pena de comprometimento da finalidade maior de toda a atividade estatal: a efetividade na prestação jurisdicional.

São necessárias reformas na estrutura dos Juizados Especiais, o que significa aumentar o número de Juízes, de funcionários, conciliadores, além de ampliação nas próprias estruturas físicas respectivas.

Verifica-se que, se o aumento na quantidade de feitos não for acompanhado por reformas estruturais, poder-se-á afirmar com certeza que isso irá repercutir no tempo de tramitação de cada processo, e sob a ótica de todo o sistema, o tempo na prestação jurisdicional é diretamente relacionado com a efetividade da mesma, conforme exaustivamente debatido na doutrina processual civil.

Nesse passo, o que deve ser observado por todos os responsáveis pelo sistema dos Juizados Especiais é exatamente a adoção de mentalidades e posturas que tenham por finalidade precípua a efetividade da prestação jurisdicional junto aos Juizados Especiais, sob pena de, aí sim, permitir o desserviço público mencionado na lição de Calmon de Passos.

Deve haver a conformidade entre a promessa representada pela instituição dos Juizados Especiais Cíveis, e o que é esperado pela sociedade, em termos de acesso a uma ordem jurídica justa, traduzida, nesse particular sistema, na prestação jurisdicional efetiva.

V-CONCLUSÃO

A Justiça constitui ideal relacionado a qualquer grupo social, em qualquer grau de evolução, e em todos os momentos históricos.

Com relação, particularmente ao sistema jurídico, não há que se falar em jurisdição sem antes possibilitar a todos os indivíduos a distribuição da justiça.

Nessa trilha, o presente trabalho teve como objeto pesquisa referente ao acesso à justiça, e a efetividade da prestação jurisdicional junto aos Juizados Especiais Cíveis.

Constitui o acesso à justiça processo em constante desenvolvimento, haja vista as constantes transformações sociais, e conseqüentemente jurídicas, sob o ponto de vista da evolução do disciplinamento das relações sociais.

Importa o acesso à justiça para o processo democrático, na medida que este se relaciona com a participação dos indivíduos no processo decisório do exercício do poder político e jurisdicional, relacionando-se ainda diretamente com os princípios e direitos fundamentais.

Isso ocorre de forma clara em relação ao princípio da dignidade humana, sendo este o valor maior de todo o sistema jurídico, o que torna possível concluir que o direito de acesso à justiça se encontra entre os direitos humanos, e vinculado mesmo, àquele referente à dignidade da pessoa humana.

Para análise dos objetos determinados, apresentou-se necessário estudo referente ao sistema de assistência jurídica e a conseqüente influência deste e outros fatores na prestação jurisdicional junto aos referidos Juizados.

Motivou a realização deste trabalho, além da muitas vezes doutrinariamente destacada importância do tema acesso à justiça, o contato profissional direto com os Juizados Especiais Cíveis, mais precisamente no Estado do Rio de Janeiro.

Com relação à assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, descortinou-se terreno fértil para pesquisa a posição a ser ocupada pela instituição junto aos Juizados Especiais Cíveis, função esta geradora de opiniões divergentes acerca do posicionamento institucional junto aos Juizados Especiais Cíveis.

Os Juizados Especiais Cíveis representam uma moderna forma de distribuição da jurisdição, constituindo inegável avanço em termos de acesso à justiça, demandando o constante debate acadêmico, tanto pela pouca idade dos institutos inerentes, quanto pelo espantoso crescimento deste microsistema.

A prestação jurisdicional por sua vez, enquanto serviço público essencial, traz a necessidade da efetividade que representa anseio de toda a ciência jurídica, especialmente da doutrina processual civil.

Os Juizados Especiais ampliaram a prestação jurisdicional, possibilitando o acesso direto, o que é sem dúvida, revolucionário, mas é preciso que este acesso seja a uma prestação efetiva, do ponto de vista daquele a quem se destina, que é o indivíduo consumidor, para que se possa então, proporcionar acesso à ordem jurídica justa.

Aberto o caminho do acesso aos Juizados Especiais, faz-se necessário o passo posterior, referente ao aprimoramento de todo o sistema, principalmente com relação à assistência jurídica, e conseqüentemente, ao funcionamento dos órgãos da Defensoria Pública, com vistas à obtenção da plena efetividade da prestação jurisdicional.

Assim, conclui-se que, se de um lado a lei nº 9.099/95 representou verdadeira revolução no tocante ao acesso à justiça, de outro fez emergir a necessidade de aprimoramento de todo um conjunto de fatores influentes, sob a ótica da prestação jurisdicional.

Neste ponto, assume fundamental relevância a função da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis, eis que, mesmo que em posição de competição com a advocacia dativa, e no desempenho do *munus* atribuído pela Lei Fundamental, representa poderoso instrumento para a concretização da efetividade jurisdicional em comento.

Momento recompensador do estudo realizado, diz respeito à constatação da necessidade de aplicação dos princípios instrumentalistas aos Juizados Especiais, mais precisamente à assistência jurídica, através do qual nos deparamos com a importância da revisão de toda a mentalidade envolvendo a operação do direito de forma ampla, para que todo o sistema represente verdadeiramente uma ferramenta para realização da Justiça.

Despretensiosamente, observamos que ao menos um objetivo restou alcançado, que foi trazer à lume o debate sobre as nuances da assistência jurídica nos Juizados Especiais, certo de sua influência na prestação jurisdicional.

Nesses tempos em que a Defensoria Pública empreende luta nacional para definição e consolidação no cenário jurídico nacional, procurando sempre traduzir, em termos finalísticos, as premissas constitucionais, esperamos poder acrescentar alguma colaboração institucional, que possa futuramente, concorrer para a efetividade da assistência jurídica e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional nos Juizados Especiais Cíveis.

Esperamos ainda, ter contribuído com este breve estudo, para a ampliação da visão sobre o acesso à justiça, a assistência jurídica, e a efetividade da prestação jurisdicional cível nos Juizados Especiais.

Este trabalho evidentemente não reflete a realidade absoluta, mas a pequena parcela a qual tivemos acesso.

VI- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Disponível em www.jusnavigandi.com.br. Acesso em: 07/05/05.

AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: O Acesso à Justiça e a efetividade do processo. Uma Nova Proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BATISTA, Lindberg Leitão. *Acesso à Justiça face a Lei n.º 9.099/95: Eis o grande desafio*. Disponível em www.jusnavigandi.com.br. Acesso em: 11.12.2004.

BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: A Lei nº 9099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O direito à assistência Jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Temas de Direito Processual. 5ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Acesso à Justiça no plano dos Direitos Humanos*. In: Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: lumen júris ed., 2002, p. 1-11.

_____. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais, uma abordagem Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARREIRA Alvim, J. E., RIBEIRO DA SILVA, Leandro e CAMPOS, Antônio. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada e Comentada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora: 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985.

_____. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCIA, José Augusto. *Solidarismo Jurídico, Acesso à Justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: A aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado*. In: Revista de Direito da ADPERJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *O Judiciário como Poder Político no século XXI*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>, Acesso em: 10/11/2004.

SLAIB FILHO, Nagib, *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Fábio Costa, *Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Sensu dos Necessitados*. In: Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

WATANABE, Kazuo, *Da Cognição no Processo Civil*, 2ª ed., Campinas: Bookseler, 2000.

ACESSO À JUSTIÇA E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

RAPHAEL C. BERBA

Rio de Janeiro

2007

A CONFLITUOSA RELAÇÃO ENTRE A IMPRENSA E OS ADOLESCENTES AOS QUAIS SE IMPUTA AUTORIA DE ATO INFRACIONAL

Rodrigo de Castro Fuly¹

1. Introdução

Recentemente temos assistido a uma verdadeira cruzada empreendida por alguns órgãos da imprensa, de onde se infere uma nítida mensagem discriminatória, pejorativa, segregatória, quanto aos adolescentes acusados da prática de ato infracional². Sob a roupagem de matérias jornalísticas, vemos publicados em alguns jornais, verdadeiros manifestos, que não têm o conteúdo neutro, narrativo, que se espera de uma reportagem. Com isto, vêm se sedimentando a opinião pública no sentido de que o problema da criminalidade galopante que assola a nossa sociedade, se resolveria em parte, com a mudança da legislação que regulamenta a prática de ato infracional pelos adolescentes, que supostamente seria muito benéfica e que por isto necessitaria de um recrudescimento. Aliado a isto, também se prega de maneira bastante evidente, a redução da maioridade penal, como sendo também uma forma de reduzir os alarmantes índices de criminalidade. A redução da maioridade penal, se justifica partindo da mesma premissa (que o Estatuto da Criança e do Adolescente em relação aos adolescentes acusados da prática de ato infracional, supostamente seria muito benevolente).

A questão revela-se tão evidente que a capa do Jornal do Brasil no dia 26/11/2006, publicou notícia com o seguinte título: “A lei que protege jovens assassinos”. Nesta edição foi publicada na própria capa, uma fotografia de um adolescente acusado da prática de ato infracional, sem qualquer tipo de tarja, que pudesse impedir a sua identificação, tal como determina o artigo 143 do ECA. Esclareceu o jornal: “A poucos meses de completar 18 anos, o homem que confessou ontem ter atirado no rosto da empresária Ana Cristina Johannpeter voltará às ruas em breve. É protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, impunidade contra a qual o JB protesta publicando esta foto sem tarja”. Ou seja, estamos diante da expressa violação de um direito que toma a forma de notícia jornalística. Isto sem falar na violação do segredo de justiça, também previsto pela Constituição Federal no art. 5º, LX, interpretado em consonância com art. 143 da Lei 8.069/90, acima citado.

O título da “reportagem” que consta desta mesma edição do JB, na página 15, é: “Paraíso Ameaçado. Quem pagará por esta dor?”, que alude ao bairro onde o delito que vitimou a empresária ocorreu: o Leblon. A “reportagem” fala de uma mobilização em torno da redução da maioridade penal para 16 anos.

A questão que se deve colocar é a seguinte: por que a sociedade não se choca com a brutalidade que é ver crianças morrendo de fome diante da janela de nossos carros, crianças expostas à chuva, à sujeira, por vezes, implorando por um pedaço de pão? Será que o crime que vitimou a empresária, teria causado tanta comoção nos órgãos de imprensa, se a vítima fosse uma pessoa de classe média, ou então um trabalhador pobre assassinado covardemente por um policial? Será que o “paraíso ameaçado” não seria a perda de toda uma infância, futuro de qualquer país, em virtude da miséria galopante? Não seria o verdadeiro “paraíso ameaçado” ver uma geração inteira, ter negado o acesso aos seus direitos sociais expressamente consagrados no art. 6º da CRFB? Talvez estas questões devessem ser colocadas pelos órgãos da imprensa, tão preocupados com o desenvolvimento social, e em livrar o “paraíso”, de qualquer tipo de ameaça.

Esclareço que o uso do termo reportagem entre aspas se deve ao fato de que o conteúdo das ditas notícias não é colocado sob a forma de um debate de idéias, onde se pondera os argumentos contrários e favoráveis da redução da maioridade penal. Em verdade, a questão da redução da idade da imputabilidade penal, bem como a suposta impunidade do ECA em relação aos autores de ato infracional, são colocadas como sendo de maneira incontroversa, a solução para o problema da criminalidade galopante, o que é absolutamente questionável.

No entanto, o que pretendemos abordar, é a possibilidade jurídica dos órgãos de imprensa, em veicular constantemente este tipo de “reportagem”, enchendo a sociedade de uma informação, cuja credibilidade é questionável. Para isto, antes de mais nada é indispensável uma abordagem do problema à luz da Constituição Federal, que, como é do conhecimento de todos, é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

¹ Defensor Público em exercício na Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da UniverCidade; Professor de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá; Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA.

² O art. 103 do ECA, menciona que considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção.

2. Da ponderação dos direitos fundamentais em conflito

É preciso para isto apontar o foco sobre os direitos fundamentais em conflito. De um lado temos a **liberdade de imprensa**, expressamente consagrada no texto constitucional como um direito fundamental, tal como se depreende do art. 5º, inciso IX c/c art. 220, parágrafos 1º e 2º, também da Constituição. Os dispositivos constitucionais consagram de maneira inequívoca a liberdade de imprensa, vedando qualquer tipo de censura de natureza política, ideológica e artística. De outro lado, estamos diante **dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes**. Na presente hipótese, centralizaremos nossa atenção nos adolescentes, já que às crianças não são impostas medidas sócio-educativas, tal como se deduz dos artigos 2º caput c/c 105 ambos do ECA. Todavia, vale ressaltar que a Constituição confere os mesmos direitos e garantias às crianças e aos adolescentes, ou seja, o sistema de proteção jurídico é o mesmo tanto para crianças quanto para adolescentes.

O art. 227 da Carta Magna preceitua: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação[...], **além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**”. (grifo nosso). Ainda no art. 227, no parágrafo 3º, inciso IV, encontramos algumas garantias do adolescente ao qual é imputado a autoria de um ato infracional, e no inciso V, os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que norteiam a aplicação de qualquer medida privativa da liberdade. Já o art. 228 da CRFB, estabelece que: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Atendendo à determinação do constituinte de 1988, o legislador ordinário elaborou o Estatuto da Criança e do Adolescente que regulamentou responsabilização dos adolescentes em conflito com a lei, dispondo sobre as medidas aplicáveis, caso demonstrada a autoria de ato infracional (art. 112 da Lei 8.069/90).

Desta forma temos dois direitos fundamentais em conflito, ambos de estatura constitucional (liberdade de imprensa e de outro lado os direitos e garantias dos adolescentes em conflito com a lei). **A liberdade de imprensa não é um direito absoluto**, logo passível de restrição quando colidir com outro direito também fundamental. Aliás, convém citar, a fim de enriquecer o debate, que Norberto Bobbio³, visualiza apenas dois direitos absolutos, a saber: o direito de não ser escravizado e o direito a não ser torturado. No mais não se visualiza um direito absoluto, sendo possível a ponderação, de modo que um direito tenha o seu alcance restringido por outro. A própria Constituição é capaz de nos auxiliar a concluir que a liberdade de imprensa não é um direito ilimitado, na medida em que consagra também outros direitos que possam com ela colidir, restringindo-a, tal como se infere do art. 220 § 1º. Isto, é óbvio, sem prejuízo de outros direitos e garantias consagrados na Lei Maior, que não estejam elencados expressamente no art. 220 § 1º CRFB, tais como os direitos e garantias titularizados pelos adolescentes em conflito com a lei.

É a partir deste ponto que se faz necessária uma atenta observação quanto aos direitos e garantias dos adolescentes em conflito com a lei, previstos em sede constitucional. Ressalte-se que o pacto social que ensejou a promulgação da Carta Magna, inegavelmente, formou-se no sentido de dar uma atenção privilegiada para a infância abandonada, miserável, existente no país. É como se o constituinte percebesse a existência de um débito social e resolvesse solvê-lo. Isto fica muito claro pelo uso da expressão **PRIORIDADE ABSOLUTA**, inserida no art. 227 da CRFB, que aliás determina ser dever da família, da sociedade e do Estado, colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Este é o único dispositivo da Constituição, vale dizer, em que a expressão prioridade absoluta é empregada. Por conseguinte, inegável que o preceito em comento possui eficácia plena, na tradicional conceituação de José Afonso da Silva, sendo portanto de aplicação imediata.

Entendemos relevante trazer à colação as lições de Ana Paula de Barcelos.

A concepção normativa da Constituição quer significar que todas as normas constitucionais são normas jurídicas. Nada obstante, quando se afirma que a Constituição é norma jurídica ou, mais que isso, que os princípios nela inseridos são espécies de normas, é preciso esclarecer com a precisão possível os conceitos utilizados. Que significa ser uma norma jurídica? Ou melhor: qual a nota essencial da norma jurídica que se atribui às normas constitucionais em geral para que se possa legitimamente designá-las como jurídicas?

De acordo com a moderna teoria da norma, o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos. Explica-se.

O direito não é um fim em si mesmo, mas instrumento de realização da pacificação, da justiça, e de determinados valores escolhidos pela sociedade. A norma jurídica, portanto, pretende produzir algum efeito no mundo dos fatos; deseja moldar a realidade, alterá-la,

³ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, p.61.

modificá-la em alguma medida. Por evidente não há necessidade de norma alguma para dizer o que já é ou o que não pode ser diferente.

[...] A nota de juridicidade vem com a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou, ainda, de associar algum tipo de consequência ao descumprimento da norma, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente.

[...] De acordo com a lógica de funcionamento do Estado de direito, no momento em que uma norma se torna jurídica, qualquer que tenha sido sua origem remota (e.g., a religião, a moral, ou a economia), seu cumprimento passa a ser obrigatório para todos – inclusive para o Poder Público –, o que requer todo um aparato estatal capaz de impor essa obediência, direta ou indiretamente, caso ela não seja obtida de forma voluntária.

...A ordenação de vigência confere à norma que prevê a maioria aos 18 anos, para determinados fins, a capacidade de obrigar todos – juizes, administradores e particulares – a aceitar os efeitos por ela dispostos (em conjunto com outras normas do ordenamento), como o que prevê a imputabilidade do menor de 18 anos, impedindo um juiz de condenar um menor criminalmente.⁴ (Grifo nosso).

Embora a autora mencionada tenha feito referência no final do texto citado, apenas à questão da imputabilidade, o raciocínio exposto se aplica perfeitamente ao princípio da prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição. Por conseguinte, não há como se questionar da aplicabilidade (e coercibilidade) do princípio em comento, vez que se traduz em norma dotada de plena efetividade.

O texto constitucional evidencia de maneira bastante expressiva, uma verdadeira mudança de paradigma ocorrida após 1988⁵, no que diz respeito ao tratamento dado ao adolescente em conflito com a lei. Rompeu-se com o paradigma menorista, vigente até então e expressamente consagrado pelo Código de Menores (Lei Federal nº 6.697/79). Estes deixaram de ser meros objetos processuais, sem nenhum tipo de direito ou garantia, sujeitos a um poder excessivamente discricionário do juiz, que podia fazer quase tudo diante de um “menor em situação irregular”, e passaram a ser sujeitos de direitos e titulares garantias, fazendo jus à aplicação de toda sistemática garantista importada do Direito Penal (que justamente serve de auxílio para evitar, frear os abusos de alguns operadores do direito da infância, ainda pouco familiarizados com a “nova” sistemática constitucional).⁶

Essencial neste ponto acrescentar ainda as lições de Martha de Toledo Machado, *in verbis*:

Veja-se, também, que o paradigma menorista buscou propositadamente e logrou obter no ordenamento jurídico a derrubada das garantias processuais já contidas nos ordenamentos anteriores (como por exemplo, a *imparcialidade do juiz*, a *inércia da jurisdição*, que é garantia da primeira, o *contraditório* e a *ampla defesa*), tanto no plano civil como no penal de seu regramento.

Embora coberto pelo falso véu de que crianças e adolescentes eram *irresponsáveis penalmente* (inimputáveis, não sujeitos ao regramento do Código Penal), objetivamente o que o paradigma *menorista* fez foi possibilitar juridicamente o encarceramento por tempo indeterminado, até o encarceramento perpétuo, de **crianças** (parte das quais, há séculos estavam excluídas de responsabilização no paradigma anterior) e adolescentes, sobre quem pairasse a **mera suspeita** de que tivessem cometido crime.

E possibilitava também o encarceramento perpétuo de crianças e jovens sobre quem nem suspeita de cometimento de crime existia, mas que o aplicador da lei (juiz) tinha por inseridos na categoria denominada **desvio de conduta** (ente jurídico de fluidez ímpar, de conceituação reservada ao talante do juiz, que na prática possibilitou o encarceramento de crianças e jovens por fatos de irrelevância penal absoluta).

Por outras palavras, a resposta penal do Estado a crianças e adolescentes era profundamente arbitrária e mais severa que aquela reservada aos adultos na mesma época: não incidia a

⁴ BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31et seq.

⁵ “Depois de vinte anos de silêncio, o cenário de abertura democrática, iniciado nos anos 80, foi terreno fértil para o debate das múltiplas questões relativas aos direitos humanos, incluindo-se, como não poderia deixar de ser, os direitos da criança e do adolescente. Antecipando-se à Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, a Constituição da República de 1988 rompeu definitivamente os paradigmas da Doutrina da Situação Irregular, adotada no Código de Menores (Lei Federal nº 6697/79), ao consagrar no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral, que veio a ser posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90)”. A autora afirma ainda que a doutrina da proteção integral encontra respaldo no art. 227 caput, CRFB. LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. *Revista de Direito do Ministério Público*, Rio de Janeiro, 2006, n.23, p.95, jan./jun. 2006.

⁶ No sentido da admissibilidade da aplicação dos instrumentos garantistas próprios do direito penal, ao adolescente que se imputa a prática de ato infracional, podemos citar, apenas a título de ilustração: Paulo Afonso Garrido de Paula e Antonio Fernando do Amaral e Silva. No entanto esta breve citação, não tem a menor pretensão de esgotar o extenso rol dos autores que também assim entendem.

garantia *da reserva legal*[...], não havia qualquer garantia de *proporcionalidade* objetiva, ou racionalidade, na resposta repressiva do Estado, não havia garantia mínima de *igualdade* no tratamento, mesmo dentro da categoria “menores”, não incidiam as garantias do contraditório, da ampla defesa, entre tantas outras.⁷

Após a sucinta análise deste breve trecho acima transcrito, qualquer pessoa conclui, ainda que não tenha formação jurídica, que o sistema de responsabilização dos adolescentes em nosso recente passado histórico (o Código de Menores é de 1979: não foi recepcionado pela Carta de 1988, ainda que não houvesse o ECA) **era sombrio**. No entanto, ao que parece, é isto que os órgãos de imprensa anseiam restaurar. Decerto acreditam que o correto seria a promulgação de nova lei aos moldes do Código de Menores, revogando o ECA, vez que este teria o defeito inaceitável de ser benevolente demais. **Felizmente, a ordem constitucional em vigor coloca grandes óbices a este desiderato, tais como: o princípio constitucional da proibição de retrocessos, além é claro, das cláusulas pétreas.**

A imprensa, ao fazer esta verdadeira cruzada pela abolição dos direitos e garantias fundamentais dos adolescentes, deveria ter o cuidado, o zelo, de expor à opinião pública, o quanto aviltante era o sistema de responsabilização dos inimputáveis antes do advento da Constituição de 1988 e do ECA. Quantas injustiças, quantas arbitrariedades, não vitimaram esta classe especial de cidadãos, sob a vigência do sistema anterior?

A mudança de paradigma acima evidenciada nos faz concluir de maneira definitiva, que o legislador constitucional deu uma proteção especial, diferenciada, para esta classe especial de brasileiros, reconhecendo a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (art. 227 § 3º, V CRFB), além é claro da já mencionada prioridade absoluta, na efetivação dos direitos dos adolescentes. Nada mais justo, considerando o recente e tenebroso passado histórico.

Assim, é legítimo dizer que o próprio constituinte erigiu a um patamar superior os direitos infante-juvenis. É como se *mutatis mutandis*, o próprio constituinte tivesse feito genericamente uma ponderação de direitos, e tivesse concluído por uma maior relevância destes direitos.

Por conseguinte, qualquer situação que coloque o adolescente em situação discriminatória ou de opressão, viola a regra do art. 227, *caput* da Carta Magna. Uma “reportagem” feita por qualquer órgão da imprensa, que coloque um adolescente em situação vexatória, discriminatória, viola cabalmente a regra acima referida. A violação a uma norma jurídica (constitucional no caso) traz como conseqüência a possibilidade de buscar junto ao Poder Judiciário, a reparação pela lesão sofrida, seja ela uma lesão a direito individual ou a direito transindividual. É possível pois, o recurso ao Poder Judiciário buscando alcançar, na prática, os efeitos pretendidos pela norma constitucional inobservada.

É importante esclarecer que **não** estamos diante da restrição a um direito individual, isto é, da lesão ao direito à imagem, ou então da violação dos direitos da personalidade de um adolescente determinado, em contraposição à liberdade de imprensa de outro lado. O que se verifica, em verdade, é a violação a um direito transindividual por parte dos órgãos de imprensa, na medida em que as reportagens de cunho manifestamente discriminatório, lesam aos direitos de um número indeterminado de pessoas, vez que podemos afirmar com serenidade, que todos os adolescentes são vitimados por esta cruzada da mídia, em detrimento dos seus direitos e garantias fundamentais, consagrados na Constituição Federal e na Lei 8069/90, na medida em que o rótulo de “inimigo público” que lhes é colocado, atinge de maneira uniforme a toda esta classe de brasileiros.

Ademais, como já dito, a liberdade de imprensa deve ceder diante de outro direito de igual estatura, quando ambos estiverem em colisão. Neste sentido, é intolerável a utilização do direito fundamental à liberdade de imprensa para violar direitos fundamentais de outros. Isto transmuda a liberdade em ditadura, em arbitrariedade. Transforma-se o exercício do direito em abuso de direito. Não pode de modo algum a imprensa violar a garantia fundamental ao segredo de justiça titularizada pelos adolescentes em conflito com a lei, tal como se depreende do art. 5º, LX CRFB c/c art. 143 ECA. Qualquer “reportagem” que mesmo de modo subliminar pregue em favor da supressão a direitos ou garantias fundamentais é um verdadeiro atentado contra a democracia, e portanto, não pode ser tolerado.

O próprio direito à imagem (art. 5º, X CRFB) dos adolescentes merece proteção especial, bastando, para fazer esta afirmação, combinar este dispositivo com a parte final do art. 227 também da Lei Maior, além é claro de atentar para os arts. 17; 143 e 247, parágrafo 1º, todos do ECA (que nada mais fazem do que regulamentar a vontade expressada pelo constituinte originário).

⁷ MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006, p.96-8.

3. Do direito difuso à informação verdadeira

Já fizemos referência a que a liberdade de imprensa embora prevista na Constituição, não se trata de um direito absoluto, sendo passível de restrição ante a outro direito também de estatura constitucional. Só que a complexidade do problema não se resume a isto. É defendido em sede doutrinária e reconhecido pela jurisprudência, o **direito difuso à informação verdadeira**. E é claro que a informação verdadeira é aquela que guarda um mínimo de exatidão e imparcialidade quanto aquilo que está sendo veiculado, ou seja, a informação reproduzida pode ser minimamente comprovada, demonstrada, caso seja submetida a algum procedimento de verificação. Explicaremos. Se é veiculado uma “notícia” de que a suposta impunidade do ECA fomenta a criminalidade, este fato deve ter sido minimamente verificado, ou seja, deve ter havido uma pesquisa prévia no sentido de que um recrudescimento na legislação seria capaz de reduzir os índices de criminalidade. Uma informação exata, fundamentada, (retratando dados de criminologia) necessitaria de em um estudo prévio, ou de uma consulta prévia aos especialistas nesta área, para poder ser amplamente divulgada pela imprensa. É imprescindível lembrar que a imprensa tem um alcance enorme, vez que a notícia se dissemina entre os milhares de leitores. Logo, uma publicação jornalística não pode ser leviana, principalmente quando estamos diante de “reportagens de capa”, o que potencializa uma divulgação ainda maior entre as pessoas.

A divulgação de notícias inexatas é extremamente nociva à sociedade, vez que possibilita a formação da opinião pública baseada em premissas falsas, premissas sem a menor verificabilidade, o que consiste em última instância numa espécie de estelionato intelectual de massa, já que atinge um número indeterminado de pessoas.

O jornal O GLOBO de 24/11/2006 veicula na capa a seguinte matéria referindo-se ao assassinato da empresária Ana Cristina Joahannpeter: “Menor pode ter confessado crime para proteger irmão. Adolescente deve estar livre em 3 anos, beneficiado pelo estatuto da criança”. Logo abaixo, ainda na capa o jornal publicou um pequeno esquema referindo-se ao ECA, que ora transcrevemos: “O MENOR INFRATOR. Como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não limita prazo mínimo nem prazo máximo de detenção dos menores infratores, o menor acusado do assassinato no Leblon pode ficar internado por um período de até três anos. O tempo de internação, no entanto, pode ser menor, pois o estatuto concede benefícios como semiliberdade, liberdade assistida e até o regime aberto. O ECA determina que menores infratores devem ser postos automaticamente em liberdade ao completar 21 anos de idade”.

Ou seja, a “reportagem” acima transcrita não tem em verdade um conteúdo puramente informativo. **O que se percebe com uma clareza enorme, é uma verdadeira cruzada contra o ECA, é a formação da opinião pública contra os direitos e garantias fundamentais conferidos pela Lei 8.069/90..** O objetivo não é pura e simplesmente informar a sociedade da prática e da conseqüente apuração de um crime, no mínimo, hediondo. O objetivo nítido é a formação da opinião pública no sentido de que o recrudescimento da legislação vigente seria capaz de pôr fim à criminalidade galopante. Todavia, como vivemos em uma sociedade democrática temos o direito de questionar: será que isto corresponde à realidade? Será que os índices de criminalidade, cada vez maiores, não são um problema muito mais social (absoluta falta de educação, de saúde, de uma melhor distribuição de riqueza), do que de mudança legislativa? A lei dos crimes hediondos pôs fim aos índices de criminalidade? Ou ao contrário, a violência desde a edição da Lei 8.072/90 não parou nunca de crescer?

É imprescindível atentarmos para o fato de que “reportagens”, tais como as acima transcritas, não violam apenas a um direito individual, isto é, ao direito de um adolescente determinado. Elas transcendem a esta seara. Na medida em que estamos diante de uma cruzada contra o ECA, que disciplina e regulamenta uma série de direitos e garantias previstos constitucionalmente, todos os adolescentes em conflito com lei, que têm seus direitos regulamentados pela Lei 8.069/90, estão sendo lesados, prejudicados. Logo, é possível falar em uma cruzada contra o “menor infrator”, que é abordado de uma maneira discriminatória e excludente, implicando em expressa violação ao art. 227 CRFB. **A mensagem subliminar que vemos nestas “reportagens” é clara: o adolescente infrator é um inimigo da sociedade, e, portanto, para combatê-los é necessário segregá-los a qualquer custo, ainda que seja necessário desconsiderar seus direitos e garantias mais elementares.**

Ao nosso sentir este esforço da imprensa para formar a opinião pública no sentido de que o recrudescimento da legislação menoril reduziria a criminalidade, implica na publicação de notícias inexatas e parciais, que enchem a sociedade de informações cuja qualidade é discutível.

Neste sentido é imperativo buscar lastro jurídico nas lições de L.G. Grandinetti C. de Carvalho, que define com maestria o conceito de notícia inexata.

.... Se atentarmos bem, as notícias inexatas vão sendo primeiramente insinuadas, de modo subliminar, para formar a opinião pública, até que se torna extremamente difícil comprovar o que é notícia inexata e o que é a voz comum da opinião pública.

O legislador brasileiro não tem se preocupado com o tema.

...Nestes casos em que não há dano a direito individual, inegavelmente há sério e grave prejuízo à dignidade da própria imprensa e à democracia.

...A imprensa é a responsável, de certa forma, por ordenar a sociedade, no sentido de difundir os acontecimentos socialmente relevantes, de repartir o progresso social na medida em que torna as pessoas cientes dos avanços técnicos, culturais, etc.

Nesse relevantíssimo mister, a imprensa trabalha com um objeto. Este objeto é a mensagem.

As mensagens podem ser notícias, opiniões e propagandas.

Para Pilar Cousido, notícia é a difusão de um fato real e seu contexto. Opinião é a aplicação de princípios a um fato real. A propaganda consiste nas mensagens de idéias. Conclui a autora, aduzindo que as mensagens de fatos são as notícias; as mensagens de juízo são as opiniões.

Estes são os objetos da informação.

Do seu exame, pode-se afirmar que o dever de verdade somente pode ser exigido das notícias. A propaganda (propagação de idéias) e as opiniões (apreciação subjetiva de um fato) estão imunes da exigência.

Por tal razão é que os órgãos da imprensa devem separar claramente em suas programações o que é notícia do que é propaganda e opinião. Para estas manifestações reserva-se usualmente a seção do editorial, onde o órgão pode emitir sua opinião e a propaganda de suas idéias.

Não pode fazê-lo, contudo, em hipótese nenhuma, como notícia. Isto é engodo da opinião pública, é um “estelionato contra a coletividade”, para usar a expressão de Darcy Arruda Miranda. O mesmo autor adverte que “tendo-se em vista a imensa difusão do jornal ou periódico e a sua penetração nas massas populares, cabe ao lidador da imprensa a obrigação de forrar-se de cautelas a fim de evitar a publicação de notícias falsas, ou verdadeiras, mas deturpadas”. E tão grave quanto deturpar é dar a opinião ou a propaganda como notícia⁸. (Grifo nosso)

Ainda buscando novamente amparo nos ensinamentos de L.G. Grandinetti C. de Carvalho, este admite a adoção da ação civil pública para a defesa do direito difuso à informação verdadeira.

Pois bem. Se examinarmos a natureza desse direito à informação verdadeira, vamos concluir que se trata de um direito transindividual, indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Transindividual e indivisível porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito de receber informação e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão⁹.

O que ora estamos cuidando é de um direito à notícia verdadeira, sem que exista um prejudicado determinado, divisível, individualizado, titular do direito de ser indenizado por violação ao seu patrimônio ou à sua honra.

O que se propõe é um direito difuso de alguém por todos pleitear a correção de uma notícia inexata e, em caso de negativa, de postular judicialmente que o órgão da imprensa seja obrigado a publicar a correção.¹⁰

Por tais razões, na falta de previsão expressa a esse respeito nas legislações tradicionais sobre a imprensa, é que se propõe a utilização das normas a respeito da Ação Civil Pública – Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com as alterações da Lei 8.078/90 – para tutelar esse direito difuso. Vejamos o que promete o artigo 1º daquela lei: regem-se por esta lei as ações de responsabilidade por danos causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.¹¹

Concretamente, apresenta-se cabível a ação civil pública para postular do Poder Judiciário a inserção compulsória de notícia verdadeira, sempre que se demonstre que a informação dada pelo órgão da imprensa não tenha sido exata, independentemente da alegação de prejuízo moral ou patrimonial.¹²

⁸ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 98 et seq.

⁹ CARVALHO, 2003, p.105.

¹⁰ CARVALHO, 2003, p.108.

¹¹ CARVALHO, 2003, p.109.

¹² Ibidem, p.113 et seq.

Uma sociedade democrática é aquela na qual dá-se igual espaço ao pluralismo de idéias, ao debate político. Neste sentido é curioso notar que em nenhum momento os órgãos de imprensa noticiam as inúmeras situações nas quais **o adolescente infrator recebe um tratamento mais gravoso do que o tratamento dispensado a um indivíduo já imputável**. Um exemplo bastante eloqüente está nas denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, que conforme definição trazida pela Lei 11313/2006, são aquelas cuja pena máxima não excede a dois anos de reclusão. Se um adolescente praticar um ato infracional análogo ao crime de lesões corporais, pela interpretação literal do art. 122, I da Lei 8.069/90 caberia, em tese, a aplicação da medida de internação (que implica em total privação da liberdade). No entanto, se a mesma infração for praticada por um indivíduo imputável, seguirá provavelmente o procedimento previsto na Lei 9.099/95, sendo cabível inclusive a transação penal. Alguns julgadores atentos à discrepância da situação ora narrada, e também em observância ao art. 5º, *caput* da CRFB, que veda discriminações de qualquer natureza (inclusive com relação a idade), não aplicam a medida de internação na hipótese em comento. Isto sem falar na internação provisória (art. 108 ECA) que na prática é uma medida adotada com muito mais freqüência do que as prisões provisórias no processo penal o são (tudo a pretexto de educar o adolescente é claro). Comparando o art. 108 (*caput* e parágrafo único) do ECA, com os arts. 312 e 313 do CPP, podemos inferir ser muito mais fácil ao juiz decretar a internação provisória, do que decretar a prisão preventiva, já que os pressupostos daquela são menos rígidos do que desta.

É bastante instigante acompanhar a produção legislativa nos últimos anos, em especial no que tange as normas de conteúdo despenalizador, p.ex: Lei 9099/95; Lei 9714/98; Lei 11313/06 (que alarga o conceito de infração de menor potencial ofensivo), dentre outras, e, em contrapartida, acompanhar um movimento que almeja o recrudescimento na legislação que regulamenta a responsabilização dos adolescentes em conflito com a lei. O mesmo Poder Legislativo não pode tomar, simultaneamente direções antagônicas, sob pena de comprometer visceralmente a coerência e a unidade que deve haver no ordenamento jurídico.

Causou indignação generalizada, e com justeza foi divulgado amplamente pela mídia, o fato de uma senhora ter ficado presa cautelarmente em São Paulo por haver furtado um determinado alimento. Tal fato inclusive inspirou a alteração recente no art. 304 do Código de Processo Penal, onde se torna obrigatória a comunicação da Defensoria Pública de toda prisão em flagrante. No entanto, um adolescente internado provisoriamente pela prática de fato idêntico não provoca o mesmo espanto na opinião pública, nem tampouco enseja a divulgação do fato por qualquer órgão da imprensa. Enseja ampla divulgação, no entanto, quando o tratamento dispensado ao “menor infrator” é supostamente mais brando.

O debate livre e democrático, pressupõe a divulgação ampla de idéias antagônicas, e não é isto que vem se verificando pelo papel exercido pela mídia. Vale ainda acrescentar a respeitável opinião do desembargador Paulo César Salomão, que em recente artigo publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também defende que o direito à informação pressupõe a divulgação de dados neutros e imparciais, senão vejamos:

Importante a distinção entre o direito à informação e a liberdade de expressão. No primeiro, estão a divulgação de fatos, dados, qualidades, **objetivamente apurados de forma imparcial**, com uma função social de contribuir para a elaboração do pensamento. Na segunda, está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, com uma função social de difundir um pensamento ou posição já previamente elaborada.¹³

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do **direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial**¹⁴. (Grifo nosso).

Pelo exposto, podemos concluir que a imprensa vem tratando a questão do adolescente em conflito com a lei de maneira bastante discriminatória, transformando-o aos olhos da sociedade, num verdadeiro inimigo público de número um, o que juridicamente é inadmissível à luz do disposto na parte final do art. 227 da Carta Magna, que taxativamente veda qualquer tratamento discriminatório.

Tal situação, ao nosso ver, configura violação ao direito difuso à informação verdadeira, na medida em que as informações divulgadas pela imprensa são totalmente passionais, descompromissadas com qualquer embasamento científico que pudesse fundamentar a idéia amplamente disseminada de que a modificação da sistema de responsabilização do ECA reduziria os índices de criminalidade. Ou então que a redução da idade da maioridade penal, geraria maior paz social, pois com a possibilidade de impor pena a

¹³ Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, n.66, p.18, jan./mar.2006.

¹⁴ Ibidem, p. 20.

indivíduos entre 16 e 18 anos, isto geraria em tese, um efeito intimidatório o que repercutiria – supostamente – na almejada paz social.

Estas idéias amplamente difundidas pela imprensa, além de carecerem de um mínimo de fundamento em criminologia, ainda esbarram num óbice jurídico intransponível – as cláusulas pétreas – conforme será desenvolvido em tópico posterior. Em virtude disto, configurado está a violação ao direito difuso à informação verdadeira, na medida em que geram ansiosos na opinião pública, que em última instância não terão como se concretizar ante a impossibilidade de se transpor os limites materiais impostos pelo constituinte originário. E o pior, geram no imaginário público a sensação de que um endurecimento da legislação que rege a responsabilidade de adolescentes, pela prática de ato infracional seria capaz de frear ou reduzir os índices de criminalidade, o que ao nosso sentir é um raciocínio totalmente equivocado, como se demonstrará nos tópicos seguintes.

Decerto que a sociedade tem interesse em ser informada da apuração dos crimes, e mesmo da prisão de algum acusado de prática delitiva. No entanto, este direito de informação do qual é titular a sociedade, não pode comprometer a imparcialidade dos julgamentos, nem tampouco ser exercido de maneira ilimitada, sob pena de configurar abuso de direito, na forma preceituada pelo art. 187 do Código Civil de 2002. Afinal, há incontáveis exemplos de casos onde indivíduos são taxados de culpados pela imprensa, gerando enorme comção social (muitas vezes as casas dos acusados são destruídas pela multidão furiosa, há tentativa de linchamento, etc.), e com o desenrolar do processo, nada é apurado contra os réus que acabam inocentados. **Lembre-se aqui do trágico evento conhecido como “caso da Escola Base”, ocorrido em São Paulo no ano de 1994.** Podemos ainda aduzir o “**caso do ônibus 350**”, onde a adolescente inicialmente responsabilizada pelo evento, (como tendo sido a pessoa que teria feito o sinal para parar o ônibus), depois da dilação probatória acabou sendo inocentada, restando cabalmente provado a total inexistência de vínculo entre a adolescente e o fato criminoso. São hipóteses de notória injustiça e que foram objeto de ampla divulgação pela imprensa.

No entanto, estranhamente, o esclarecimento quanto a verdade dos fatos, nestas hipóteses desastrosas, não é noticiado com o mesmo destaque, que é dado à acusação equivocada (**esta geralmente ocupa a capa dos jornais**). Parece que jornais entendem merecer maior destaque a notícia de um crime cuja responsabilidade ainda não foi definitivamente apurada, (que pressupõe um processo judicial sob o crivo da ampla defesa e do contraditório), do que o efetivo esclarecimento quanto a verdade dos fatos.

4. Da criminalidade infanto-juvenil

Como visto no decorrer do presente texto, buscamos criticar a premissa de que o recrudescimento na legislação seria capaz de reduzir os índices de criminalidade, já que entendemos que a criminalidade tem sua origem em problemas de cunho social, melhor dizendo, na inércia do Estado em cumprir com os direitos sociais titularizados pelos cidadãos. Segundo nosso entendimento, todas estas “reportagens” partem de uma premissa falsa, vez que não tem o menor embasamento na criminologia.

Neste sentido, é importante transcrever as lições de Paulo Afonso Garrido de Paula.

Todavia, parece que, culturalmente, a infração na infância também tem raiz em um Estado de Desvalor Social, na medida em que a falta de condições para o desenvolvimento socioindividual propicia a violação da ordem jurídica, bastando olhar para as estatísticas que apontam os delitos contra o patrimônio no topo do ranking das infrações cometidas por crianças e jovens.

A criminalidade infanto-juvenil brota, na maior parte das vezes, da ausência do Estado Social, ao mesmo tempo em que atenta gravemente contra a cidadania. Evidencia-se um procedimento de retroalimentação da incivilidade, de modo que causa e efeito se confundem, misturam-se num cipoal onde a barbárie revela-se sob a face da inevitabilidade. Estado de Desvalor Social, com um dos resultados e fonte principal da criminalidade infanto-juvenil¹⁵.

A fim de fundamentar ainda mais nosso entendimento, é imprescindível acrescentar as lições de E. Raúl Zaffaroni e outros.

O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas... Em

¹⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006, p.27.

geral são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a *criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas*, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõem-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente....

Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. **Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária...** Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas. A seleção não só se opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizadores. Isto corresponde ao fato de que as agências de criminalização secundária, tendo em vista sua escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou pela seleção. Como a inatividade acarretaria seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção. **Este poder corresponde fundamentalmente às agências policiais.**

De qualquer maneira, as agências policiais não selecionam segundo seu critério exclusivo, mas sua atividade neste contexto é também condicionada pelo poder de outras agências: as de comunicação social, as agências políticas, etc.

A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por fatos burdos ou grosseiros (a obra tosca da criminalidade, cuja detenção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva). No plano jurídico, é óbvio, que esta seleção lesiona o princípio da igualdade, desconsiderado não apenas perante a lei mas também na lei. O princípio constitucional da isonomia (art. 5º CR) é violável não apenas quando a lei distingue pessoas, mas também quando a autoridade pública promove uma aplicação distintiva (arbitrária) dela.

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquentes com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas da criminalização...¹⁶

Em consonância com os ensinamentos de Zaffaroni e outros, podemos inferir que a mudança na legislação (com o agravamento das sanções, p.ex.) não seria capaz de mudar os aspectos que dão ensejo à criminalização, já que estes estariam basicamente ligados a fatores de ordem social e econômica.

Ante ao exposto, podemos perceber, que aos adolescentes em conflito com a lei vêm sendo atribuído o papel de “bode expiatório” **vez que estão sendo punidos pela incapacidade do poder público de resolver os problemas da criminalidade.** É necessária a punição de pelo menos algum “culpado” a fim de satisfazer a sociedade, assolada por uma enorme sensação de insegurança. A imprensa exerce papel determinante na medida em que forma a opinião pública através de uma verdadeira cruzada pela cassação dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, bem como no ECA. É pertinente acrescentar as lições de Luigi Ferrajoli discorrendo a respeito da prisão preventiva, mas que podem ser perfeitamente enquadradas *mutatis mutandis*, na hipótese em comento.

Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela idéia de que um delinquentes ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. **Mas essa idéia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos**

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raúl et alli. Direito Penal Brasileiro – primeiro volume. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.43 et seq.

individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.¹⁷

Resta evidenciado desta forma, que a cruzada empreendida pela imprensa implica em um enorme retrocesso (comparável à época da inquisição), **pois traz a mensagem subliminar da desconstrução de todo o ideal garantista a ser aplicado aos adolescentes em conflito com a lei, tal como preceitua a Carta Magna e a Lei 8.069/90.** É para evitar situações como estas, que darão ensejo a arbitrariedades e a indevidos cerceamentos aos direitos fundamentais que existe o processo, onde deve ser rigorosamente observados a ampla defesa e o contraditório, além do devido processo legal. Uma opinião pública formada de maneira “equivocada”, na medida em que parte de falsas premissas, jamais pode justificar a supressão de direitos e garantias, vez que isto implica em retrocesso inconcebível com um Estado Social Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CRFB).

Aliás, é relevante ainda mencionar que a **normativa internacional, em especial, as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (vide art. 5º, §§2º e 3º CRFB este último acrescido pela Emenda Constitucional nº 45)**, está toda em consonância com as diretrizes ditadas pela Constituição de 1988 e seguidas pelo legislador ordinário (lei 8.069/90). Não é concebível desta maneira, nenhum tipo de argumentação no sentido de que a legislação brasileira seria ultrapassada se comparada com a de outros países mais desenvolvidos. Não! A legislação brasileira é atual e encontra correspondência nos países mais desenvolvidos do mundo. Podemos citar a título de exemplo, a declaração dos direitos da criança, de 20/11/1959; a convenção sobre os direitos da criança (1989); os princípios das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil (princípios orientadores de Riad); e por derradeiro, as regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça da infância e da juventude (Regras de Beijing).

5. Seria admissível juridicamente, uma emenda constitucional que reduzisse a maioria penal ?

Justamente para mitigar o efeito que algumas pressões externas exercem (em especial nos referimos à enorme pressão, por vezes oportunista e leviana gerada pela imprensa), é que existem os limites materiais ao poder de reforma constitucional. Ou seja, o poder constituinte derivado fica restringido por limites materiais impostos pelo constituinte originário. Com isto, é possível preservar a estabilidade da Constituição, na medida em que seus princípios e fundamentos mais essenciais são intocáveis pelo poder de reforma. Do contrário, seria impossível preservar a essência do texto constitucional, isto é, a essência do pacto social consagrado pelo poder constituinte originário ao conceber a Constituição. Paulo Bonavides ensina:

O poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor.

[...] Assim é que várias Constituições fazem imutável uma determinada matéria do seu conteúdo. [...] Todo o § 4º do art. 60 da Constituição consagra as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ao exercício do poder de reforma.

Afigura-se-nos porém que a questão se atenuará desde que consagramos, com o necessário rigor, a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, conforme temos seguido e observado. O primeiro, entendido como um *poder político* fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições; o segundo como *poder jurídico*, um poder menor, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitado. Não poderá ele sobrepor-se assim ao texto constitucional. É óbvio pois que a reforma da Constituição nessa última hipótese só se fará segundo os moldes estabelecidos pelo próprio figurino constitucional; **o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional.**¹⁸ (grifo nosso).

Indispensável ainda acrescentar as lições de Ingo W. Sarlet, senão vejamos:

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. Trad. SICA, Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.516.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 175 et seq.

É justamente a existência de normas limitativas da reforma constitucional que demonstra o fato de que mesmo após a entrada em vigor da Constituição o Poder Constituinte Originário continua a se fazer presente, já que, do contrário, poderia vir a depender do Legislador. Importa ter sempre presente a noção de que também no direito constitucional pátrio o Legislador, ao proceder à reforma da Constituição, não dispõe de liberdade de conformação irrestrita, encontrando-se sujeito a um sistema de limitações que objetiva não apenas a manutenção da identidade da Constituição, mas também a preservação da sua posição hierárquica decorrente de sua supremacia no âmbito da ordem jurídica, de modo especial para evitar a elaboração de uma nova Constituição pela via da reforma constitucional.¹⁹ [...] Neste sentido, é possível sustentar que as “cláusulas pétreas” contêm, em verdade, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais.²⁰

Ao nosso ver, o artigo 228 da Carta Magna – “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos sujeitos às normas da legislação especial” – estabelece um “direito e garantia individual” atinente aos adolescentes em conflito com a lei, de modo que não pode haver proposta de emenda constitucional tendente a aboli-lo (na forma do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CRFB). Isto porque é um direito fundamental dos adolescentes não serem processados criminalmente, nem tampouco sofrer a incidência de uma sanção penal. O fato do referido direito não se encontrar previsto no art. 5º da CRFB, não lhe retira a característica de direito fundamental, já que é pacífico o entendimento doutrinário no sentido de haver outros direitos fundamentais além daqueles previsto no rol do art. 5º da Carta Magna²¹.

Importante acrescentar o posicionamento sempre lúcido de João Batista da Costa Saraiva, *in verbis*:

De tempos em tempos retoma com força no País, em alguns setores da sociedade, a idéia de redução da idade de responsabilidade penal para fazer imputáveis os jovens a partir dos 16 anos (há quem defenda menos).

Esta tese, em princípio, convengo-me, se faz inconstitucional, pois o direito inculcado no art. 228, da CF (que fixa em 18 anos a idade de responsabilidade penal) se constitui em cláusula pétrea, pois é inegável seu conteúdo de “direito e garantia individual”, referido no art. 60, IV, da CF como insuscetível de emenda.

Demais a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, onde está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da Convenção.²²

Nesta mesma linha de raciocínio o eminente Magistrado paulista Dr. Luís Fernando Camargo de Barros Vital, versando sobre a insusceptibilidade de redução da idade de responsabilidade penal e a pressão neste sentido realizada por alguns setores, notadamente da mídia, movidos pela emoção e pelo casuísmo, pronuncia-se: “Neste terreno movediço em que falta a razão, só mesmo a natureza pétrea da cláusula constitucional (art. 228) que estabelece a idade penal, resiste ao assédio do conservadorismo penal. A inimputabilidade etária, muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais, é sem dúvida um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea”.²³

Podemos desta forma inferir que a imprensa ao fomentar a opinião pública no sentido da redução da imputabilidade penal, atenta contra a própria ordem constitucional, restringindo a soberania do poder constituinte originário, que decidiu democraticamente dar uma proteção diferenciada aos adolescentes, deixando-os excluídos da aplicação de qualquer sanção penal.

Há ainda que se esclarecer que a redução da imputabilidade penal também implica em flagrante violação ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III CRFB), na medida em que os adolescentes, caso viessem a sofrer a incidência de um processo penal estariam recebendo um tratamento absolutamente incompatível com a sua idade e desenvolvimento intelectual (e emocional), já que a própria Carta Magna lhes reconhece a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (art. 227, parágrafo 3º, inciso V). Por outro lado, é inquestionável que a dignidade da pessoa humana integra o núcleo inacessível ao poder de reforma

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 386.

²⁰ Ibidem, p.398-9.

²¹ Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet, ob.cit., p. 404.

²² SARAIVA, João Batista Costa. Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2 ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 19.

²³ VITAL, apud SARAIVA, op.cit., p. 20.

constitucional, pois se trata de um limite material implícito²⁴. Sendo assim, considerando a proteção conferida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que também se estende aos adolescentes em conflito com a lei, revela-se inconstitucional qualquer projeto de emenda tendente a abolir a garantia insculpida no art. 228 da Constituição Federal.

Portanto, sob a ótica constitucional, analisando a questão em conformidade com diversos pontos de vista, a conclusão a que chegamos é uma só: a regra que estabelece a imputabilidade penal aos 18 anos (art. 228 CRFB), é uma cláusula pétreia, de forma que não pode haver proposta de emenda tendente a aboli-la.

6. Do caráter sancionatório e retributivo das medidas sócio-educativas. Do falso mito da impunidade dos adolescentes em conflito com a lei.

A Lei 8069/90, em seu artigo 112 enumera as medidas que são aplicadas, **caso verificada a prática de ato infracional**. Este ato, por outro lado, pode ser perfeitamente classificado como um ato ilícito, isto é, violador do ordenamento jurídico, e em última instância, até mesmo um ato que atenta contra a paz social. Isto se infere de maneira inequívoca da análise do art. 103 do ECA. É importante perceber aqui a existência de um silogismo, com premissa maior, premissa menor e conclusão. Como premissa maior temos o fato de que a imposição de uma das medidas elencadas no art. 112 se dá caso seja verificada a prática de um ato infracional. Como premissa menor, temos o fato de que se um adolescente (e portanto inimputável) for surpreendido na prática de ato infracional (crime ou contravenção), à ele, como sanção pelo ato ilícito, será aplicada uma das medidas relacionadas no referido artigo 112. Conclusão: a medida sócio-educativa é a sanção prevista no ordenamento jurídico, aplicada em retribuição pela prática de ato infracional. O ato ilícito praticado pelo adolescente é sancionado pelo direito, com uma das medidas sócio-educativas previstas pelo ECA. Assim sendo, ao nosso ver, é inquestionável o seu cunho sancionatório, retributivo. Idêntico posicionamento é adotado pelo magistrado gaúcho João Batista da Costa Saraiva, para quem: “A medida socioeducativa tem natureza sancionatória, porém conteúdo prevalentemente pedagógico”.²⁵

Por outro lado, é importante não esquecer que na mais gravosa dentre as medidas sócio-educativas, a internação, a privação da liberdade é total (são vedadas atividades externas), embora esta privação da liberdade não possa exceder ao prazo de três anos (art. 121, parágrafo 3º da Lei 8.069/90). Os críticos do Estatuto acham este prazo máximo de três anos irrisório, argumentando que o correto seria manter o adolescente privado de sua liberdade pelo mesmo prazo estipulado na pena correspondente ao crime ou contravenção praticados.

Entretanto, este argumento além de não possuir nenhum fundamento jurídico, traz em seu bojo uma enorme contradição. O sistema de responsabilização dos adolescentes também é diferenciado no âmbito do Direito Civil, tal como se infere do art. 4º, inciso I do Código Civil de 2002. Ou seja, não é apenas no Direito Penal que o sistema de responsabilização dos adolescentes é diferenciado. Também o é no Direito Civil. O fundamento para a diferenciação na maneira da responsabilização é a mesma, a saber: a inexistência de uma plena maturidade intelectual e até mesmo volitiva, em decorrência da pouca idade. Tanto em sede de Direito Civil, quanto em sede de Direito Penal, a capacidade plena só é atingida aos dezoito anos de idade.

Causa estranheza, no entanto, o fato de ninguém sugerir a redução da maioridade no âmbito do Direito Civil. A premissa é exatamente a mesma: imaturidade intelectual e emocional reconhecida pelo constituinte originário no art. 227, parágrafo 3º, inciso V (peculiar condição de pessoa em desenvolvimento) bem como no art. 228.

O titular do poder constituinte originário é o povo, e o congresso constituinte de 1987/88 reuniu-se para conceber a nova Constituição, tendo havido à época amplo debate social sobre as questões mais relevantes. Neste sentido, é que a proteção especial conferida às crianças e aos adolescentes pela Carta de 1988 foi idealizada. O pacto social vigente à época, norteava-se pela especial proteção da infância, em virtude principalmente da omissão estatal que ainda existe. Desta forma, não há como se questionar a legitimidade dos direitos e garantias fundamentais atinentes aos adolescentes em conflito com a lei, já que estes são dotados de legitimidade, pois são fruto de um amplo debate social. Há que se considerar ainda o tenebroso passado histórico mencionado no tópico anterior, o que justifica ainda mais uma proteção diferenciada, com o advento de uma nova ordem jurídica em 1988. O mesmo raciocínio se aplica aos princípios que norteiam a medida privativa de liberdade (art. 227, parágrafo 3º, V CRFB), que nada mais fazem do que romper com o arbítrio, com o excesso de subjetivismo que imperava no sistema anterior (Código de Menores).

²⁴ Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet, ob.cit., p. 408.

²⁵ SARAIVA, op.cit., p.23.

Considerando o conteúdo retributivo e aflitivo da medida sócio-educativa é de se concluir que os adolescentes realmente fazem jus à aplicação de todo o instrumental garantista oriundo do Direito Penal. É imprescindível desta forma, um julgamento justo e imparcial, onde sejam devidamente observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, já que, caso acolhida a pretensão sócio-educativa, o adolescente pode ser restringido em um de seus direitos mais fundamentais: a liberdade. Mitigar o caráter aflitivo da medida de internação, implica em abrir novamente a brecha para o superado paradigma da doutrina da situação irregular, vigente à época do Código de Menores. Isto seria um retrocesso inaceitável.

A exposição de motivos da Lei 8069/90 evidencia a escolha do paradigma garantista por parte do legislador ordinário, em consonância com a escolha feita anteriormente por parte do constituinte originário. A adoção deste paradigma pressupõe justamente a aceitação do conteúdo sancionatório da medida sócio-educativa. Vejamos alguns trechos selecionados da ata da 99ª sessão, em 30 de junho de 1989, 3ª sessão legislativa, ordinária, da 48ª legislatura.

“A criança é a nossa mais rica matéria-prima. Abandoná-la à sua própria sorte ou desassistí-la em suas necessidades de proteção e amparo é crime de lesa-pátria”.

Contudo, a chama da esperança nunca se apagou de todo em nossa terra. Um dos mais eloqüentes exemplos disso é o ocorrido na área dos que vêm lutando pela promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, eis que temos hoje um avançado capítulo sobre esses direitos na nova Constituição. Ela resulta da fusão de duas emendas populares que trouxeram ao Congresso as assinaturas de quase duzentos mil eleitores de todo o País, e de mais de um milhão e duzentos cidadãos-criança e cidadãos-adolescentes, numa mobilização inédita da sociedade, envolvendo milhares e milhares de crianças e jovens, no Congresso e em várias capitais. Essa verdadeira “revoada cívica” tornou possível a criação de uma vontade nacional coletiva em torno da questão, expressada pelos Constituintes na significativa votação final de 435 votos contra 8 que consagrou o novo direito da criança e do adolescente. Essa votação caracterizou um dos mais amplos e profundos compromissos do nosso povo-nação com o seu futuro.

Referindo-se ao Código de Menores, preleciona a justificação:

Isto se deveu a uma legislação e uma política cuja essência revelou ser o controle social e a criminalização da pobreza, materializados no “círculo perverso” da institucionalização compulsória: apreensão ou abandono-triagem-rotulação-deportação-confinamento em instituições totais despersonalizadas e embrutecedoras.

E continua o legislador ao justificar o então projeto de lei

Este Projeto de “Estatuto da Criança e do Adolescente”, que regulamenta o novo direito constitucional de mais da metade da população brasileira, significa uma verdadeira revolução copernicana: ao contrário da legislação ainda vigente, porém, já inconstitucional, ele se sustenta sobre dois pilares básicos – a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direito e a afirmação de sua Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento.

Na constatação do juiz de menores e professor titular da cadeira de Direito do Menor da Universidade Regional de Blumenau, Dr. Antonio Fernando do Amaral e Silva (que representou o Brasil, a convite das Nações Unidas, nos encontros latino-americanos – Caracas e Montevideu – e da comunidade lusofônica – Lisboa – como preparação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança) em recente trabalho intitulado: “A Justiça da Infância e Juventude”:

“Vejam, nenhum critério objetivo limita o arbítrio da autoridade policial e judiciária. É suficiente a imputação, a acusação. Basta atribuir-se ao jovem a prática de fato típico descrito na lei penal, uma simples contravenção por exemplo, para que ele sofra restrições à sua liberdade que, insisto jamais seriam impostas a adultos. Isto sem aludir à malsinada prisão cautelar. Por uma simples contravenção – e eu lembraria que soltar fogos de artifício é contravenção penal, soltar balões é contravenção penal, perturbar o sossego com barulho é contravenção penal – então, por uma simples contravenção, um furto de pequeno valor, um dano, um adulto, mesmo preso em flagrante, seria imediatamente posto em liberdade, enquanto o jovem poderá permanecer contido, isto é, preso. Onde há tutela? Onde há

proteção? Onde o critério objetivo de direito capaz de conter eventual arbítrio do delegado ou do juiz;

Não já a menor dúvida. O sistema na prática não tutela, ao contrário, violenta e oprime”.

Não há mais espaço para sancionar, impondo medidas privativas de liberdade, ao pueril argumento de que a sanção se dá para proteger o “menor”. No atual estágio da civilização brasileira, depois de 20 anos de uma ditadura militar, é inconcebível a privação de liberdade (ainda que de adolescentes), sem o crivo da ampla defesa e do contraditório; sem um julgamento justo e imparcial; um julgamento fulcrado no princípio da legalidade estrita (art. 5º, II CRFB) onde não haja espaço para uma discricionariedade excessiva do juiz na aplicação das medidas. Repita-se novamente: não há espaço para retrocessos!

A pressão exercida pela imprensa, com base numa premissa absolutamente equivocada, não pode implicar no cerceamento de uma série de direitos e garantias conquistados democraticamente por este segmento tão especial de nossa população, que são os adolescentes. Até mesmo porque esta pressão não pode ser aceita como oriunda da maioria da população, pelo que, não é dotada de legitimidade.

Em última instância, esta pressão exercida pela mídia, deve ser elidida em virtude do princípio da proibição de retrocessos, na medida em que gera restrições legislativas a direitos fundamentais já consagrados, pondo em risco a feliz diretriz estabelecida pelo constituinte originário.

7. Conclusão

Pelo exposto, chegamos à conclusão que a forte pressão exercida pela mídia, esposando argumentos como a redução da maioridade penal, além de não espelhar uma real legitimidade popular (já que a sociedade anseia pelo pleno desenvolvimento da infância abandonada, e nenhum ser humano ainda em processo de formação conseguiria se desenvolver no sistema prisional brasileiro), encontra óbices intransponíveis no ordenamento em vigor (cláusulas pétreas). É de se pensar nestes casos a função da imprensa, que tem o direito de informar, mas que por outro lado, tem o dever de divulgar uma informação verdadeira, neutra, imparcial, e não uma informação leviana, baseada em premissas falsas, que não foram previamente verificadas.

O que deve ser objeto de questionamento é o porquê da crescente criminalidade. De nada adianta o recrudescimento das leis, das penas, se a sociedade é capaz de a cada segundo produzir centenas de novos criminosos. É absolutamente inócuo o recrudescimento de leis, ou até mesmo a redução da maioridade penal, se a causa da criminalidade, que possui uma origem basicamente social, não é combatida.

Enquanto cidadãos, devemos atentar para o fato de ser muito menos dispendioso para Poder Público apenas editar novas leis, gerando a falsa impressão de papel cumprido, do que de fato, adimplir com os direitos sociais de cunho prestacional estipulados na Carta de 1988, vez que estes implicam em considerável dotação orçamentária, com a construção de escolas, hospitais, etc. Desta forma pode ser revelar interessante vender a falsa idéia de que o endurecimento das sanções seria a solução para a criminalidade, pois isto acaba por possibilitar a inércia do poder público em cumprir efetivamente com o papel que lhe é cominado na Constituição. Em contrapartida, o dinheiro público que deveria ser investido em saúde, educação é destinado para outras “prioridades”.....

Sendo a Constituição o vetor de interpretação do ordenamento jurídico, conferindo ainda unidade a este ordenamento (que é composto por uma pluralidade de normas), os princípios constitucionais assumem um papel relevantíssimo, na medida em que estes princípios são diretrizes interpretativas da Lei Maior. Partindo desta premissa é importante atentar para o princípio da prioridade absoluta, insculpido no art. 227 CRFB. Pela análise deste princípio constitucional, resta evidenciada a opção, a escolha, feita pelo constituinte de 1988, a saber: a prioridade absoluta são as pessoas ainda em formação, posto que estes representam o futuro do nosso país. A prioridade absoluta consiste assim numa proteção diferenciada às crianças e adolescentes. É inaceitável que se faça justamente o oposto, ou seja, que lhes seja conferido tratamento pejorativo, preconceituoso, discriminatório, lhes retratando como uma espécie de “inimigo público número um”, já que isto implica em total inobservância à Constituição. Portanto, havendo colisão de direitos, deve preponderar a prioridade absoluta conferida às crianças e adolescentes.

A liberdade de imprensa não é um direito absoluto, pelo que não pode ser exercido de maneira ilimitada. Este direito cede na medida em que confrontado com outro direito de igual estatura.

Diante da ordem constitucional vigente, e considerando ainda o tenebroso passado das legislações que regulavam o direito da infância e da juventude (Código de Menores e Código Melo Matos) é inaceitável que a imprensa aborde a questão do adolescente de maneira discriminatória e preconceituosa, pois isto implica na violação do direito difuso à informação verdadeira, gerando a divulgação de informações que trazem em seu bojo premissas falsas. É incompreensível que a imprensa, recentemente vitimada por uma

ditadura militar, sirva-se ao papel de difundir idéias que pregam a abolição do paradigma garantista aos processos onde se apura autoria de ato infracional.

Bibliografia

BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. Trad. SICA, Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006,

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). São Paulo: ILANUD, 2006

Revista de Direito do Ministério Público, Rio de Janeiro, 2006, n.23, jan./jun. 2006.

Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, n.66, jan./mar. 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2 ed., rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

ZAFFARONI, E. Raúl et alli. Direito Penal Brasileiro – primeiro volume. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE - DEBATE SOBRE AS POSSIBILIDADES DE TRANSMISSÃO

SUSANA CADORE NUNES¹

INTRODUÇÃO

Passadas as dúvidas sobre a efetiva existência dos direitos da personalidade sedimentados pela doutrina alemã e francesa do século XIX, e conferida a integral proteção do ordenamento jurídico à pessoa humana no âmbito privado e público, passam a surgir questões mais profundas em torno do tema que é tão abstrato quanto os direitos que se digna a proteger.

Inicia-se o tempo de questionar as formas de tratamento destes direitos tidos pela doutrina como irrenunciáveis, intransmissíveis e indisponíveis. Tais características dispostas a conceder a máxima proteção do ordenamento ao valor da personalidade começaram a receber a flexibilização de suas “impossibilidades” de exercício, sob pena de engessar sua própria fruição. É o que dizer das possibilidades de disposição das partes do corpo renováveis, do consentimento para a disposição que não resulte uma diminuição permanente do bem protegido, bem como das ponderações dos direitos da personalidade quando em confronto com a ordem pública e com o interesse coletivo.

A comissão elaboradora do anteprojeto do Código Civil de 1963 havia se expressado pela irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade. O Código Civil de 2002, acrescentou a possibilidade de exceção de tais características através de lei, nos termos do art. 11, primeiro dos dispositivos que compõe todo um capítulo novo destinado aos direitos da personalidade.

Destarte, por serem hoje, as ponderações sobre tais características tantas em razão da evolução do homem em termos científicos e, ainda, em razão de modificações de conceitos morais; torna-se cada vez mais complexo, depois de firmada a regra, enumerar-se as exceções.

Destas exceções e das formas de tratá-las, que buscar-se-á traçar algumas linhas de discussão sem, no entanto, a presunção de exaurir matéria tão complexa e recente na doutrina pátria.

Diga-se, desde já, que o foco pousará sobre a possibilidade de transmissibilidade *causa mortis* de alguns dos direitos da personalidade. A discussão sobre a forma de proteger aqueles valores pessoais, que mesmo após a morte de seu titular, recebem o cuidado do ordenamento, sem no entanto, especificar-se exatamente a quem prende-se a sua titularidade.

Nossos Tribunais têm tratado o tema, sendo o assunto motivo de divergência entre a 1ª e 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de casos que tratam sobre a possibilidade de sucessão em casos de dano moral.

A questão que envolve a crise entre o que é privado e o que é público em razão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana será analisado no primeiro capítulo, sendo inevitável tangenciar o conceito de Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais.

Por fim, em razão dos dispositivos trazidos pelo Novo Código Civil e ainda pelos casos práticos que assolam os advogados, que cada vez mais atuam na esfera da proteção dos direitos da personalidade, em especial ao que se refere aos - sempre possíveis - danos morais, que estar-se-á a discutir a regra da intransmissibilidade destes direitos e suas exceções, bem como breve passagem nos aspectos processuais para seu exercício.

CAPÍTULO I - OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.1 – A EVOLUÇÃO DO VALOR ESSENCIAL DO SER HUMANO NO ORDENAMENTO JURÍDICO - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são de formulação recente. A tese que firmou sua existência decorreu da doutrina germânica e francesa do século XIX e percorreu tormentoso caminho até definir exatamente qual o objeto protegido, qual seu titular e quais as limitações ao seu exercício.

A dificuldade que se enfrentou para a aceitação da doutrina que busca proteger os atributos essenciais do ser humano, soa, hoje, como um destempero para a concepção do Direito atual. Nas

¹ **Defensora Pública.** Trabalho final apresentado como requisito para a conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito Civil-Constitucional, aprovado com grau máximo, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro Março - 2004, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Kloh.

palavras de Ana Paula de Barcellos² “*um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano*”.

No entanto, a eleição do valor homem como o interesse final existente em todas as situações subjetivas, mesmo as patrimoniais, é fenômeno recente, e por tal razão, é de onde brotam as dúvidas e as inovações nas formas de pensar o Direito.

Traçar a evolução do conceito de proteção do Indivíduo, em especial dentro do Direito Civil, que sempre teve mais afinidade e intimidade nas matérias patrimoniais, é tarefa desconfortável. Isto porque, é difícil estabelecer exatamente quando as relações privadas passaram a sofrer a permeação dos valores humanitários, a ponto de inserir dentro de sua sistemática a possibilidade de existir uma exigibilidade de ação ou omissão em função de interesses que não se relacionassem ao que se tem, mas sim ao que se é.

Podemos admitir, tomando-se uma postura jusnaturalista, que as relações dos privados, isto é, entre os indivíduos, nasceram antes do surgimento do Estado, e ao que tudo indica, a preocupação do homem em seu *estado de natureza*³, sem a presença de qualquer autoridade, era assegurar o que fosse *seu*, mesmo que em algumas situações o princípio a ser usado fosse o da força.

Após instituída uma sociedade civil⁴, “*que garante o meu e o seu por meio de leis públicas*”⁵, através de um legislador, ainda assim, a preocupação girou em torno da proteção dos Direitos Patrimoniais.

Este sentimento de patrimonialização nas raízes do Direito Civil, e aliás não só deste, como também do Direito nas demais áreas, é muito forte, principalmente quando colocados os exemplos da possibilidade de institutos como a *capitis deminutio*, existente no Direito Romano, onde qualquer Homem, após perder suas capacidades jurídicas por completo, tornava-se escravo – objeto de direito - em razão de dívidas. Outros exemplos esdrúxulos podem ser encontrados nos fragmentos da Lei da XII Tábuas⁶.

No entanto, estas possibilidades absurdas de tratar pessoas como objeto de direito que, em nossa atual concepção, somente figuram como sujeitos de direito; se refletido, foi fruto da inexistência de um Direito Público que assegurasse **igualdade** entre os Homens no ordenamento. A Lei das XII Tábuas, não continha a organização política ou judiciária da comunidade, só continha as normas da esfera do cidadão individual, ou seja do, *ius civile*.

O Direito Público, entendido aqui como a subordinação de um indivíduo a um grupo, dava-se de forma bastante peculiar, eis que o grupo a que deveria estar submisso o indivíduo não era necessariamente a sociedade vista como um todo, mas sim qualquer organização privada em que um membro particular pudesse agir com autonomia dentre seus componentes. A organização familiar (*status familiae*) tinha tamanha força que atuava como ordenamento jurídico paralelo ao Poder Público, permitindo o reinado dos interesses superindividuais, em concorrência ao *status personae*.

O próprio Direito Penal naquela época era exercido sem a interferência do Estado, nas palavras de Capelo de Sousa⁷, que traça uma das melhores evoluções sobre a Tutela Geral da Personalidade, “*face à pouca relevância das indenizações civis, o direito penal daquela época era privado, constituía uma parte dos direitos das obrigações e só recomeçou a autonomizar-se, a partir do sec. II A.C., quando certas*

² Normatividade dos Princípios e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988. In Revista de Direito Administrativo 221: 159-188. jul/set 2000

³ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Pg 85
“Direito privado e Direito público correspondem, no pensamento de Kant, a uma distinção de *status*; o primeiro é próprio do *estado de natureza*, no qual as relações jurídicas atuam entre indivíduos isolados, independentemente de uma autoridade superior; o segundo é o próprio do *estado civil*, no qual as relações jurídicas são reguladas – tanto com respeito a relação entre indivíduos, quanto em respeito a relação entre o Estado e os indivíduos – por uma autoridade superior aos simples indivíduos, que é a autoridade do Estado.”

⁴ Conforme aduz Luis Roberto Barroso: “*O Direito, como se sabe, desenvolveu-se inicialmente sob a forma de direito privado. No campo das relações entre governantes e governados, somente o Direito Penal tem antecedentes históricos mais remotos.*” In O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 7 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Pg 85

⁶ Os fragmentos foram extraídos das transcrições de Sílvio de Salvo Venosa in *Direito Civil: Parte Geral*, 3 ed. São Paulo, Atlas 3, tendo o autor atribuído as reconstituições a J. Godefroi apresentados pelo romanista Sílvio Meira in *A lei das XII tábuas: fonte de direito público e privado*. Rio de Janeiro: Forense 1972. Confira-se: “*Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre*” (Tábua Terceira – Dos Direitos de Crédito – n. 9) “*O pai terá sobre os filhos nascidos do casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los*” (Tábua Quarta – Do Pátrio Poder e do Casamento – n. 2) “*A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem, como se fora esposa, é adquirida por esse homem e cai sob seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites;*” (Tábua Sexta – Do Direito de Propriedade e da Posse – n.6)

⁷ Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de; *O Direito Geral de Personalidade*. Ed. Coimbra, 1995. pg 49.

ações penais (relativas ao homicídio e outros delitos graves) deixaram de poder ser exercidas por qualquer cidadão e passaram a ter como finalidade a punição do culpado pelo Estado.”⁸

Aliás, muitas das formas de punição instituídas nos primórdios eram baseadas na Lei de Talião, agindo o lesado nos casos de ofensa à honra, na forma de auto-defesa do seu direito, recorrendo às vias de fato e violência como forma de ressarcir ou compensar seu prejuízo. Demonstrando-se a ausência de ambiente jurídico unitário a propiciar o pleno desenvolvimento do homem.

Este tipo de organização do Direito, na época romana, valendo-se de uma Lei unitária para fins de assegurar os direitos dos cidadãos, no entanto, não está, sistematicamente, tão afastada dos tempos atuais. Perceba-se, porém, que está a se falar da forma da Lei, não de sua substância. Se, naquele ordenamento, a divisão entre o que era Público e o que era Privado não se operava de forma muito clara por razões da possibilidade de comunidades concorrentes e portanto inexistência de uma ordem pública maior. Hoje, a impossibilidade de vislumbrar-se o que é Direito privado contraposto ao Direito público, dá-se no sentido oposto, qual seja a possibilidade de reconhecimento de direitos do cidadão frente ao Estado, dentre os quais há o compromisso de intervir, necessariamente, para que se realize o desenvolvimento de cada pessoa, assegurando a participação de todos na vida de uma comunidade necessariamente unitária, mesmo nas relações privadas.

É neste último ponto, em que o Estado deixa de somente se preocupar em assegurar sua soberania nas relações que trava com os particulares, para participar dentro das relações entre os particulares como assegurador dos direitos individuais sociais, que se dá a grande diferença substancial.

De forma alguma, nos ordenamentos atuais, permitiria-se os diferentes tipos de tratamento legal em razão de condições existentes no próprio Homem, que qualificava-se, no Direito Romano, em três *status*: o de liberdade (*libertatis*), o de cidadania (*civitatis*) e o familiar (*familiae*). Esta grande diferença, é reflexo principalmente da não aplicação do princípio da igualdade, o que demonstra que em tempos remotos, nem sempre o homem era a finalidade do direito.

No entanto, seria exagero dizer que não havia qualquer preocupação do Direito Civil em proteger bens da personalidade. Mas, como dito, não eram todos os homens que detinham esta proteção por um a razão de existência de um sistema que permitia tratamento jurídico diferente para cada um em razão de seu *status*

O Direito Romano, previa a *actio injuriarum*, que abrangia “atentado à pessoa física ou moral do cidadão”, no entanto, por tratar-se de um sistema jurídico inigualitário, “*a própria divisão do homem em classes, castas, raças ou grupos juridicamente estratificados constitui, por si mesma, a suprema injustiça e ignomínia, v.g., do ponto de vista da tutela da dignidade e do desenvolvimento das personalidades individuais, que supõem um processo comunitário integrado com igualdade de oportunidades e tratamento.*”⁹

Falar em Direitos da Personalidade, portanto, é quase que impossível antes das Constituições Democráticas modernas, que inseriram em seus fundamentos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, através do Direito Constitucional, e sacramentou o valor da Pessoa Humana nos ordenamentos atuais, promovendo a permeação deste valor no Direito Privado de forma indissociável.

A trilha percorrida para chegar-se as Constituições Modernas cristalizando a consciência coletiva quanto ao valor da Pessoa Humana, será melhor colocada na evolução do próprio reconhecimento dos Direitos da Personalidade, no capítulo a seguir, mas, em síntese, sabemos que a consolidação de tal princípio teve sua semente lançada nas idéias do individualismo, iniciado com o Renascimento e o Humanismo do séc. XVI, e somente começou a ser cogitado como direito subjetivo com o Iluminismo do século XVIII, muito timidamente. Foi o liberalismo do século XIX e suas Revoluções Burguesas, muito mais vinculadas às idéias econômicas, que permitiram uma liberdade individual e possibilidade de proteção e reconhecimento de direitos subjetivos dos privados, com proteção pelo Estado.

A evolução da idéia do “individualismo”, vinculada à liberdade contratual, até o “personalismo”, decorrente do Princípio da Dignidade Humana, foi fruto da Segunda Grande Guerra, que demonstrou os riscos da subalternização do indivíduo humano face ao Poder supremo concedido ao Estado, que a pretexto de dar-lhe um bem de que carece ou julga carecedor, acabaria por castrá-lo no essencial da sua

⁸ Sobre o Direito Penal na concepção adotada para a proteção da pessoa humana: “*A proteção do homem (isto é: da pessoa humana) das violências e atentados cometidos por outras pessoas em termos gerais é encontrada com maior consistência na esfera do Direito Penal. É de se notar que a proteção penal tinha (e tem) por básico fundamento a perseguição da paz e harmonia sociais. A pessoa é então protegida por ser membro de uma sociedade que, para seu desenvolvimento, precisa de segurança.*” No texto de Cortiano Junior, Eroulths, *Alguns Apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁹ Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de; *O Direito Geral de Personalidade*. Ed. Coimbra, 1995. pg 120.

personalidade¹⁰, impondo-se, a partir do fim dos horrores da Guerra, um dever ao próprio Estado: “ a dignidade da pessoa humana é inviolável, todo o poder estatal tem o dever de a respeitar e proteger”.¹¹

Diante deste cenário histórico, o reconhecimento dos Direitos da Personalidade por parte do Direito Civil, coincidiu com a evolução histórica do reconhecimento dos Direitos do Homem, em visão internacional, e os Direitos Fundamentais do Cidadão, em visão constitucional. Nas palavras de Norberto Bobbio, “O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão nas bases das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. (...) Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais”¹²

Neste ponto, vale a menção de que a inserção do valor da pessoa no sistema jurídico, foi o fator responsável em permitir a permeação entre as esferas, até então isoladas, do direito público e do direito privado. De fato, o que ocorreu foi uma percepção que algumas situações encontravam-se sem proteção, já que por público entendia-se as relações entre Estado e Indivíduos, sempre prevalecendo a supremacia daquele; e por privado, entendiam-se as relações entre os indivíduos, onde poderia prevalecer a supremacia daquele particular que estivesse em melhores condições econômicas ou sociais.

Estas relações colocadas desta forma, denotam a total despreocupação em assegurar o princípio da igualdade substancial, já que nas relações do Estado sempre preponderou, por força de lei, sua supremacia. Entre particulares, prevalecia uma igualdade formal, que assegurava a não ingerência do Estado, ainda que as partes da situação jurídica fossem totalmente desiguais em suas condições.

Foi a ponderação entre o extremo individualismo, do homem dotado de vontade livre, de autodeterminação, com o outro extremo dos deveres perante ao Estado soberano, decorrentes da prevalência do grupo social perante o homem isolado, que se iniciou a visão de novas formas de relações fosse entre os próprios particulares, fosse entre estes e o Estado. Nas relações entre o Estado e o cidadão, proporcionou-se a relação de duas formas: a primeira, e já sedimentada, a prevalecer o interesse público, e segunda e inovadora, a prevalecer o interesse privado diante do interesse coletivo, desmistificando o superprincípio da supremacia do estado; e, na esfera privada, onde os particulares poderiam se relacionar de outras duas formas: a primeira, corriqueira, onde prevalece a autonomia total de suas vontades, e a segunda e inovadora, diante dos princípios constitucionais, onde suas vontades sofrem a ingerência do poder estatal para que se assegure o equilíbrio da situação.

Na verdade, isto foi fruto do avanço das Constituições em desenvolver um compromisso político de proteção à pessoa humana, deu-se no vácuo dos códigos, que ocuparam-se muito mais em proteger os aspectos patrimoniais, mas que em razão do Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, os permearam, promovendo o fenômeno de sua constitucionalização do Direito Civil. A Constituição passou a agir como centro de integração do sistema jurídico privado, tornando a ordem jurídica unitária, implicando na falência da tradicional contraposição do direito privado ao direito público.¹³

Ainda que não mais seja adequado falar-se nesta divisão público/privado, há que ser traçadas as diferenciações entre os Direito da Personalidade, os Direitos do Homem, os Direitos Fundamentais e outros Direitos Pessoais, os quais serão melhor analisados no capítulo 1.3. Antes, porém, é necessário, definir de forma clara qual o objeto, os sujeitos e as limitações dos Direitos da Personalidade, o que será exposto a seguir.

1.2 – DIREITOS DA PERSONALIDADE - AFIRMAÇÃO DA TESE POR UMA PROTEÇÃO INTEGRAL DO ORDENAMENTO

Colocada a história do reconhecimento do valor da pessoa humana como centro de todas as relações, seja de direito público ou privado, passa-se a analisar a evolução do direito de tutela dentro das relações privadas, em que o objeto de proteção são os atributos inerentes ao próprio homem.

As reflexões antropocêntricas das relações entre o indivíduo e a sociedade, e em especial entre governantes e governados dentro do Estado, foram sem dúvida, as responsáveis pela criação de um

¹⁰ Ob. Citada, pg. 85.

¹¹ Constituição da República Federal da Alemanha de 1949, logo em seu artigo 1º que prossegue; “o povo alemão declara-se partidário, por causa disso, de invioláveis e inalienáveis direitos do homem, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça do Mundo.”

¹² Bobbio, Norberto, A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹³ Cortiano Junior, Eroulths, Alguns Apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

conceito de direito subjetivo ligado a idéia de vontade humana, autodeterminação do homem, ou ainda, um poder da vontade individual.

Iniciaram-se tais reflexões com o Humanismo e Renascimento, ainda que fossem muito fortes, nesta época, o poder das ordenações divinas. Formou-se a idéia do *ius in se ipsum* como o poder da pessoa sobre si mesma. Com a Escola do Direito Natural, já na época do Iluminismo do séc. XVIII, o individualismo fruto do liberalismo ganha maior força, surgindo a idéia de um homem pré-político, em que sua liberdade individual prevalecia sobre a ordem do direito objetivo.

A idéia do Direito Natural trazida pelo jusnaturalismo racionalista, fundada nos direitos inatos e irrenunciáveis do homem busca ultrapassar a legitimidade formal dos textos positivados, iniciando-se movimentos de abolição da escravatura, da pena de morte e de castigos corporais. Tomam, no entanto, efetiva aplicação após as concepções democráticas e liberais de Kant, da independência americana, e em especial, da Revolução Francesa, que promovem a subjetivação dos direitos individuais face ao Estado.

Mas esta esfera de proteção que se desenvolve com a Escola do direito natural muito mais preocupava-se em vincular-se a uma idéia de espaço não violável pelo Estado, contra os poderes do soberano, em especial nas relações de propriedade e contratuais, fixando limites de atuação e liberdades que não poderiam ser suprimidas pelo Poder Político. O que pretendia era diminuir a quantidade de deveres que devia o súdito ao Estado, para reconhecer os direitos que o cidadão possuía perante este, não chegando a alcançar na esfera das relações entre particulares o afastamento de intrusões na vida privada.

Assim, a idéia de direito subjetivo acabou por, dentro do direito civil, a adequar-se ao pensamento dos direitos reais, da aquisição de bens, para fazer valer o que estava regulado e resguardado pelo direito objetivo. A idéia de uma sociedade que se dividia entre proprietários e não proprietários¹⁴ permaneceu muito forte no direito civil e o direito subjetivo enxergado como o poder da vontade ilimitado sobre uma coisa corpórea, teve como matriz intelectual o direito de propriedade. Impôs direitos ao seu titular e deveres aos outros, sem restrições especiais a forma de dispor do objeto tutelado.

Esta visão ultrapassada de direito subjetivo, que inclusive não mais se aplica sequer aos direitos reais, sendo uma de suas expressões a consideração de uma função social de propriedade, foi o motivo de críticas por parte da escola histórica de Savigny e mais tarde do positivismo jurídico, em reconhecer um direito sobre a própria pessoa.

Dentre os principais argumentos que negam a existência do “*ius in se ipsum*” estaria a apavorante idéia de legitimar-se o suicídio, a automutilação. Estava-se, portanto, a questionar a errônea idéia que os direitos da personalidade teriam como objeto de direito a própria pessoa, encarando inviável a possibilidade de um direito que fundia seu titular – sujeito de direito – em seu próprio objeto.

Foi rechaçada, de início, a categoria de direitos da personalidade, surgindo a tese negativista composta pela doutrina de Thon, Unger, Jellinek, Ennecerus, Crome, Oertman, Von Thur, Rava¹⁵ Pronunciou-se Kant na *Metafísica dos Costumes*¹⁶: “*O homem não pode dispor de si mesmo porque não é uma coisa; nem é propriedade de si mesmo, pois seria contraditório. Na medida que ele é pessoa, ele é sujeito ao qual pode caber a propriedade de outras coisas. Mas se fosse propriedade de si mesmo, seria uma coisa, cuja posse poderia reivindicar. Ora, ele é pessoa, o que é diferente de propriedade e portanto não é uma coisa, pois é impossível ser, ao mesmo tempo, coisa e pessoa, e fazer coincidir o proprietário e a propriedade. Baseado nisto, o homem não pode dispor de si mesmo.*”

Ainda, neste sentido, Jellinek argumentou que a vida, a saúde, a honra, não se enquadrariam na categoria do ter, mas do ser, incompatíveis, portanto, com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio.¹⁷

Destarte, enquadrar o tratamento dos direitos patrimoniais e toda sua sistemática à defesa dos direitos extrapatrimoniais, foi tarefa impossível, tanto que, após o reconhecimento e sedimentação dos direitos da personalidade, opera-se revolução no ordenamento jurídico a fim de desenvolver um tratamento diferenciado e novo para estes direitos.

A visão dos direitos da personalidade como direitos subjetivos tomou escalas a ponto de não serem admitidos senão perante o poder legislativo do Estado, considerados como reflexos do direito objetivo, decorrentes de situações objetivas. Esta visão sedimentou a idéia de que os direitos da personalidade seria *numerus clausus*, sendo sempre necessária a previsão legal destes direitos.

Após a Segunda Guerra Mundial, as idéias de proteção da Pessoa Humana são novamente trazidas à lume, ficando claro que o Estado legislador não poderia estar a cargo de reconhecer

¹⁴ A expressão é de José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, pg.138

¹⁵ Bittar, Carlos Alberto. In *Os Direitos da Personalidade*. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. pg 04.

¹⁶ Citação extraída da referência de Maria Celina Bodin, In *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pg. 101

¹⁷ Gustavo Tepedino. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro in *Temas de Direito Civil*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pg 25.

expressamente os Direitos da Personalidade, havendo portanto que consagrar-se um Direito Geral de Personalidade, que não somente estaria adstrito a leis especiais que o reconhecessem.

Sobre a evolução dos Direitos da pessoa perante o Estado, que teve grandes questionamentos após a Segunda Guerra, é interessante a análise de José Lamartine Correa e Francisco José Ferreira Muniz¹⁸: “segundo os fascistas, bastaria a tutela publicista dos direitos da pessoa, sendo corpo estranho no sistema a tutela de natureza privada. Note-se como a concepção totalitarista do Estado utiliza em seu benefício a separação rígida entre Direito Público e Direito privado. No âmbito do Direito Civil nasceu a defesa do ser humano contra o poder do Estado. Mas, como observa Tucci, o século XIX conheceu um progressivo esvaziamento dos Códigos Civis em relação ao primitivo conteúdo de defesa dos direitos individuais do Direito Privado. Tucci faz, nesse sentido o contraste entre o Código austríaco, jusnaturalista, e o BGB, “que conclui o grandioso movimento das cadificações européias. É curioso notar que Perlingieri chega, por outras vias, a conclusão análoga, mostrando que tanto o BGB quanto o “Código Civile” de 1942 representam códigos de uma fase histórica em que se efetua a separação entre a proteção dos direitos políticos do ser humano e dos aspectos puramente privatísticos da tutela da personalidade humana, excluída a primeira dos Códigos Civis. Com a redemocratização italiana, a Constituição de 1947 abriria novos horizontes. Seu art. 2º afirma reconhecer e garantir a República “os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais em que se desenvolve sua personalidade”, e exigir (a República) “o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.”

Da inserção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana promoveu-se a cláusula geral de Tutela da Personalidade, ficando para trás a necessidade de configuração de situações-tipo para que fossem assegurados os direitos da personalidade.

A cláusula geral permite a ocorrência de um relação jurídica-tipo, generalizante e abrangente, que permita a intervenção do sistema para que ocorra mais do que a simples repressão da lesão ao bem da personalidade, mas, além disto, para que antes, permita a promoção do homem.

Sobre a necessidade de mecanismos de promoção, inclusive, pode-se colocar a evolução do Direito Civil, nesta área, já que mais do que buscar a mera repressão, evoluiu em paralelo ao Direito Penal, principal repressor das agressões dos bens da vida. Neste ponto, percebe-se que a necessidade de uma tipificação normativa, característica do Direito Penal muitas vezes acaba por trazer a lesão à seara do Direito Civil.

Destarte, a noção personalista do sistema suplantou aquela individualista, típica no sistema privado que concebia o homem isolado, dono absoluto de um poder unilateral de vontade, em antítese ao sistema público. “Em uma visão personalista, o ser humano não é visto como átomo isolado em face do Estado, nem em visão competitiva de ser contra o outro; mas como ser com o outro.”¹⁹

Portanto, após reconhecido que a personalidade se trata de um valor, é tese pacificada que o objeto destes direitos não será o Homem, mais sim alguns atributos ou qualidades físicas ou morais deste, que serão individualizados pelo ordenamento jurídico e pelas situações subjetivas ocorridas no dia-a-dia.

Vale, ainda, dispor sobre a implicação que a personalidade trazida como um valor provocou no sistema jurídico, demonstrando claramente que os direitos e deveres jurídicos decorrentes das situações subjetivas, concedem não somente direitos aos seu titular ativo e deveres ao sujeito passivo. A idéia de que o sujeito ativo que, por exemplo, tem direito à vida, carrega consigo, junto a este direito, deveres de vida, e portanto, é daí que decorre sua indisponibilidade e irrenunciabilidade. Afastada, desta forma, a possibilidade de auto-mutilação ou suicídio, demonstrando que não existe uma livre disposição dos bens da personalidade por parte de seu titular.

Aliás, esta idéia de direitos e deveres em um mesmo sujeito ativo ou passivo, permeou as relações patrimoniais também, se antes o direito à propriedade permitia sua livre disposição, hoje sabemos que a vontade do proprietário pode ser limitada por questões de solidariedade social. Esse é o entendimento de Pietro Perlingieri ao defender a existência de interesses, mais do que a idéia de direito subjetivo: “A complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento.”²⁰

Carlos Alberto Bittar, definiu, em sua imprescindível obra sobre o tema, o que entender, sobre os direitos da personalidade: “Consideram-se como direitos da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a

¹⁸ O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, in Revista dos Tribunais, ano 69, volume 532, fevereiro de 1980.

¹⁹ Op. Cit. José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz.

²⁰ Op. Cit.,pág. 107.

*intelectualidade e outros tantos.*²¹ Perceba-se que, nesta idéia, ainda há a forte concepção da previsão expressa pelo ordenamento.

Diogo Leite de Campos, propõe uma visão muito mais individualista do que personalista, mas ainda assim aplicada em algumas situações: “*direitos da personalidade (em sentido estrito) por visarem a proteção da pessoa em si mesma, como ser não social; direitos de direito civil por se ocuparem da pessoa livre de constrangimentos sociais, autônoma criadora de si própria. Direitos contra os outros, contra os grupos, contra o Estado.*”²²

Por fim, como definição que já busca a finalidade do instituto, são preciosas as palavras de Orlando Gomes²³: “Sob a denominação de direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.”

1.3 – DIREITOS DA PERSONALIDADE E INSTITUTOS CORRELATOS

Somente para fins de melhor definição do que sejam os direitos da personalidade, vale, ainda que seja bastante nebuloso, traçar algumas diferenciações entre estes e alguns institutos a eles correlatos. A distinção foi retirada das definições de Capelo de Souza, em sua tese de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, que se fez em indispensável obra sobre o tema.²⁴

Dentre os direitos juscivilísticos, na acepção de direitos não patrimoniais, há que se falar dos direitos pessoais que permitem, de fato, o *iura in se ipsum* como categoria de direitos sobre a pessoa de outrem e, portanto, distinguem-se dos direitos da personalidade. São casos bastante restritos e que somente comportam o exercício se tipicamente previstos em lei. É o que dizer da entrega do filho menor; no poder-dever dos pais em dirigir a educação de filho menor, podendo inclusive definir sua religião; nos poderes dos tutores, enfim, daqueles casos em que a vontade dos sujeitos de direito não é considerada manifestada, ainda que o que esteja a se proteger sejam seus interesses. Não se tratam de autênticos direitos subjetivos, mas sim de poderes-deveres instituídos por decisão política legislativa como o mais apto a regular os interesses de seus titulares.

Sobre os direitos da pessoa em seus diversos planos de atuação no âmbito público ou privado, há que definir-se a distinção entre os Direitos Fundamentais e os Direitos da Personalidade. No sentido formal pode-se dizer que estes constam no Direito Civil e aqueles são previstos no Direito Constitucional. No aspecto material, é certo que a Constituição pode prever uma série de Direitos e liberdades que estejam reguladas nas relações dos particulares entre si e entre estes e o Estado. Portanto, a distinção torna-se obscura, sendo no entanto visível que “*embora muitos e diversos direitos da personalidade sejam também constitucionalmente reconhecidos como direitos fundamentais, nem todos os direitos da personalidade constituem direitos fundamentais e, ao invés nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade.*”²⁵

O direito à propriedade está elencado no artigo 5º. de nossa Constituição, sendo tido como inviolável. Sabemos que tal direito, de caráter patrimonial, não figura dentro dos Direitos da Personalidade. Da mesma forma, bens da personalidade juscivilística podem conter certos elementos ou zonas não essenciais, aos quais não se correspondam a Direito Fundamental.

Ainda no plano publicista, pode ser traçada a tênue distinção entre os direitos subjetivos públicos dos particulares, e os Direitos da Personalidade. Os direitos subjetivos públicos referem-se ao poder dos particulares de exigirem do Estado ou de outras entidades públicas um determinado comportamento positivo e negativo, em virtude interesses próprios dos particulares tutelados por normas de direito público.

Neste ponto, deve-se lembrar que os direitos subjetivos públicos tutelam diretamente interesses próprios dos particulares. Se a tutela ao interesse público for direta e somente de forma reflexa estiver o interesse do particular tutelado, o que existirá será um interesse legítimo. Não há como abstrair-se desta questão do Direito subjetivo público que o Estado nestas relações está investido de seu *ius imperium*, o que impõe diversas formas de tratamento, ponderações de princípios e interpretações que não são utilizadas nos Direitos da Personalidade impostos ao Estado, neste caso destituído da condição de soberano. Guardam,

²¹ Op Cit. Pág. 01.

²² *Lições de Direitos da Personalidade*,

²³ Gomes, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p.130.

²⁴ Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de; *O Direito Geral de Personalidade*. Ed. Coimbra, 1995. pg 577-595.

²⁵ Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de; *Ob. Cit. Pág. 581*

ainda, diferenciações quais sejam no que se refere as sanções civis aplicadas à violação dos direitos da personalidade e às sanções administrativas para o que concerne aos direitos subjetivos públicos

Por fim, a idéia de Direitos do Homem deve ser diferenciada dos Direitos da Personalidade, eis que aquela é formulada no âmbito do direito internacional e nas relações entre Estados subscritores de Declarações ou Convenções. As normas podem por certo tratar de iguais bens humanos, no entanto, não pode ser esquecido que no concurso de normas de Direitos do Homem e Direitos da Personalidade, deve ser observado o esgotamento das vias de recurso internas, para que após venham a ser invocada a esfera internacional.

1.4 - COMEÇO E FIM DA PERSONALIDADE JURÍDICA X COMEÇO E FIM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PARA A PESSOA NATURAL

Depois de remontada a evolução histórica dos direitos da personalidade, passa-se ao foco do presente estudo, qual seja a possibilidade de transmissibilidade de alguns direitos da personalidade em razão da morte. Atente-se que está a se falar sobre a transmissão *causa mortis*, e somente sobre esta, já que a cessão dos direitos da personalidade *inter vivos*, como alguns aventam nos casos de cessão total da imagem ou partes do corpo, seja a título oneroso ou gratuito, é problema que merece uma tese a parte e implica analisar a possibilidade de renúncia e outros aspectos até mais polêmicos do que a transmissão *causa mortis*.

Para prosseguir no estudo, é imprescindível deixar bastante claro a diferença entre a personalidade tida como instituto do direito que confere a qualquer homem vivo a possibilidade de ser sujeito de direito, e os direitos da personalidade, que se tratam como já acima exposto, da proteção dos atributos essenciais do homem.

Os institutos, não há como se negar, são bastante próximos, e ficam ainda mais semelhantes quando denominados com nomes semelhantes – personalidade jurídica e direitos da personalidade – no entanto, a diferença deve ser bem explicitada.

Aliás, antes de especificar-se a diferença entre os institutos, merece menção a discussão que se travou sobre a denominação a ser adotada quando se legitimou os atributos do homem como objetos suscetíveis a criar direitos subjetivos. Tobeñas defendeu a denominação “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais”, Gangi e Ravá preferiram “direitos à personalidade” ou “direitos essenciais” ou “fundamentais da pessoa”; Windgheid e Campogrande: “direitos sobre a própria pessoa”; Kohler e Gareis: “direitos individuais”; Wachter, Bruns: “direitos pessoais” e Pugliati e Rotondi: “direitos personalíssimos”. Prevaleceu, porém, a denominação dos “direitos da personalidade” esposados por Adriano De Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antônio Chaves, Orizimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Farias.²⁶

A denominação “Direitos da Personalidade” que prevaleceu, ajuda a confundir estes direitos específicos, com o direito de adquirir qualquer direito, ou seja, com a personalidade jurídica. Esta última, entendida no sentido de possibilitar um sujeito de direito, extingue-se com a morte, e portanto, se confundida com aquela outra personalidade, no sentido de atributos do ser humano, dá a falsa impressão de que ocorrendo a morte do sujeito de direito, morrem também os atributos pessoais daquele ser humano.

A confusão é ajudada ainda pela intuitiva, mas errônea, fundição do objeto de direito com o sujeito de direito, quando se pensa nos direitos da personalidade. Como colocado no histórico acima apresentado, essa foi uma das dificuldades da sedimentação da teoria que protege os atributos essenciais da pessoa.

No entanto, é certo que nem sempre a morte do titular de direito, deixa sem proteção o objeto de direito que permanece existindo na ordem jurídica, ocorrendo nestes casos a transmissão. É o que acontece com os atributos da personalidade que se perpetuam após a morte, como o corpo, a honra, a imagem, o nome, a voz gravada, e outros mais.

Neste sentido, confira-se o entendimento de Capelo de Sousa: “*com a morte de uma pessoa física cessa, pelo menos neste mundo, a sua actividade característica e extingue-se, nos termos do n.º 68 do Código Civil Português, a sua personalidade jurídica, ou seja a sua aptidão para ser sujeito de relações jurídicas. Porém, isso não impede, desde logo, que haja bens da personalidade física ou moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais, são autonomamente protegidos. É particularmente o caso do seu cadáver, das partes destacadas do seu corpo, da sua vontade objectivada, da sua identidade e imagem, da sua honra, do seu bom nome e da sua vida provada, das suas obras e das demais objectivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito pessoal, imprimido a sua marca.*”²⁷

²⁶ Bittar, Carlos Alberto. In *Os Direitos da Personalidade*. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. pg 02.

²⁷ Op. Cit. Pg. 188/189.

Veja que, outros atributos, ou seja, objetos de direito, por sua própria estrutura física são realmente extintos com a morte, é o que se pensa da própria vida, da liberdade, da integridade física e de outros.

Assim, o que se sustenta é que terminada a possibilidade de algum homem ser sujeito de direito, com a morte e conseqüente fim da personalidade, alguns dos atributos que detinha, permanecem existentes mesmo sem a existência corpórea de seu criador. Continuam a ser objetos de direito que, após a morte, perdem seu titular original, o qual deixa de atuar no mundo jurídico, mas mesmo assim, merecem a tutela jurisdicional, e por isso, em nosso entendimento, passam a outro sujeito de direito, da forma que ocorre quando há transmissão de direitos *causa mortis*, o que será discutido com mais afinco nos capítulos seguintes.

O direito à personalidade, vista como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, é conferido a qualquer homem, como já há muito sedimentado no Código Civil de 1916, e no art. 1º do Novo Diploma. A condição para tanto é o nascimento com vida. Veja que, esta personalidade confere a possibilidade do homem vivo ser sujeito de direito, no sentido de universalidade.

A conferência do direito à personalidade jurídica não deixa de ser um dos direitos da personalidade, na verdade configura mais uma liberdade pública, pretendendo igualar todo homem como eventual titular de direitos, o que não acontecia, por exemplo, na época da escravidão.

Nos momentos em que a determinado homem não é permitido ser titular de algum direito, hoje em dia, não se está, de forma alguma, a ocorrer falta de personalidade, mas sim de ilegitimidade *ad causam*.

Sobre o aqui tratado são, como sempre, esclarecedoras as palavras de San Tiago Dantas, retiradas das aulas datilografadas da Faculdade de Direito da UEG, ano acadêmico de 1965²⁸: *“A palavra personalidade esta tomada aí em dois sentidos diferentes. Quando falamos em direitos da personalidade, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como a personalidade. (...) quer dizer que a palavra personalidade pode ser tomada em suas acepções: numa personalidade técnico-jurídica ela é a capacidade de ter direitos e obrigações e é, como muito bem diz Unger, o pressuposto de todos os direitos subjetivos e, numa outra acepção, que se pode chamar acepção o pressuposto de todos os direitos subjetivos e, numa outra acepção natural, é o conjunto dos atributos humanos, e não é identificável com a capacidade jurídica. Aquele pressuposto pode perfeitamente ser o objeto das relações jurídicas. O professor Ebert Chamoun, em suas lições admiráveis, expõe de maneira clara o tema: “a personalidade pode ser considerada do ponto de vista jurídico ou do ponto de vista vulgar. Juridicamente, a personalidade é a qualidade da pessoa que em verdade é titular de direito e tem deveres jurídicos, mas, vulgarmente, a personalidade é um conjunto de características individuais, de valores, de bens, de aspectos, de parcelas, que são realmente dignos de salvaguarda jurídica. Quando se diz que há um direito subjetivo da personalidade, não se está dizendo que a titularidade coincida com o objeto, apenas se está referindo a certos aspectos da personalidade, tomada a palavra em seu sentido vulgar, que são objetos da personalidade sob o ponto de vista jurídico.”*

Como já amplamente explicitado anteriormente, em razão do nosso sistema brasileiro primar pela existência de um Tutela Geral da Personalidade, excluindo-se o entendimento que preconiza a necessidade de previsão legal ou taxativa dos atributos defendidos, é oportuno rechaçar os autores que entendem a personalidade de forma una, não permitindo a sua divisão em atributos. Entendem que a pessoa é uma só. Ao nosso ver é mais uma confusão de objeto e sujeito de direito, prejudicada pela associação da personalidade como aptidão de adquirir direitos e deveres.

Voltando a questão deste tópico, é interessante perceber que a existência de dois institutos para um mesmo nome - personalidade – causa desconforto na ordem jurídica. A personalidade vista como aptidão genérica para contrair direitos e obrigações também encontra problemas, quando exatamente se confunde com a possibilidade de existência de direitos da personalidade sem a existência da personalidade jurídica, ou seja, sem um titular de direito, que somente surge com o nascimento com vida.

É este, por certo, o caso do nascituro, que já foi tema das mais variadas discussões, e portanto, não se pretende aqui perpetuá-las, trata-se de caso em que os direitos essenciais, ou seja a vida, a integridade física já existem, mas o sujeito de direito, teoricamente, ainda não, e daí que mesmo assim são eles resguardados.²⁹

²⁸ Dantas, San Tiago. *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro. Ed. Rio, I, p.192.

²⁹ “Ilegitimidade de parte. Ativa. Ocorrência. Ação de investigação de paternidade. Ajuizamento pela mãe do nascituro. Legitimidade do filho para propor a ação investigatória à vida. Somente o filho tem legitimidade para propor a ação contra o indigitado pai, adquirindo essa legitimidade com a aquisição da personalidade, o que ocorre a partir do nascimento com vida.” (TJSP – Ap. Cível 200892-1, 8/03/94, Rel. José Malerbi)

Sobre isto, interessante a posição de Pietro Perlingieri, que sentencia: “o sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tutelados pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular. Tome-se, por exemplo, a doação a favor de nascituros ou dos concebidos (art. 784 e 462 Cod. Civ.). A partir do momento do nascimento do sujeito, existe já o interesse juridicamente tutelado, a situação da qual o donatário, ou de qualquer forma, o sujeito nascituro, será titular; mas ainda não existe o sujeito titular do interesse. O ordenamento prevê alguns ofícios de direito civil (cfr. *Infra*, cap.6, parag 86) legitimados a agir judicialmente, a realizar atos de direito substancial, conservativos, cautelares em relação ao individuado interesse temporariamente sem titular.”³⁰

Excluída a discussão sobre a possibilidade da existência de um direito sem titular, acima sustentada, e que não é bem aceita no ordenamento pátrio³¹, percebe-se que o caso do nascituro comporta uma hipótese que não é permitida no caso do morto, qual seja a situação temporária entre a concepção e o nascimento. Esta “espera” não existe para o óbito, afinal, não se tem notícias de casos de ressurreição, não pelo menos dentro dos fatos considerados pelo nosso ordenamento jurídico, que não contempla casos sobrenaturais.

A distinção, entre a temporariedade da situação do nascituro em contraposição ao do defunto, pode ser percebida ainda no entender de Pontes de Miranda: “Não há representação sem haver pessoa que se represente e pessoa que represente. Se a lei protege os interesses de pessoa futura, tem de lançar mão da representação legal, como expediente técnico (arts. 4º, 2ª parte, e 462). Não há representação da pessoa do defunto; tal erro grosseiro da doutrina francesa e italiana.”³²

A comparação que pode ser traçada, no entanto, demonstra um ponto em comum no ordenamento, qual seja a dificuldade em entender-se os casos em que corpo e vida não estão fundidos: o nascituro tem vida mas não tem corpo autônomo. O morto (cadáver) tem corpo mas não mais vida. Veja-se que as questões que atormentam a doutrina fixam-se exatamente quando corpo e vida não “andam juntos”. Exclua-se desta análise os casos de pessoas jurídicas.

Isto porque, se corpo e vida se encontram, estaremos diante de uma pessoa humana, que titular dos direitos que ela mesma comporta, tem a faculdade de exercê-los, seja por si, seja por meio de outros, na medida de sua capacidade.

É o nascimento com vida que insere o ser humano no mundo jurídico como sujeito de direito e é a morte que o extirpa deste mundo nesta condição. A questão do nascituro, além do motivo acima já referido, não será o foco deste estudo, porque aqui quer se discutir o fim dos direitos da personalidade e não o seu começo, o que passa a ser objeto dos próximos capítulos.

CAPÍTULO II - DIREITOS DA PERSONALIDADE QUE MERECEM TUTELA APÓS A MORTE

2.1 - TITULAR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE – DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Centrando-se em zona precisa, ou seja, após o nascimento com vida até a morte, pode-se afirmar que todo homem tem personalidade, seja no sentido de contrair obrigações e direitos, seja no sentido de possuir em si os atributos essenciais de existência, respeitados e protegidos pelo ordenamento.

Ser sujeito de uma relação jurídica chama-se titularidade.³³ Como sujeitos de direito, da forma que acima distinguiu-se, podem ser todos aqueles que tenham personalidade jurídica..

Como lição corriqueira, sabemos que se tratam os direitos da personalidade de direitos personalíssimos. São personalíssimos, porque entende-se que a situação que os envolve só pode pertencer a um sujeito de direito, diferentemente dos outros direitos, os quais podem ter sujeitos ilimitadamente fungível. Pietro Perlingieri³⁴, denomina define como personalíssima a titularidade institucional ou orgânica, da

“Ação de Indenização – Em podendo a obrigação decorrente do direito a alimentos começar antes do nascimento e depois da concepção, têm os pais, mesmo tratando-se de direito personalíssimo, legitimidade para pleiteá-los pelo nascituro, que será indiretamente beneficiado, enquanto se nutrir do sangue da mãe, e diretamente após seu nascimento, pois já que os legitimados para representa-los desde a gestação seriam seus pais. Gravidez decorrente de uso de anticoncepcional falso – Alimento – Legitimidade ativa dos pais para pleitear indenização em nome do nascituro” (TAMG – AGI. Acórdão 0321247-9, 3 Câmara Cível – Rel. Juiz Duarte de Paula). A jurisprudência citada está referida no livro de Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil : parte geral – 3ª. ed – São Paulo; Atlas 2003. pg 151.*

³⁰ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, tradução de: Maria Cristina de Cicco, 2 edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pg. 107/108.

³¹ “titularidade de um direito é a união do sujeito com esse direito. Não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular”, Francisco Amaral, in *Direito Civil Introdução*, 2ª Ed. , Renovar, pg. 206. Ainda neste ponto, o Autor faz referência a Castan Tobeñas que proclama: “A teoria dos direitos sem sujeitos está hoje pouco menos que abandonada pela opinião científica.”

³² Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, pg. 233. Tomo Capítulo XV, Representação.

³³ Francisco Amaral. *Op. Cit.*pg. 162

³⁴ *Op. Cit.* Pg. 109.

seguinte forma: “A titularidade institucional ou orgânica, ao revés, caracteriza-se pela impossibilidade da aquisição, por outros sujeitos, da situação subjetiva, já que vindo a faltar o titular originário, extingue-se também a situação. Estas situações ligadas organicamente ao titular, ditas situações intuitu personae, estabelecem um liame tão estreito com o sujeito, que encontram exclusivamente naquele liame a razão de ser, a sua função. A titularidade orgânica encontra aplicação sobretudo no setor das situações existenciais, principalmente, nos direitos fundamentais da pessoa.”

Ainda sobre a exclusividade do sujeito de direito, pronunciou-se De Cupis³⁵: “se o direito se radicasse noutro sujeito, ficaria separado daquilo que constitui o seu pressuposto, e nem este poderia mais realizar-se.”

Esta exclusividade dos direitos da personalidade, pode ser justificada pelo fato de que todos os seres humanos detêm seus atributos pessoais, e portanto, a cada um cabe fruir ou resguardar o que é seu. O ordenamento não permite a disposição total destes direitos para outros titulares, sob pena de ver-se repetida a situações em que se suprimiu por completo direitos da personalidade de alguns indivíduos, como nos casos de escravidão ou de barganha com aspectos que constituem o mínimo para a dignidade de um homem. Além disto, não há hipótese de concorrência de titulares, cada pessoa tem a sua honra, o seu corpo, o seu nome, a sua liberdade, e caso venha esta a ser lesada, somente o próprio detentor do atributo será legítimo requer a sua proteção.

Veja-se que, a hipótese de legitimação extraordinária, não prevê mais de um titular, afinal trata-se de caso de legitimação processual, que não deve ser confundir com a legitimação *ad causam*, a qual continuará a ser de um único titular. Trata-se, exatamente, de pleitear direito alheio em nome próprio, somente permitidos nos casos expressos em lei. Os direitos da personalidade comportam a proteção por via de legitimação extraordinária. É o caso, dentre outros exemplos, da ação civil pública, que prevê o pedido de danos morais,³⁶

Pois bem. Sendo certo que a legitimação *ad causam* somente será deferida a uma pessoa, é isso que a faz personalíssima, ou seja, outras pessoas, por mais que se digam interessadas, estarão de plano excluídas da possibilidade de pleitear qualquer coisa.

Desta forma, afirma-se, como regra, que os direitos da personalidade não seriam transmissíveis. A associação daria-se no sentido de que, cada pessoa seria apta a defender seu próprio aspecto pessoal, o que até então é toda verdade, no entanto, caso morra, a idéia de que não permitiria o ordenamento a mais ninguém a legitimação para defesa, não parece estar em coerência com a máxima proteção que quer conferir-se a tal valor.

Neste passo, como já colocado acima, alguns atributos da personalidade, por suas características, podem continuar a existir mesmo longe de “seu criador”, é o que dizer do nome, da honra, da imagem, da voz, do corpo, dos direitos morais do autor, enfim, de todas as relações jurídicas que podem advir envolvendo os interesses do defunto, que permaneçam na esfera jurídica, mas que sem titular vivo ficariam sem a devida proteção do ordenamento.

Perceba-se que, aquele sujeito de direito que morreu, que pleiteava direito próprio ao proteger seus atributos pessoais, agora que morto, não detém mais qualquer direito. Como sabemos, a morte elimina a pessoa de sua condição de sujeito de direito, e daí, de duas uma, ou este se transfere, ou então, elimina-se a possibilidade de proteção do mundo jurídico, eis que impossível a existência de relação jurídica sem sujeito de direito, inobstante seja a idéia defendida por parte da doutrina italiana.

Como antes colocado, nas palavras de Pontes de Miranda, seria erro grosseiro falar-se em representação do morto ou de legitimação extraordinária do direito do *de cujus*, afinal de contas, nada plausível defender-se em nome próprio direito que, teoricamente, ficou sem titular alheio.

E é exatamente destes casos que trata o presente estudo. Afinal, objeto de direito que antes ganhava a maior proteção jurídica, não pode, após a morte de seu titular, ficar desprotegido se continua a existir. Admitir tal fato seria assegurar maior proteção a qualquer direito patrimonial, por regra, transmissíveis *causa mortis*, do que aos direitos da personalidade, perdendo a função que o sistema jurídico tanto esforçou-se para sedimentar.

2.2 – ASPECTOS DA PERSONALIDADE QUE MERECEM RESPEITO APÓS A MORTE. O RESPEITO AO DEFUNTO E À SUA VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

³⁵ De Cupis, Adriano. Direitos da Personalidade. Lisboa. Livraria Moraes. 1961. pg. 48

³⁶ Art. 1º da Lei 7.347/85 “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; III – à ordem urbanística; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.” Art. 91 da Lei 8.078/1990 “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (grifou-se)

A doutrina não nega a sobrevivência de alguns interesses da personalidade mesmo após a morte de seu titular³⁷. Alguns atributos pessoais, sejam ligados à integridade física ou à integridade moral – as duas espécies em que geralmente a doutrina tradicional classifica os direitos da personalidade – prolongam-se após a morte. É o caso do direito ao cadáver e o às separadas corpo para fins de doação de órgãos, quanto à integridade física e, nos casos de integridade moral, tome-se como exemplo o direito à honra, à imagem, ao nome, o direito moral do autor, ao segredo, dentre outros.

No que tange aos direitos da personalidade inseridos no campo da integridade moral, o que se quer preservar é a memória do *de cuius* e a repercussão de seus atos em vida, mesmo após a morte do titular de direito. Isto porque, para a tutela do valor personalidade, qualquer sujeito de direito do ordenamento carrega consigo o papel de sujeito passivo para as relações subjetivas existenciais, ainda que o sujeito de ativo tenha falecido. O dever imposto ao sujeito passivo consiste na diligência, na atenção, na consideração de cada um à personalidade de outros, estejam estes vivos ou mortos.

A morte estanca a possibilidade do *de cuius* continuar a promoção da sua personalidade, mas tudo aquilo que foi construído como valor pessoal não poderá ficar sem a proteção do ordenamento. Em geral, o que permanece é o dever de abstenção quanto à personalidade do defunto, ou seja, não haverá mais a necessidade de promovê-la ou desenvolvê-la, porém, caso ocorra uma lesão aos bens da personalidade do defunto, não há como negar, os efeitos serão produzidos na esfera da personalidade de outros sujeitos de direito, em regra, seus familiares.

Na verdade, a repercussão da lesão de um bem da personalidade de uma pessoa viva - o pleonasma aqui se justifica para que se ressalte que não estamos a falar do defunto - pode, como sabemos, por experiências da vida, acabar lesando um bem da personalidade de uma outra pessoa que não o titular do direito personalíssimo. Exemplificando, seria o caso de, após a mácula à honra de um pai, acabar tendo seu filho direito à reparação, mesmo que à honra diretamente atingida, não tenha sido a do filho. Esta questão é bastante controvertida, e trata-se de ponto crucial para o deslinde da possibilidade de transmissibilidade de direitos da personalidade. A jurisprudência nomeia tal dano de indireto, reflexo ou por ricochete³⁸, e o ponto ganhará a devida atenção mais adiante.

Quanto aos direitos da personalidade classificados como de integridade física, a análise é um pouco diferente. Ocorre que, nestes casos, o direito da personalidade pode ser exercido em vida por seu titular, para surtir seus efeitos tão-somente após a morte. Confirma-se o entendimento de Carlos Alberto Bittar³⁹, quando refere-se ao direito ao cadáver: *“Inobstante as várias posições doutrinárias, nem sempre convergentes, entendemos tranqüila a inserção da matéria dentro da teoria em análise, como prolongamento do direito ao corpo vivo. Daí, a possibilidade de disposição pelo interessado, em declaração de produzir efeito post mortem, conforme se tem assentado na doutrina.”*

Inclusive, sobre o direito ao cadáver, pode-se, de início, questionar a aparente incongruência de sua nomenclatura. Um direito personalíssimo que somente pode efetivar-se após a morte de seu titular, o qual deixa, a partir de então, de figurar como sujeito de direito, parece um direito não passível de efetivação. A situação fica ainda menos personalíssima, para os casos em que o titular de direito não manifestou qualquer vontade sobre a disposição de seu corpo, incumbindo aos seus familiares o poder-dever de tomar as decisões sobre o destino do cadáver. Ressalte-se, porém, que as vontades, seja do *de cuius*, seja da família, haverão de respeitar normas de ordem pública sanitária.

A Lei 9.434/97 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano. O art. 4º prevê a necessidade de autorização do cônjuge ou parente maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral até o segundo grau inclusive, para que proceda-se a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa falecida. Perceba-se que, a Lei específica sobre este direito da personalidade, impõe a necessidade de consenso dos familiares, ainda que, o próprio falecido tenha expressado a vontade, até mesmo por escrito, de doar seus órgãos após a morte. Este ponto da Lei, inclusive, foi objeto de intensas discussões perante à sociedade, e ainda que se trate de um direito personalíssimo, caso venha a família a expressar-se contrariamente à vontade do *de cuius*, prevalecerá a vontade familiar.

Daí, percebe-se que, o direito ao cadáver, na verdade é exercido pelos familiares, o que coloca em questão sua qualificação como direito personalíssimo inato. A questão da doação de órgão e respeito à vontade do falecido é bastante polêmica pelas razões acima elencadas.

³⁷ Gustavo Tepedino, op. Cit., pág. 36: *“Finalmente, a intransmissibilidade constitui característico controvertido, estando a significar que se extinguiria com a morte do titular, em decorrência de seu caráter personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenha-se tutelados mesmo após a morte do titular.”*

³⁸ Coloque-se, no entanto, a ressalva que existem autores que se referem ao dano moral reflexo como a existência de conseqüências patrimoniais negativas, em caso de lesão a componentes dos circuitos da moral e da efetividade humana. A expressão foi bastante usada quando a jurisprudência não concebia, ainda, a reparação plena dos danos morais puros, como explica Carlos Alberto Bittar, in *Reparação por danos morais*. Atualiz.: Eduardo Carlos Bianca Bittar 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 1999. pg. 88

³⁹ Op. Cit. Pg. 84.

No entanto, não está a se dizer que o ordenamento não privilegia a vontade dos mortos. De fato, o que ocorre nestes casos é tão-somente a postergação dos efeitos da manifestação de vontade do titular, para após a sua morte.

Exemplo claro de possibilidade de produção de efeitos de ato jurídico, após a morte do titular, é o testamento. Este instituto procura fazer valer a última vontade de um sujeito de direito, que por força do Novo Código Civil, teve inserido o no art. § 2º a seguinte disposição: “*são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.*”⁴⁰ As disposições de caráter não patrimonial já eram aceitas na prática, como, por exemplo, o reconhecimento de filhos ilegítimos, doação de órgãos do corpo humano, nomeação de tutores ou curadores.

Destarte, caso tenha o *de cuius* manifestado sua vontade, em vida, a mesma será respeitada pelo ordenamento, mesmo após sua morte, repercutindo seus efeitos. É um ato jurídico que se faz perfeito no momento da morte. No entanto, se não exercido este direito personalíssimo, de manifestação de vontade, a ninguém mais incumbirá fazê-lo, salvo as hipóteses legais permitidas como nos casos de doação de órgãos acima referidos.

2.3 - A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE. TITULARIDADE DE QUEM?

A questão dos direitos da personalidade sobreviventes à morte de seu titular, gira em torno da conferência de titularidade a um novo sujeito para fins de exercício de sua proteção. E, exatamente, nesta legitimidade de defesa, tanto na tutela inibitória quanto na ressarcitória, que a doutrina coloca suas dúvidas sobre a transmissão do direito ou a legitimação extraordinária conferida por lei a certos familiares, sendo, portanto, este um dos nossos principais pontos enfocados para buscar-se uma solução para a controvérsia.

O ordenamento brasileiro, sedimentou no artigo 11 do Novo Código Civil que as exceções a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, devem ser previstas em lei.

“ Art. 11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Vale, ainda, para melhor discussão que a seguir será travada, a transcrição de alguns outros artigos que compõe o Capítulo II do Título I do Novo Código Civil, nos quais existe a conferência de legitimação aos familiares para a defesa de alguns atributos da personalidade. Atente-se para os grifos, inseridos nesta transcrição, a fim de ressaltar as possibilidades de transmissão previstas no próprio código.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único – Em se tratando de morto, terá legitimidade para requerer a medida prevista nesse artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

(...)

Art. 20 – Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Portanto, já que positivada a possibilidade de transmissão de alguns atributos da personalidade, deve-se passar agora, às questões que surgem desta possibilidade excepcional, tais como a

⁴⁰ O dispositivo se assemelha ao que dispõe o moderno Código Civil Português, no art. 2.179: “*Diz-se testamento o ato unilateral pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles. As disposições de caráter patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um ato revestido de forma testamentária, ainda que nele figurem disposições de caráter patrimonial.*”

quem confere-se titularidade do direito, quais as formas de exercê-lo, e tantas outras dúvidas que circundam esta transmissão que, de fato, não é exatamente igual àquela regulada para a transmissão patrimonial.

Traga-se sobre a questão da titularidade as opiniões que confrontam nas doutrinas. Diogo Leite Campos, na obra *Lições de Direitos da Personalidade*, observa, segundo citações de Gustavo Tepedino⁴¹, o seguinte: “*embora a morte cesse a personalidade, ‘a doutrina, as leis, os juízes, afirmam a permanência, depois da morte, de um certo número de interesses e dos direitos respectivos: o direito à sepultura e à sua proteção; o direito ao seu cadáver e de decidir o seu destino; o direito à imagem que ‘era’ , e também o direito à imagem do cadáver; o direito ao nome; o direito moral do autor; etc.’ Daí ter o código Civil Português, no art. 71, previsto que os direitos da personalidade são protegidos depois da morte do seu titular, tendo legitimidade para pedir a sua proteção, o cônjuge e qualquer descendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. Comentando o dispositivo, aquele autor português leciona que: ‘Os parentes e herdeiros do falecido não defendem um interesse próprio (o que é evidente, por exemplo, tratando-se da defesa de um nome que não é usado pelo que o defende) mas sim um interesse do defunto.’ E remata: ‘Assim a personalidade jurídica prolonga-se, é ‘empurrada’, Para depois da morte’.*”

Em diferente posição, Carlos Alberto Bittar⁴², primando pela defesa em nome próprio dos sobreviventes legitimados: “Outrossim, de um modo geral, os direitos da personalidade terminam, como os demais direitos subjetivos, com a morte do titular, exaurindo-se assim com a exalação do último sopro vital (em consonância, aliás, com o princípio *mors omnia solvit*). Mas, isso não ocorre com alguns direitos dessa categoria, como os ao corpo, ou a parte, a imagem e o direito moral de autor, em que subsistem efeitos, post mortem (certos direitos de personalidade, como os ao corpo, a parte, a imagem) ou, mesmo, ad eternum, com tutela específica (como o direito moral de autor, em que a lei prevê a defesa, pelo estado, depois de caída em domínio público, da integridade e da genuidade da obra: Lei 5.988, de 14.12.73, art. 25, § 2º), ou ainda sem medida específica de defesa (como o direito à honra).

Esses direitos são, ademais, sob certos aspectos, transmissíveis por sucessão *causa mortis*, cabendo aos herdeiros, ou ao cônjuge sobrevivente, ou a ambos, conforme o caso, promover a sua defesa contra terceiros. Assim ocorre com os citados direitos morais de autor (art. 25, § 1º) e com outros direitos da personalidade, quanto a autorização para o uso altruístico (como os direitos ao corpo, a partes e a órgãos), agindo, pois os herdeiros, em todos esses casos, por direito próprio.”

Destarte, não há a negativa da necessidade da proteção dos direitos da personalidade que prolongam-se após a morte. O complicado desta proteção *post mortem*, no entanto, é definir a quem incumbe a titularidade dos direitos da personalidade, uma vez que personalíssimos, mas ainda assim merecedores de tutela após a morte do titular.

As soluções doutrinárias concentram-se em algumas correntes. A doutrina portuguesa e italiana permite a figura de direitos sem sujeito, decorrendo a tutela de um dever jurídico geral. Tal construção, como acima já dito, não é bem aceita no Brasil, ademais, nos próprios países em que a tese é mencionada, a aplicação dar-se-á no âmbito das situações de transitoriedade, como no caso do nascituro. Mesmo nos países onde esta teoria é aceita, não é a majoritária. Ao lado dela, com melhor aceitação, estão as teses que consideram que a proteção advém de interesses e direitos de pessoas vivas que seriam afetadas por atos ofensivos da memória do morto⁴³ e aquela que toma os legitimados como fiduciários dos direitos da personalidade do morto.⁴⁴

Tese bastante interessante é a que impõe o dever de tutela aos herdeiros por questão de fidúcia. Entendem os autores que a defendem, dentre os quais Karl Larenz e Oliveira Ascensão, que o direito em causa é a personalidade do falecido, não atribuindo a legitimação legal qualquer titularidade dos interesses em causa, mas um mero poder de atuação processual. Para Larenz⁴⁵: “*o direito da personalidade se extingue com a morte do seu titular; mas determinados familiares próximos, enquanto de certo modo, “fiduciários” (theuhänder) do defunto, têm legitimidade para defender o seu interesse, existente enquanto vivo, de que a sua imagem de vida e a sua reputação também após a sua morte permaneçam sem tutela, os*

⁴¹ Gustavo, Tepedino. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pg 25.

⁴² Op. Cit. Pg 13

⁴³ Neste sentido, Mota Pinto, Castro Mendes e Carvalho Fernandes.

⁴⁴ Ascensão, José de Oliveira in *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa. F.D.L. 1995/1996. pg. 131. O autor português, que refere-se ao art. 71 de seu código civil, o qual a lias é bastante semelhante ao parágrafo único do art. 12 do nosso novo código civil. Vejamos: “art. 71. 1. Os direitos da personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular. 2. Têm legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no parágrafo 2 do artigo anterior (tutela geral da personalidade), o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resulta da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar, têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere.”

⁴⁵ A citação está referida em ⁴⁵ Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de; *O Direito Geral de Personalidade*. Ed. Coimbra, 1995. pg 365.

familiares exercem um direito que lhes pertence e que lhes é conferido no interesse do falecido como também no seu próprio interesse.”

Para este entendimento, bastante razoável, a única crítica seria no sentido de parecer que está a deferir-se uma legitimidade extraordinária – já que não concebem a titularidade do direito aos familiares, mas somente o dever da defesa – o titular, de fato, segundo estes autores, seria o próprio morto, o que, considerando sua morte e não mais possibilidade de figurar no ordenamento jurídico como sujeito de direito, soa incongruente.

Sobre a doutrina que entende que agem os legitimados em nome próprio⁴⁶, em razão da lesão à personalidade do falecido acabar por lesionar-lhes interesses próprios, é esta que nos afigura mais acertada. Passa-se, nos próximos capítulos a discutir-se as peculiaridades desta última corrente, tomando-se em especial a jurisprudência brasileira.

2.4. DANO REFLEXO OU DIRETO DA PERSONALIDADE DOS LEGITIMADOS

Merece algumas divagações a tese que entende estarem os familiares, com direito próprio, para requerer as providências contra as lesões ou ameaças de lesões ao bem da personalidade do *de cuius*. Isto porque, deve restar esclarecido se efetivamente estamos a falar de transmissão da titularidade, ou se, esta legitimidade poderia ser conferida antes mesmo da morte do defunto, já que a tese prevê a lesão de um bem da personalidade do titular tendo como causa a lesão do bem da personalidade de uma outra pessoa (defunto).

Perceba-se que, caso a legitimidade do familiar seja possível antes da morte, de fato, a tese de transmissão fica um tanto quanto enfraquecida, já que o evento morte não surte efeitos como um fato jurídico modificador da legitimidade. Mas caso a legitimidade somente advenha após a morte, é quase inegável a transmissão, ainda que não seja exatamente nos mesmos moldes que a transmissão de um direito patrimonial, compreendendo peculiaridades que serão melhor expostas nos capítulos seguintes.

Neste aspecto, o que temos, em especial no entendimento de nossos tribunais e, agora, em razão da exceção legal trazida pelos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Novo Código Civil, é que a legitimidade e conseqüente titularidade do direito de proteção de alguns dos direitos de personalidade do morto, são realmente, transmitidos para outros titulares.

Sobre a diferença do tratamento para a legitimidade da defesa de direitos da personalidade, antes e após a morte de seu titular, confira-se os acórdãos abaixo transcritos, ambos da 4^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, o primeiro considerando a ilegitimidade dos pais para o caso de titular vivo e o segundo, conferindo a legitimidade, em razão da morte:

I)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO À IMAGEM. NOTÍCIA DE CRIME. VEICULAÇÃO DA FOTO E DO NOME DE MENOR. PROIBIÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PETIÇÃO INICIAL MAL FORMULADA. CARACTERIZAÇÃO DO AUTOR DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. PRECEDENTE. RECURSO ACOLHIDO.

⁴⁶ Sobre agirem os herdeiros por direito próprio, há quem entenda que o mesmo não decorre da *causa mortis* do titular, não tratando-se portanto de transmissão. Veja-se, Pietro Perlingieri, *Perfis*, op. Cit. pg 181. “*é necessário individualizar o fundamento e a natureza da situação jurídica do parente ao qual a lei atribuiu o direito de “reivindicar” a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou modificação. O direito dito moral de autor é pessoal e intransmissível mesmo causa mortis; os familiares em questão – indicados expressamente pela lei – assumem relevo iure próprio, e não como sucessores. A eles compete o direito independente da sua qualidade de herdeiro. Tais parentes não podem transmitir este direito, que lhes deriva ex lege, aos herdeiros. Trata-se de um interesse não patrimonial pelo qual somente impropriamente se pode falar de transferência (transferibilidade). A avaliação do prejuízo entre o de cuius e cada parente legitimado pode ser, em concreto, diversa, podendo cada um deles exprimir exigências e motivações não coincidentes.”*

No mesmo entendimento de Perlingieri, na doutrina brasileira, veda-se Wilson Melo da Silva, in *O Dano Moral e sua reparação*. 3^a ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1999. pg. 649/650. “*Os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Desaparecem com o próprio indivíduo. Podem os terceiros compartilhar da minha dor, sentindo, eles próprios, por eles mesmos, as mesmas angústias que eu. O que se concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias, possam ser transferidas de mim para o terceiro. (...) A memória do morto, diriam alguns, é que reclamaria vindica. Mas a memória do morto é patrimônio moral de seus herdeiros. Poderiam, de fato, ter estes o interesse em repará-la. Mas em o fazendo, já-lo-iam, sempre, em nome de um direito moral próprio e jamais herdado.”*

Esta postura, ao nosso ver, trata-se de reivindicar o dano decorrente da lesão do bem da personalidade do defunto, como apto a refletir indiretamente nos interesses dos sucessores. A matéria será tratada no seguinte tópico.

I - O direito à **imagem** constitui direito personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação de sua **imagem**, em proteção à sua vida privada. A **legitimidade** ativa, portanto, é da própria pessoa que teve sua **imagem** indevidamente veiculada, que em juízo pode ser representada ou assistida por quem de direito.

II - Não obstante a deficiência técnica na redação da petição inicial, depreende-se dos autos que o autor da ação indenizatória é o menor, estando o pai apenas como assistente, não se justificando, assim, a extinção do processo por ilegitimidade ativa, em obséquio ao formalismo que o processo contemporâneo repudia.
(...)

(RESP 182977/PR; RECURSO ESPECIAL1998/0054510-7 - DJ DATA:07/08/2000 - LEXSTJ VOL.:00135 PG:00177 Relator Dês. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA .Julgado em 23/05/2000)

2)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME DE PROVA. DIVERGÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À **IMAGEM. SUCESSÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS.**

*Os direitos da personalidade, de que o direito à **imagem** é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a **imagem** de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a **imagem** de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à **imagem** de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a **imagem** de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, **legitimidade para postularem indenização em juízo.***

(...)

Sem demonstração analítica do dissídio, não se conhece do recurso especial pela letra "c".

Recursos não conhecidos.

(RESP 268660 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2000/0074502-2 - DJ DATA:19/02/2001 PG:00179 JBCC VOL.:00188 PG:00401 RDTJRJ VOL.:00047 PG:00081 RSTJ VOL.:00142 PG:00378 RT VOL.:00789 PG:0020121/11/2000 Relator. Des. Min. CESAR ASFOR ROCHA Julgado em 21/11/2000)

Destarte, sobre os direitos da personalidade, em especial aqueles que merecem proteção após a morte, o que se percebe é que, de fato, somente permite-se a legitimidade de outra pessoa que não o titular originário, após a sua morte, e isto, não há como negar, trata-se de transmissão.

No entanto, como acima já aventado, a lesão aos bens da personalidade de uma pessoa viva pode culminar na lesão ao bem da personalidade de outras pessoas. Este é um dos pontos mais nebulosos no que tange a reparação civil. É o que a doutrina pátria chama de dano reflexo ou por ricochete.

A doutrina e a jurisprudência, em geral, não o admitem. Até porque, existindo um titular que tenha sido lesado diretamente, para fins de não se alargar indefinidamente⁴⁷ as possibilidades de

⁴⁷ Sobre o dano reflexo, veja a interessante colocação do i. Des. Sergio Cavalieri, advinda de transcrição de palestra proferida em 13/11/2001 no evento de lançamento da associação dos advogados do Rio de Janeiro – AARJ, disponível no site <http://www.aarj.com.br/principal/lancamento.htm>, que teve como tema o Novo Código Civil

reparação, tende-se a conceder a tutela, seja inibitória ou ressarcitória, ao titular personalíssimo do atributo lesado.

No entanto, quando o dano reflexo é aceito pelos tribunais pátrios, se faz, na maioria das vezes⁴⁸, nas situações em que o titular personalíssimo, de fato, morreu. Confira-se, neste sentido, o acórdão proferido pelo i. Des. Min. Castro Filho, em recente julgamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, datado de 17/11/2003, nos autos do RESP 530602/ MA:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II, DO CPC NÃO CARACTERIZADA. AÇÃO REPARATÓRIA. DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO VIÚVO. PREJUDICADO INDIRETO. DANO POR VIA REFLEXA.

I - Dirimida a controvérsia de forma objetiva e fundamentada, não fica o órgão julgador obrigado a apreciar, um a um, os questionamentos suscitados pelo embargante, mormente se notório seu propósito de infringência do julgado.

II – Em se tratando de ação reparatória, não só a vítima de um fato danoso que sofreu a sua ação direta pode experimentar prejuízo moral. Também aqueles que, de forma reflexa, sentem os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando prejuízos, na condição de prejudicados indiretos. Nesse sentido, reconhece-se a legitimidade ativa do viúvo para propor ação por danos morais, em virtude de ter a empresa ré negado cobertura ao tratamento médico-hospitalar de sua esposa, que veio a falecer, hipótese em que postula o autor, em nome próprio, ressarcimento pela repercussão do fato na sua esfera pessoal, pelo sofrimento, dor, angústia que individualmente experimentou.

Recurso especial não conhecido.”

(grifou-se)

Neste cenário nebuloso de nossa jurisprudência, o que pode ser reconhecido é que entendem nossos juristas que os herdeiros recebem a tutela de certos bens personalíssimos dos mortos, no entanto, tal bem não chega a individualizar-se de forma a possibilitar que se possa distinguir o bem da personalidade do morto dos bens da personalidade de seu sucessor.

Postura esta que, ao revés, é totalmente aceita na doutrina portuguesa, por exemplo, tenha-se o entendimento de Capelo de Sousa⁴⁹: ao referir ao artigo 71 do Código Civil Português, semelhante ao nosso artigo 12, do Código Civil de 2002: *“ Indubitavelmente que estas acções pertencem às pessoas referidas no nº 2 do art. 71 do Código Civil, o que, face à cessação da personalidade do falecido e à correspondência entre o direito e a acção (art. 2º do Código de Processo Civil), inculca também estes os titulares materiais em causa. Mas como e em que termos? Entendemos que haverá aqui uma sucessão de direitos pessoais ou, talvez melhor, uma aquisição derivada translativa mortis⁵⁰ causa de direitos pessoais,*

“ (...) Nada tratou o Código do dano reflexo. Até que ponto, até que limite o causador do dano tem que responder, principalmente, em matéria de dano moral. O código fez uma referência a dano moral. É uma inovação e não uma consagração. Mas quem pode pleitear o dano moral? Outro dia, eu recebi uma apelação do caso de um cidadão que foi morto em um presídio. Não tinha pai, não tinha mãe, mas tinha nove irmãos. Então cada um desses irmãos moveu uma ação de indenização por dano moral. Evidentemente, o advogado, bastante inteligente, moveu uma ação para cada postulante e caiu em varas diferentes. Nos deparamos então com essa questão. Irmão pode pedir indenização por dano moral? E o tio também pode? O sobrinho também pode? Se dano moral é dor, vexame, humilhação, sofrimento, os fãs de um artista ou de um esportista, por exemplo, do Ayrton Senna, poderiam pedir indenização por dano moral? Nós precisamos tratar disso. O Código Português tem um dispositivo sobre isso. Nada disso foi tratado no novo Código Civil. Parece que algumas partes do Código Civil foram elaboradas por altas autoridades, juristas de extraordinário nome, que realmente conhecem o direito e outras, nem tanto, porque deixaram escapar a oportunidade de termos uma melhor disciplina sobre os temas mencionados. Enquanto não houver disciplina na lei, continuaremos nós, operadores de direito, juristas, construindo o direito, para que, no futuro, as legislações sejam melhores. Eram estas considerações que eu tinha a fazer. Eu agradeço a todos pela generosa atenção.

⁴⁸ Pode-se questionar, porém, se no caso de acidentes graves, que culminem, por exemplo, na paraplegia do titular de direito, não haveria a possibilidade de conceder-se reparação dos danos extra-patrimoniais ao acidentado como ainda aos seus familiares. Ou ainda, a título de tutela inibitória, se a super exposição de um membro de uma família, poderia ensejar a legitimidade do pedido de cessação de tal ato por parte dos demais membros.

⁴⁹ Op. Cit.pg. 367

⁵⁰ Sobre aquisição derivada translativa, boa é a lição de Francisco Amaral, op.cit. pg. 169: *“ A aquisição é derivada quando existe relação jurídica entre o titular anterior (transmitente) e o atual (adquirente). A aquisição derivada diz-se translativa, quando o direito permanece íntegro, como ocorre, por exemplo, na cessão de crédito, na compra de imóvel, e constitutiva, se implica na criação de outro direito, com base no que se transmite, como na constituição de usufruto ou de servidão pelo proprietário. É importante distinguir a aquisição originária da derivada. Na originária, adquire-se o direito na sua plenitude. Na segunda, adquire-se com limitações, já que*

sujeita a regras próprias diferentes das do Livro V do Código Civil e que tem o mérito de manter a autonomia dos direitos da personalidade do defunto face ao bem diferentes direitos da personalidade das pessoas referidas no nº 2 do art. 71 do Código Civil quando pessoalmente afectadas por actos ofensivos da memória do falecido.”

Por certo, esta familiaridade da doutrina portuguesa em separar os bens da personalidade do defunto e dos bens da personalidade do familiar adquirente, decorra da previsão expressa⁵¹, por aquele sistema, do chamado *dano morte* ou *dano à perda da vida*, que não é aceita em nossa jurisprudência pátria.⁵² Porém, no Brasil, Wilson Melo da Silva⁵³ é categórico, até mesmo radical ao nosso ver, ao afirmar a impossibilidade do dano morte no Direito Brasileiro; “ *A personalidade morre com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seu patrimônio. Só os bens materiais sobrevivem ao seu titular. Exemplificando; Se, por danos morais, pudesse caber, ao morto, a compensação X e a seus herdeiros tocasse, iure próprio, pelo mesmo fato, uma compensação Y, ditos herdeiros jamais receberiam, por isso, x mais y. O x teria desaparecido com o morto.*”⁵⁴

Ocorre que, do que foi trazido acima, existe uma certa incongruência na jurisprudência brasileira, eis que permite a legitimidade de familiares, após a morte de um titular de direito personalíssimo, alegando que a lesão lhes foi indireta; lado outro, caso vivo o titular do direito personalíssimo, a legitimidade ao familiares é negada, para fins de danos reflexos.

Isto causa certa confusão, pois, pelo que podemos depreender, o que define a legitimidade, nestes casos, não é, pura e simplesmente, a existência de dano reflexo, mas sim a situação da morte do titular, o que, indubitavelmente, remete a idéia de transmissão *causa mortis*. A fundamentação da possibilidade de legitimidade funda-se em causa – dano reflexo – que poderia existir antes mesmo da morte do titular originário, mas quando é assim pleiteada, não é concedida. Isto demonstra que, de fato, a legitimidade decorre do fator morte.

Ademais, deve ser feita breve menção que, nos casos em que, por exemplo, o autor requerer dano reflexo de seus bens da personalidade, decorrentes de lesão aos bens da personalidade de uma outra pessoa ainda viva, em geral, a negativa de tal pleito dá-se por razão de ilegitimidade *ad causam*. Alega-se a exclusividade de tal ação ao titular do direito personalíssimo lesado, sequer chegando-se ao mérito, a fim de se questionar a falta de nexos de causalidade. Isto é, não se chega a discutir – nos casos em que o lesado diretamente encontra-se vivo - se um dano direito nos bens da personalidade de alguém pode ser tão extenso, que, em razão desta extensão, possa mesmo atingir, reflexamente, os bens da personalidade de outra pessoa.

Diferente posição, porém, é tomada nos casos em que houve a morte do titular originário. Ocorrendo o fato morte, não se questiona mais a legitimidade, que é admitida; discute-se sim, o nexos de causalidade entre o fato lesivo praticado ao morto e o dano alegado, sendo admita a legitimidade, para então alcançar o mérito, e portanto, poder ser extinta com o julgamento deste. Confira-se, sobre esta constatação, o

ninguém transfere mais direito do que tem. Por isso, a validade e a eficácia do direito do novo titular dependem, em regra, da validade e da eficácia do direito do precedente titular. A aquisição derivada, diz-se ainda, sucessão.”

⁵¹ O Código Civil Português assim prevê, em seu artigo 496 (danos não patrimoniais): 1: “Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela de direito. 2. por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem. 3. O montante da indenização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art. 494; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indenização nos termos do número anterior.”

⁵² O Direito pátrio no entanto, prevê, para os casos de homicídio, a indenização do antigo art. 1.537, pelo Novo Código, trata-se do artigo 948, que acresceu a disposição “*sem excluir outras reparações*”, ficando com a redação final da seguinte forma: “*art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.*”

⁵³ In *O Dano Moral e sua reparação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1999. pg 649.

⁵⁴ No Direito Português, o rechaçado por Wilson Melo da Silva é corriqueiro. Veja o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça daquele país, de 15-01-2002, disponível em http://www.cdl.oa.pt/cfonline/base%20dados/areas_do_direito/comercial/jurisp/linkados/juris_arend_indust. Ref. Revista nº 3952/01 - 6ª Secção Assunto: Dano morte

“*I - É adequada a fixação em Esc: 10.000.000\$00 da indemnização devida pela supressão do direito à vida de uma jovem de 24 anos de idade, com uma esperança de vida longa e com um futuro promissor, que frequentava o curso de engenharia agro-alimentar.*
II - Tendo-se a vítima apercebido do desenrolar do acidente, o pânico apoderado dela, antevendo o seu fim fatal, sofrendo graves lesões e tendo padecido de fortes dores que só cessaram com a sua morte, é adequada a fixação da indemnização por danos não patrimoniais, por si sofridos, em Esc: 2.000.000\$00.
III - É adequada a fixação da indemnização pelos danos não patrimoniais sofridos pelos pais da vítima em Esc: 4.000.000\$00, para cada um deles, pelo desgosto, não ultrapassado, resultante da morte da sua filha única.”

juízo pela 4ª Turma do STJ em 27/03/2001, nos autos do RESP 254418 / RJ; RECURSO ESPECIAL 2000/0033332-8, publicado no DJ DATA:11/06/2001 PG:00229 e JBCC VOL.:00192 PG:00345, LEXSTJ VOL.:00146 PG:00227, através do acórdão da lavra do i. Des. Min.. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, *in verbis*:

CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE DE CÔNJUGE DO QUAL A AUTORA ERA SEPARADA DE FATO. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA.

I. Justifica-se a indenização por dano moral quando há a presunção, em face da estreita vinculação existente entre a postulante e a vítima, de que o desaparecimento do ente querido tenha causado reflexos na assistência doméstica e significativos efeitos psicológicos e emocionais em detrimento da autora, ao se ver privada para sempre da companhia do de cujus.

II. Tal suposição não acontece em relação ao cônjuge que era separado de fato do de cujus, habitava em endereço distinto, levando a acreditar que tanto um como outro buscavam a reconstituição de suas vidas individualmente, desfeitos os laços afetivos que antes os uniram, aliás, por breve espaço de tempo.

III. Recurso especial não conhecido. Dano Moral indevido.

Neste cenário traçado pelos entendimentos de nossos tribunais, que se faz um pouco nebuloso quanto à concessão de danos reflexos *post mortem*, seria interessante admitir que, ainda que o novo titular permaneça com a total tutela de seus próprios direitos da personalidade, os quais permanecem inatingidos reflexamente por lesões não diretas, ele também adquire a tutela dos direitos da personalidade do defunto.

Tal critério, no entanto, causa alguns conflitos, em especial no que se refere à possibilidade de ressarcimento, já que para a tutela inibitória, em razão da imediata necessidade de ação, o legitimado poderá agir no momento da lesão, e caso ela persista vindo este a morrer, poderão seus sucessores tomar à frente das providências.

Exclua-se, no entanto, para os casos de tutela inibitória a ser postulada pelos sucessores aqueles em que, de fato, o atributo da personalidade morre com seu titular, e não há como lesá-lo após a morte. Exemplificando, é o caso do direito à liberdade: nenhum morto poderá ter sua liberdade ferida - após a morte - já que fisicamente ela não pode existir mais. No entanto, para fins de ressarcimento, imagine-se o caso de uma prisão ilegal, vindo o preso a falecer. A lesão ao bem da personalidade da liberdade ocorreu antes da morte, e nos termos do art. 945, cabe indenização material e moral. Poderia esta reparação moral ser transmitida aos seus sucessores?

Portanto, para a tutela ressarcitória, é de se questionar se haveria possibilidade de requerer-se o ressarcimento de danos ocorridos antes da morte do titular originário, mesmo que este não o tenha feito. E, caso já proposta ação de ressarcimento, seria possível que a mesma prossiga promovendo-se a sucessão processual? Tais questões, que se referem a fatos ocorridos antes da morte do titular do direito personalíssimo, têm sido bastante discutidas em nossa doutrina, em especial, nos casos de dano moral, o que será objeto de análise no Capítulo III do presente estudo, discutindo-se legitimidade para a propositura da ação, bem como para o seu prosseguimento.

2.5. CASOS DE TRANSMISSÃO. NECESSIDADE DE EXCEÇÃO LEGAL. LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE?

O Novo Código Civil deixa claro em seu art. 11: “*Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*”

Neste passo, a transmissão parece estar necessariamente condicionada a exceções expressas em lei. Antes do Novo Código Civil, exceções vinham previstas em leis específicas, para alguns dos direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito moral do Autor⁵⁵, a Lei de remoção de órgãos,

⁵⁵ Art. 24, § 1º da Lei 9.610/98: “São direitos morais do autor: I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; (...) § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que referem os incisos I e IV.

tecidos e partes do corpo humano⁵⁶ e, ainda, a Lei de Ação Pública, no que tange aos danos morais, decorrentes de ofensas a consumidores, nos casos de interesses individuais homogêneos⁵⁷.

No entanto, o parágrafo único do artigo 12 dispôs a legitimidade, no caso de morto, aos familiares para exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Este dispositivo, ao referir-se “a direitos da personalidade” parece, de início, que se aplica como cláusula geral, já que não especifica exatamente quais dos atributos da personalidade estariam sendo excepcionados, no entanto, este entendimento seria demais extensivo, não se adequando sistematicamente, ao artigo anterior, de número 11, que requer a exceção legal.

Sobre a necessidade de exceção legal, deve-se dizer que para os direitos patrimoniais, a regra que impera é contrária, prevalecendo a regra da transmissibilidade, a qual no antigo Código, de 1916, era prevista no art. 1.526⁵⁸, nos seguintes termos “*o direito de exigir reparação e a obrigação de presta-la transmite-se com a herança, exceto nos casos que esse Código excluir.*” Os grifos no final do artigo do antigo código pretendem ressaltar o foi retirado pelo Novo Diploma, de 2002, o qual consignou a seguinte redação para o tema, no art. 943: “*O direito de exigir reparação e a obrigação de presta-la transmite-se com a herança*”.

A exclusão da possibilidade de exceção legal da antiga redação do art. 1.526, se interpretada historicamente, em oposição com o novo artigo, pressupõe a impossibilidade de exceções para a regra da transmissibilidade de reparação. No entanto, tal interpretação histórica, como bem sabemos, não pode ser utilizada de forma isolada, razão pela qual, há que ser respeitada a *mens legis* do artigo 11, que claramente, faz como necessária a exceção legal para a regra da intransmissibilidade dos direitos da personalidade. Ocorre que, o próprio parágrafo único do art. 12, bem como o parágrafo único do art. 20, dispõem exceções para o caso da lesão aos bens da personalidade do morto.

A situação é bastante atípica e soa como uma “exceção para a exceção” que seria a já não aplicação da regra da transmissibilidade para os direitos da personalidade, tendo estes que contar a exceção legal para serem transmissíveis.

Assim, em princípio, a exceção legal deve ser expressa, sob pena de assim não sendo, por exemplo, ser o caso de admitir-se o dano morte, relativo ao direito à vida, que não está excepcionado em lei específica ou nos dispositivos inseridos no novo capítulo do Código Civil de 2002.

Lado outro, se cumuladas as leis específicas relativas aos direitos da personalidade o art. 20 do novo Código Civil, parece-nos que, a totalidade dos atributos da personalidade do defunto que necessitam de a proteção após a morte - pelo menos para fins de tutela inibitória - foram devidamente previstos. O que, no entanto, em razão das rápidas evoluções da ciência e tecnologias de nossa sociedade, não é garantia da não aplicação da cláusula geral do parágrafo único do art. 12, caso advenha situação não prevista tipicamente pela lei, o que, por certo, será o contra argumento à necessidade de previsão legal para que se proceda a transmissibilidade.

O artigo 20 especifica a proteção, após ponderados com o interesse público, aos bens da personalidade do direito ao segredo, à voz, à imagem, à honra, à boa fama e ao respeito .

Assim, concluímos que os bens da personalidade do defunto, se atingidos após a morte de seu titular, estarão guardados pela ação dos sucessores por força de lei, seja para fins de inibição da lesão ou para fins de ressarcimento. No entanto, a questão torna-se um pouco mais complexa quando se imagina que os fatos que lesaram o bem da personalidade do defunto, ocorreram antes de sua morte, mas não chegaram a ter a tutela requerida pelo titular, ainda vivo. Desta questão iremos tratar no seguinte capítulo.

⁵⁶ Art. 4º da Lei 9.434/97: “A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

⁵⁷ Art. 91 da Lei 8.078/90: “art. 91. Os legitimados de que trata o art.82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (...) art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.”

⁵⁸ Inclusive, é de se gizar que neste artigo se baseava Pontes de Miranda para defender a possibilidade de transmissão da pretensão à indenização de dano moral, segundo os relatos de Yussef Said Cahali, in *Danos Morais*. Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 1999, pg. 696/697: “*Pretende Pontes de Miranda que, quanto à transmissibilidade da pretensão à indenização do dano moral, a afirmativa impôs-se na doutrina. A s três soluções lutaram: a) intransmissibilidade, pelo menos para alguns fatos geradores do dever de indenizar; b) transmissibilidade, se por algum meio o titular do direito à indenização manifestou vontade de exercer a pretensão (se já fora proposta a ação; se o credor constituiu advogado para isso; se cedeu o crédito, caso em que a pretensão cedida é transmissível à causa de morte; se obteve o reconhecimento da dívida pelo ofensor; se por outro modo manifestou vontade de exercer a pretensão indenizatória); c) transmissibilidade em princípio, só sendo intransmissível a pretensão por lex specialis. Afirma, singelamente, que o art. 1.526 do CC seguiu a solução “c”:* “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este código excluir”; isto é: exceto nos casos que regra jurídica jurídica especial torne incólume a herança ao princípio da transmissibilidade da pretensão à indenização pelo dano moral.” Sobre a referência para a posição de Pontes de Miranda foi citado o Tratado de Direito privado, XXII, § 2.723, pg. 218.

Sobre a titularidade para a defesa inibitória ou ressarcitória dos direitos da personalidade sobreviventes ao *de cuius*, os dispositivos legais conferem uma ordem de sucessão. Em tese, imagina-se que se trata de ordem de vocação hereditária, não sendo, portanto, o caso de legitimação concorrente dos sucessores para requerer as medidas. Ocorre que, em virtude das peculiaridades de cada caso concreto, a tendência, ao nosso ver, será a flexibilização desta rígida hierarquia a fim de conferir-se a tutela àquele familiar que de fato se mostre legitimado a agir, principalmente quando for comprovada a divergência entre os membros da família em promover a ação.

Neste ponto, é pertinente o entendimento de Pietro Perlingieri⁵⁹, ao referir-se à disposição familiar para a proteção da imagem do defunto no sistema italiano, relevando a necessidade de apreciação do magistrado no caso concreto, que naquele sistema é previsto expressamente. De forma análoga, nos valem desta postura, para defender a análise do caso concreto por parte do julgador, para os casos das exceções de transmissão dos direitos da personalidade: *“Na fase sucessiva à morte do efigiado a lei exprime uma precisa hierarquia dos parentes legitimados a manifestar o consentimento: primeiramente o cônjuge e os filhos, à falta deles, os pais, subordinadamente, os irmãos e as irmãs e, por fim, os ascendentes e descendentes até o quarto grau (art. 93, § 2, lei dir. aut.). Trata-se de uma hierarquia que a lei especial dita aparta a utilização das correspondências epistolares (art. 93, § 2º, lei dir. aut.) e que, mais ou menos, se repete em outras fattiespecie em tema de paternidade e de integridade da obra (art. 23, § 1, lei. Dir. aut.). Na hipótese de dissentimento, decide a autoridade judiciária (art. 93, § 3º, lei dir. aut.) não respeitando automaticamente a vontade da maioria – na meteria não vige nenhum princípio majoritário –, mas adotando a solução que equilibre os diversos interesses e que, de qualquer jeito, seja mais conveniente à tutela da personalidade do defunto, respeitando as circunstâncias concretas.”*

CAPITULO III – ESTUDO DE CASO - POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO DE DANO MORAL: DIVERGÊNCIA ENTRE A PRIMEIRA E TERCEIRA TURMA DO STJ

3.1 – DANO MORAL

Colocadas as breves análises dos capítulos anteriores, referentes as exceções da regra de intransmissibilidade dos direitos da personalidade, passa-se a analisar uma situação subjetiva prática, na qual se questiona a possibilidade de transmissão da tutela ressarcitória, a título de danos morais, pelos danos decorrentes da lesão de bens da personalidade, em vida, de um titular que veio a falecer.⁶⁰

Tratam-se de dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, um da Primeira Turma (RESP 324.886/PR), e outro da Terceira Turma (RESP 302.029/RJ) que, decidiram de forma diferente, situação idêntica. Os acórdãos em inteiro teor encontram-se acostados ao fim do presente estudo. As decisões datam de 21/06/2001, para o julgamento da Primeira Turma, que por unanimidade, nos termos do voto do i. Min. Des. José Delgado, acompanhado pelos Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto

⁵⁹ Op. Cit. pg. 184/185

⁶⁰ Quando este presente trabalho foi desenvolvido, no início de 2004, os acórdãos emblemáticos sobre o tem foram analisados neste capítulo. De lá, até esta data, março de 2007, esta Autora teve ciência de outro julgamento importante sobre o tema, qual seja o proferido no conhecido processo referente ao pedido de indenização por danos materiais e morais em que são autoras as filhas do "GARRINCHA", em decorrência da publicação do livro "ESTRELA SOLITÁRIA - UM BRASILEIRO CHAMADO GARRINCHA".

O referido julgamento assim se deu:

Processo REsp 521697 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2003/0053354-3 Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 20.03.2006 p. 276 Ementa CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.

Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Segundo recurso especial das autoras não conhecido.

Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.

Assim, mesmo após 3 (três) anos da presente tese desenvolvida, parece-nos atual o tema. Como sedimentado no v. acórdão acima colacionado, manteve o Des. Relator a palavra “intransmissibilidade” para os direitos da personalidade, não obstante ao final tenha reconhecido a legitimidade das filhas herdeiras para requererem a proteção da imagem do pai, bem como para receberem a indenização “patrimonial”.

Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira, entenderam que “os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV.”; o julgamento da Terceira Turma deu-se em 29/05/2001, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendier, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, não conheceu do Recurso Especial pela inexistência de confrontação analítica de julgados. A Sra. Ministra Relatora Nancy Andrichi, acompanhada dos i. Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, entendeu, no entanto que, “Na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ad causam.”

Antes, no entanto, de adentrar-se na análise específica do entender de nosso Superior Tribunal sobre o assunto, vale, fazer algumas ressalvas sobre o que aqui concretamente está em discussão.

Para início, os casos em questão tratam de dano moral, que foi um dos grandes reconhecimentos da responsabilidade civil pátria nos últimos tempos. A recente aceitação da reparação moral é um dos percalços enfrentados nesta análise de possibilidade de transmissão, já que mais do que se discutir a possibilidade de indenizar a vítima, esta a se discutir a possibilidade de ressarcir seus sucessores, o que é passo do qual ainda não está muito certa nossa doutrina e jurisprudência, após recém passadas as dúvidas quanto à primeira hipótese.

Ademais, a alarmante disparada dos casos que pretendem a reparação moral em nossos tribunais, provocou o que não injustamente é chamado de *indústria do dano moral*, trazendo inúmeras distorções de valores sobre o que deve ser, e o que não deve ser reparado a título deste dano.

Portanto, a fim de partir-se de premissas claras, e aqui entendidas como as mais adequadas, tome-se a conceituação de dano moral de Maria Celina Bodin de Moraes⁶¹, que é precisa e esclarece pontos nebulosos, necessários para as discussões a seguir travadas. Confira-se:

“1. Constitui dano moral a lesão de qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade, de psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

2. Circunstâncias que atinjam a pessoa em sua condição humana, que neguem esta sua qualidade, serão automaticamente consideradas violadoras de sua personalidade e, se concretizadas, causadoras de dano moral a ser reparado.

3. Não será, portanto, o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetarem a dignidade humana pela violação de um ou mais, dentre os substratos referidos.

4. Para que exista dano moral, não é preciso que se configure lesão a algum direito subjetivo da pessoa da vítima, ou a verificação de prejuízo por ela sofrido. A violação de qualquer situação subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela jurídica, será suficiente para gerar a reparação.

(...)”

Destarte, após colocado o entendimento de dano moral, mais um ponto deve ser frisado para o entendimento do que aqui se esta a discutir, para fins de transmissibilidade, qual seja o momento da possibilidade de legitimar-se os sucessores para requerem a tutela ressarcitória.

3.2 - MOMENTO DA LESÃO. PROPOSITURA DA AÇÃO X PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PELOS SUCESSORES.

Tenha-se que o Novo Código Civil coloca que “*pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*”. No parágrafo único, dispõe: “*Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida*

⁶¹ Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

Ao que tudo indica, ocorrendo uma lesão a direito da personalidade de um morto, por linha sucessória, o direito de repressão ou reparação incumbe aos seus sucessores. No entanto, é de questionar-se se a regra é aplicável para os casos em que, ocorrendo a lesão antes do falecimento do titular originário, sem este exercer o direito de exigir a repressão ou reparação do dano, poderiam seus sucessores exigirem a tutela jurisdicional.

Sobre a possibilidade se exigir-se a inibição do ato lesivo, deve-se lembrar, já que foi feito menção ao ponto, no capítulo anterior, que, de fato, por questões físicas, após a morte, alguns atributos da personalidade não comportam mais existência, é o que dizer do direito à liberdade. No entanto, caso tenha este atributo sido lesado até a morte do titular, poderiam, seus sucessores, requerer a reparação moral decorrente da lesão ao falecido?

Exatamente destes casos, em que a lesão ocorre enquanto ainda está vivo o titular do direito personalíssimo, é que gira a discussão dos acórdãos ora discutidos. Portanto, trata-se da possibilidade de propositura da ação, pelos sucessores, em razão de ato lesivo a personalidade ocorrido enquanto ainda era vivo o lesado, não tendo este no entanto intentado qualquer medida para requerer a inibição ou reparação dos danos.

Sobre a questão da propositura da ação, veja-se a colocação do problema por MARIO MOACYR PORTO⁶², em texto escrito, surpreendentemente em 1984, no qual visionariamente, o autor já previa o problema:

“outro problema que intimamente se liga à questão debatida é o que respeita à tranmissibilidade, por direito hereditário, do dano moral ou sofrimento moral e físico experimentado pelo de cujus no período compreendido entre as lesões recebidas e a morte conseqüente. Quando a morte é instantânea, parece-nos irreplicável que nenhuma ação cabe aos herdeiros pelo sofrimento do morto, em que pese o parecer contrário dos Mazeaud e Tunc. Afigura-se-nos ainda incontestável que, por ato entre vivos, não é válida a transmissão do direito de ação, pois seria moralmente reprovável que se mercadejasse com os sentimentos da pessoa falecida. Cremos, ainda que o fato de o de cujus não ter promovido ação de indenização no período que antecedeu o desenlace não impede a ação do herdeiro, pois o fato de o ofendido não ter tomado a iniciativa de propor a ação não importa renúncia, pois renúncia não se presume. Ademais, o estado de saúde do doente, a aflitiva situação de quem foi atingido mortalmente, não abre ensanchas à iniciativa da propositura de uma ação de indenização. Escolhida a questão principal das querelas menores, impõe-se repetir a indagação: o sofrimento físico ou moral, em suas diferentes nuances, transmite-se aos herdeiros e, na hipótese afirmativa, habilita estes a promover contra o culpado uma ação de indenização de dano moral?”

Assim, colocada a questão, deve-se dizer que sobre o prosseguimento da ação já intentada, nossos tribunais tem posição um tanto quanto já sedimentada sobre a legitimidade dos herdeiros⁶³, ou do espólio, em prossegui-la. A questão, neste ponto do prosseguimento se resolveu utilizando-se argumento, ao nosso ver, um tanto quanto desconfiável, qual seja a natureza patrimonial da ação de reparação. Veja-se, no voto do i. Min. Eduardo Ribeiro, em julgamento ocorrido em 23/08/1999, perante a Terceira Turma do STJ, nos autos do RESP 219.619/RJ, que tratava sobre reparação de dano moral:

⁶² Mário Moacyr Porto, in *Dano Moral*, Revista dos Tribunais 590, dezembro de 1984, pg. 36-40.

⁶³ Confira-se os seguintes acórdãos do STJ: RESP 440626/ SP, julgado em 03/10/2002, pela quarta Turma do STJ, tendo sido relator o i. Min. Des. Ruy Rosado de Aguiar. “DANO MORAL. Morte da vítima. Transmissibilidade do direito. O direito de prosseguir na ação de indenização por ofensa à honra transmite-se aos herdeiros.” Ou ainda, AGRSP 2002/0109753-8, julgado em 06/05/2003 pela Quarta Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira “PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. AGRADO DESPROVIDO. (...) II – na linha da jurisprudência deste Tribunal, o espólio detém legitimidade para suceder o autor na ação de indenização por danos morais.”

“Resta uma questão. O autor da ação faleceu no curso do processo. Cumpre saber se seus sucessores podem nele prosseguir para haver ressarcimento de dano moral.

Fique claro que não se trata aqui da reparação de eventual sofrimento que eles próprios possam ter suportado, em virtude dos fatos de que se ocupa a causa. Disso não se cogita no presente processo. Aqui se cuida da possibilidade de transmitir-se, aos herdeiros, o direito à reparação que era do de cujus.

Sabido que a propósito reina grande controvérsia. Boa parte da doutrina sustenta que, sendo a dor algo pessoal, a reparação só pode se fazer em relação a quem sofreu. Ocorrendo a morte, toma-se impossível o ressarcimento.

Sucede, entretanto, que, na medida em que a indenização se faz mediante o pagamento de importância em dinheiro, aquele que sofreu o dano tinha direito a recebe-la e isso constitui um crédito que integrava seu patrimônio.

Tenho como melhor essa orientação. Mais ainda de adotar-se em casos como o em exame, em que movimentava a ação a própria vítima. O direito buscado no processo é de natureza claramente patrimonial. Já decidiu esta Terceira Turma, ao apreciar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 174.004, que os herdeiros podem prosseguir na ação proposta pela vítima.”⁶⁴

Neste cenário, o entendimento da ação de danos morais já proposta é no sentido de conferi-la uma caracterização patrimonial; como um eventual crédito ao espólio do defunto. No entanto, existem argumentos fortes contra a “patrimonialização” da ação, mesmo porque, tal característica não isentaria a impossibilidade de transmissão. É o que dizer da disposição do art. 267 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de “intransmissão da ação”: “*Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: (...) IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal*” .

Ademais, deve-se dizer que caso entenda-se a ação de danos morais como de caráter patrimonial, a sucessão processual se dará ao espólio, não se aplicando a vocação hereditária dos legitimados a suceder o defunto em seus direitos extrapatrimoniais.

3.3 – A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL QUANTO À LEGITIMAÇÃO DOS HERDEIROS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DE DANO MORAL RELATIVA A LESÃO OCORRIDA EM VIDA PELO FALECIDO

Colocados os breves esclarecimentos acima, passa-se a demonstrar a divergência de entendimentos da Primeira Turma e Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, esboçando-se os argumentos, a favor e contra a permissão de propositura de ação requerendo-se danos morais decorrentes de lesão de bens da personalidade, supostamente sofridos em vida, por titular de direito personalíssimo que veio a falecer.

Entendeu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto do i. Min. Relator José Delgado, no RESP 324.886/PR, que estariam os pais legitimados a acionarem o Estado na busca de indenização de danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos que deram publicidade ao fato da vítima ser portadora do vírus HIV.

Os termos do relatório, do acórdão que reconheceu a legitimidade dos pais para a propositura da ação é o seguinte: “*Os autores, na condição de sucessores universais de seu filho Sérgio Barbosa, falecido em 02 de abril de 1994 – autos 130/94, de Arrolamento Sumário – fls 11/27, promovem a presente ação indenizatória pretendendo a condenação do Estado do Paraná ao ressarcimento do dano moral que teria resultado da atuação dos servidores estaduais, Dr. José Ramos May, médico, e Sra. Marli Catarina Gonçalves de Jesus, inspetora de saneamento. Referidos servidores estaduais, “...assinaram, divulgaram e promoveram a distribuição de Edital...” comunicando suspeita de caso de AIDS no Município de Morretes, e mencionando o nome do falecido Sérgio Barbosa, motivo pelo qual foram punidos em Inquérito Administrativo – Processo administrativo Disciplinar 1.304.841 (fls. 28/291) – instaurado pela Secretaria de Estado de saúde.*

⁶⁴ Grifou-se

Como a divulgação pública da suspeita de HIV atribuída ao falecido pelos agentes do estado violou o seu direito à intimidade, à vida privada, e à imagem, acarretando-lhe constrangimentos de toda ordem, com fundamento nos artigos 76, 159, 1518 e 1526, do Código Civil, 5º, inc X e 37, § 6º da Constituição Federal, 282 e 330, inc I. do Código de Processo Civil, requerem o julgamento antecipado da lide e a condenação do Estado do Paraná (...)

Para o caso julgado pela Terceira Turma (RESP 302.029/RJ), que ao revés do anterior entendeu pela ilegitimidade dos herdeiros em propor ação de indenização por danos morais sofridos pelo defunto, o relatório assim demonstra a situação: *“Na presente ação de conhecimento, proposta pelas ora recorrentes após o falecimento de genitor, Waldemiro Cruz, pretende-se a indenização de danos morais por este sofrido em decorrência de prática de calúnia pelo ora recorrido. O acórdão recorrido está assim ementado: “Apelação Civil. Direito à defesa da honra e sua reparabilidade material a título de dano moral. Direito personalíssimo o da defesa da honra. Impossível o seu exercício por terceiro, aplicável o art. 6º cc e o 3º do Código de Processo Civil, ainda que herdeiros diretos (filhos) Sentença que, acolhendo preliminar de ilegitimidade ad causam ativa, extinguiu o feito, mantida.”*

Colocados os casos que tratam de propositura da ação pelos sucessores, após a morte do titular personalíssimo, que teve seus direitos da personalidade atingidos ainda em vida, seguem os argumentos que, no primeiro caso, entenderam pela legitimação, e no segundo, a negaram. Faça-se ressalva de que, ao tempo destes julgamentos, não vigia o Novo Código Civil, com o antigo art. 1.526 que teve a redação alterada, o que já se comentou no capítulo anterior, bem como, não vigoravam os artigos 11, 12 e 20 do Novo Código Civil.

Como argumentos que concederam a legitimação no acórdão da Primeira Turma do STJ, tenha-se: *“Na reparação do dano moral deve considerarse lesados além da própria vítima porque atingida nos seus bens jurídicos, posto que não materiais (honra, nome, conceito social) foram também lesados os Autores-genitores pois estavam ligados afetivamente ao ofendido. (...) Os Autores somente estão dando continuidade a um pleito já iniciado em via administrativa pela vítima Sérgio, conforme atesta o processo administrativo anexado aos autos. A par da luta contra a doença que acabou por consumir-lhe a vida, a vítima tentou, quando havia forças, lutar também para valer seus direitos de cidadão. (...) A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima, cabe observar que, se ação tiver objeto os bens do falecido, no caso a honra e sua imagem, os seus familiares herdeiros e convivias sob o mesmo teto sob sua dependência são diretamente lesados, porque o dano atinge aquilo que lhes caberia por sucessão e, então, agem por direitos próprio. E ainda, se é a pessoa mesma da vítima que é atingida, então ser-lhes-á reconhecido o direito de intentar a ação como seus representantes e continuadores de sua pessoa.”*

Veja-se que o caso em questão é bastante peculiar, já que o *de cujus* já havia intentado processo administrativo, demonstrando sua intenção de exigir reparação. Ademais, percebe-se que, pelos argumentos do acórdão, houve a consideração de danos reflexos aos genitores, tomados após a morte do lesado, como danos diretos. Ocorre que, ainda que considerados todos estes argumentos, a questão se resolveu pela transmissibilidade da ação, que foi considerada como de caráter patrimonial. Confira-se:

“De sorte que, o direito que se poderia reconhecer em favor de Sérgio Barbosa, indubitavelmente, se transmite aos seus pais. Onde, portanto, em qualquer texto de lei há a vedação desse direito dos pais da vítima de postularem o recebimento do que posa vir a ser devido ao filho?

Daí, a precisa e judiciosa ponderação do digno Promotor de Justiça, Doutor Clayton Maranhão no sentido de que “a regra em nosso ordenamento jurídico é a transmissibilidade de todo e qualquer direito, salvo expressa vedação legal”(...

Na ementa do acórdão proferido no Recurso especial 11.765 –0-Pr, ficou enunciado que “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima.” (RSTJ. Vol. 71/183)

Para a Terceira Turma do STJ, no entanto, o entendimento foi diferente. Há, no entanto, que se consignar que no RESP 302029/RJ - do qual a seguir se expõe a fundamentação para a negativa de legitimação aos sucessores para intentarem ação de danos morais, por fatos ocorridos no decorrer da vida do *de cujus* - o julgamento não foi unânime.

Aliás, foi julgamento bastante conturbado. Isto porque, inicialmente, a Relatora do caso, i. Min. Des. Nancy Andrighi, proveu o Agravo de Instrumento do Recurso Especial, requerendo a subida do Recurso Especial para julgamento, entendendo, naquele momento, haver divergência jurisprudencial sobre a legitimação para a propositura da ação. Sucede que, no momento do julgamento do Recurso, revisou sua posição e entendeu de maneira diversa, votando pelo não conhecimento do Recurso e dando a ilegitimidade de propositura da ação pelos sucessores. O i. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, em voto que veio a ser vencido,

dava provimento ao Recurso Especial, conhecendo a legitimidade dos sucessores para a propositura da ação de danos morais. Após pedido de vista do i. Min. Ari Pargendler, decidiu este por acompanhar a Min. Relatora, bem como foi assim o entendimento do também Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. O caso guarda peculiaridades que serão a seguir expostas.

A i. Min. Rel. Nancy Andrichi, fundamentou a negativa de legitimidade, escorada em fundamentos opostos aos utilizados no acórdão paradigma acima relatado. Perceba-se:

“No caso em exame, a questão cinge a verificar se, após a morte de vítima de dano moral, os seus sucessores detêm legitimidade ativa ad causam para a propositura de ação de danos morais por aquele sofridos.

Em se tratando de danos morais, os titulares do direito de reparação são os que, direta ou indiretamente, sofreram danos morais, sendo que “titulares direitos são (...) aqueles que atingidos de frentes pelos reflexos danosos, enquanto indiretos os que sofrem, por consequência, esses efeitos (assim por exemplo, a morte do pai provoca dano moral ao filho)”

A despeito do art. 1.526, do CC, dispor que “o direito de exigir reparação(...) transmite-se com a herança”, impõe-se destacar que, em se tratando de direito personalíssimo, tal como à honra, o direito de exigir a reparação do dano e o dever de indenizar o prejuízo são intransmissíveis.

A presente ação não foi proposta iure próprio, tendo em vista que a indenização que se pretende não se refere aos danos morais indiretos sofridos pelas autoras, ora recorrentes, em razão da morte de seu genitor, mas diz respeito aos danos sofridos por este último em decorrência de prática de calúnia pelo ora recorrido, tendo sido a presente ação proposta iure hereditatis.

Não se justifica que aquele que não sofreu qualquer dano, seja direito ou indireto, venha pleitear indenização, pois não atingiu qualquer bem jurídico patrimonial ou moral, a ele pertencente.

Reconhecendo-se, assim, que carecem as recorrentes de legitimidade ativa ad causam para pleitear a indenização dos danos morais sofridos por seu genitor.”

(...)

assim, admitindo-se que, na ação de indenização por danos morais, os herdeiros da vítima detêm legitimidade ativa ad causam, estar-se-ia tão-somente prestigiando o caráter penal da indenização, ao obrigar o agressor ao ressarcimento dos danos morais a despeito do falecimento da vítima.

Não se alcançaria, contudo, o efeito compensatório da indenização tendo em vista que a prestação pecuniária não mais poderia proporcionar à vítima uma satisfação material e sentimental de forma a atenuar os danos morais sofridos.”

Veja-se que a i. Min. Relatora considerou que, caso os danos requeridos fossem feitos a título de danos reflexos, o deslinde da questão seria outro, no entanto, requeridos a título de *iure hereditatis*, nunca poderiam ser reconhecidos.

Ademais, perceba-se que, o dano moral, neste entendimento foi entendido com o sofrimento humano, a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno, e não como a situação que afete a dignidade humana. Valorou-se seus efeitos e não suas causas.

Sobre a “patrimonialização da ação”, a i. Min. Relatora rebateu o entendimento da seguinte forma:

“Ocorre que, adotar-se tal “patrimonialização”, estar-se-á, para efeito de transmissibilidade hereditária, equiparando a indenização de dano moral à de dano material, de forma a negar o efeito compensatório da indenização e, por conseguinte, desconsiderar as diferenças essenciais entre as referidas indenizações.

(...)

É possível, reconhecer-se que, em alguns casos, a vítima não tenha oportunidade, em razão da sua morte, de aproveitar-se de todos os benefícios proporcionados pela indenização pecuniária recebida em vida. Deve-se, no entanto, considerar tal hipótese como excepcional, não se podendo erigi-la em regra legitimadora da transmissibilidade hereditária da ação de indenização por danos morais, sob pena de desvirtuar os fundamentos e o escopo de tal indenização.

Por outro lado, ao se permitir que aqueles que não sofreram qualquer dano moral, seja direito ou indireto, venham a pleitear indenização pelo simples caráter patrimonial desta, estar-se-á, em verdade, admitindo que se mercadeje com os danos morais, o que se revela inadmissível e reprovável.”

De fato, os argumentos acima colocados são bastante fortes. Porém, analisando o caso específico, o que se pôde perceber é que, diferentemente da situação julgada pela Primeira Turma, em que a vítima havia iniciado um processo administrativo, - demonstrando sua sensação de lesão aos atributos da personalidade - neste último caso, não houve qualquer demonstração da vítima em requerer reparação, o que, ao final, pesou para o não conhecimento da legitimidade.

A análise dos magistrados quanto ao aspecto da intenção da vítima em perseguir a indenização pode ser percebido pelo voto do i. Min. Ari Pargendler, que acompanhou a Min. Nancy Andrichi, em não conhecer do recurso, mas por outros motivos., a seguir colacionados:

*“O direito de exigir reparação e a obrigação de presta-la” – está dito no artigo 1.526 do Código Civil – “transmitem-se com a herança, exceto nos casos que este código excluir.”
Em princípio, portanto, o direito a indenização pelo dano moral se transmite hereditariamente, Mas para esse efeito, é preciso, salvo melhor juízo, que a vítima tenha, em vida, sentido o dano moral que os herdeiros querem ver reparado.*

Na espécie, a sindicância administrativa, que teria sido instaurada a partir de denúncia do recorrido, foi aberta em 20 de julho de 1993, e encerrada em 22 de setembro do mesmo ano. O de cujus faleceu em 03 de junho de 1995, decorridos dois anos depois disso, sem que, pelo menos exteriormente, tenha reconhecido no episódio, qualquer dano moral. Só após a sua morte as filhas – está dito na petição inicial – tiveram ciência do fato. Sabe-se, apenas, que “repudiou com veemência as insinuações e atribuiu o fato a eventual antipatia de algum advogado.” (fls. 51). Ora, se tomou a sindicância como um aborrecimento inerente às suas funções, e nunca manifestou, sequer aos parentes, o sentimento de ter sido atingido na sua honra ou reputação, os herdeiros não podem transforma-lo em vítima da “prática de crime de calúnia” (fls. 10/11), para reivindicar, como sucessores, a indenização do dano moral correspondente.

Por esse fundamento, voto no sentido de não conhecer do recurso especial.”⁶⁵

Destarte, em razão dos dois casos relatados, é possível vislumbrar a dificuldade em reconhecer-se a possibilidade de transmissão da pretensão de reparação de danos morais decorrentes de ofensa à bens da personalidade de uma pessoa falecida, em especial, se os fatos ocorreram, quando de fato, era ela a titular personalíssima para intentar a ação.

Deve-se, no entanto, considerar que em razão do Novo Código Civil, em especial dos parágrafos únicos trazidos nos artigos 12 e 20 relativos aos direitos da personalidade, bem como em razão da nova redação do art. 1.526 (agora art. 943), possam ser os entendimentos alterados. Mas, ao nosso sentir, as questões, da mesma forma que aconteciam antes do Novo Código de 2002, continuaram a ser analisadas nas circunstâncias concretas, sendo portanto, impreciso falar-se categoricamente em regras e exceções.

CONCLUSÃO

O Novo Código Civil refletiu a inserção do valor da Pessoa Humana nos ordenamentos modernos, como sendo a finalidade maior de desenvolvimento e proteção. Um capítulo inteiramente novo, dedicado aos Direitos da Personalidade foi inserido em seu bojo, comprovando a preocupação em resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Tais direitos, guardam consigo uma aproximação muito intrínseca com seu titular – personalísimos -, eis que são eles que asseguram o desenvolvimento e promoção de sua personalidade, de modo que, após a morte, em primeira análise, parecem não fazer mais sentido perpetuar a sua existência por faltar-lhe finalidade a ser cumprida em razão da morte do sujeito de direito.

É desta premissa que se atribui aos direitos da personalidade a característica de intransmissíveis. Ocorre que, em diversas situações, mesmo após a morte do titular personalíssimo, existe a possibilidade de ferir-se a memória, as obras, a imagem, a honra, o corpo sem vida, a voz, os segredos, dentre outros atributos da personalidade, daqueles que já não mais figuram como titulares de direito para promover a defesa de tais valores não-patrimoniais. Inclusive, estas possibilidades cada vez se estendem mais nos dias atuais, em virtude dos imensos avanços de nossa tecnologia e ciência.

O ordenamento reconhece a necessidade de proteção destes atributos que se perpetuam mesmo fora do corpo de seu titular, mas o faz como uma exceção. E por isto, assegura o artigo 11 do Novo Código Civil, que: *“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”*

A dificuldade, porém, em assegurar-se a defesa destes bens não-patrimoniais encontra-se em determinar a titularidade do direito de requerer a tutela inibitória da lesão ou ameaça, bem como o ressarcimento pelos danos ocorridos, à outra pessoa que não seu titular personalíssimo. Tal idéia, não há como negar, causa desconforto à ordem jurídica, o que, muitas vezes é motivo de imediata repulsão quanto a

⁶⁵ Por certo, *data concessa venia*, melhor seria se o tivesse conhecido, porém negado seu provimento, diante dos argumentos de mérito esboçados.

possibilidade de transmissão. A previsão legal de conferência de titularidade a familiares para a defesa ou ressarcimento das lesões em bens da personalidade do defunto, muitas vezes, é vista como mera técnica formal, sem permitir-se que seja admitido que possam tais bens ser incorporados por um terceiro que não seu titular originário, podendo este agir como se fosse o *de cujus*.

A inicial negativa da possibilidade de transmissão para direitos da personalidade é explicável, em muito, acreditamos, pela imediata analogia às regras de transmissão patrimonial, que por certo não poderiam, de forma nenhuma, serem as mesmas a aplicar-se para os casos de direitos extrapatrimoniais.

Não é imaginável que, como se faz em um registro de propriedade - onde após a morte do proprietário é possível retificar a propriedade para o nome de seu herdeiro -, possa-se alterar o nome do autor de uma obra, para o nome de seu filho, quando aquele morrer. Da mesma forma, não se imagina que, somente porque morreu o autor de um livro, qualquer um possa alterar seus escritos ou possa apossar-se deles, já que agora tal direito ficou à deriva, sem titular que o defenda.

A proteção à personalidade do defunto, aos seus atributos físicos ou morais sobreviventes a sua morte, o que, por questões físicas não permanecem em sua totalidade, como se vivo fosse o *de cujus*, deve ser deferida aos seus familiares como um direito próprio destes, passando, assim, tais bens da personalidade a integrar a personalidade daqueles que permanecem. Porém, de forma nenhuma, poderão substituir os bens que cada um já possui de forma inata, da mesma forma que não podem ser atribuídos a novos titulares sem a imposição de limitações e deveres.

A jurisprudência brasileira têm discutido o tema, e encontrado soluções que repousam sobre o dano reflexo, o que pode ser motivo de alargar-se a possibilidade de titularidade para ações enquanto estiver o lesado direito ainda vivo.

Por certo, tomará tempo até que se pacifique a questão. A única certeza que devemos, no entanto, esperar é que a solução venha calcada no princípio de conferir a proteção ao valor maior considerado pelo nosso sistema, qual seja a pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*, 2ª Ed. , Renovar.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa. F.D.L. 1995/1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 7 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação por danos morais*. Atualiz: Eduardo Carlos Bianca Bittar 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Noberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 1969. Trad. 3ª ed. Brasília: Ed. Unb, 1995.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro. Ed. Rio, I.
- DE CUPIS, Adriano. *Direitos da Personalidade*. Lisboa. Livraria Moraes. 1961.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns Apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996,
- LAMARTINE CORREA, José e Francisco José Ferreira Muniz. *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*, in Revista dos Tribunais, ano 69, volume 532, fevereiro de 1980.
- MÁRIO MOACYR PORTO, in *Dano Moral*, Revista dos Tribunais 590, dezembro de 1984.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXII.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, tradução de: Maria Cristina de Cicco, 2 edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª Ed. Ed. Malheiros, 1993.
- SILVA, Wilson Melo da. *Dano Moral e sua reparação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1999.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Ed. Coimbra, 1995.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral* – 3ª. ed – São Paulo; Atlas 2003.

O caso João Hélio e a maioria penal: o discurso do mais do mesmo

Tiago Abud da Fonseca¹

I - Introdução

Inicialmente, não se pode deixar de consignar que todo e qualquer crime violenta a paz pública. O latrocínio que vitimou o menino João Hélio Fernandes no dia 07 de fevereiro de 2007 não foi diferente. Diga-se mais: o fato de ter sido arrastado por sete quilômetros pelas ruas da cidade do Rio de Janeiro, pendurado no veículo que era guiado pelos roubadores, constitui cena extremamente forte e que chocou a opinião pública. Não era para menos e não se pode deixar de prestar solidariedade à família do menino que teve abruptamente sua vida e sonhos interrompidos.

Portanto, fica desde logo estabelecida a premissa no sentido de que não se está a fazer apologia ao crime. Ninguém em sã consciência defende ou aplaude esta barbaridade.

Todavia, não é de hoje que no Brasil tem sido utilizada a dor das pessoas, como no caso da família do menino João Hélio, para se fazer um estardalhaço sobre determinados temas que acabam por traduzir a idéia de que o combate à violência se faz com o direito penal, o que constitui verdadeira falácia.

A título de exemplo, basta lembrar que a lei hedionda (lei 8072/90) foi alterada em duas oportunidades pela ocorrência de fatos que repercutiram na mídia. Em primeiro lugar, o homicídio da atriz Daniela Perez fez com que o homicídio qualificado fosse incluído no rol de crimes hediondos. Depois, o caso das pílulas de farinha, no ano de 1998, onde determinada marca de anticoncepcional não produziu o efeito desejado, porque alterada a sua fórmula, teve o condão de introduzir no artigo 1º da lei 8072/90 o crime descrito no artigo 273 do Código Penal como hediondo.

Será que de lá para cá o Brasil se tornou uma maravilha no que diz respeito à redução dos índices de violência? Por óbvio, a resposta negativa já indica que o trato da violência com o direito penal não está surtindo o efeito desejado.

Contudo, com a morte do menino João Hélio Fernandes, por ter o envolvimento de adolescente, portanto, menor de dezoito anos, volta a cena com força a temática da redução da maioria penal, como solução do problema da violência no Brasil.

Nas linhas que se seguem se pretende abordar a questão da redução da maioria penal, primeiro enfocando o efeito devastador no ordenamento jurídico pátrio do movimento da lei e da ordem, depois a questão da maioria penal sob a ótica da Constituição da República.

II - O movimento da lei e da ordem no Brasil

Aquele que pretende analisar o movimento legislativo no âmbito do direito penal na pós-modernidade tem a necessidade de fazer o exame, ainda que brevíssimo, de um dos movimentos político-criminais da atualidade, qual seja, o Movimento da Lei e da Ordem.

Segundo Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales² este movimento conservador, também chamado de neo-realismo de direita, teve como representantes Van den Haag, Freda Adler e Edward Benfield, e surge na década de 80 nos Estados Unidos e na Inglaterra como estratégias políticas para as campanhas eleitorais de Ronald Reagan e Margareth Thatcher.

Em resumo, o núcleo das idéias do Movimento da Lei e da Ordem reside no temor da classe trabalhadora manipulado pela mídia e pelos políticos, sobre a idéia de criminalidade. O discurso alia de um lado, o pânico e a sensação de insegurança da população e do outro lado, a falsa impressão de que há um tratamento benéfico para os criminosos.

Como conseqüência, tal movimento defende a idéia de que o direito penal é a solução para todos os males, adotando a crença de que a questão da violência se resolve com

¹ O autor é Defensor Público titular do órgão de atuação da Defensoria Pública junto à 1ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes. É professor de direito penal Universidade Estácio de Sá e professor da Faculdade de Direito de Campos. Mestrando pela Faculdade de Direito de Campos na área de concentração Políticas Públicas e Processo.

² PIRES, Ariosvaldo de Campos e SALES, Sheila Jorge Selim de. *Alguns movimentos político-criminais da atualidade*. RBCCRIM, ano 11, nº42, janeiro-março-2003, ed. Revista dos Tribunais, p. 298/300.

penas mais rígidas, aumento daquelas já existentes e criação de novos tipos penais, enrijecimento da execução penal, ampliação das hipóteses de prisão processual e engessamento das funções do juiz, tolhendo a sua discricionariedade na fixação e execução da pena.

Apesar de ser pura balela, não se torna difícil entender, por exemplo, a razão pela qual, nos Estados Unidos, Ronald Reagan levanta a bandeira da guerra contra as drogas, impulsionando a militarização da questão do combate aos entorpecentes, estabelecida por Richard Nixon em 1973, fazendo desta uma de suas plataformas, por conta da sua visibilidade.

Crítico veemente da onda da lei e da ordem, Alberto Silva Franco³, que antecipa o surgimento deste movimento para a década de setenta, aponta o equívoco deste movimento por se apoiar em premissas falsas. De início, porque não é mais possível concordar com a afirmação de que o comportamento delitivo constitui o mal e a sociedade o bem. De se dizer que a ordem social é pluralista, conflituosa, antagônica, não monolítica, nem consensual, o que equivale a afirmar que não dá para enxergar dois segmentos estanques do bem e do mal, até porque a realidade mostra que há cada vez mais pessoas *normais* (lê-se, não excluídos) como transgressoras de normas. Noutros termos, o delito pode ser visto em qualquer esfera da mesma sociedade, independente da classe social, o que se difere do modelo etiquetado de delinqüente pendurado nas pessoas da classe mais baixa, o que é, em verdade, uma atividade de seleção das instituições oficiais de controle social.

A partir do momento que se observa o delito como uma conduta comum no seio social, embora indesejada, o caminho a ser trilhado é estabelecer metas não para extirpá-lo, mas para reduzir seus níveis a índices aceitáveis.

Outra premissa falsa que se baseia o movimento da lei e ordem para difundir o medo, ainda segundo o autor acima citado, é reduzir o conceito de violência, fazendo-o sinônimo de criminalidade. Há inúmeras formas de violência na sociedade brasileira, por exemplo, que não são criminalizadas. Traduzir violência como criminalidade faz a população acreditar que para aqueles que cometem crimes e geram a violência (o que é errado porque o crime não é a única fonte da violência), a melhor solução é o endurecimento do sistema de penas e de punições.

Fato é que como dito pelo próprio Alberto Silva Franco⁴, "*o Movimento da Lei e da Ordem depositou seus ovos de serpente no texto constitucional e gestou a categoria do crime hediondo.*" Indo mais adiante, a Constituição da República de 1988 além de criar a figura do crime hediondo, equiparando-a aos crimes de terrorismo, de tráfico ilícito de entorpecentes e da tortura, declarou os mesmos insuscetíveis de graça, anistia e fiança. Foi a senha para enrijecimento no tratamento das questões referentes aos crimes, penas, processo penal e execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, onde ganha destaque a lei 8072/90. Infelizmente não está isolada. A guisa de exemplo, as leis 9034/95 (crime organizado), 10792/03 (institui o regime disciplinar diferenciado), 11343/06 (a nova lei de drogas que aumenta a pena para o tráfico de drogas e cria novos tipos penais e causas de aumento de pena) dão mostras da absorção pelo legislador brasileiro da idéia de que o recrudescimento do trato das questões de direito penal e processual penal são as fórmulas mágicas para o combate a violência. Nada mais do que a aceitação do Movimento de Lei e da Ordem.

A consequência dessa absorção na legislação brasileira deste Movimento da Lei e da Ordem é notada por Gevan Almeida⁵, que assim descreve:

Destarte, passamos a conviver com algumas leis que representam um verdadeiro retrocesso no que tange aos direitos e garantias individuais, verdadeira concessão aos postulados no movimento da *law and order*, que defende medidas drásticas no combate à criminalidade, como, por exemplo, penas severas, que deverão ser cumpridas em regime fechado, proibição de liberdade provisória e o desprezo de certos direitos e garantias processuais. (...)

Trata-se de um direito penal simbólico, que não resolve o problema da violência e que serve apenas para dar uma satisfação à opinião pública e à imprensa, que, às vezes com

³ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8072/90*. São Paulo, 2000, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p.78/86.

⁴ *Op. cit.*, p. 86.

⁵ ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro, 2004, Editora Lumen Juris, p. 97/98.

razão, outras vezes por puro sensacionalismo, clama por providências da parte do Poder Legislativo que possam conter a onda de crimes violentos que tanto pavor e intranqüilidade trazem à população, principalmente, das grandes cidades brasileiras.

Cabe fazer referência ao desserviço que presta a imprensa nacional neste tópico em determinados momentos. Antes do mais, é preciso frisar que não se está a censurar o papel da imprensa. É essencial ao Estado Democrático de Direito a existência de uma imprensa livre, que possa informar à sociedade. Entrementes, o que se critica é o enfoque bitolado de determinados seguimentos da imprensa no trato da questão da violência.

Pergunta-se: crianças sem oportunidade de freqüentar escola não é uma forma de violência? Pessoas morrendo em filas de hospital também não? Famílias inteiras passando fome e carente de moradia, em razão da péssima distribuição de renda que se avilta em nosso país, idem?

Ocorre que a imprensa quando enfoca a questão da violência como problema do direito penal contribui negativamente para o trato da questão. Em primeiro, porque o alvoroço midiático faz com que o foco mude do Poder Executivo para o Poder Legislativo. A questão é de ausência de políticas públicas que busquem a inclusão social dos excluídos, o planejamento em segurança pública, capacitando a polícia preventiva e investigativa, o planejamento familiar responsável, menor desigualdade na distribuição de renda, etc. Em suma, o cerne que reside na debilidade do Poder Executivo passa a ser debatido no âmbito do Poder Legislativo, mudando o foco do problema. Depois, a alteração do enfoque faz com que se transmude a discussão da causa para a consequência. Lamentavelmente, outros Joãos morrerão sem ouvir o debate da causa da violência para tentar reduzi-la a índices aceitáveis. Por fim, a pressão por esta ou aquela medida legislativa provoca o inchaço de leis penais, que buscam responder as questões atuais tendo como paradigma o Código Penal que data de 1940, o que acaba por produzir normas desproporcionais.

Já é hora de se pensar um novo Código Penal para o Brasil, ao revés de se produzir leis esparsas que acabam por formar a malsinada colcha de retalhos que se apresenta na atualidade. Como quer que seja, em mais um choque de lei e ordem, o assunto da pauta é a redução da maioria penal, cuja análise constitucional será vista adiante.

III - O enfoque constitucional da maioria penal

Na história do direito brasileiro nem sempre a maioria penal foi fixada no patamar de dezoito anos. Paulo José da Costa Junior⁶ elenca os antecedentes históricos ao Código Penal de 1940, lecionando que no Código Criminal de 1890 os menores de nove anos eram considerados inimputáveis e de nove a quatorze anos a responsabilidade penal era auferida pelo juiz(artigo 27, §1º). Em 1921, tal disposição foi revogada pela lei nº 4242 que passou a estabelecer a maioria penal a partir dos quatorze anos(art.3º, §16), no que foi acompanhada pela Consolidação das Leis Penais, que estabelecia ainda que entre quatorze e dezoito anos o menor seria submetido a processo especial(artigos 27, §1º e 69, §3º).

Nos dias atuais, a Constituição da República em seu artigo 228, bem como o Código Penal(art.27) e o Estatuto da Criança e do Adolescente(art.104) estabelecem a inimputabilidade aos menores de dezoito anos.

Noves fora a pressão da opinião publicada, é incontestável a diversidade de opiniões na doutrina pátria sobre a redução da maioria penal já de algum tempo.

Paulo José da Costa Junior⁷ deixa expresso, por conta da alteração das condições sociais que pautaram o legislador de 1940, que o pressuposto biológico não pode mais ser o mesmo, sendo favorável a redução da maioria penal.

Em posição intermediária, Cezar Roberto Bitencourt⁸ sinaliza o seguinte:

Admitimos, *de lege ferenda*, a possibilidade de uma terceira via: nem a responsabilidade penal do nosso Código Penal, nem as medidas terapêuticas do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas uma *responsabilidade*

⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 7ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, p. 118/119.

⁷ *Op. cit.*, p.121/122.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo. 2000. Ed.Saraiva, p. 304.

diminuída, com conseqüências diferenciadas, para os infratores jovens com idade entre dezesseis e vinte e um anos, cujas sanções devem ser cumpridas em outra espécie de estabelecimento, exclusivas para menores, com tratamento adequado, enfim, um tratamento especial.

Em outro diapasão, manifestando-se contrariamente a redução da maioridade penal, Julio Fabbrini Mirabete⁹ aponta que o jovem entre 16 e 17 anos possui amplo conhecimento e capacidade de discernimento sobre a ilicitude da conduta, mas que a ventilada redução constituiria em retrocesso na política penal e penitenciária brasileira, criando a promiscuidade dos jovens com delinqüentes contumazes.

Na mesma linha de raciocínio, Ney Moura Teles¹⁰ acrescenta:

Propostas como essas, longe de resolver qualquer problema da espécie existente no país, constituem verdadeiro engodo, e só podem ser compreendidas dentro da ideologia da corrente da lei e da ordem.

As crianças e os adolescentes que cometem fatos típicos e ilícitos, que são usados por delinqüentes adultos, são, em verdade, filhos de uma sociedade injusta, assentada em bases econômicas e sociais perversas. A eles não foram proporcionados oportunidades de vida digna, com habitação, família, educação, saúde, lazer, formação moral, enfim, não tiveram oportunidades de apreender os valores ético-sociais importantes e, por isso, quando atuam contra o direito, estão, na verdade, simplesmente respondendo aos “cidadãos de bem” com o gesto que aprenderam: a violência e o desrespeito à lei.

Nunca se pode esquecer que não é o Direito Penal o purificador das almas, nem sua missão é a de combater a violência, adulta ou juvenil. Sua tarefa é proteger os bens jurídicos mais importantes, das lesões mais graves.

Desde já é assaz importante delimitar a abordagem do tema. Não se pretende aqui discutir se é boa ou ruim a redução da maioridade penal. De pronto, a resposta é negativa, porquanto uma vez mais se estará discutindo conseqüência do fato e não a sua causa.

Aliás, deve ser dito que o legislador de 1940 já dispunha da seguinte forma na Exposição de Motivos do Código Penal:

Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal.¹¹

Pretende-se, em verdade, alertar para determinado ponto que, no mais das vezes, tem passado ao largo do debate, mormente pelos juristas de ocasião: a questão da inconstitucionalidade da proposta de emenda constitucional que vise a redução da maioridade penal.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23ª ed. São Paulo. 2006. Ed. Atlas, p. 215.

¹⁰ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume I*. São Paulo. Ed. Atlas, p.287.

¹¹ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo. 2000. Ed.Saraiva, p. 303.

Da mesma forma neste tópico, a questão não é pacífica. Rogério Greco¹² defende que

Em que pese a inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art.228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda a rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do §4º, do art.60 da Carta Magna.

Advoga-se, todavia, em sentido contrário e qualquer lei que venha a ser promulgada neste sentido afrontará a Constituição Federal. É sabido que a Constituição da República, no que atina aos direitos e garantias fundamentais não foi exaustiva no rol do artigo 5º. Com efeito, esta é a própria interpretação que se extrai do texto constitucional, *ex vi* artigo 5º, § 2º do Pacto Fundante.

Sobre o tema ora em análise, Alexandre de Moraes¹³ comenta que

Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin nº 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, (...)

Demais disso, o artigo 27 do Código Penal foi reproduzido pelo artigo 228 da Carta Política de 1988, que assim dispõe: “São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

É premissa fundamental do direito que a lei não contém palavras inúteis, quiçá a Constituição Federal, fruto do Poder Constituinte Originário. Qual seria o fim almejado pela Lei Maior em repetir o artigo 27 do Código Penal, cuja redação foi dada pela Lei 7.209/84, portanto quatro anos antes daquela, senão o de limitar o poder reformador do legislador ?

Por tais razões, seja porque o rol do artigo 5º da Constituição Republicana não é *numerus clausus*, seja porque o seu artigo 228 da Carta Política é mera repetição do artigo 27 do Código Penal, defende-se que a redução da maioria penal é impossível, salvo nova ordem constitucional, por tratar-se de direito fundamental o limite de dezoito anos, sendo imodificável, portanto, pela via da Emenda Constitucional, a teor do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal.

Rene Ariel Dotti¹⁴ é da mesma opinião quando professa que

A imputabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título(II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos *direitos individuais* inerentes à relação do art.5º, caracterizando, assim, uma *cláusula pétrea*. Conseqüentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, 2006. Impetus, p. 428.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo. 2000. Editora Atlas, p.127.

¹⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro. 2005. Ed. Forense, p.412/413.

constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior – dezesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do §4º, IV, do art.60 da CF.

IV – Conclusão

A inquietude do momento foi preponderante na decisão de rabiscar estas linhas. O Movimento da Lei e da Ordem ganha cada dia mais espaço nos mais variados segmentos da sociedade brasileira. Não é possível, como já cantou Raul Seixas, ficar parado com a boca escancarada cheia e dentes, apreciando a tudo na omissão sonolenta dos covardes.

Sem sombra de dúvidas o tema desperta paixões, sobretudo porque há pessoas morrendo Brasil afora e se faz impostergável que a segurança pública seja assunto diário das agendas dos poderes constituídos.

Entretanto, em nome dessa violência (se escreveu violência e não criminalidade em sentido estrito) escandalosa que teima em fazer parte do cotidiano da população brasileira, a divulgação da repressão pelo Direito Penal como cura ganha contornos de realidade. É o discurso do mais do mesmo.

Além de desatar os nós e desvendar o mito, é preciso, especificamente no ponto da redução da maioria penal, debater a premissa fundamental sobre a constitucionalidade de possível emenda constitucional que vier alterar a idade estabelecida pelo poder constituinte originário. Sob este aspecto, defende-se a inconstitucionalidade de qualquer projeto legislativo tendente a alterar o artigo 228 da Constituição da República de 1998. Somente outra ordem constitucionnal poderá alterar a idade de dezoito anos .

Pior é se não demorar e os milagreiros da repressão conseguirem emplacar uma nova Constituição. Não tardará, então, o dia em que a responsabilidade penal se abrangerá o nascituro. Aí mesmo é que filho de pobre literalmente já nascerá condenado e ao invés de chupetas será presenteado com algemas, pior do que estas da que amarram a sociedade brasileira à hipocrisia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gevan. *Modernos movimentos de política criminal e seus reflexos na legislação brasileira*. 2ª ed., Rio de Janeiro, 2004, Editora Lumen Juris.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo. 2000. Ed. Saraiva.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 7ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro. 2005. Ed. Forense.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8072/90*. São Paulo, 2000, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro, 2006. Impetus.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 23ª ed. São Paulo. 2006. Ed. Atlas.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo. 2000. Editora Atlas.

PIRES, Ariosvaldo de Campos e SALES, Sheila Jorge Selim de. *Alguns movimentos político-criminais da atualidade*. RBCCRIM, ano 11, nº42, janeiro-março-2003, ed. Revista dos Tribunais.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume I*. São Paulo. Ed. Atlas.

**Título: “ANALFABETOS TECNOLÓGICOS”- “VULNERABILIDADE FÁTICA” –
APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Autoras: VÍVIAN BAPTISTA GONÇALVES¹ e MARIA CARMEN FERREIRA LEITE MIRANDA DE SÁ²

“As coisas devem ser bem grandes, pra formiga
pequena”- Vinícius de Moraes

I- INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA:

O presente artigo não tem a pretensão de aprofundar ou esgotar o tema da responsabilidade civil das instituições financeiras em face do Código de Defesa do Consumidor, o que seria inviável no espaço reservado, bem como pela complexidade e riqueza do debate. Assim é que, partindo da análise de um fato concreto, busca-se acirrar a discussão e incentivar a reflexão, desejando ter a mesma visão do mundo do que a formiga da canção do nosso saudoso “Poetinha”.

O caso concreto do qual se parte para análise do tema ocorreu no Juízo Único da Comarca de Santa Maria Madalena, fazendo parte daquela cidade do interior do Estado do Rio de Janeiro a realidade de ser analfabeta a maior parte, senão a quase totalidade, da população idosa. Além de serem pessoas humildes e de origem rural, também são privadas de qualquer acesso às informações mais básicas dos dias atuais. Por incrível que possa parecer, em pleno século XXI, quando se houve falar nas conseqüências do aquecimento global e na era da internet, também se pode ouvir falar em pessoas que sequer reconhecem números ou sabem a própria senha do banco e, muito menos, sabem usar o já obsoleto caixa eletrônico bancário. Pode-se dizer que são “órfãos” da era da informática, ampliando a dimensão da palavra “analfabeto”, superando-se o conceito de analfabeto funcional, para ir até uma espécie de “analfabeto cibernético” ou “tecnológico”.

Tais cidadãos estão inseridos em um mundo que não conhecem; mundo esse que lhes cerca como um gigante implacável. Essas pessoas não podem ser ignoradas, elas existem e estão à mercê das vantagens e dos perigos de um mundo controlado pelo computador. São órfãos de uma era passada e cabe ao Poder Público garantir-lhes a segurança e proteção, para que não sofram prejuízos.

Podem ser encontrados, em especial, nas cidades do interior, onde o tempo ainda parece congelado para a maioria das pessoas e alguns ainda vivem alienados sobre o que ocorre no resto do mundo, e à nova realidade advinda da globalização: a redução das distâncias. Hoje, o que ocorre no mais longínquo país, reflete-se aqui, por isso a importância dos Tribunais Internacionais e de outras entidades similares.

Pois bem, esses “órfãos tecnológicos” merecem especial proteção, não podem ser tratados como consumidores ou usuários comuns dos produtos e serviços da era da internet, devem ser observados dentro da sua realidade, o que exige uma análise cuidadosa e singular de cada caso.

A situação que ora se debate traz um exemplo bastante claro: duas senhoras idosas, nascidas e criadas na zona rural de uma pequena cidade do interior, se viram, de uma hora para outra, colocadas em um mundo tão diferente do que conheciam, quando antes os riscos eram os seres ou as coisas da natureza: cobras; estiagem e temporais. Agora, para receberem seu precioso salário, única fonte de renda, quando já não podem mais se sustentar na “lida” com a terra, têm de ir até ao banco, usando um cartão e uma senha que sequer sabem o que significa.

¹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá.

² Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós- Graduada em Direito do Consumidor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Como é de notório conhecimento de todos que freqüentam as agências bancárias, não só no interior do Estado, mas também nas grandes cidades, a maioria dos aposentados necessita de auxílio para manusear o caixa eletrônico.

Em Santa Maria Madalena, a agência bancária que concentra os pagamentos dos aposentados do INSS- INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL, regularmente, em dia de pagamento, coloca algum funcionário à disposição para atender aos aposentados, mas, não é raro quando, em razão do escasso número de funcionários, os próprios seguranças também realizam tal tarefa.

Esse fato é uma realidade, é fato público e notório na pequena cidade e ainda que se exigisse, não precisa ser provado.

Como se pode imaginar, os aposentados entregam o cartão do banco e fornecem a senha, esta que, na maioria das vezes, vem “desenhada” em um pequeno pedaço de papel carregado junto ao cartão.

Tudo parecia normal naquele dia de pagamento. Como era de costume o banco abriu mais cedo, meia hora antes, para atendimento dos aposentados, apenas no espaço físico reservado aos caixas eletrônicos. As duas personagens desses fatos estavam na fila aguardando o atendimento, momento em que uma mulher, chegando pelo lado de fora, já que a parte do caixa eletrônico estava isolada do resto da agência, se dirigiu às senhoras que estavam na fila e disse que “faria o pagamento do INSS”.

Evidente que tal mulher não possuía qualquer identificação e, ainda que a tivesse, seria indiferente para duas senhoras analfabetas.

A mulher efetuou o pagamento, mas, ao mesmo tempo, fez empréstimos nas contas das aposentadas e retirou o valor imediatamente, o que aquelas perceberam apenas no mês seguinte quando foram receber o pagamento e foram informadas da redução do valor já mínimo, de apenas um salário mínimo, ante a incidência da prestação do aludido empréstimo.

Desnecessário descrever o que a partir daí se passou, o que sofreram essas senhoras e do que foram privadas.

II- DA CORRETA ADEQUAÇÃO DOS FATOS: ESTATUTO DO IDOSO e CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Trata-se de evidente crime de estelionato, as senhoras foram vítimas de uma impiedosa estelionatária, verdadeira “aproveitadora de velhinhas”.

Partindo do que acima se iniciou sustentar, os fatos não podem ser vistos como outro caso qualquer de responsabilidade das instituições financeiras. A questão deve ser adequada ao fato de serem as vítimas verdadeiras “órfãs da era cibernética”, já por essa situação merecem especial proteção, mas também por serem pessoas idosas, sujeitas ao manto protetivo do Estatuto do Idoso.

Assim, a delimitação da questão vai além da simples resposta à pergunta: “POR QUE ELAS ENTREGARAM A SENHA A UMA MULHER ESTRANHA?”.

O magistrado que se deparar com um caso envolvendo consumidores “analfabetos tecnológicos” não pode buscar a solução simplória de igualar tais usuários de serviços modernos e tecnológicos a um outro consumidor qualquer.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL da ISONOMIA será observado, neste caso, no momento em que se entender que esse tipo especialíssimo de consumidor deve ser isolado do grupo de consumidores que estão inseridos na vida moderna.

Tanto as normas do Código de Defesa do Consumidor como as do Estatuto do Idoso devem ser sempre interpretadas de forma a buscar a resposta constitucionalmente adequada para o caso concreto, segundo nos ensina o Eminent Professor Gaúcho LENIO LUIZ STRECK, *in verbis*:

“Toda interpretação é sempre uma interpretação constitucional, mesmo que o intérprete disso não se dê conta. É impossível o jurista abstrair a pré-compreensão (adequada ou inadequada, autêntica ou inautêntica) que possui acerca do que significa a Constituição. A Constituição faz parte do mundo vivido do intérprete (com diferentes intensidades, é evidente; por isto, a pré-compreensão é condição de possibilidade de compreensão).”³

Partindo dessa linha, o que se pretende sustentar, sem a pretensão, como dito, de aprofundar o tema, é que certos tipos de consumidores são ainda mais vulneráveis do que outros, e por isso necessitam de especial proteção do Poder Público.

Buscando-se a reposta constitucionalmente adequada ao caso concreto, as normas do Código de Defesa do Consumidor devem ser interpretadas em conjunto com o Estatuto do Idoso- Lei 10741/03- Arts. 2º e 3º e, ainda, com ambos os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Nossos Tribunais já firmaram entendimento acerca da responsabilidade da instituição financeira nos casos de furto ocorridos nos estabelecimentos bancários, o que, analogicamente se aplica aos casos de estelionato, valendo transcrever alguns julgados aplicáveis ao caso ora analisado, *in verbis*:

“EMBARGOS INFRINGENTES. DANOS MORAL E MATERIAL-CAIXA ELETRÔNICO-PESSOA IDOSA-ESTELIONATÁRIO-SUBTRAÇÃO DO CARTÃO-COMUNICAÇÃO AO BANCO- CONTA NÃO BLOQUEADA- (omissis). O instituto da responsabilidade civil é dotado de vertente pedagógica e no particular a sociedade exige cautelas redobradas do mundo negocial, decorrendo daí o direito genérico de todo integrante da coletividade em não ser molestado, de qualquer forma, resultando, em contrapartida, o dever reparatório das entidades economicamente ativas e em funcionamento se o dano

³ STRECK, Lenio Luiz. “As Súmulas Vinculantes em Face da Hermenêutica Filosófica e da Jurisdição Constitucional”. In **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. Organizador: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Rio de Janeiro; editora Lúmen Júris; 2005; p.169.

resulta da atividade exercida. A ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO-PROVEITO, NA QUAL AS PERDAS SÃO COMPENSADAS COM OS LUCROS OBTIDOS NO CICLO NEGOCIAL. Em tema de dano moral, não se faz necessária a comprovação do desequilíbrio afetivo ou psíquico de quem se afirma lesado, pois o desajuste de tal índole constitui corolário da própria existência e eclode por mera consequência do meio social adverso em determinadas circunstâncias, devendo a situação concreta ser sopesada em consonância com as reações normais das pessoas, sem passionalismo ou exigência de temperamento inquebrável. Provimento do recurso.”(Embargos infringentes. Processo 2005.005.00370- TJ/RJ- DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL- Des. Edson Vasconcelos, julgamento 18/01/2006) (g.n.)

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. SAQUES E CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS AUTOMÁTICOS NA CONTA DA AUTORA- BANCO QUE SUSTENTA USO DO CARTÃO E DA SENHA DA AUTORA NAS OPERAÇÕES IMPUGNADAS- ÔNUS DA PROVA INVERTIDO-RÉU QUE CONFESSA NÃO TER FILMES DOS CAIXAS ELETRÔNICOS NOS MOMENTOS DAS OPERAÇÕES DADAS COMO FRAUDULENTAS- SENTENÇA DE RPOCEDÊNCIA-APELAÇÃO DO RÉU-

- 1- não há como evitar a procedência da ação onde o cliente reclama por saques e contratações indevidos em sua conta se o banco faz uso de sistema operacional tão frágil que em dois dias diferentes permitiu saques em caixas

eletrônicos em valores superiores ao do limite diário de saques naqueles caixas e ainda permitiu que se contratasse dois empréstimos automáticos de R\$1.000,00 cada um no mesmo dia numa conta cujo limite era de apenas R\$500,00 e não ‘municia’ as filmadoras de seus caixas eletrônicos ou não conserva as respectivas fitas, já que, intimado a exibi-las, ele informou que elas não existiam.(omissis)”-(TJ/RJ. Apelação Cível nº 2004.001.16883-DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL. Des. Miguel Ângelo Barros-j.09/09/2004)

“RESPONSABILIDADE CIVIL- TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO-SAQUES EM CAIXA ELETRÔNICO REPOSIÇÃO-DANO MORAL- DE ACORDO COM O ART. 3º, §2º, ART. 14 E SEU §1º, ART. 47 E ART. 51, INC. III DO §1º, DA LEI 8078/90, as atividades bancárias em geral são consideradas como relações de consumo, incidindo, assim a TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO, segundo a qual é o banco responsável por eventuais defeitos nos seus serviços, independente de culpa, sendo as cláusulas contratuais interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor e nulas se excessivamente onerosas para o consumidor. Saque de valores em caixa eletrônico com manifesta irresignação do correntista que afirma não ter feito os saques, com reclamações, na época, aos empregados do banco. Pela TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO, responde o banco pelo valor dos saques. Dano moral. (omissis).”(TJ/RJ- Apelação Cível nº2005.001.18285- des. GAMALIEL Q. DE SOUZA-

Décima segunda Câmara Cível-
j.06/09/2005) (g.n.)

Ainda para fins de afastar a alegação de ato de terceiro ou de caso fortuito, nossos Tribunais também se posicionaram reconhecendo que existe responsabilidade do banco também em caso de roubos dentro da agência ou nos caixas eletrônicos, assim como no caso de briga dentro do estabelecimento bancário, por falta de prestação da segurança devida. Entendimento este que se aplica ao caso narrado, uma vez que as idosas foram vítimas de uma estelionatária que agiu dentro da agência bancária, em horário de funcionamento dos caixas eletrônicos, não podendo aquelas suportar os prejuízos sofridos.

Transcrevem-se, a respeito, alguns julgados, *in verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL.
ACÓRDÃO ESTADUAL.
NULIDADE NÃO
CONFIGURADA. AÇÃO DE
INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO
EM CAIXA ELETRÔNICO
OCORRIDO DENTRO DA
AGÊNCIA BANCÁRIA.
MORTE DA VÍTIMA.
DEVER DE INDENIZAR. I-
(*omissis*). II- Inocorrendo o
assalto, em que houve vítima
fatal, na via pública, porém,
sim, dentro da agência bancária
onde o cliente sacava valor de
caixa eletrônico após o horário
do expediente, responde a
instituição ré pela indenização
respectiva, pelo seu dever de
proporcionar segurança
adequada no local, que está sob
a sua responsabilidade
exclusiva.”(STJ. Resp.
488310/RJ, Rel. Min. RUY
ROSADO DE AGUIAR.
Quarta Turma, j.28/10/2003)

“AÇÕES DE INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL. 1.
Cliente de banco que fura a fila
do caixa eletrônico e agride
fisicamente outro consumidor
comete ilícito capaz de ensejar
indenização por dano moral.
Considerando as circunstâncias
do caso concreto, a indenização
devida pelo cliente-agressor
dever ser majorada para o
quantum de 20 salários
mínimos nacionais. 2. É direito
básico do consumidor a
proteção de sua segurança em
face dos riscos do fornecimento
de produtos e serviços.
Verificada a omissão do banco
que, nas suas dependências,

permitiu o desenrolar do conflito sem intervir, o dano sofrido pelo cliente-agredido e o nexa causal, deve o banco também ser responsabilizado pelo prejuízo. No caso, a indenização por danos morais, a ser paga pelo banco, deve alcançar o patamar de 40 salários mínimos nacionais.(*omissis*)”(TJ/RS- APELAÇÃO CÍVEL Nº70008253411- Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano- j.20/07/2005) (g.n.)

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO POR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Cartão magnético bancário. Furto no interior da agência bancária. Saques indevidos. Necessidade de reparação do dano material. A culpa do banco por defeitos na prestação de serviços é objetiva, conforme o Código de Defesa do Consumidor. Ausência de segurança aos clientes quando da movimentação financeira em caixa eletrônico, situado dentro da própria agência bancária. (*omissis*)”. (TJ/RS- APELAÇÃO CÍVEL Nº 7001-145456- Rel. Ney Wiedemann Neto- j. 24/11/2005) (g.n.)

Aqui, cabe ser mencionado que é dever da instituição financeira manter sistema de segurança por monitoramento de câmeras para fins de garantir a segurança dos consumidores, o que é exigido, inclusive, pela LEI ESTADUAL 3162 de 30/12/98, que assim dispõe em seu Art. 1º:

”**Art. 1º** - É obrigatória, nos estabelecimentos financeiros, a instalação de sistema de monitoração e gravação eletrônica de imagens, através de circuito fechado de televisão.
Parágrafo único - Os estabelecimentos financeiros referidos neste artigo compreendem bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupanças, suas agências, subagências, seções, postos 24 horas e caixas eletrônicos.”

III- DA VULNERABILIDADE FÁTICA:

É nesse contexto que se entende perfeitamente aplicável a teoria defendida na doutrina por CLÁUDIA LIMA MARQUES, a qual sustenta existirem três espécies de VULNERABILIDADE: a técnica; a jurídica e a fática.

Para a autora, a vulnerabilidade técnica é PRESUMIDA para o consumidor não-profissional, ou seja, aquele que não possui conhecimentos específicos sobre o bem adquirido ou o serviço prestado, o exemplo citado é o da situação dos agricultores em relação às máquinas agrícolas.

A vulnerabilidade jurídica ou científica seria a falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou economia, também é PRESUMIDA pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto para o consumidor não-profissional, quanto para o consumidor pessoa física.

Por fim, a VULNERABILIDADE FÁTICA ou sócio-econômica, assim definida pela ilustre doutrinadora:

“(…) onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam (…)”⁴

Faz a autora ligação entre a vulnerabilidade fática e a HIPOSSUFICIÊNCIA, dizendo ser esta a “visão processual” daquela, o que justifica a proibição de cláusulas de eleição de foro e imposição de foro privilegiado ao consumidor.

Por tal razão a doutrina brasileira defende serem os consumidores pobres chamados de hipossuficientes.

Mais adiante segue a autora:

“Certo é que a vulnerabilidade, no dizer de Antônio Herman Benjamin, é a ‘peça fundamental’ do Direito do Consumidor, é o ‘ponto de partida’ de toda a sua aplicação aos contratos. Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não-profissional (o advogado que assina um contrato de locação abusivo, porque necessita de uma casa para a sua família perto do colégio dos filhos), mas não presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar o seu escritório mais próximo ao Foro), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica (veja art. 51, inciso I, *in fine*).”⁵

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos No Código De Defesa Do Consumidor: O Novo Regime Das Relações Contratuais*. 4 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. RT, 2002. p.273.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Ob. cit. p.276.

Tem-se, pois, que a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica decorre de determinada situação de fato que coloca o consumidor em condição inferior ao fornecedor de produtos ou serviços. A nossa jurisprudência vem reconhecendo esse tipo de vulnerabilidade nos casos do SFH, de forma que a vulnerabilidade do consumidor decorre não só da sua “fragilidade financeira”, mas também das condições fáticas e sociais nas quais está inserido.

Tais condições, que não podem ser ignoradas pelo aplicador do direito, são, como acima dito, essenciais para que uma resposta constitucionalmente adequada possa ser dada ao caso concreto.

IV- CONCLUSÃO:

Pessoas idosas, aposentadas, frutos de uma realidade afastada do mundo tecnológico, mas, ao mesmo tempo, obrigadas a viver nele. A elas não foi dada qualquer oportunidade de escolha, o mundo simplesmente mudou e lá estão elas, sendo obrigadas a integrar o massificado mercado de consumo, apesar de ainda acostumadas a uma época em que tal massificação inexistia e em que a pessoalidade e a fidedignidade norteavam a contratação de bens e serviços. Por tal razão merecem tratamento diferenciado.

São, pois, um micro-sistema dentro de um macro-sistema de consumidores, uma nova espécie de minoria, e como toda minoria, possuem direitos e não podem cair na “vala comum” da aplicação literal da lei.

Diante da jurisprudência e da doutrina, pode-se concluir pela necessidade de tratamento diferenciado a consumidores “analfabetos tecnológicos”, ou seja, aqueles que, inseridos em uma realidade distante daquela em que vivem a maioria dos consumidores, são pessoas que, por suas condições sócio-econômicas não acompanharam o desenvolvimento tecnológico e globalizado, mas são obrigadas a fazer uso desses serviços. Ou seja, se encontram inseridas no que se convencionou chamar de pós-modernidade⁶, sem que tenham chegado sequer a compreender o conceito do que seja moderno.

Em especial os idosos, e, mais especificamente, aqueles idosos que vivem nas cidades do interior do Estado, merecem tratamento diferenciado e especial atenção dos entes da Administração Pública e do Poder Judiciário. São os principais exemplos da VULNERABILIDADE FÁTICA tratada por Cláudia Lima Marques, na medida em que, muito mais do que vulneráveis técnica e juridicamente, como a maior parte dos consumidores-padrão, são pessoas inseridas em uma realidade fática, e por isso concreta, diferente dos consumidores de massa.

É por essa razão que se pretende, sem maiores pretensões doutrinárias ou filosóficas, através do presente trabalho, apontar os principais enfoques para chamar atenção sobre essas pessoas, as quais dentro do gênero consumidor são uma espécie que deve ser destacada e reconhecida, de maneira que, quando o magistrado se deparar com um caso concreto (como o ora utilizado para exemplo) envolvendo pessoas idosas, em especial aquelas nascidas e residentes em pequenas cidades, saiba diferenciá-las dos demais consumidores e assim possa “olhar” para elas de forma especial, quem sabe com “olhos de formiga”, vendo o mundo maior do que ele realmente é.

Ante tal situação, se diz tratar-se de nova espécie de analfabetos, aqueles que não acompanharam a evolução tecnológica, que sequer sabem decorar uma senha, justamente em um mundo em que tudo se faz com senhas, cartões, internet...

Essa nova modalidade de analfabetismo atinge aquelas pessoas que, seja por falta de interesse próprio, ou por falta de interesse público, deixaram de acompanhar a evolução do mundo e estão paradas em uma época quase que “das pedras”, quando comparada com a grandeza do mundo globalizado, por isso também essas pessoas são exemplos da formiga da música de Vinícius de Moraes, para elas, as “COISAS DEVEM SER BEM GRANDES”...

⁶ Expressão utilizada pela Prof. Cláudia Lima Marques para definir a era da massificação das relações humanas, in MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos No Código De Defesa Do Consumidor: O Novo Regime Das Relações Contratuais*. 4 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. RT, 2002. p.155.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal de São Gonçalo

"Anencefalia - monstrosidade que consiste na falta de cérebro"

(segundo diversos Dicionários)

SABRINA FIRMINO DE MENDONÇA, brasileira, solteira, copeira, portadora da carteira de identidade nº 11.840.145-9, expedida pelo DETRAN, CPF nº 079.465.767-22, residente e domiciliada na Rua José da Cunha, nº 55 - Jardim São Lourenço, nesta Cidade, vem, pelo Defensor Público abaixo assinado, com fulcro no art. 1º, inciso III, art. 5º, inciso XXXV e art. 196, todos da Constituição da República; no artigo 3º do Código de Processo Penal; no art. 1.103 e seguintes, do Código de Processo Civil, nos artigos 23, inciso I, e 128, inciso I, do Código Penal, e nos artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, requerer a V. Exa. lhe seja concedida

AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ

pelos fatos e fundamentos de direito que passa a expor:

DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

1. Preliminarmente, é requerida a distribuição dirigida do presente feito para a 4ª Vara Criminal / Júri de São Gonçalo, por guardar estreita relação entre a competência privativa do Juízo, estabelecida no artigo 130, inciso I do CODJERJ, e, em princípio, a matéria tratada no presente procedimento;
2. No que pese eventual controvérsia acerca da competência do Juízo, é de se ressaltar, respeitosamente, que a Justiça não pode ser lenta, quando a decisão pleiteada se reveste de razoável urgência para preservar - numa primeira abordagem - a qualidade de vida de seus jurisdicionados;

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

3. Inicialmente, afirma, sob as penas da Lei e de acordo com o art. 4º da Lei nº 1060/50, com redação dada pela Lei nº 7510/86, que não se acha em condições econômicas de arcar com as custas judiciais, bem como com os honorários advocatícios, sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família, razão pela qual faz jus ao benefício da GRATUIDADE DE JUSTIÇA, sendo o que ora requer, indicando o Defensor Público Titular em exercício junto a esse respeitável Juízo para o patrocínio de seus interesses;

DOS FATOS

4. A Requerente encontra-se grávida com cerca de 27 (vinte e sete) semanas, sendo o pai do nascituro o Sr. Maurício Pereira de Oliveira - CPF 089.886.227-23 -, que também assina o presente requerimento, manifestando a sua expressa concordância com a providência ora requerida;
5. Quando da realização da ultra-sonografia do feto da Requerente, em 30/12/04, constatou-se: "CONCLUSÃO: GRAVIDEZ COM 26 SEMANAS EM EVOLUÇÃO AO ULTRA-SOM E ANENCEFALIA FETAL" (doc. 01);
6. A Requerente apresentou o exame ao seu médico assistente, Dr. Charid Alfredo Unes, tendo sido elaborado o **Laudo Médico** (doc. 02), que atesta não ter o feto "**condições de sobrevivência fora do útero**", sendo a mesma orientada a buscar uma Autorização Judicial, para que o feto possa ser retirado;
7. Em caso análogo, no processo 2003.004.020506-5, que tramitou perante este Juízo, o médico assistente no respectivo Laudo (Doc. 3) afirmava:

“Como já é sabido feto com ANENCEFALIA, a sua vitabilidade é zero, ou seja MORTE CERTA. É de se considerar o aspecto psicológico da paciente em levar essa gravidez avante irá piorar o seu quadro emocional” (sublinhei);

8. É de se esclarecer que “a anencefalia consiste em uma malformação congênita, ocasionando um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural, acarretando a não formação adequada do encéfalo e da calota craniana”;
9. Segundo os especialistas, **a anencefalia é incompatível com a vida em 100% dos casos**, o que leva ao óbito intra-uterino ou no período neo-natal precoce. “A gestação é frequentemente acompanhada de polidramnia importante no último trimestre podendo eventualmente causar complicações maternas”, conforme parecer da médica especialista, Dra. Patrícia Santana Correia (da Fundação Oswaldo Cruz), ao analisar gestante em situação idêntica a da Requerente;
10. Desse modo, tendo em vista a inviabilidade de vida do feto que carrega dentro de si, que morrerá imediatamente após o parto, e a angústia de, mesmo sabendo disso, ter que esperar por aproximadamente mais três meses de gestação, sem contar o risco de complicações em sua saúde, não só física como (e principalmente) mental, a Requerente, bem como seu companheiro, pai biológico do feto, têm a certeza que o melhor caminho é a pleiteada interrupção da gravidez;
11. É de se ressaltar que, inobstante sua dor e sofrimento, além da urgência de buscar uma pronta solução, vez que somente tende a se agravar com a demora, a Requerente quer agir conforme o direito, razão pela qual procura a Tutela Jurisdicional do Estado;

DO DIREITO

12. O artigo 3º do Código de Processo Penal dispõe que: “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”;
13. Por sua vez o artigo 196 da Constituição da República determina que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, ao passo que o artigo 5º, inciso XXXV, erige o “Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional”, ao preceituar que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;
14. Assim, em face da ameaça ao direito constitucional à saúde da Requerente, é dever do Estado assegurá-lo, no que pese a ausência de previsão de um procedimento específico na lei processual penal para que seja autorizada a interrupção da gravidez
15. Além disso, raros não são os casos em que a dignidade humana acaba sendo atingida. Edouard Boné, citado por Adriano Marrey, afirma:

“Ao infortúnio da malformação física ou psíquica que afeta ao filho, os pais têm ainda de fazer face “à incompreensão, ao sarcasmo, à condenação social e à repulsa e esta outra forma de penalização resulta mais dura de carregar que as anteriores”.
16. E, mais uma vez, “cumpre ao Estado assegurar a dignidade da pessoa humana, o que constitui no caso brasileiro um princípio fundamental da República”, esculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição da República;
17. Portanto, no caso em tela, devem ser aplicados os princípios gerais do direito, para que a Requerente não fique desamparada jurisdicionalmente;
18. São subsidiariamente aplicáveis, com o intuito de suprir a lacuna acima apontada, os dispositivos do Código de Processo Civil que regula a Jurisdição Voluntária (artigos 1.103 a 1.111), por não haver qualquer incompatibilidade;

19. Destaque-se, ainda, que a Jurisdição Voluntária caracteriza-se pela ausência de lide, ou seja, de pretensão resistida de uma parte em face da outra, até mesmo porque não há partes, tratando-se de uma atividade meramente administrativa, com função constitutiva e preventiva, esta última predominante no presente requerimento;
20. Adentrando no direito material, temos que o artigo 128 do Código Penal apresenta as duas únicas hipóteses de aborto legal atualmente previstas no nosso direito positivo, quais sejam, o “necessário” ou “terapêutico”, autorizado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e o “sentimental”, quando a gravidez resulta de estupro;
21. Consta-se, desta forma, que o legislador não contemplou a hipótese de fetos com malformação, cuja vida seria inviável fora do útero, o que é compreensível, levando-se em consideração que no ano de 1940, época da edição da parte especial do Código Penal, a medicina a ciência e a tecnologia, ainda não haviam evoluído ao ponto de possibilitar um diagnóstico preciso de malformação fetal ainda durante a gravidez;
22. No entanto, o Direito não é uma ciência estática, assim como a sociedade está sempre em constante evolução, de modo que as transformações obrigam o legislador a promover os devidos e reclamados ajustes na legislação, sob pena de existirem normas vigentes, mas desprovidas de eficácia. É o que acontece, por exemplo, com a norma que criminaliza o adultério ;
23. Também ocorre ao contrário - como na presente situação -, quando a existência de hipóteses cada vez mais freqüentes reclamam a regulamentação legal, como foi o caso das separações de casais que não podiam se divorciar, ou como a da impossibilidade de constar o nome materno na Certidão de Nascimento de filhos “bastardos” (havidos fora do casamento), até o ano de 1977, quando então foi editada a lei do Divórcio;
24. É bem verdade que nem todas as transformações sociais foram acompanhadas de uma correspondente alteração no Direito, ou ao menos na velocidade esperada em compatibilidade com as mudanças dos costumes e dos fatos sociais;
25. De qualquer modo cabe trazer à luz que o fato central da hipótese ora em questão, já sensibilizou o legislador pátrio, estando em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.956/96, que autoriza a interrupção da gravidez quando o produto da concepção não apresentar condições de sobrevivência, em decorrência de malformação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável precedida de vida extra-uterina (ANEXO II);
26. Ocorre, porém, que a sociedade não pode esperar indefinidamente uma solução legislativa para as novas questões surgidas, e em especial a Requerente, no caso ora apreciado - até por questões humanitárias -, quando cada dia que passa só aumenta seu sofrimento, sem contar o risco de complicações na gestação, e que, fatalmente, ao final, resultará num bebê sem vida;
27. Para situações como essas ainda são perfeitamente aplicáveis os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, *in verbis*:

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

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”
28. Desta forma, tendo em vista que o artigo 128 do Código Penal é uma norma não incriminadora, de natureza permissiva, pois revela uma causa de exclusão da antijuridicidade, é possível a aplicação da analogia, desde que *in bonam partem*;
29. De certo modo, é de se admitir que a Requerente se encontre diante da inexigibilidade de conduta diversa, restando configurado o estado de necessidade em que se encontra, sendo admissível a aplicação do artigo 23, inciso I e do artigo 24, para suprir a lacuna do artigo 128, todos do Código Penal;

30. Essa adequação pode ser visualizada ao se verificar que a Requerente pretende se salvar de perigo atual, que não provocou nem poderia evitar, consistente na sua saúde física e mental, cujo sacrifício, nas circunstâncias (feto sem possibilidade de vida extra-uterina), não lhe é razoável exigir-se;
31. Cumpre, ainda, por em relevo que o artigo 1.109 do Código de Processo Civil, no que concerne à jurisdição voluntária, prescrevendo: **"o juiz (...) não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso solução que reputar mais conveniente e oportuna"**, aduzindo que, tratando-se da aplicação de norma penal não incriminadora, não há qualquer afronta ao Princípio da Reserva Legal, devendo tal dispositivo ser interpretado em consonância com os já mencionados artigos da Lei de Introdução do Código Civil;
32. Um derradeiro e importante argumento, é que no crime de aborto, o bem jurídico tutelado pela norma penal é a vida do feto, que já tem seus direitos salvaguardados desde a concepção. Entretanto, uma vez diagnosticada a inviabilidade dessa vida, não haverá qualquer bem jurídico a ser protegido, não se configurando sequer conduta típica;
33. Não custa evidenciar o fato de que, em alguns países do mundo, tal questão já encontra respaldo no Direito Positivo, não trazendo tormento à gestante, vez que a legislação permite a interrupção da gravidez ao ser diagnosticada a anomalia fetal;
34. Na França, por exemplo, *"a gravidez pode ser interrompida em qualquer período da gestação quando há uma forte probabilidade da criança que irá nascer ser portadora de uma afecção grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico"*;
35. Embora não seja o caso presente, vale a pena citar que há países - tais como Austrália, Finlândia, Inglaterra e Japão -, nos quais o aborto é virtualmente permitido pela simples decisão da gestante;

DA LITERATURA MÉDICA

36. Cabe ressaltar que segundo Thomas Rafael Gollop:

"o grau de precisão dos resultados obtidos na avaliação da saúde fetal e altíssimo, desde que os exames sejam realizados por equipe competente e especialmente treinada. De uma maneira geral é admitida uma margem de erro menor que 1/1000",

(O autor é livre docente em Genética Médica da USP e Diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo - trecho extraído do artigo "Aborto por Anomalia Fetal");

37. Cabe salientar que na verdade se busca proteger a saúde física e mental da gestante, indiscutivelmente abalada pela dor e sofrimento de estar gerando um ser que não terá vida. Afora o dano psicológico (e sentimental), há ainda risco potencial para a gravidez, como se depreende do trecho abaixo transcrito, que bem ilustra tal afirmação:

"Uma mulher que esteja com gestação em andamento de feto com anencefalia geralmente não difere das demais gestantes no aspecto clínico; a gravidez poderá evoluir até o final sem complicações. Eventualmente pode surgir a 'polihidramnia' ou excesso de líquido amniótico, aumentando os riscos para a gestante."

(Revista do Ministério Público, vol. 5 -1997, pp. 225/226)

38. A propósito do tema, Adriano Marrey, na sua obra Teoria e Prática de Júri (p. 594), em co-autoria com Alberto Silva Franco e Rui Stoco, põe em relevo uma constatação de Edouard Boné (Madri), que apesar de datar de 1989, ainda se mostra bastante atual:

"A verificação e a identificação de diversas malformações, no processo de gestação, tornaram-se possíveis com o desenvolvimento

extraordinário assumido, nos últimos decênios, pelas ciências médicas e biológicas. Há, contudo, um fato que necessita ser registrado: a informação tão precisa, confiável e precoce acerca das possíveis anomalias do desenvolvimento progride muito mais rapidamente do que nossa capacidade terapêutica para corrigi-las. No momento, há uma grande distância entre a percepção dos problemas que se apresentam e a possibilidade de remediá-los."

DA DOCTRINA

39. Nas palavras de Alberto Silva Franco, em parecer intitulado "Aborto por Indicação Eugênica":

"O direito à vida, garantido em nível constitucional, não pode ser encarado como um direito absoluto, que não dá espaço a nenhuma situação de exceção. Ninguém se arvoraria em afirmar que lesa a Constituição da República a atitude de quem, em situação de legítima defesa, tira a vida de seu agressor ou mata seu inimigo na guerra. Da mesma forma, em relação ao direito à vida intra-uterina, de igual embasamento constitucional, a destruição do embrião ou do feto não pode, em determinados casos, ser considerada ilícita." (*RJTJESP Lex 132/9*)

40. O festejado constitucionalista José Afonso da Silva, em sua obra "Curso de Direito Constitucional" (16ª edição, 1999, p. 206), ao discorrer sobre o direito à vida, leciona:

"E, por certo, há casos em que a interrupção da gravidez, tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da vida da mãe, o de gravidez decorrente de cópula forçada e outros que a ciência médica aconselhar."

DA JURISPRUDÊNCIA

41. Garantir a vida está assentado no Direito Positivo Constitucional, mas no caso concreto a "Lei da Natureza" negou essa possibilidade, fato este indiscutível. Seria por demais insensível não reconhecer a dor e o sofrimento da mãe que carrega em seu ventre durante toda a gestação, um "ser" que sabe jamais poderá sobreviver, jamais terá "vida";

42. É claro que o assunto não é novo e já são passados mais de dez anos que, segundo se tem notícias, ocorreu a primeira autorização para interrupção da gravidez em razão da anencefalia, conforme trecho extraído de parecer ministerial, em caso análogo, *litteris*:

"já existem decisões neste sentido, como a ocorrida em Londrina, Paraná, autorizada pelo Juiz Dr. Miguel Kfoury Neto, que autorizou pela primeira vez um aborto legal em feto portador de anencefalia numa gestação de 20 (vinte) semanas, (1992); em novembro de 1993, a equipe médica do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, entrou com ação judicial solicitando interrupção legal de uma gravidez de 24 (vinte e quatro) semanas com o feto portador de acrania e onfalocele e que autorizado pelo Dr. Geraldo Pinheiro Franco; baseado ainda nestas duas sentenças, o juiz Dr. Seifarth de Freitas, São Paulo, autorizou a interrupção de gravidez de 20 (vinte) semanas, comprometida por anencefalia. (*informações obtidas pelo artigo do Diretor do Instituto de Medicina de São Paulo, já mencionado - Dr. Thomas Rafael Gollop*)"

43. Não obstante a ausência de uma rápida solução legislativa para os crescentes casos de diagnóstico de malformações fetais que inviabilizam a vida extra-uterina, face ao avanço da ciência e da medicina, a jurisprudência brasileira em se mostrado sensível, e já foram autorizados abortos nessas hipóteses em diversos Estados, valendo citar algumas delas:

"Autorização Judicial Gravidez. Interrupção. Anencefalia. Tendo em vista o dever do Estado assegurar o bem comum, promovendo a saúde

e atendendo aos fins sociais da lei, admissível a interrupção da gravidez comprovando-se que o feto é portador de má-formação congênita, caracterizada por anencefalia - ou ausência de cérebro - afecção irreversível que impossibilita totalmente a sobrevivência extra-uterina, hipótese em que, ao direito da gestante, não cabe opor interpretação restritiva da legislação penal” (TAMG - AC 219.008-9 -1ª C, Rel. Juiz Alvim Soares - DJMG -22.08.96)

“Para que se caracterize o aborto, deve o feto ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma Intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação de vida do feto” (TJSP - AC - Rel Adriano Marrey - RJTJSP 22/487)

“Não importa tenha havido prática tipicamente abortiva, para a configuração do delito do art. 124 do CP, se o laudo pericial conclui que a gravidez não é apta a produzir uma vida. Consoante os ensinamentos dos mestres da medicina legal, a formação de mole carnosa ocorre quando há concepção frustrada, gerando embrião degenerado, inapto a produzir uma nova vida. E nesse caso não pode haver aborto” (RT 397;101)

“Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudos médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez” (TJSC - AP 98.003566-0 - Rel. Jorge Mussi - j. 05.05.1998 - RT 756/652)

44. Por derradeiro, trazemos à colação trechos da decisão proferida pelo Exmo. Juiz de Direito de Campinas, Dr. José Henrique Rodrigues Torres, em caso análogo:

“Os diagnósticos de malformação fetal e em especial, aqueles que revelam anencefalia, não são tirados hodiernamente com embasamento em conjecturas nem em hipóteses empíricas nem em mera 'predisposição' hereditária.

Omissis ...

E à evidência, o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento da ciência nem às conseqüentes evoluções históricas do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade de constante transformação.

Omissis ...

Assim, em situações como a que neste caso é trazida à juízo, as quais reclamam a aplicação das normas penais, não se pode olvidar do avanço científico e tecnológico da medicina, o qual, inexoravelmente, acarreta profundas transformações éticas e culturais na sociedade.

Omissis ...

Isto posto, forte no art. 5º, III da CF, no art. 3º do CPP, nos princípios gerais do direito, nos princípios da jurisdição voluntária e nos arts. 1.104

e ss. do CPC, os quais aplico subsidiariamente, autorizo a interrupção da gravidez, da interessada (...), mediante intervenção médica. P.R.I.C.”
(Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 8, pp. 239/246)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

45. Há pois, perigo concreto à saúde psíquica da gestante, ora Requerente, que também guarda proteção do direito, estando presente a possibilidade de dano ao bem jurídico tutelado, não se apresentando razoável exigir-se o seu sacrifício, por demais prolongado, ante a total inviabilidade de vida do feto;
46. Não sendo a interrupção da gravidez, nessas condições, uma conduta injusta, eis que o feto não terá vida, não se pode nem mesmo tê-la como ilícita;
47. Portanto, é indicada clinicamente a realização da interrupção da gravidez, tendo sido verificado que o feto apresenta anomalia incompatível com a vida, poupando, assim, a Requerente de uma gestação tormentosa, inclusive para o pai e para ambas as respectivas famílias, com certeza também atingidas pelo sofrimento;

DAS OBRAS E TRABALHOS CONSULTADOS

48. Além das referências mencionadas ao longo do petítório, algumas obras e trabalhos foram consultados na elaboração da presente peça. Reverenciando as obras e os autores, dos quais extraímos vários trechos e citações, pedimos vênha para nomeá-los no ANEXO I.

DOS PEDIDOS

PELO EXPOSTO, REQUER A V. EXA.:

- A) A distribuição dirigida do presente procedimento, nos moldes acima sustentados;
- B) O deferimento da Gratuidade de Justiça;
- C) A intimação do Ministério Público;
- D) A designação, se for o caso, de Audiência Especial, para a oitiva dos interessados;
- E) Seja autorizada a interrupção da gravidez da Requerente, em cirurgia a ser realizada por médico especializado, em qualquer Hospital da rede pública ou privada, em face da argumentação suso desenvolvida, com a expedição do competente Alvará de Autorização.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente documental, testemunhal, e depoimento pessoal dos interessados.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

P. Deferimento.

São Gonçalo, 12 de janeiro de 2005.

Diamantino Antunes Pereira
Defensor Público - Mat. 852.750-9

Sabrina Firmino de Mendonça

Maurício Pereira de Oliveira

OBRAS E TRABALHOS CONSULTADOS

ANEXO I

- Dicionários: Aurélio, Michaelis, Koogan Larousse e outros
- Ementário de Jurisprudência - Centro de Estudos Jurídicos - DPGE
- Revista do Ministério Público - Vol. 5 - (jan-jun/97)
- Revista do Ministério Público - Vol. 14 - (jul-dez/01)
- Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do rio de Janeiro (Organização e Notas: Cláudio Brandão de Oliveira - Roma Victor - 3ª ed. - 2003)

- Direitos Humanos - Teoria e Prática (Cynthia Robert e Danielle Marçal - Lumen Juris 1999)
- Júri (Hermínio Alberto Marques Porto Malheiros - 9ª ed. -1998)
- Teoria e Prática do Júri (Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco - RT 2ª ed. - 2000)
- Códigos RT e Saraiva
- Exma. Sra. Dra. Defensora Pública Cristina Santos Ferreira (Petição -1999)
- Exma. Sra. Dra. Promotora de Justiça Beatriz Leal de Oliveira (Parecer -1999)
- Exma. Sra. Dra. Promotora de Justiça Laura Cristina Maia Costa Ferreira (Parecer -1996 - Revista do Ministério Público nº 5)
- Exma. Sra. Dra. Promotora de Justiça Cristhiane Barradas Zeitone e Exmo. Sr. Dr. Promotor de Justiça David Francisco de Faria (Medida Cautelar -1999 - Revista do Ministério Público nº 14)

ANEXO II

Proposição: PL-1956/1996

Autor: MARTA SUPLICY - PT /SP

Data de Apresentação: 23/05/1996

Apreciação: Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II

Regime de tramitação: Ordinária

Apensada à: PL-1135/1991

Ementa: Autoriza a interrupção da gravidez nos casos que menciona.

Explicação da Ementa: AUTORIZANDO A INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ QUANDO O PRODUTO DA CONCEPÇÃO NÃO APRESENTA CONDIÇÕES DE SOBREVIVÊNCIA EM DECORRÊNCIA DE MALFORMAÇÃO INCOMPATÍVEL COM A VIDA OU DE DOENÇA DEGENERATIVA INCURÁVEL, PRECEDIDA DE INDICAÇÃO MÉDICA, OU QUANDO POR MEIOS CIENTÍFICOS SE CONSTATAR A IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA.

Indexação: AUTORIZAÇÃO, GESTANTE, INTERRUPÇÃO, GRAVIDEZ, ABORTO, HIPÓTESE, DOENÇA INCURÁVEL, EXIGÊNCIA, INDICAÇÃO, MÉDICO, CONSENTIMENTO, MÃE, REPRESENTANTE LEGAL.

Despacho:

24/6/1996 - DEFERIDO OF 235/96-P, DA CSSF, SOLICITANDO A APENSAÇÃO DESTA AO PL. 1135/91.DCD 05 11 96 PAG 28513 COL 01.

Última Ação:

24/4/2003

Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) - Recebimento pela CSSF, apensado ao PL-1135/1991

HABEAS CORPUS

Sérgio Paes Fraga

EMENTA: Deserção do recurso da defesa de acusado foragido, cerceamento de defesa e inviabilização do duplo grau de jurisdição, inconstitucionalidade e afronta à Convenção Americana de Direitos Humanos

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES MINISTROS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, BRASÍLIA, DF.

Ref.: APELAÇÃO n° 2004.050.00172 – 4ª (quarta) Câm. Crim. - TJRJ
AÇÃO PENAL n° 2001.047.000230-1 – Vr. Única Rio Claro/RJ

SÉRGIO PAES FRAGA, Defensor Público, mat. 821.255-7, por nomeação na forma de Lei, titular do Órgão de atuação junto a Vara Única da Comarca de Rio Claro, estado do Rio de Janeiro, vem impetrar

HABEAS CORPUS substitutivo de
RECURSO ORDINÁRIO com pedido de LIMINAR

Em favor de TONY WILLIAM DO NASCIMENTO, brasileiro, solteiro, filho de Silvio Justino do Nascimento e de Maria de Lourdes Silva Oliveira

Contra ato da c. 4ª (QUARTA) CÂMARA CRIMINAL do e. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, consubstanciada no v. Acórdão proferido nos autos da apelação de n° 2004.050.00172, oriunda da ação penal pública incondicionada de n° 2001.047.000230-1, do r. Juízo da Vara Única da Comarca de Rio Claro, estado do Rio de Janeiro, conforme segue:

DOS FATOS

Confessa o Paciente ^(doc. 1) que, no dia 13/07/2001, por volta das 19:00h, entrou em uma residência, cujos moradores teriam ido à igreja, dela retirando uma televisão 14”, um relógio (com pulseira arrebitada) e um rádio am/fm. ^(doc. 2)

Para ingressar na residência o Paciente não destruiu obstáculos, posto que a janela da residência não possuía vidros. Apenas danificou um cadeado utilizando-se de um martelo da própria residência. ^(doc. 3)

Quando ainda se encontrava dentro da residência, foi surpreendido pelo retorno dos moradores, empreendendo fuga, a pé, pela linha do trem que passa nos fundos da residência.

A Vítima comunicou os fatos a policiais que passavam pelo local, os quais, imediatamente, alcançaram o Paciente em local em que a linha do trem passa próximo à rodovia logo à frente.

Alcançado, segundo os policiais, o Paciente abandonou a *res* e teria tentado empreender fuga. Mas foi preso em flagrante, sem oferecer resistência.

A confissão do Paciente está em consonância com os depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas ^(doc. 4)

DO PROCESSO

Preso em flagrante, no dia 13/07/2001, o paciente foi denunciado ^(doc. 5) como incurso nas penas do art. 155, §1º e art. 330, n/f do art. 69, todos do Código Penal.

Em 10/08/2001, a Autoridade Policial incumbida da custódia do Paciente, oficiou ^(doc. 6) ao r. Juízo de 1º (grau), comunicando que o Paciente teria passado mal e fora encaminhado ao Pronto Socorro Municipal, onde constatado ser o mesmo portador de Hérnia Inguinal Direita, necessitando de operação eletiva, e solicitando autorização para transferência do Paciente para o Hospital Central – DESIPE, onde poderia ser tratado. Tal solicitação jamais foi apreciada, apesar de o Paciente ter permanecido preso por mais 180 (cento e oitenta) dias.

Pedido de relaxamento de prisão por excesso de prazo, sucintamente negado em 24/10/2001.

Após a fase do art. 499 do CPP (diligências) o MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu *emendatio libelis* ^(doc. 7), passando a pretender a condenação do Paciente como incurso também nas penas da qualificadora do §4º, I do art. 155 do CP (rompimento de obstáculo), insistindo na causa especial de aumento do §1º (repouso noturno).

O curso processual, que já se arrastara por quase 06 (seis) meses, sem uma justificativa plausível para o atraso, com o aditamento da denúncia, sinalizava que seria ainda mais demorado.

Assim, aos 178 (cento e setenta e oito) dias de prisão do Paciente, novo pedido de relaxamento de prisão foi dirigido ao r. Juízo.

O MINISTÉRIO PÚBLICO, quanto a este novo pedido de relaxamento, assim se manifestou:

“Assiste razão à defesa, quando afirma que há excesso de prazo. Seus argumentos são fundados, encontrando respaldo na legislação.” ^(doc. 8)

Contudo, na mesma manifestação, o MINISTÉRIO PÚBLICO, apesar de manifestar-se no sentido do acolhimento do pedido de relaxamento da prisão por excesso de prazo e, conseqüentemente, expedição de alvará de soltura, também requereu a decretação da prisão preventiva do Paciente. ^(doc. 8)

O r. Juízo então, indeferiu o pedido de relaxamento de prisão e, ainda, decretou a prisão preventiva do Paciente, nos seguintes termos:

“Em que pese o excesso de prazo da prisão, reconhecido também pelo Ministério Público, impõe-se a custódia preventiva do acusado.” (doc. 9)

Diante de tais fatos foi impetrado junto ao e. TJRJ pedido de ordem de *habeas corpus*, a qual foi concedida com a seguinte ementa: (doc. 10)

“*Habeas Corpus*. Paciente que responde preso em virtude de flagrante. Configurado excesso de prazo na ulatimação da instrução criminal, caracterizada se acha a coação ilegal, não sendo lícito ao Juiz contorná-la através do artifício de relaxar a prisão em flagrante e decretar, no mesmo ato, a preventiva. Ordem concedida para soltura do Paciente sem prejuízo da ação penal. (HC 3958/2001 – 4ª Câmara Criminal – TJRJ) – (doc. 10)

O Paciente foi posto em liberdade, por força da ordem de *habeas corpus* concedida, em 06/02/02, ou seja, após 208 (duzentos e oito) dias de prisão cautelar.

Prosseguindo-se com a ação penal, ao final de 567 (quinhentos e sessenta e sete) dias de processamento foi publicada em cartório r. sentença do r. Juízo de 1º (primeiro) grau, condenando o Paciente, como incurso no art. 155, §4º, I, do CP, a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e no art. 330, do CP, a pena de 2 (dois) meses e 10 (dez) dias, n/f do art. 69 também do CP, o que resulta em pena total de 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias, além de 70 (setenta) dias multa em regime inicial fechado. (doc. 11)

Não bastasse a inconcebível demora processual e a exasperação da pena, novamente o r. Juízo de 1º (primeiro) grau utilizou-se de artifício visando restabelecer a prisão cautelar do Paciente, negando-lhe o direito de apelar em liberdade, outra espécie de prisão processual cautelar, (doc. 11), expedido mandado de prisão (doc. 12)

Inconformada com a r. sentença de 1º (primeiro) grau, a defesa interpôs recurso de apelação ao e. TJRJ, buscando ver reparados os equívocos da r. sentença guerreada. (doc. 13)

O MINISTÉRIO PÚBLICO em contra-razões de apelação, opinou pelo provimento parcial do recurso da defesa, o que equilibra a recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO em favor do Paciente. (doc. 14)

Contudo, a c. 4ª (quarta) Câmara Criminal do e. TJRJ, não conheceu do recurso, sob a seguinte ementa:

“CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E DESOBEDIÊNCIA – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE CONCEDIDA EM RAZÃO DO EXCESSO DE PRAZO – CONDENAÇÃO – RÉU QUE NÃO SE RECOLHE À PRISÃO COMO DETERMINADO NA SENTENÇA – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.” (APELAÇÃO 2004.050.00172 – 4ª Câmara Criminal – TJRJ) - (doc.15)

É O BREVE RELATÓRIO

DO DIREITO

Da mera leitura do relatório se extrai que o Paciente teve e continua tendo seus direitos mais básicos desrespeitados, senão vejamos:

DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O Art. 594, do CPP, quando condiciona a admissibilidade do recurso de apelação ao recolhimento do réu à prisão, viola diversos princípios constitucionais bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, a seguir destacados:

CF/88 – Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Ressalte-se que a CF/88 não faz qualquer restrição ao exercício recursal. E, a possibilidade recursal deve ser colocada às partes, em igualdade de condições. É que, não há para o MINISTÉRIO PÚBLICO previsão semelhante, mesmo em se tratando de eventual recurso ministerial, como *custos legis*, em favor do réu que tenha fugido.

No caso concreto, embora não haja recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO, este em contra-razões de apelação, opinou pelo provimento parcial do recurso, o que equilibra a recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO em favor do Paciente. ^(doc. 14)

A respeito, esse Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou por ocasião do julgamento do HABEAS CORPUS nº 47.485-SP (2005/0145664-0) cuja ementa é do seguinte teor:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, E ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO. ART. 594 DO CPP. DESERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do art. 595 do CPP, a deserção ocorre quando o réu, após ter apelado, empreende fuga. Na hipótese dos autos, não houve fuga propriamente dita, e sim, não recolhimento ao cárcere para apelar, conforme determinado pela r. sentença penal condenatória. Desta forma, não há que se falar em deserção (Precedentes). Writ concedido. HABEAS CORPUS nº 47.485-SP (2005/0145664-0) ^(doc.16)

Ainda, em outra decisão memorável, esse Superior Tribunal de Justiça, sobre o mesmo tema, no mesmo sentido, assim se pronunciou:

RHC – PROCESSUAL PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RÉU FORAGIDO – APELAÇÃO – PROCESSAMENTO – DEVIDO PROCESSO LEGAL – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CAUTELAS PROCESSUAIS PENAIAS – O princípio da presunção de inocência, hoje, está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da – sanção penal. As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra o – devido processo legal; Compreende o “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Não se pode condicionar o exercício de direito constitucional – ampla defesa e duplo grau de jurisdição – ao cumprimento de cautela processual. Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta porque o réu está foragido. Releitura do art. 594, CPP face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandato de prisão. RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 6110 (96/0078027-7) ^(doc.17)

Cumpra salientar que o Código de Processo Penal, afigura-se como resquício ditatorial, elaborado no auge do regime autoritário do “estado novo” quando também foram abolidos os partidos políticos, fechado o Congresso Nacional e suspensas as liberdades individuais e teve por modelo o “Código de Mármore” de Mussolini.

Passado aquele momento nefasto, o pensamento democrático internacional já propiciou a revisão de inúmeros sistemas processuais penais, vg. de Portugal, da Itália e da Espanha, contudo, de outra sorte, nosso código, que tem sofrido alterações específicas, não alcançou livrar-se das lembranças da ditadura.

Espera-se das Autoridades Legislativas que reparem o quadro. Contudo enquanto tardam, cabe ao Poder Judiciário dar sustentáculo aos direitos fundamentais.

DO PRAZO RAZOÁVEL DE PRISÃO CAUTELAR

A lei pátria não estabelece um prazo específico para a manutenção da prisão cautelar. No entanto, doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que tal prazo é de 81 (oitenta e um) dias, decorrentes da soma dos prazos fixados por lei para cada um dos atos do processo.

E este posicionamento encontrou ressonância legislativa, no que diz respeito aos processos por crimes praticados por organizações criminosas, onde a Lei 9034/95, em seu artigo 8º, estabelece prazo, inclusive para o caso de réu solto.

Lei nº 9034/95 - Art. 8º O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.(Redação dada pela Lei nº 9.303, de 5.9.1996)

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

O Brasil é signatário e ratificou a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana Sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, pelo que se obrigou a observar, passível de queixa, na forma do art. 23 do regulamento, perante a COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS que poderá submeter o caso à CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, dentre outros direitos, os seguintes:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

Inciso 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

Inciso 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Inciso 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Artigo 8. Garantias Judiciais

Inciso 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

Alínea h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior

Artigo 25. Proteção judicial

Inciso 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Inciso 2. Os Estados Partes comprometem-se:

Alínea a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

Alínea b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

Alínea c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

CONCLUSÃO

Sem pretender adentrar ao mérito da apelação, posto que este *WRIT* não é sede apropriada, vale ressaltar vez que salta aos olhos, que a reprimenda imposta, 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias, além de 70 (setenta) dias multa, em regime inicial fechado. ^(doc. 11), para um crime de furto, tentado ou não, foi demasiadamente exasperada. Tanto que o próprio MINISTÉRIO PÚBLICO, em suas contra-razões de apelação manifestou-se no sentido de que fosse dado parcial provimento ao apelo ^(doc. 14).

Ora, negar ao Paciente o direito de apelar em liberdade é, claramente, mais um artifício para impor ao mesmo, mais uma coação ilegal, seja por impor-lhe mais prisão cautelar, apesar de já cumpridos 208 (duzentos e oito) dias de prisão cautelar, de 25/06/2001 até 06/02/2002, ou, pior ainda, pretender do Paciente que se submeta resignado a tais ilegalidades, recolhendo-se à prisão para, só depois, ver sua irresignação, manifestada na apelação, apreciada por quem de direito.

Quem sabe tamanha exasperação e artifício para impor a continuidade da prisão cautelar, seja uma espécie de retaliação ao fato de que o e. TJRJ relaxou a prisão do paciente reconhecendo na r. decisão que decretou a prisão preventiva “artifício” para contornar a coação ilegal do excesso de prazo.

Também, negar ao Paciente o direito de apelar em liberdade é, em última análise, claramente, tentativa de descumprir o v. acórdão que afastou a possibilidade de prisão cautelar em virtude do excesso de prazo, de prisão cautelar, já verificado. É que a prisão decorrente de sentença sem trânsito em julgado é de natureza processual cautelar.

Tais não se coadunam com a lei, nem com a moral, nem com a justiça e deve ser prontamente refutados.

Não é razoável, portanto, pretender que alguém, em sã consciência, se submeta a tais ilegalidades, abrindo mão de seu básico direito de liberdade. Máxime diante de uma autoridade pública que, sequer, assegura ao custodiado, o direito de assistência médica. ^(doc. 6)

Por tais motivos os tribunais, comprometidos com o estado democrático de direito e, por isto mesmo, comprometidos com a garantia dos direitos individuais e das liberdades civis devem se afastar da presunção absoluta de constitucionalidade das leis que ferem tais direitos.

O Poder Judiciário, destarte, tem o dever legal e moral de reconhecer toda a amplitude do devido processo legal afastando a ocorrência de arbitrariedades atentatórias contra a vida, a liberdade e a propriedade, mediante a declaração de não terem sido recepcionadas as regras infraconstitucionais que estiverem em descompasso com a Lei Maior e Convenções Internacionais ratificadas.

A tutela dos direitos fundamentais, pejorativamente referida como “Garantismo”, não é um mero formalismo.

Não sejamos ingênuos.

“Os ingênuos são os nascidos livres e que nunca deixaram de o ser, desde o nascimento. Não sofrem, destarte, nenhuma restrição decorrente de seu estado de liberdade.” (Marky, Thomas, *Curso Elementar de Direito Romano*, ed. Saraiva, 6ª ed., 1992)

O estado democrático de direito é garantia para todos, aos nascidos “livres” ou “servos”.

Face ao exposto, contando com os doutos suplementos de Vossas Excelências, confia o impetrante, sinceramente, que esse Superior Tribunal de Justiça, conheça o presente HABEAS CORPUS, reconhecendo a existência do constrangimento ilegal contra o paciente para, se digne:

- 1) Conceder, LIMINARMENTE, ordem de *habeas corpus* determinando à c. 4ª (quarta) Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, RECEBER e CONHECER do recurso de apelação interposto pela defesa do Paciente, independentemente desse ser recolhido à prisão, na esteira do já decidido no HABEAS CORPUS nº 47.485 – SP (2005/0145664-0) ^(doc.16) e no RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 6110 (96/0078027-7) ^(doc.17);
- 2) Conceder, LIMINARMENTE, ordem de *habeas corpus* determinando o recolhimento do mandado de prisão cautelar expedido em desfavor do Paciente, até o julgamento do recurso interposto e do trânsito em julgado de decisão condenatória, se mantida;
- 3) Notificar a c. 4ª (quarta) Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, indicada como coatora, para, no prazo legal, prestar informações;
- 4) Manter a liminar concedida ou conceder ordem de *habeas corpus* determinando à c. 4ª (quarta) Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, RECEBER e CONHECER do recurso de apelação interposto pela defesa do Paciente, independentemente desse ser recolhido à prisão, na esteira do já decidido no HABEAS CORPUS nº 47.485 – SP (2005/0145664-0) ^(doc.16) e no RECURSO DE HABEAS CORPUS Nº 6110 (96/0078027-7) ^(doc.17);
- 5) Manter a liminar concedida ou conceder ordem de *habeas corpus* determinando o recolhimento do mandado de prisão cautelar expedido em desfavor do Paciente, até o julgamento do recurso interposto e do trânsito em julgado de decisão condenatória, se mantida.

Termos em que,
Pede e e. deferimento.
Rio Claro, 6 de dezembro de 2007.

Sérgio Paes Fraga
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro - Mat. 821.255-7
Professor da Faculdade de Direito de Barra Mansa - RJ

DOCUMENTOS ANEXADOS POR CÓPIA:

- 1) Assentada do interrogatório – fls. 39/40;
- 2) Auto de apresentação e apreensão – fls. 07;
- 3) Laudo de exame em local de arrombamento – fls. 82/83;
- 4) Depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas de acusação – fls. 56/58;
- 5) Denúncia – fls. 2a/2b;
- 6) Ofício da Autoridade Policial comunicando estado de saúde do Paciente e solicitando autorização para transferência ao Hospital Central do DESIPE – fls. 67;
- 7) Aditamento à denúncia – fls. 117/118;
- 8) Manifestação do MINISTÉRIO PÚBLICO favorável ao pedido de relaxamento da prisão por excesso de prazo, mas com pedido de decretação de prisão preventiva– fls. 123/125;
- 9) Decisão do r. Juízo de 1º (primeiro) grau sobre o pedido de relaxamento da prisão em flagrante e decreto de prisão preventiva – fls. 127/128;
- 10) v. Acórdão concessivo de *habeas corpus* em favor do Paciente – fls. 152/154;
- 11) r. sentença condenatória de 1º (primeiro) grau que negou ao Paciente o direito de recorrer em liberdade – fls. 179/186;
- 12) mandado de prisão, expedido por determinação contida na r. sentença condenatória de 1º (primeiro) grau que negou ao Paciente o direito de recorrer em liberdade – fls. 188;
- 13) recurso de apelação, exclusivo da defesa, e respectivas razões – fls. 195/210;
- 14) Contra-razões do MINISTÉRIO PÚBLICO, ao recurso de apelação da defesa, com parecer para provimento parcial do apelo – fls. 212/214;
- 15) V. Acórdão não conhecendo recurso de apelação em virtude de o Apelante/Paciente, não ter se recolhido à prisão – fls. 231;
- 16) Inteiro teor de v. acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do HABEAS CORPUS n° 47.485 – SP (2005/0145664-0);
- 17) Inteiro teor de v. acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do RECURSO DE HABEAS CORPUS n° 6110 (96/0078027-7);