

# AMAGIS JURÍDICA



Desembargadora Jane Ribeiro Silva  
Juiz Gilson Soares Lemes  
*Diretores*

# AMAGIS JURÍDICA

## Associação dos Magistrados Mineiros

Ano III – Número 5 – jan./jun. de 2011



Belo Horizonte  
2011

# AMAGIS JURÍDICA

## **Diretoria Triênio 2010-2012**

Juiz Bruno Terra Dias  
*Presidente*

Desembargador Herbert José de Almeida  
Carneiro  
*Vice-presidente Administrativo*

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho  
*Vice-presidente Financeiro*

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos  
*Vice-presidente de Saúde*

Desembargador Tibagy Salles Oliveira  
*Vice-presidente de Aposentados e Pensionistas*

Juiz Antônio Carlos Parreira  
*Vice-presidente do Interior*

Juiz Maurício Torres Soares  
*Vice-presidente Sociocultural-Esportivo*

Juíza Maria Luíza Santana Assunção  
*Diretora-secretária*

Ivone Campos Guillarducci Cerqueira  
*Subdiretora-secretária*

Juíza Rosimere das Graças do Couto  
*Diretora de Comunicação*

Desembargadora Jane Ribeiro Silva  
*Diretora do Centro de Estudos da Magistratura*

Juiz Luiz Guilherme Marques  
*Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura*

## **Diretores Culturais**

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

## **Conselho Deliberativo**

Desembargador José Nepomuceno Silva  
*Presidente*

Juiz José Aluísio Neves da Silva  
*Vice-presidente*

Juiz Michel Curi e Silva  
*Secretário*

## **Assessores Especiais da Presidência**

Desembargador Tiago Pinto  
Juiz Lailson Braga Baeta Neves  
Desembargador Nelson Missias de Moraes  
Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro  
Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada  
Desembargador Márcio Aristeu Monteiro de Barros  
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina

## **Conselho Editorial da Revista**

Desembargadora Jane Ribeiro Silva  
*Diretora da Revista*  
Juiz Gilson Soares Lemes  
*Diretor da Revista*  
Desembargador Antônio Carlos Cruvinel  
Desembargador Belizário Antônio de Lacerda  
Desembargador Caetano Levi Lopes  
Juiz Gilson Fonseca  
Juiz Luiz Guilherme Marques  
Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães  
Juiz Maurício Torres Soares  
Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

## **Coordenador de Comunicação da Amagis**

Bruno Gontijo – Mtb-MG: 11008

## **Jornalistas**

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

ISSN 2175-3849

## PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

### **ADRIANO ROBERTO VANCIM**

Advogado licenciado. Servidor Público vinculado ao Juizado Especial Cível e Criminal e à Vara da Infância e Juventude da Comarca de Guaxupé/MG. Professor colaborador, con-  
teudista da disciplina Direito Administrativo no curso de  
Pós-Graduação da Faculdade de Educação São Luís/SP ..... 1

### **CAETANO LEVI LOPES**

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universi-  
dade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direi-  
to Milton Campos. Desembargador do Tribunal de Justiça do  
Estado de Minas Gerais ..... 17

### **CÁSSIO AZEVEDO FONTENELLE**

Juiz auxiliar da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas  
Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas ..... 29

### **DAVID PINTER CARDOSO**

Juiz de Direito em Minas Gerais. Foi assessor no TJMG e delegado  
de polícia. Formou-se em Direito pela UFMG e é pós-graduado em  
Direito Civil ..... 53

### **JOÃO BAPTISTA DA SILVA**

Juiz de Direito aposentado. Autor de três livros: “Código de Trân-  
sito Brasileiro Explicado”; “Processo Romano – Um Traço Ins-  
trumento da Eficácia Jurisdicional”; “Reforma do Poder Judiciá-  
rio (Sem o Controle Externo ‘Híbrido’)”. Traduziu ainda o livro  
“História da Filosofia do Direito”, de Giorgio Del Vecchio ..... 73

v

## **JOSÉ EDUARDO JUNQUEIRA GONÇALVES**

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Titular da Unidade Jurisdicional do JESP da Comarca de Guaxupé e Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Guaxupé/MG. Membro da Academia Ourofinense de Letras e Artes. Ex-Parecerista e Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Ouro Fino/MG. Coautor da obra “Ramalhete – Poesias Reunidas”. Ex-Professor de ensino fundamental e médio com formação em Teologia pelo Instituto de Formação Cristã..... 1

## **MANOEL DOS REIS MORAIS**

Bacharel em Direito pela UNIUBE e em Filosofia pela FAJE. Especialista em Processo Civil pela FDF. Mestre em Direito pela UFSC. Professor de Lógica Jurídica na FEAD Minas e Juiz de Direito Titular da 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual em Belo Horizonte ..... 83

## **MARCELO CAVALCANTI PIRAGIBE MAGALHÃES**

Juiz Titular da Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias de Juiz de Fora – MG. Mestrando em teoria do Direito e Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC – *Campus* de Juiz de Fora e Coordenador da Escola Nacional da Magistratura .....101

## **ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA**

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor universitário e da Escola Judicial “Desembargador Edésio Fernandes” – TJMG .....119

## **RONAN DE OLIVEIRA ROCHA**

Juiz de Direito Substituto. Bacharel em Direito pela UFMG. Especialista em Ciências Penais pela PUC/MG. Ex-Professor de Direito Penal dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC/MG ..... 139

VI

**THIAGO COLNAGO CABRAL**

Juiz de Direito em Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas .....151

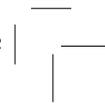
**ESPAÇO ABERTO**

**ABELARDO FLORES**

Juiz do Trabalho aposentado. Advogado militante ..... 177

**CLARISSA BAHIA BARROSO FRANÇA**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).....181



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	XI
ADOÇÃO “ <i>INTUITO PERSONAE</i> ”: EVOLUÇÃO PRINCIPOLÓGICA? <i>Adriano Roberto Vancim/José Eduardo Junqueira Gonçalves</i> .....	1
NOVOS RUMOS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: BREVES NOTAS ACERCA DA PARTE GERAL E DO PROCESSO DE CONHECIMENTO DO NOVO CPC <i>Caetano Levi Lopes</i> .....	17
A DESTINAÇÃO DE ARMAS, MUNIÇÕES E BENS APREENDIDOS <i>Cássio Azevedo Fontenelle</i> .....	29
O ARTIGO 1.700 DO CC/02 <i>David Pinter Cardoso</i> .....	53
O JUIZ APOSENTADO E OS PREDICAMENTOS DA MAGISTRATURA <i>João Baptista da Silva</i> .....	73
“O HOMEM ABANDONADO: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE BIOPOLÍTICA, VIOLÊNCIA E DIREITO” <i>Manoel dos Reis Morais</i> .....	83
	IX

APONTAMENTOS SOBRE A IMPARCIALIDADE NA BUSCA PELA JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: IMPLICAÇÕES FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS E AS DIFICULDADES PRÁTICAS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

*Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães* .....101

A HERMENÊUTICA CONTRATUAL E OS PLANOS DE SAÚDE EMPRESARIAIS

*Rogério Medeiros Garcia de Lima*.....119

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SENTIDO DO VOCÁBULO *CULPABILIDADE* PREVISTO NO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL

*Ronan de Oliveira Rocha* ..... 139

A REESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE: A FUNÇÃO SOCIAL ENQUANTO COMPONENTE DO DOMÍNIO

*Thiago Colnago Cabral* .....151

ESPAÇO ABERTO

ATÉ QUE ENFIM – O DIREITO AO REEMBOLSO DAS DESPESAS COM ADVOGADO

*Abelardo Flores*.....177

A DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM EXAME DA INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.015/09

*Clarissa Bahia Barroso França*.....181

x

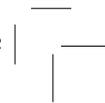
## APRESENTAÇÃO

Chegamos à quinta edição de nossa Revista Amagis Jurídica com o mesmo vigor e qualidade do número inaugural. Uma estante de livros, para além de sua beleza estética, representa o conhecimento produzido pelos que nos precederam e que forma a base cultural balizadora de nossa vivência em sociedade. O trabalho do magistrado, de caráter eminentemente intelectual, utiliza-se, pois, desse arcabouço teórico para aplicar a justiça na prática.

Nosso objetivo, cujo sucesso vem-se comprovando a cada edição, é contribuir com a produção do saber jurídico brasileiro. Destacamos que a Amagis Jurídica, que vem ganhando cada vez mais destaque nas bibliotecas acadêmicas de todo o país, está aberta à colaboração sempre valiosa dos magistrados mineiros. Tenham todos uma excelente leitura!



*Juiz Bruno Terra Dias*  
Presidente da Amagis



# 1

## ADOÇÃO “*INTUITO PERSONAE*”: EVOLUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA?

**Adriano Roberto Vancim**

**José Eduardo Junqueira Gonçalves**

“Há pessoas que lutam um dia e são boas;  
há pessoas que lutam um ano e são melhores;  
há as que lutam muitos anos e são muito boas;  
porém, há as que lutam toda vida – essas são as  
imprescindíveis.”  
(Bertold Brecht)

### 1. INTRODUÇÃO

Como proposto e bem alinhavado, sabe-se que a base de toda a formação pessoal humana está indubitavelmente adstrita à base familiar que o circunda, em intensiva atividade formadora da personalidade do homem, caracterizado como sendo o fundamental agente socializador do ser humano.

Daí a se referir à crucial e extrema importância da família, “base da sociedade” e com “especial proteção do Estado”, como entidade garantista de todos os direitos e deveres fundamentais da pessoa humana, em consectário lógico aos estatuídos fundamentos da “cidadania” e da “dignidade da pessoa humana”.

Em específico aos direitos impingidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, forçoso reconhecer que a ausência ou mesmo “fa-

AMAGIS JURÍDICA – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS | BELO HORIZONTE | ANO III | N. 5 | JAN./JUL. 2011

lência” familiar hoje tão cristalina, torna por inviabilizar a materialização e exercício dos direitos elementares normatizados, sem olvidar ser este o espírito da lei reconhecido e vez por outra injustificadamente atacado pela lembrança do então Código de Menores.

Nesse viés, de rigor a consagração da manutenção da família natural, sendo a colocação em família substituta medida de excepcional aplicação, às vezes perfeita pela guarda ou pela adoção, sempre pendente do exclusivo respeito ao princípio maior do melhor interesse da criança/adolescente.

Em termos práticos, vem a ser a adoção talvez o instituto jurídico de nobre relevo marcado pelo rompimento de preconceitos, a quem se põe a assumir crianças ou adolescentes manchados pelo abandono ou maus-tratos familiar, seja na forma ativa ou mesmo até omissiva, como se dá nas hipóteses de abandono material e intelectual.

Tal como proposto pela professora Tânia da Silva Pereira,

o grande norteador para os intérpretes do novo sistema jurídico, é que a convivência familiar, dentro ou fora do casamento, na família biológica ou substituta, e a vida em comunidade devem ser a prioridade nas políticas públicas e programas governamentais. Se criança e adolescente são, por determinação da Constituição de 88, ‘prioridade absoluta’, caberá à sociedade e à família implantar esta primazia através de medidas sociopolíticas imediatas e concretas, sobrepondo-a a interesses supérfluos e secundários em nosso atual contexto nacional.<sup>1</sup>

Nesse desiderato, trazemos a lume uma nova posição inovadora e talvez até modernista no que pertine aos critérios e requisitos a serem observados quando da colocação do infante ou exposto a família substituta, mormente em se tratando dos institutos da guarda e da adoção, outrora adjetivados pelo peso burocrático normativo.

## 2. BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO

Sabe-se que desde a mais remota antiguidade existe o instituto da adoção, cuja origem teria sido na Índia, que, com suas crenças religio-

<sup>1</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 126.

sas a teria transmitido aos egípcios, persas e hebreus, transmudando, como o passar dos tempos, aos gregos e aos romanos.

Desde os mais remotos tempos, o instituto da adoção foi conhecido e utilizado pelos povos. Tinha como função primordial e específica a perpetuação dos deuses e do culto familiar. Assim, àqueles que a natureza não tivesse dado filhos, o Código de Manu autorizava a adoção de apenas uma criança ou adolescente, com o intuito de não cessar as cerimônias fúnebres. Dessa maneira, o culto aos deuses familiares continuaria a ser perpetuado.

Pelo Código de Hamurabi, a adoção era reconhecida por Mârutu, identificada como “adoção como instituição de herdeiros”, “adoção sem instituição de herdeiros” e “adoção provisória”, resumindo-se, pois, na obrigação de educar o adotando, permitindo seu retorno para casa paterna se não fosse dada a educação prometida.

Nas Ordenações era prevista a adoção, que recebia o nome de Perfilhamento, cujo objetivo era de tomar como herdeiros, na sucessão, os filhos tidos como adúlteros. Com a Independência, as Ordenações começam, entre nós, a perder sua validade, em que pese o atual reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial n. 36.911-8 quanto à vigência de alguns artigos específicos. Não obstante, a revogação parcial ocorreu no ano de 1916, com o surgimento do Código Civil, cujo modelo era o do Direito Romano.

Exigia-se que a adoção somente poderia ser exercida por aqueles que possuíam prole legítima ou legitimada, sendo que, com a entrada em vigor da Lei n. 3.133/57 esse dispositivo foi eliminado.

A Lei n. 4.655/65 pretendeu integrar o adotado na família que o recebia, mas, mesmo assim, existiam várias restrições ao instituto da adoção. Com a entrada em vigor da Lei n. 6.697/79, a expressão legitimação adotiva foi substituída por adoção, com as modalidades “simples” e “plena”. A primeira era regida pelo Código Civil de 1916 e Lei n. 3.133/57, enquanto a segunda era regulada pela Lei n. 8.069/90 (ECA), arts. 39 a 52.

Nestes termos, conceitua-se a “adoção simples” com uma instituição legal que estabelecia, entre duas pessoas, relações civis de paternidade e filiação. Já a “adoção plena”, referia-se ao instituto legal pelo qual o adotado adquiria, para todos os efeitos, a condição de filho

legítimo, desligando-se de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo as hipóteses de impedimentos matrimoniais.

Com a entrada do atual Código Civil, não há mais as figuras da adoção simples e da adoção plena, deixando de existir, passando a adoção a ser irrestrita, trazendo consigo importantes reflexos nos direitos da personalidade e nos direitos sucessórios, mesmo até pelo “*status* constitucional” que a reveste.

### 3. LEGISLAÇÃO COMPARADA

Com efeito, dois são os posicionamentos a respeito do instituto da adoção na legislação comparada: de um lado a larga influência do instituto alemão, francês e italiano; do outro, podemos citar alguns institutos adotados em Israel, Luxemburgo e Portugal, que seguem modelo distinto do nosso.

Assim, na Alemanha, menciona-se que o adotante deve ser capaz, ter no mínimo 25 anos de idade e não ter filhos legítimos. Além, são adotados somente os menores de 18 anos, sendo necessário o consentimento dos pais. O contrato de adoção é feito com duas testemunhas perante o tabelião, na presença do adotante. Caso o adotado tenha até 14 anos, exige-se também a presença de seu representante legal, de modo que, se tiver idade superior a 14 anos, é dispensada a presença de seu representante. Ainda, a adoção somente entra em vigor após a devida homologação judicial, existindo o impedimento para o casamento entre adotante e adotado, sob pena de imediata revogação.

Na França, o Código Napoleônico foi o que mais detalhou o instituto da adoção, equiparando o filho adotado ao legitimado, incluindo também os menores abandonados, objetivando proporcionar amparo às vítimas de guerra. Outras leis surgiram, merecendo destaque a lei de 23 de dezembro de 1958, que estabelecia que o adotante deveria ter 35 anos para o casal que não tivesse filhos, devendo ser casados há mais de 8 anos e com a diferença de 15 anos do adotado.

Na Itália, duas são as espécies de adoção: ordinária (simples) e a especial (plena). Assim, na modalidade de adoção simples o adotante tem que ter mais de 35 anos de idade e ser 18 anos mais velho que o adotado, dependendo do consentimento do cônjuge se fosse casado. Qualquer pessoa pode ser adotada, de sorte que, o adotado permanece

com direitos na família de origem. A adoção simples é para os menores de 8 anos, que não tem assistência moral e material por parte dos pais ou parentes, sendo, desse modo, adoção revogável por iniciativa de uma das partes ou pelo Ministério Público. Já na adoção plena, além dos requisitos da adoção simples, o adotante deve ter mais de 3 anos de casamento e diferença de mais de 18 anos do que o adotado, sendo exigido que o adotante deva ter a idade máxima de 40 anos. Aqui a adoção é irrevogável.

Em Israel, o uníssono objetivo da adoção era dar às crianças órfãs um ambiente familiar. As condições gerais para adoção basicamente cingiam-se ao fato de que era exigida a mesma religião do adotante, pouco importando a nacionalidade. O adotante só podia adotar se, anteriormente, existisse um período de experiência do adotado na residência do adotante, sendo este período não inferior a 6 meses, cujo período de adaptação era acompanhado por um funcionário do Tribunal. Admitia-se a possibilidade de revogação, porém, a lei não dizia em seu bojo quais são as causas desta. O procedimento a ser seguido é sempre o judicial, perante o Tribunal de Justiça ou perante o Tribunal Religioso.

A seu turno, observa-se que, em Luxemburgo, a adoção somente é concebida desde que haja manifesta vantagem para o adotado, sendo, assim, permitida mais de uma adoção. O adotado permanece em família natural, mas ajunta o novo nome. Tem direito à herança, cabendo mencionar que a mudança de lar apenas ocorre em caso de órfão, menor de 5 anos ou abandonado pelos pais. Para haver a revogação devem ser comprovados motivos graves, podendo, assim, ser requerida pelo adotante, adotado ou Ministério Público.

Em Portugal, admitem-se também duas formas de adoção: a plena e a semiplena. Na adoção plena, o adotando deve ser filho ilegítimo ou de pais desconhecidos e que esteja com o adotante antes de completar a idade de 14 anos, irrevogável, sendo a única legislação que se utiliza do instituto para reconhecer filhos ilegítimos. Na adoção semiplena, o adotante deve ter mais de 25 anos e, se casado, exige-se o consentimento do outro cônjuge. Nesta hipótese, confere-se o poder familiar, mas não há direito de herança, exceto se o adotante não possuir herdeiro. É revogável.

#### 4. A ADOÇÃO E SEUS REQUISITOS NO ECA

Detidamente delimitado pelos arts. 39 a 52 do ECA, com nova redação em alguns dispositivos legais determinada pela Lei n. 12.010/2009, registre-se que o ECA apenas trata da adoção de crianças e adolescentes até 18 anos de idade, que será processada perante a Vara da Infância e Juventude correspondente, regendo tais casos na hipótese de adotando maior, a lei adjetiva civil.

Basicamente são os seguintes os requisitos exigíveis à sua concessão: a) o adotando deve contar com no máximo 18 anos de idade à data do pedido de adoção, não sendo aplicável o disposto se ele já estiver sob guarda ou tutela dos adotantes (art. 40); b) o adotante tem que ser maior de 18 anos de idade para adotar, independentemente de seu estado civil, tendo sido alterado tal disposto diante da redação determinada pela Lei n. 12.010/2009 (art. 42). Pela redação primitiva, correspondente idade era considerada a de 21 anos; c) o adotante tem que ser, pelo menos, 16 anos mais velho que o adotando (art. 42, § 3º); d) a adoção somente será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando, além da necessidade de fundar-se em motivos legítimos (art. 43), ou seja, deve ser levado em conta para sua concessão, embora não exclusivamente, o interesse do adotando; e) a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando (art. 45), com os seguintes caracteres: e.1) o consentimento dos pais é necessário enquanto detentores do poder familiar; e.2) será dispensado o consentimento cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (§ 1º); e.3) sendo o adotando maior de 12 anos de idade, necessário se faz o seu consentimento (§ 2º). Observe-se, entretanto, haver entendimento no sentido de que o juiz pode contrariar a vontade do adotando, quando presentes os requisitos de “reais vantagens ao adotando e legítimo interesse”, insertos no art. 43; f) a adoção será precedida de estágio de convivência, em regra, pelo prazo que o juiz fixar (art. 46), sendo verificado na prática forense o prazo razoável de 1 ano. Configura sua dispensa nas seguintes hipóteses e com as seguintes observações: f.1) pela nova redação, dispõe o § 1º do art. 46 que o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da

constituição do vínculo. Ademais, veja-se que pelo § 2º que a simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. Ressalte-se também que, pelo § 3º, em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Cumpre assinalar, em termos práticos, o teor disposto no § 4º, por meio do qual o estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. A redação primitiva assinalava as seguintes hipóteses de dispensa: se o adotando não contar com mais de 1 ano de idade e, independentemente da idade do adotando, se já estiver em companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da instituição do vínculo; g) a adoção é irrevogável, vale dizer, uma vez observados seus requisitos legais e definitivamente concedida, torna-se irreversível. Por mais, pelo § 1º do art. 39, “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei” (§ 1º, acrescido pela Lei n. 12.010/2009); h) eventual morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais (art. 49); i) não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando (art. 42, § 1º); j) a adoção por ambos os cônjuges ou conviventes, agora denominada de “adoção conjunta”, será deferida desde que um deles preencha os requisitos legais autorizadores da medida, bem assim desde que sejam casados civilmente ou mantenham relação estável, comprovada a estabilidade da família (art. 42, § 2º); l) § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. § 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda

compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil (Lei n. 12.010/2009). Pela primitiva redação, apenas os divorciados e separados judicialmente poderiam adotar desde que o estágio de convivência tivesse sido estabelecido na constância da sociedade conjugal e houvesse acordo quanto ao regime de guarda e visitas, sempre favorável ao adotando; m) pelo § 6º do art. 42, a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. O § 7º do art. 47, a adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. É denominado o fenômeno de “adoção póstuma” ou “adoção *post mortem*”.

#### 4.1 Adoção para os maiores de 18 anos de idade

Em breves palavras, importa registrar que o Código Civil Brasileiro não exclui esta possibilidade, apenas afasta a realização deste ato por meio de escritura pública, sufragando-o pela sentença judicial constitutiva que será posteriormente averbada perante o Cartório de Registro Civil.

O tema, que já foi bastante debatido por diversos doutrinadores e especialmente por nossos Tribunais de Justiça, recebeu abordagem essencial por parte do Superior Tribunal de Justiça por intermédio do voto do Ministro relator, Luis Felipe Salomão, que assim considerou:

O novo Código Civil modificou sensivelmente o regime de adoção para maiores de 18 anos. Antes, poderia ser realizada conforme vontade das partes, por meio de escritura pública. Hoje, contudo, dada a importância da matéria e as consequências decorrentes da adoção, não apenas para o adotante e adotado, mas também para terceiros, faz-se necessário o controle jurisdicional que se dá pelo preenchimento de diversos requisitos, verificados em processo judicial próprio.

Com isto, ficou suprimida a adoção que primava em considerar a vontade dos interessados, passando a exigir que os benefícios da adoção para todos os envolvidos fossem aquilatados pelos Juízes das Varas de Família sempre que o adotando fosse maior de 18 anos de idade.

## 4.2 Adoção à Brasileira

Assim nominada pelos juristas, é compreendida como sendo a adoção praticada sem a devida observância dos requisitos legais autorizadores à sua concessão, ou seja, trata em ser o que a doutrina também denomina de “adoção informal”, pautada, sobretudo, na vontade dos interessados em terem para si a criança ou o adolescente, muitas vezes advinda de laço sentimental e afetivo, tendentes à inserção de novo vínculo familiar.

Como assinalado, são os casos em que os interessados em adotar uma criança não usam o procedimento legal, mas, sim, um sistema de adoção sem apoio na lei, adoção feita, apenas, de acordo com a vontade do interessado. A adoção à brasileira se concretiza quando a pessoa interessada ou o casal interessado registram filho(s) de outrem como se fosse seu próprio filho.

Em casos tais, a instabilidade jurídica e a própria insegurança pessoal caracterizam a precariedade do instituto, do qual foi firmado sem o atendimento ao procedimento legal específico, do qual poderá emergir consequências civis (anulação do registro e perda da criança), bem como consequências de natureza penal (art. 242 do CP).

Não é o caso, pois, da adoção “*intuitu personae*”, já que escorada esta modalidade de adoção em normatização jurídica revestida pelo melhor interesse da criança, do qual inexistente qualquer possibilidade de afastamento dos procedimentos seguintes trazidos pelo ECA.

## 5. ADOÇÃO PERSONALÍSSIMA CONFORME POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL ADOTADA PELO STJ

Entre os requisitos exigidos e a serem observados, o art. 50 do ECA prescreve a necessidade de cadastro em registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, tratando-se, pois, da lista de adoção, como forma de se evitar o famigerado ilegal “comércio de crianças”.

Ressalte-se que o próprio § 13 do mesmo art. 50 traz as exceções em que não se resulta necessária a observância ao cadastro de adoção:

a) quando se tratar de pedido de adoção unilateral; b) quando o pedido for formulado por parente com o qual a criança ou o adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade e, c) quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou a guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 do ECA.

Entretantes, em exceção à epigrafada exceção normativa, o eg. Superior Tribunal de Justiça se posicionou quanto à admissibilidade de nova hipótese de relativização da lista de adoção quando os pais biológicos escolherem a família que adotará seu filho, desde que não se trate de comércio de criança demonstrada por prova efetiva.

Eis a inovadora ementa:

RECURSO ESPECIAL – AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR – VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS – PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA – TRÁFICO DE CRIANÇA – NÃO VERIFICAÇÃO – FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I – A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II – É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n.1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma

decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III – Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade; IV – Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V – O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI – Recurso Especial provido. (REsp 1172067/MG, Rel. MIN. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, *DJe* 14/04/2010)”.

## 6. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

A par do exposto, conforme assinalado no v. aresto, sobressalta o princípio maior regente do melhor interesse do menor em combinação com a doutrina jurídica da proteção integral, por meio do qual o peso formal exigido durante todo procedimento adotivo deve ceder espaço ao primordial e inafastável interesse do menor, sem o que, não encontraria o processo seu viés objetivo.

Nessa linha, veja-se que mencionado princípio, inicialmente previsto pelo art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 89),<sup>2</sup> está em plena consonância com os fins jurídi-

<sup>2</sup> Assim prescreve: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

co-legais estatuídos pelo ECA, razão pela qual merece saudação o novel posicionamento jurisprudencial, com redobrada vênia àqueles que perseguem posição contrária.

Nesse jaez, a abalizada doutrina do mestre e culto Promotor de Justiça Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, com traço marcante de sua peculiar sensibilidade:

a recente decisão do STJ, no REsp 1172.067-MG, modificando o entendimento do TJ/MG, é prova de que a lista de adoção pode ser relativizada, fora dos casos previstos na Lei n. 12.010/2009, por força do princípio do melhor interesse do menor, ou seja, entre a prevalência do cadastro de adotantes e a adoção em razão das pessoas escolhidas pelos pais biológicos (*intuitu personae*), prevalecerá sempre o que for melhor para o interesse da criança e do adolescente, cujo comando maior será a relação de afetividade, ou seja, em outras palavras, o amor é capaz de relativizar a lista de espera de adoção (a força do amor).<sup>3</sup>

#### Em termos conclusivos

cremos que o juiz da infância e juventude pode sufragar o art. 50 quando este se mostra divorciado da realidade, atendendo assim aos reais interesses da criança e do adolescente, levando em conta a interpretação do art. 6º, inclusive permitindo a adoção *intuitu personae*, quando esta se mostrar de boa-fé, ou seja, não houver comércio de crianças, registrando que a má-fé não pode ser presumida, e sim efetivamente comprovada.<sup>4</sup>

Não se olvide a incessante busca pela consagração dos princípios regentes pelo ECA, bem como dos cogentes direitos fundamentais estatuídos, sempre voltados à primordial consecução e defesa dos direitos da criança proscritos em lei, principalmente o melhor interesse do menor.

Consoante advertência poética de Clóvis Beviláqua, em distinta citação que faz o saudoso professor Antônio Chaves, em nome da consequência humana liberta dos preconceitos que a ensombraram por tantos séculos; em nome da justiça de que andamos sedentos e

<sup>3</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 154.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 166.

que constitui o alvo da nossa cultura moral; em nome da caridade que aproxima os homens pelo mesmo elo de amor, o amor dos que sofrem e o amor dos que compadecem, eu pergunto se este ódio cruel aos espúrios, aos infelizes mas inocentes, vale por um pesado monólito atirado para esmagar um instituto ainda vivaz em tantas legislações, ou por uma condenação sem recurso, proferida contra a aspiração nobre dos que, privados dos filhos, querem tê-los, e dos que, providos à condição de filhos, não querem volver ao desamparo de onde os retiram?<sup>5</sup>

Decorre daí, pois, a intensa e premente observância ao primado do melhor interesse da criança.

## 7. ASPECTO PRÁTICO E CRISTÃO DA ADOÇÃO

Jesus, o menino que foi recebido nos braços pela virgem, encontrou em seu novo lar o carinho e os cuidados necessários para crescer e se tornar o Salvador da humanidade. Sem o acolhimento de Maria e José, o Verbo que habitou entre nós, talvez não tivesse passado ileso por resfriados, febres, e outras enfermidades próprias daquela tenra idade diante da natureza humana da qual estava revestido. Afinal, tudo isto foi preciso para que seu sangue pudesse redimir os pecados do mundo. Quando o anjo Gabriel anunciou a chegada de Cristo estava também declarando a vontade do Pai, que havia escolhido aqui na terra aquela Sagrada Família. Talvez o primeiro relato histórico documentado, mas sem dúvida, a mais célebre adoção “*intuitu personae*” de todos os tempos.

Durante os dois últimos milênios, ninguém questionou esta manifestação paterna, portanto, inconscientemente, milhares de autores comentaram este fato sem atentar para o aspecto daquela adoção. Por que então existe uma dificuldade de alguns operadores do direito em aceitar esta modalidade de inserção familiar? O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que deve ser levado em conta o interesse do adotando e também não afasta o consentimento dos pais

<sup>5</sup> CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 20.

biológicos. O que precisa ficar claro é que não se trata de forma espúria de adoção, tampouco magistrados e promotores de justiça seriam coniventes com o abominável “comércio de crianças”.

A exceção existe até mesmo para legitimar a regra e para isto, felizmente, nossos tribunais de Justiça têm dado passos significativos na direção de agasalhar esta possibilidade a partir da guarda provisória e definitiva.

Sobre este ponto, fazemos referência à fundamentação trazida pelo voto do eminente Desembargador Antônio Sérvulo, que no agravo regimental cível (100009509156-7/001), interposto em face de mandado de segurança (1000009509156-7/000), assim ponderou:

Malgrado o rito da adoção exija rigor no cumprimento da ordem de preferência da adoção, tem-se no presente caso que a família originária não possui condições de cuidar de forma adequada de seu filho, conforme estudo social realizado, mostrando-se adequada a transferência de sua guarda, de maneira provisória. (...) Não se trata, portanto, de privilégio na adoção, mas de preservação da integridade do menor, em obediência ao fim maior buscado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que se sobrepõe a qualquer barreira burocrática ou procedimental.

O processo de adoção é muito maior do que listas ou pessoas e seus pontos de vista, é um ato de amor e dedicação que requer identificação técnica e ao mesmo tempo espiritual das autoridades envolvidas. Não se deve simplesmente ignorar o desejo dos pais biológicos de que seu filho seja amparado por certa família, assim como não se pode deixar um recém-nascido aos cuidados divididos de uma instituição enquanto, enfermo, aguarda alheio pelos trâmites processuais. Nesta hora, não seria nenhum absurdo admitir que o bebê fosse exclusiva e pessoalmente tratado por um casal capaz de transmitir, em tempo integral, amor genuíno, dedicação, desejo e compromisso.

Assim como Cristo é o único caminho a ser seguido, podemos também confiar neste exemplo deixado por sua passagem entre nós, que muito revela sobre a importância de fazer prevalecer a vontade do Pai.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como assinalado por Oswaldo Leite de Moraes, em anos pretéritos, “a finalidade mais importante da adoção em nossos dias é a proteção dos menores”, assertiva pela qual toda a atividade jurisdicional deve se voltar e se despende para a consecução da garantia e preservação dos direitos da criança e do adolescente.

A firme posição adotada pelo eg. STJ vem ao encontro dos ditames esculpido em favor do melhor interesse da criança, do qual no cotidiano prático e funcional não se pode olvidar questão de maior relevo, mormente ante a interpretação teleológica e adaptativa impingidas.

A adoção, nesse sentido, como colocação do menor em família substituta, ainda mais pela disposta relativização da lista de cadastros, de modo algum pode ser levada a condição de privilégio ou algo semelhante, mas, sim, de preservação da integridade do menor, em obediência ao fim maior buscado pelo consagrado Estatuto da Criança e do Adolescente, que se sobrepõe a qualquer barreira jurídica procedimental.

Nesse mister, com redobrada vênua, apenas como fator de evolução principiológica (melhor interesse) e do próprio estudo da adoção, inclusive ante a legislação comparada em que se arrimou, é que se pode inferir possível aceitação dos operadores e aplicadores do Direito da adoção “*intuitu personae*”, nos moldes em que traduzido.

Certamente, ao menos vem caminhando e sinalizando o Direito para tal aceitação, mesmo como forma de ampliação desta nova “era jurídica” denominada “pós-positivista”, em que o legalismo se estrita em princípios informadores e conformadores da ciência jurídica, de maneira a permitir a efetiva e esperada prestação da tutela jurisdicional.

Pautamos, assim, de modo singelo e sem esgotar o assunto aqui tratado, em apenas despertar maior estudo e debate sobre os fins perquiridos pela adoção, principalmente a que ponto se admite a discricionariedade dos pais biológicos em optar por escolher a família substituta a que se rogará seu filho, sob o primado do melhor interesse da criança ou do adolescente.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Da adoção*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STJ – REsp 1172067/MG, Rel. MIN. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2.

# 2

## NOVOS RUMOS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: BREVES NOTAS ACERCA DA PARTE GERAL E DO PROCESSO DE CONHECIMENTO DO NOVO CPC

Caetano Levi Lopes

1. É fora de dúvida que existe crise profunda no processo civil pátrio. Temos um Código de Processo Civil voltado para a solução de conflitos individuais, com notável estrutura científica, mas, na prática, nos últimos tempos, pouco ou nada eficiente. Ademais, a partir dos anos 1990 foi desfigurado por inúmeras reformas, pouco restando de seu conteúdo original no que respeita aos processos de conhecimento e de execução.

Temos insistido em várias oportunidades que um código, seja qual for o ramo do direito que regule, deve ter uma ideologia. Não importa se boa ou não. É o ponto de partida para firmar a nacionalidade, para criar direito próprio atento às peculiaridades e sem desprezar a experiência multissecular<sup>1</sup> do sistema jurídico respectivo.

É de geral sabinça que o Brasil integra o sistema jurídico romano germânico. Daí, os 25 séculos de história do direito ocidental, que é nossa herança maior.

<sup>1</sup> PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I, p. XVIII: “No processo, como em tudo mais, nós somos resultado dos vinte e cinco séculos ocidentais. Não podemos ver outra coisa; nem nos podemos furtar ao curso da História”.

O Código de Processo Civil de 1939<sup>2</sup> veio atender o comando da Constituição de 1934, por sinal revogada em 1937, e que determinava a unificação do direito processual civil, esparso nas várias leis estaduais, como autorizado pela Constituição de 1891, em uma lei nacional. Esta, editada pela União Federal, passaria a reger o processo civil em todo o território brasileiro. A inspiração filosófica, portanto, ideológica, em nossa visão, era positivista, na medida em que seguia os passos do então Código Civil de 1916. A ideologia do CPC de 1939 era, ao mesmo tempo, unificadora do direito processual civil e francamente positivista.

Em 1973, surge o atual Código de Processo Civil, com a pretensão de modernizar nosso direito processual, teve preocupação com a celeridade e a justiça, conforme se vê na Exposição de Motivos, firmada pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Buzai.<sup>3</sup> Ideologia louvável no plano teórico.

Todavia, é fácil constatar que a primeira preocupação está, lamentavelmente, longe de ser atendida, apesar de ter sido institucionalizado, pela Emenda Constitucional n. 45, o princípio da celeridade. E a falência da primeira tem levado à frustração da segunda. É antiga a máxima: justiça tardia torna-se injustiça.

As reformas sucessivas desfiguraram o atual Código de Processo Civil.<sup>4</sup> Ele carece de ideologia clara. E o Brasil, após 1988, mudou

<sup>2</sup> A inspiração, entretanto, reside no Code de Procedure Civile dos franceses, elaborado em 1806, o que, de resto, ocorreu também nos vários países europeus que trilharam pelo caminho da codificação. É o que informa Chiovenda, após exaustiva análise histórica do processo civil desde os tempos de Roma (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de processo civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, p. 180. No mesmo sentido: GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003, v. I, p. 44.

<sup>3</sup> As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça.

<sup>4</sup> A perda de sistematização e, por via de consequência, de ideologia, é expressamente reconhecida pela Comissão de Juristas, constituída pelo Ato n. 379, de 2009, do Senado Federal, para elaborar o anteprojeto de Código de Processo Civil. Da Exposição de Motivos que a Comissão elaborou, firmada pelo seu Presidente, Ministro Luiz Fux, extrai-se: “Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia

muito em sua cultura jurídica. O cidadão brasileiro descobriu que tem muitos direitos materiais, volumosamente desrespeitados, principalmente pelo próprio Estado. Descobriu, também, que o Poder Judiciário, apesar de todas as críticas justas e injustas, é a última trincheira para defesa deles. A tutela jurisdicional individual, com feições artesanais, já não atende as justas aspirações do jurisdicionado. Daí, uma reformulação profunda da legislação processual.

Nesta encruzilhada, ressurgem antigas dúvidas: rever o Código atual ou elaborar outro? A Exposição de Motivos ao atual CPC é aberta, sem circunlóquios, com a pergunta inspirada em Giuseppe Chiovenda e que já se tornou clássica.<sup>5</sup>

A perplexidade do legislador atual é inquestionável.

O Senador José Sarney, ao patrocinar o anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal, encaminhou-o à referida Casa legislativa e foi convertido no Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010. E foi ementado: “Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil”.

---

de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. (...) O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluir, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática”.

O autor deste artigo esclarece que, em conversa com o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em certa oportunidade, questionou o motivo de não se fazer uma reforma ampla em apenas um projeto de lei. O ilustre jurista mineiro respondeu que seria muito difícil e demorada a tramitação legislativa global e citou como exemplo o então projeto de Código Civil. Como se sabe, o referido projeto tramitou durante 26 anos. Era a realidade dos anos noventa a que se refere a Exposição de Motivos.

<sup>5</sup> “Revisão ou código novo? As palavras do insigne mestre italiano, que servem de epígrafe a esta Exposição de Motivos, constituem grave advertência ao legislador que aspira a reformar o Código de Processo Civil. Foi sob a inspiração e também sob o temor desse conselho que empreendemos a tarefa de redigir o projeto, a fim de pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais.”

Aprovado o projeto no Senado Federal em brevíssimo período de tempo, considerada a magnitude e importância da matéria (foi apresentado em 8.6.2010 e aprovado pelo Plenário em 15.12.2010), foi encaminhado à Câmara dos Deputados e recebeu o n. 8.046, de 2010. Agora, é ementado como sendo apenas Código de Processo Civil.

Há que se abrir breves parênteses para ser esclarecido que, apesar da tramitação rápida, sem permitir maior amadurecimento das importantíssimas inovações, o texto sofreu alterações, quer por emendas supressivas, quer por emendas substitutivas, conforme anotou o reconhecido processualista Ministro aposentado Athos de Gusmão Carneiro, em artigo doutrinário publicado na *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 37 (julho e agosto de 2010).<sup>6</sup>

Portanto, ao aportar o projeto na Câmara dos Deputados, a perplexidade foi rompida. Optou-se por um novo (o terceiro) Código de Processo Civil pouco mais de sete décadas.

2. Feitas estas breves notas introdutórias, urge apontar a estrutura proposta pela Comissão de Juristas e aprovada no Senado Federal.

Por enquanto, o projeto conta com 1.007 artigos, distribuídos em cinco Livros.

Talvez por inspiração do BGB, o Código Civil alemão, o Livro I é ementado como Parte Geral.

Desde há muito, a doutrina reclamava uma parte geral. Vários processualistas afirmam que o Livro I do atual CPC, dedicado ao processo de conhecimento, em verdade tem natureza de parte geral porque suas normas são aplicadas, em caráter supletivo, às demais espécies de processo. O atendimento da reivindicação é salutar.

O Livro I do projeto (arts. 1º a 291) contém onze títulos (foi duplicada a numeração quanto ao título X, vale dizer, existem dois títulos numerados como sendo o nono) e, conforme anotado, disciplina as normas gerais do processo civil pátrio.

O Livro II (arts. 292 a 729), com três títulos, disciplina o processo de conhecimento.

<sup>6</sup> O título do artigo é: Primeiras observações ao projeto de novo Código de Processo Civil – PL 166/2010 – Senado.

O Livro III (arts. 730 a 881), com três títulos, é dedicado ao processo de execução.

O Livro IV (arts. 882 a 998), abrangendo apenas dois títulos, regula o processo nos tribunais.

Finalmente, o Livro V, sem fracionamento, contém as disposições gerais e transitórias nos artigos 999 a 1.007.

3. Após a análise estrutural, de caráter meramente formal, cumpre registrar as alterações no processo de conhecimento e no cumprimento de sentença que, em nossa visão, revestem-se de maior importância.

3.1. O Livro I tem início com uma proclamação sobre os princípios e garantias fundamentais do jurisdicionado:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Esta proclamação altissonante é secundada pelo art. 6º:

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Os princípios da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e da celeridade não foram esquecidos. Entretanto, foram mantidos privilégios para o Estado e que, sem sombra de dúvida, não só atentam contra o princípio da isonomia como abarrotam as repartições judiciais. Enfim, o Estado, um dos maiores clientes do Poder Judiciário, que deveria ser fonte de bom exemplo para o cidadão comum, continuará a gozar, injustificadamente, de várias benesses, inclusive quanto à dobra de prazos de forma direta (art. 106) ou indireta (art. 158 para o Ministério Público e art. 161 para a Defensoria Pública) e reexame necessário (art. 483), embora aumentadas as hipóteses excepcionais, seja pela elevação do valor de alçada (§ 2º),<sup>7</sup> seja por

<sup>7</sup> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a:

novas situações (§ 3º).<sup>8</sup> Portanto, o projeto, nesse particular, nega o princípio que apregoa.

O projeto consagra a cooperação internacional, mediante tratado ou, na sua ausência, reciprocidade estabelecida pela via diplomática (art. 25).

No plano interno, importante inovação é a cooperação nacional que deve ser ampla em todas as instâncias:

Art. 67. Ao Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, de primeiro ou segundo grau, assim como a todos os tribunais superiores, por meio de seus magistrados e servidores, cabe o dever de recíproca cooperação, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade.

#### Ainda ensaia um início de informalidade

Art. 69. Os pedidos de cooperação jurisdicional devem ser prontamente atendidos, prescindem de forma específica e podem ser executados como:

- I – auxílio direto;
- II – reunião ou apensamento de processo;
- III – prestação de informações;
- IV – atos concertados entre os juízes cooperantes.

São mantidas as cartas precatória e de ordem e criada a carta arbitral (§ 1º). Os requisitos da derradeira carta estão relacionados no § 2º.

I – mil salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e respectivas autarquias e fundações de direito público;

III – cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

<sup>8</sup> § 3º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Está sendo instituído o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, sem dúvida para tornar funcional, no processo, o instituto positivado no Código Civil de 2002. Os arts. 77 a 79 disciplinam o incidente, inclusive ao dispor que é julgado mediante decisão interlocutória a ser hostilizada em agravo de instrumento.

A litigância de má-fé terá a sanção ampliada. Além da indenização dos danos que o *improbis litigator* tiver causado, ainda estará sujeito ao pagamento de multa mínima de 2% e no máximo de 10%, sobre o valor da causa atualizado.

A gratuidade de justiça passa a integrar o Código, permitido ao juiz, de ofício, determinar a comprovação de hipossuficiência financeira (art. 99). Entretanto, elenca, na condição de beneficiárias, somente as pessoas natural e jurídica, brasileira ou estrangeira. Deixou de contemplar os entes despersonalizados, que estão consagrados na Lei n. 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e na Lei n. 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), alguns admitidos no art. 75 do projeto.

O Ministério Público passa a ser o defensor da ordem jurídica, o que é bem mais amplo do que fiscal da lei. Entretanto, só terá legitimidade ativa extraordinária nas hipóteses constitucionais (art. 155), o que é um retrocesso. Na atualidade, ele tem a referida legitimação deferida em várias normas infraconstitucionais, como, por exemplo, no Código Civil de 2002, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, etc.

Sua intervenção *custos legis* é mantida, mas o inciso I do art. 156 prevê a atuação “...nas causas que envolvam interesse público ou social...” e não delimita o que seja o interesse social. Já podemos prever várias décadas de discussões acerca do exato conceito do referido instituto, o que poderia ser evitado em simples parágrafo.

A Defensoria Pública é contemplada para exercer orientação jurídica, promover os direitos humanos e a defesa de direitos individuais e coletivos, em todas as instâncias, em favor dos hipossuficientes financeiros.

Ao disciplinar os atos processuais, passa a ser norma legal expressa a sua prática, na totalidade ou em parte, por meio eletrônico, inclusive a assinatura do juiz (art. 163 e parágrafos e art. 172, § 2º), mantido o princípio *pas des nullités sans grief* (art. 252).

A novidade é a contagem do prazo em dias úteis (art. 186) bem como a prática de atos processuais “...por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real...” (art. 205, parágrafo único).

Desaparece o processo cautelar e, para substituí-lo, bem como a antecipação de tutela, surgem a tutela de urgência e a tutela de evidência (Título IX).

A tutela de urgência tanto poderá ser cautelar, isto é, provisória, quanto satisfativa (art. 276) e a lei poderá autorizar ao juiz concedê-la *ex officio* (art. 277).

A tutela de evidência é um instituto interessante, misto das atuais antecipação de tutela e medida cautelar. Será deferida nas hipóteses elencadas no art. 278:

Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

- I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;
- II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles, mostrar-se incontroversos, caso em que a solução será definitiva;
- III – a inicial, instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não aponha prova inequívoca; ou
- IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

3.2. O Livro II disciplina o processo de conhecimento e o cumprimento de sentença.

A nota inicial é a supressão do procedimento sumário. A experiência de várias décadas de vigência do atual CPC demonstrou sua inutilidade.

A intervenção de terceiros fica simplificada. Somente passam a ser admitidos os institutos da assistência, denúncia em garantia (em substituição à atual denúncia da lide), chamamento ao processo e *amicus curiae*. O derradeiro instituto, criado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, passa a ser positivado no art.

322, permitido em todas as instâncias, mas veda a interposição de recursos.<sup>9</sup>

No capítulo das provas, a distribuição dos ônus respectivos, em regra, não são alterados. Todavia, a possibilidade da inversão, hoje praticamente circunscrita às demandas que envolvem relação de consumo, passa a ser generalizada, todavia, com expressa determinação para que o contraditório seja observado (art. 358).<sup>10</sup>

A produção antecipada de prova, extinto o processo cautelar, é permitida a ser incidente na atividade instrutória (arts. 367 a 369), o mesmo ocorrendo com a exibição de documento ou coisa (arts. 382 a 390).

Continua a dualidade, em relação à sentença: terminativa e definitiva. As hipóteses são praticamente as mesmas. Apenas o prazo para a parte contumaz foi dilatado para cinco dias, o que é estranho quando se procura maior celeridade.

No plano de validade da sentença, os requisitos essenciais continuam os mesmos (art. 476), mas o defeito de fundamentação passou a ser delimitado.<sup>11</sup>

O título reservado ao cumprimento de sentença contém inovações interessantes. Destaco uma, relativa à obrigação de prestar alimentos.

<sup>9</sup> Art. 332. O juiz ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa em alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.

<sup>10</sup> Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

<sup>11</sup> Art. 476.

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, informar a conclusão adotada pelo julgador.

O CPC atual disciplina a execução de alimentos no Livro II, Processo de Execução. E estabelece dois procedimentos: o primeiro quando é possível prisão civil e, o segundo, a execução de dívida antiga. A jurisprudência está pacificada, inclusive em súmula do Superior Tribunal de Justiça,<sup>12</sup> que o primeiro é adotado para executar dívida relativa às derradeiras três prestações anteriores à propositura da execução e parcelas vincendas. Logo, o segundo fica reservado para dívida de período anterior não abrangido. O projeto mantém a dualidade de procedimento no caso de título executivo judicial (arts. 514 a 518) e cria outro para título executivo extrajudicial (arts. 867 a 869). Há que se ressaltar que deixa de assimilar o entendimento jurisprudencial limitador de três prestações anteriores ao início da execução.

3.3. O sistema recursal passa a ser tratado no Livro IV, dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais.

Sem dúvida, é a parte mais tímida do projeto.

É sabido e ressabido que uma das causas fundamentais da lentidão do Judiciário reside no excesso de recursos. Embora o vetusto e inútil recurso de embargos infringentes desapareça, também é abolido o agravo retido. E cria o agravo de admissão para os casos em que não foram admitidos os recursos extraordinário e especial.

É inquestionável que os tribunais de segundo grau, já abarrotados, nada mais farão do que julgar agravos de instrumento até mesmo pela utilização exacerbada e nem sempre abusiva do referido recurso. E não podemos olvidar que o prazo para interposição foi dilatado para quinze dias, agora úteis (art. 948, § 1º).<sup>13</sup>

Assim, pode-se afirmar com razoável certeza que será impossível cumprir o prazo estabelecido no art. 974.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Súmula n. 309. O débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo.

<sup>13</sup> Art. 948.

§ 1º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder os recursos é de quinze dias.

<sup>14</sup> Art. 974. Em prazo não superior a um mês da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento.

Finalmente, o projeto contempla aspectos positivos para a apelação. Em primeiro lugar, acaba o duplo juízo de admissibilidade: este será realizado somente na instância revisora. Em segundo lugar, a regra passa a ser apenas o efeito devolutivo.

4. É claro que outros aspectos mereceriam destaque, não fosse a exiguidade de espaço reservado a este desprezioso trabalho.

Entendemos que é muito importante, na fase atual do processo legislativo, que a comunidade jurídica seja ouvida sem o atropelo ocorrido no Senado Federal. Afinal, felizmente não mais estamos vivendo os sombrios tempos do Ato Institucional n. 5, quando foi aprovado o Código de Processo Civil de 1973. Nunca é demais lembrar que o então Presidente da República assinou o ofício, encaminhando o projeto, no dia 2 de agosto de 1972. A tramitação nas duas Casas legislativas teve uma rapidez inusitada para um Código eis que, em 11 de janeiro de 1973, o projeto aprovado recebeu a sanção presidencial e tornou-se a Lei n. 5.869.

A discussão proposta é muito importante. Somente assim, a sociedade brasileira receberá um novo Código de Processo Civil à altura de enfrentar os desafios de nosso tempo.

## REFERÊNCIAS

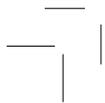
BRASIL. *Projeto de Código de Processo Civil* – exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, 2010. 263 p.

CARNEIRO, Athon Gusmão. Primeiras observações ao projeto de novo Código de Processo Civil – PL 166/2010 – Senado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 37, p. 56-85, jul./ago. 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

GOLDSCHIMIDT, James. *Direito processual civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, v. 1.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.



# 3

## A DESTINAÇÃO DE ARMAS, MUNIÇÕES E BENS APREENDIDOS

Cássio Azevedo Fontenelle

### 1. INTRÓITO

Durante o 9º ENCOR – Encontro da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, realizado nos dias 19 e 20 de maio de 2011, na cidade de Patos de Minas/MG, tivemos a oportunidade de debater sobre a destinação de armas, munições e bens apreendidos, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Incentivado pelo digno colega e amigo, Gilson Soares Lemes, Diretor da “Amagis Jurídica”, passamos a publicar alguns apontamentos efetuados por ocasião do 9º ENCOR, anotando, desde já e como fizera em Patos de Minas/MG, que não temos qualquer pretensão de esgotar a matéria, mas, simplesmente, (re)lembrar alguns atos normativos que disciplinam o tema e concitar os colegas à reflexão – e porque não dizer – à ação, para enfrentar grave problema que atinge a todos os fóruns.

Vamos aos apontamentos.

### 2. REFERÊNCIA LEGAL

- arts. 122, 123 e 124, do CPP

art. 122: decretação da perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado e do terceiro de boa-fé, conforme art. 91, II, a e b do CP, caso não tenha havido pedido de restituição ou revogação do sequestro (CPP, art. 131).

art. 123: venda em leilão de objetos não reclamados e depósito do saldo à disposição do juízo de ausentes, se não forem confiscáveis ou objeto de sequestro ou de pedido de restituição.

Art. 124: inutilização ou recolhimento a museu criminal, se houver interesse na sua conservação, nos casos de confisco. A arma do crime somente poderá ser destruída depois do trânsito em julgado da sentença.

- Art. 3º, do CPP: a lei processual admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito;

- Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) e alterações introduzidas pela Lei n. 11.706/2008. Decreto n. 5.123/2004, que regulamenta a Lei n. 10.826/03.

- art. 25 e seus parágrafos: armas de fogo apreendidas e sua destinação

### 3. ATOS NORMATIVOS

- Provimento n. 161/CGJ/2006, que institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça.

Art. 257. A destinação de armas, munições, bens e instrumentos de crime apreendidos em inquéritos criminais é regulamentada pelo Provimento Conjunto n. 01, de 04 de agosto de 2003.

**- Resolução CNJ n. 63, de 16/12/2008, que institui o Sistema Nacional de Bens Apreendidos e dá outras providências.**

**- Provimento-Conjunto n. 01/2003 (CGJ/TJMG e PGJMG), que trata da destinação de armas, munições, bens e instrumentos de crime apreendidos.**

- Instrução Normativa n. 4, de 01/09/2010, do CNJ, que dispõe sobre o cumprimento pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Federais das disposições da Lei n. 11.706/2008 (levantamento, até o dia 02/11/2010, de todas as armas e munições sob custódia por prazo superior a um ano, alimentação do SNBA e do envio de armas ao SINARM ou ao SIGMA).

- Ofício Circular n. 13/CGJ/2009, que recomenda o cumprimento da Resolução n. 63/2008, do CNJ;

- Recomendação n. 1/CGJ/2009, que orienta a não enviar ao Exército instrumentos de crime que não sejam armas de fogo ou munições;
- Recomendação n. 8/CGJ/2009, que ratifica o Ofício Circular n. 13/CGJ/2009;
- Recomendação n. 26/CGJ/2010, que reforça o cumprimento da Instrução Normativa n. 4/CNJ;
- **Recomendação CNJ n. 30, de 10/02/2010, que recomenda a alienação antecipada de bens apreendidos em procedimentos criminais e dá outras providências;**
- **Recomendação-Conjunta n. 008/CGJ/CGMP/2011, que sugere a destruição de bens apreendidos de origem ilícita, tais como CDs, DVDs, tênis, vestuários e outros, que já estejam identificados nos autos, em laudo próprio, independentemente do trânsito em julgado da respectiva ação penal.**

### 3.1 Resolução n. 63, do CNJ

O cadastramento dos bens apreendidos deverá ser realizado por magistrado ou servidor designado, até o último dia útil do mês seguinte ao da distribuição do processo ou do procedimento criminal em que houve a apreensão (art. 3º).

As Corregedorias deverão orientar os juízos e adotar medidas administrativas no sentido de impedir que os autos dos processos ou procedimentos criminais sejam baixados definitivamente sem prévia destinação final dos bens neles apreendidos (art. 6º, parágrafo único).

Em que pesem as reconhecidas limitações de pessoal e as inúmeras atribuições dos Magistrados, a importância da alimentação dos sistemas de informações reside no fato de obter dados estatísticos e, a partir deles, diagnosticar e enfrentar os problemas detectados.

Prova disso está na seguinte matéria:

Arsenal guardado nos TJs iguala número de armas da polícia no país

São 752,9 mil armas em fóruns, 73% estão no estado do Rio, segundo CNJ. Falta de segurança e aumento de roubos preocupam, dizem especialistas.

Tahiane Stochero

Há um verdadeiro arsenal estocado nos fóruns do país. É isso que mostra um levantamento inédito realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e obtido com exclusividade pelo G1. Pelo menos 752.934 armas estão guardadas nos 27 Tribunais de Justiça do Brasil. O número é quase igual ao total de armas em poder dos órgãos de segurança pública do país (incluindo polícias Civil, Militar, Federal, Rodoviária Federal e Força Nacional), que chega a 766.100 unidades, segundo levantamento de 2010 realizado pela Viva Rio com o Ministério da Justiça. Viva Rio é uma organização não-governamental, com sede no Rio de Janeiro, que trabalha políticas públicas com objetivo de promover a cultura de paz e desenvolvimento social

- Tribunais de Justiça/ n. de armas:
- Rio de Janeiro – 552.429
- São Paulo – 51.454
- Minas Gerais – 41.723
- Rio Grande do Sul – 19.388
- Pernambuco – 12.412
- Paraná – 10.518
- Distrito Federal – 8.910
- Mato Grosso do Sul – 8.727
- Espírito Santo – 5.846
- Ceará – 4.853
- Paraíba – 4.773
- Goiás – 4.150
- Santa Catarina – 3.973
- Mato Grosso – 3.933
- Pará – 3.779
- Rio Grande do Norte – 3.531
- Rondônia – 2.577
- Tocantins – 2.261
- Bahia – 1.950
- Acre – 1.053
- Amapá – 988
- Amazonas – 869
- Sergipe – 839

- Alagoas – 701
- Maranhão – 597
- Roraima – 396
- Piauí – 304
- Total = 752.934
- Fonte: CNJ (dados atualizados em 15 de abril).<sup>1</sup>

O conselheiro do CNJ Felipe Locke Cavalcanti diz ter “se surpreendido” com o número. “Quando começamos o cadastro de bens apreendidos, no final do ano passado, sabíamos que o número de armas era grande, mas não tínhamos ideia que era tanto”, afirma. O relatório foi realizado após a divulgação de várias notícias sobre furtos e roubos de armas nos tribunais.

**“Tribunal não é feito para ter arsenal, mas para julgar. Essa não é uma função típica do Judiciário. Essas armas devem ser tiradas dos fóruns o quanto antes e destruídas, pois estão gerando insegurança”, afirma ele.**

Cavalcanti diz não saber por que o Rio de Janeiro apresenta o maior percentual. “Pedimos que todos os estados cadastrassem os bens apreendidos em processos judiciais, e [o cadastramento] ainda está em andamento. Pode ser que o Rio tenha sido o mais rápido no cadastro ou tenha uma dificuldade maior na destruição desse arsenal”, afirma o conselheiro.

“As armas estão acondicionadas sem critérios de segurança, já foram objeto de furto em vários estados. Só destruindo é que temos a certeza de que não voltarão para as mãos do crime”, acrescenta ele.

**Com o relatório em mãos, o CNJ fez duas deliberações aos tribunais, segundo Cavalcanti: que mantenham sob sua guarda apenas armas relacionadas a processos de crimes contra a vida, como assassinatos, e que sejam melhoradas as condições de segurança dos paióis. “Emitimos um parecer determinando que os tribunais devam destruir imediatamente as armas que não serão mais necessárias ao processo”, acrescenta ele.**

Diversas matérias são veiculadas nos meios de comunicação, retratando a preocupação com o tema. Confira-se:

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/04/arsenal-guardado-nos-tjs-igual-numero-de-armas-da-policia-no-pais.html>>. Acesso em: 5 maio 2011, às 10:30 h.

#### Desarmamento geral

Ainda abalado pela tragédia da Escola Municipal Tasso da Silveira, em Realengo, no Rio, o Ministério da Justiça marcou para 6 de maio o início da campanha nacional de desarmamento. **Em contato com o ministro José Eduardo Cardozo, o presidente nacional da OAB, Ophir Cavalcante, propôs a destruição imediata das 753 mil armas custodiadas em fóruns de Justiça em todo o País**.<sup>2</sup>

A interpretação que fazemos é a de que há um consenso dos mais variados órgãos ligados à Justiça de que é chegada a hora de enfrentarmos de forma incisiva o problema das armas e munições sob custódia dos juízos.

Recentemente, após realização do 9º ENCOR, colhemos a notícia veiculada pela Agência CNJ de Notícias, nos seguintes termos:

Judiciário tem 180 dias para encaminhar armas para destruição

07/06/2011 – 17h39

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) concedeu prazo de 180 dias para que os tribunais de todo o país encaminhem as armas em seu poder ao Comando do Exército para destruição. A decisão foi tomada na sessão desta terça-feira (7/6) pelos conselheiros, que aprovaram resolução para disciplinar o depósito judicial de armas e munições e sua destruição.

Segundo o conselheiro Felipe Locke Cavalcanti, relator do processo, a ideia é trabalhar junto com o Ministério da Justiça, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público e tribunais para acelerar o repasse do estoque de armas ao Exército. Levantamento do CNJ junto aos tribunais aponta a existência de 755 mil armas guardadas nos fóruns da Justiça.

Além da destruição do estoque, a resolução estabelece a remessa automática de armas e munições apreendidas a partir de agora. Só poderão ser mantidas em poder do fórum ou tribunal armas que forem imprescindíveis ao processo. Mesmo assim, será preciso despacho judicial fundamentado. Felipe Locke explicou que antes o juiz tinha que dar despacho para encaminhar as armas para destruição ou doação para os órgãos de segurança pública.

A resolução prevê ainda a instituição de assessorias militares nos tribunais, com a função de normatizar a identificação, guarda e

<sup>2</sup> REVISTA ISTOÉ, ano 35, n. 2164, p. 31, 4 maio 2011.

transporte das armas e munições das unidades judiciárias para o Exército.

*Gilson Luiz Euzébio e Fernando Grossi*  
*Agência CNJ de Notícias.*<sup>3</sup>

### 3.2 Provimento Conjunto n. 01/2003

Principais motivações para a edição do ato:

- Liberação de espaço físico nos Fóruns;
- Prevenção contra a perda ou deterioração dos bens, com prejuízo para as partes e desprestígio do Poder Judiciário;
- Prevenção contra extravios, furtos e roubos;
- Organização dos arquivos e depósitos judiciais;
- Advertência:

Art. 1º As armas, munições, bens e demais instrumentos do crime apreendidos em inquéritos policiais, procedimentos ou processos criminais, ressalvados os casos previstos na legislação específica, são da responsabilidade do Juízo Criminal e da respectiva Secretaria, que adotarão as medidas necessárias para sua conservação e guarda, conforme estabelecido neste Provimento.

#### Aspectos relevantes:

- Recebimento e conferência dos objetos que fazem parte do inquérito policial:
  - Atribuição do Distribuidor – art. 122, inc. I, do Prov. 161/CGJ/2006.
  - Posterior encaminhamento dos autos à Secretaria Judicial, para cumprimento do Prov. Conj. 01/2003 – (Decisão na Consulta n. 28.993/2007, Comarca de Araguari).
- Registro do recebimento do objeto e de sua destinação pelo Escrivão Judicial (arts. 2º e 3º).
- Guarda em local adequado (art. 2º, III, a).

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/CNJ/14681-judiciario-tem-180-dias>>. Acesso em: 13 jun. 2011, às 11:42 h.

- Providências com relação aos processos findos, para registro dos dados (art. 4º).
- Proibição de arquivamento dos autos enquanto não for decidido o destino dos objetos e armas (art. 5º. Vide também art. 6º, parágrafo único, da Res. n. 63 do CNJ).

Neste tópico, vale assinalar que a Corregedoria-Geral de Justiça já emitiu 2 (duas) orientações para que sejam observadas e cumpridas as disposições da Res. 63/CNJ, quais sejam: Ofício Circular n. 13/CGJ/2009 e a Recomendação n. 8/CGJ/2009.

Além disso, a Gerência de Orientação dos Serviços Judiciais Informatizados – GESCOM, órgão vinculado à Corregedoria, inseriu no SISCOM o seguinte alerta: **“Processo possui Arma(s) e/ou Bem(ns) sem a destinação prevista no Provimento Conj. n. 01/03. Caso todas as partes sejam baixadas, tais Arma(s) e/ou Bem(ns) ficarão pendentes. Deseja Continuar?”**

- Proibição de cessão, a qualquer título, das armas de fogo, munições e instrumentos do crime (art. 6º. Vide também o art. 65, § 1º, do Decreto n. 5.123/04, que regulamenta a Lei n. 10.826/03).
- Responsabilidade administrativa e criminal.
- EXCEÇÃO – Lei n. 10.826/03, art. 25, com as alterações introduzidas pela Lei n. 11.706/2008:

Art. 25. (*omissis*)

§ 1º As armas de fogo encaminhadas ao Comando do Exército que receberem parecer favorável à doação, obedecidos o padrão e a dotação de cada Força Armada ou órgão de segurança pública, atendidos os critérios de prioridade estabelecidos pelo Ministério da Justiça e ouvido o Comando do Exército, serão arroladas em relatório reservado trimestral a ser encaminhado àquelas instituições, abrindo-se-lhes prazo para manifestação de interesse. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§ 2º O Comando do Exército encaminhará a relação das armas a serem doadas ao juiz competente, que determinará o seu perdimento em favor da instituição beneficiada. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§ 3º O transporte das armas de fogo doadas será de responsabilidade da instituição beneficiada, que procederá ao seu cadastramento no Sinarm ou no Sigma. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

§ 5º O Poder Judiciário instituirá instrumentos para o encaminhamento ao Sinarm ou ao Sigma, conforme se trate de arma de uso permitido ou de uso restrito, semestralmente, da relação de armas acauteladas em juízo, mencionando suas características e o local onde se encontram. (Incluído pela Lei n. 11.706, de 2008)

- Não cabe decisão direta do magistrado sobre a destinação da arma de fogo em favor de terceiro, senão para decretar o seu perdimento.
- Recolhimento das armas de fogo sem registro e/ou autorização de porte, após elaboração de laudo pericial, à 4ª Divisão do Exército, salvo nos casos do Tribunal do Júri (art. 7º e 8º), mediante aplicação do procedimento previsto no art. 7º e seus incisos.

Lembrar a aplicação do art. 25, *caput*, da Lei n. 10.826/03, com a alteração introduzida pela Lei n. 11.706/2008:

As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei.

- Restituição dos bens a quem de direito. Intimação para providências.
- **Outros bens apreendidos:**
- Destinação de bens móveis com valor igual ou inferior a 1 SM (art. 9º): doação a órgãos públicos ou entidades privadas, de caráter assistencial e sem fins lucrativos, com observância dos procedimentos previstos nos incisos I a III (oitiva do MP e edital com prazo de 30 dias) e parágrafo único do artigo citado.

- Atenção para a possibilidade prevista no inciso III: processos findos ou em andamento, com prazo superior a 1 ano de apreensão – dispensa de edital.
- Bens perecíveis: art. 9º, par. único e CPP, art. 120, § 5º. Utilização do laudo pericial do Instituto de Criminalística.
- Destruição dos objetos sem interesse na doação (art. 10).
- Destinação de bens móveis com valor superior a 1 SM (art. 11): 2 leilões; sem sucesso, oitiva do MP e edital.
- Destinação de armas brancas e assemelhados e instrumentos de crime de valor diminuto (art. 12): destruição ou doação.
- Objetos de fabricação ilícita: destruição (art. 12, § 1º).
- Destinação de bens imóveis declarados perdidos, com sentença transitada em julgado (art. 13): praça.

### **3.3 Recomendação CNJ n. 30, de 10/02/2010**

Considerando, entre outras coisas, “a conveniência e, sobretudo, a urgência na deliberação pelos juízes em face da necessidade de administração dos bens apreendidos”, recomenda aos magistrados com competência criminal que “mantenham, desde a data da efetiva apreensão, rigoroso acompanhamento do estado da coisa ou bem” e “ordenem, em cada caso e justificadamente, a alienação antecipada da coisa ou bem apreendido para preservar-lhe o valor, quando se cuide de coisa ou bem apreendido que pela ação do tempo ou qualquer outra circunstância, independentemente das providências normais de preservação, venha a sofrer depreciação natural ou provocada, ou que por ela venha a perder valor em si, venha a ser depreciada como mercadoria, venha a perder a aptidão profissional ou para o uso adequado, ou de qualquer modo venha a perder a equivalência com o valor real na data da apreensão”.

### **3.4 Recomendação Conjunta n. 008/CGJ/CGMP/2011**

“O Corregedor-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ...

Recomendam aos Juízes de Direito e aos Promotores de Justiça da Comarca de Belo Horizonte que autorizem a destruição de bens apreendidos de origem ilícita, tais como CDs, DVDs, tênis, vestuários e outros, que já estejam identificados nos autos, em laudo próprio, independentemente do trânsito em julgado da respectiva ação penal.

Para tanto, deverá ser feito o prévio armazenamento de amostras desses bens, para fins de contraprova do material a ser destruído.

Nas Comarcas do interior do Estado de Minas Gerais os Juízes de Direito e os Promotores de Justiça poderão adotar idêntico procedimento, valendo-se das recomendações contidas neste ato conjunto.

Belo Horizonte, 28 de março de 2011.

a) Desembargador Antônio Marcos Alvim Soares

Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

(a) Dr. Márcio Heli de Andrade Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Disponibilizada no Diário do Judiciário eletrônico na edição de 29 de março de 2011.

#### 4. CONCLUSÃO

Como asseverado alhures, os presentes “apontamentos” não têm qualquer pretensão de dirimir todas e quaisquer dúvidas relativas ao tema.

Por certo, há vários questionamentos que ainda não possuem a resposta mais correta, tanto do ponto prático quanto legal. Tanto o é que o Corregedor-Geral de Justiça instituiu, por meio da Portaria n. 1563/CGJ/2011, “Grupo Especial de Trabalho para estudar o Provimento Conjunto n. 01/2003, acerca da destinação de armas, munições, bens e instrumentos de crime, e propor nova regulamentação para as Comarcas do Estado de Minas Gerais”.

Entretanto, a manifestação de diversos órgãos e entidades nos leva a crer que estamos vivendo o momento propício para, fazendo minhas as sábias palavras do Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador Alvim Soares, e do Diretor do Foro da Capital, Dr. Renato

César Jardim, agirmos com coragem e criatividade (o que não se confunde com temeridade, friso) para resolvermos o grave problema dos depósitos forenses.

## 5. ANEXOS

5.1 Resolução CNJ n. 63, de 16/12/2008, que institui o Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA – e dá outras providências.

5.2 Provimento Conjunto n. 01/2003 (CGJ/TJMG e PGJMG), que trata da destinação de armas, munições, bens e instrumentos de crime apreendidos.

5.3 Recomendação n. 30, CNJ de 10/02/2010.

5.4 Recomendação Conjunta n. 008/CGJ/CGMP/2011.

## 5.1 Resolução CNJ n. 63, de 16 de dezembro de 2008

Institui o Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e

CONSIDERANDO que a Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu ao Conselho Nacional de Justiça a função de planejamento estratégico do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar as informações sobre os bens apreendidos em procedimentos criminais, inclusive para possibilitar a extração de dados estatísticos e a adoção de políticas de conservação e administração desses bens, até a sua destinação final;

CONSIDERANDO o teor da Meta 17 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro de 2006 – ENCLLA 2006 .

CONSIDERANDO o trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com o Conselho da Justiça Federal, o Ministério da Justiça e o Departamento da Polícia Federal;

### R E S O L V E:

Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA, com o objetivo de consolidar as informações sobre os bens apreendidos em procedimentos criminais no âmbito do Poder Judiciário.

Art. 2º Os órgãos do Poder Judiciário descritos nos itens II, III, VI e VII do Art. 92 da Constituição Federal deverão alimentar o Sistema Nacional de Bens Apreendidos por meio de sistema eletrônico hospedado no Conselho Nacional de Justiça, mediante senha pessoal e intransferível, com as seguintes informações, entre outras:

I – tribunal, comarca/subseção judiciária, órgão judiciário e número do processo;

II – número do inquérito/procedimento;

III – órgão instaurador do inquérito/procedimento;

- IV – unidade do órgão instaurador;
- V – classe processual;
- VI – assunto do processo;
- VII – descrição do bem apreendido;
- VIII – qualificação do detentor e do proprietário, se identificados;
- X – qualificação do depositário;
- XI – data da apreensão;
- XII – destinação final do bem, se houver; e
- XIII – valor estimado do bem ou resultante de avaliação.

§ 1º O Conselho Nacional de Justiça elaborará manual de utilização do Sistema Nacional de Bens Apreendidos com o objetivo de orientar a sua utilização e sanar eventuais dúvidas dos usuários.

§ 2º É obrigatória a indicação do valor estimado ou resultante de avaliação dos bens imóveis, veículos automotores, aeronaves, embarcações e moedas em espécie.

§ 3º Os juízos poderão fazer constar, nos mandados de busca e apreensão, determinação ao executante para que avaliem ou estimem o valor dos bens apreendidos.

Art. 3º O cadastramento dos bens apreendidos deverá ser realizado por magistrado ou servidor designado, até o último dia útil do mês seguinte ao da distribuição do processo ou do procedimento criminal em que houve a apreensão.

§ 1º O primeiro cadastramento deverá ocorrer até 28 de fevereiro de 2009, referente aos processos ou procedimentos criminais distribuídos no mês de janeiro de 2009.

§ 2º Até 31 de julho de 2009 deverão ser cadastrados os bens apreendidos nos processos ou procedimentos criminais distribuídos até 31 de dezembro de 2008, ainda em tramitação, e que possuam valor econômico (bens imóveis, veículos automotores, aeronaves, embarcações e moedas em espécie), além das armas e substâncias entorpecentes e de uso proscrito, facultado o cadastramento dos demais bens.

§ 3º O Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA deverá ser atualizado sempre que as informações nele contidas forem alteradas nos autos do processo ou do procedimento criminal em tramitação.

§ 4º Os tribunais poderão adequar os seus sistemas internos de modo a possibilitar a migração automática das informações ao Sistema Nacional dos Bens Apreendidos – SNBA.

§ 5º O Conselho Nacional de Justiça poderá celebrar convênio no intuito do cadastramento dos bens ser realizado diretamente pelo órgão responsável pela apreensão ou pela instauração do inquérito.

Art. 4º As Presidências e as Corregedorias dos órgãos do Poder Judiciário descritos no artigo 2º, assim como os usuários cadastrados no sistema, terão acesso, para consulta, aos dados do Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Justiça poderá, mediante convênio, autorizar que órgãos de outros Poderes consultem os dados do Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA.

Art. 5º A administração e a gerência do Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA caberão ao Comitê Gestor a ser instituído e regulamentado pela Presidência do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 6º As Corregedorias funcionarão como administradoras do Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA no âmbito dos seus tribunais, devendo adotar todas as providências necessárias ao cumprimento do seu objetivo e à correta alimentação dos dados no sistema.

Parágrafo único. As Corregedorias deverão orientar os juízos e adotar medidas administrativas no sentido de impedir que os autos dos processos ou procedimentos criminais sejam baixados definitivamente sem prévia destinação final dos bens neles apreendidos.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Gilmar Mendes  
Presidente

## 5.2 Provimento Conjunto n. 01/2003

Dispõe sobre a destinação de armas, munições, bens e instrumentos de crime apreendidos em inquéritos policiais, processos ou procedimentos criminais e dá outras providências.

O Desembargador Isalino Lisbôa, Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, e o Dr. Nedens Ulisses Freire Vieira, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais e

Considerando a possibilidade de deterioração de bens constrictados judicialmente, gerando sua desvalorização e onerando a respectiva guarda, com prejuízo às partes, além de desprestígio do Poder Judiciário;

Considerando que os prédios dos Fóruns e dos Juizados Especiais Criminais carecem de espaço físico adequado para a guarda dos referidos bens, havendo que se prevenirem, inclusive, eventuais acidentes, furtos e roubos;

Considerando a dificuldade de aplicação dos artigos 122, 123 e 124 do Código de Processo Penal, bem como o disposto no art. 3º do mesmo diploma legal;

Considerando, ainda, a postura da Polícia Militar de Minas Gerais, manifestada pelo seu Alto Comando, que anuiu em proceder, nas comarcas do Estado, ao recolhimento e à remessa de armas de fogo e munições oriundas de inquéritos policiais, procedimentos ou processos criminais para o Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados da 4ª Divisão do Exército (SFPC/4 ou SFPC/Gu),

Resolvem:

Art. 1º As armas, munições, bens e demais instrumentos do crime apreendidos em inquéritos policiais, procedimentos ou processos criminais, ressalvados os casos previstos na legislação específica, são da responsabilidade do Juízo Criminal e da respectiva Secretaria, que adotarão as medidas necessárias para sua conservação e guarda, conforme estabelecido neste Provimento.

Art. 2º Nas comarcas informatizadas pelo Sistema SISCOM/TJ, caberá ao Escrivão Judicial, ao receber inquérito policial, procedi-

mento ou processo criminal que contenha arma ou bem apreendido, agir da forma seguinte:

I – lançar os dados acerca da arma e bens apreendidos no Sistema e anotar a apreensão na contracapa dos autos (modelo 1).

II – relacionar a arma ou o bem apreendido, em livro próprio (modelo 2), com as seguintes anotações:

- a) número do inquérito policial, procedimento ou processo criminal;
- b) nome do autor do delito;
- c) especificação pormenorizada do objeto;
- d) data do recebimento do objeto;
- e) número do registro no depósito forense;
- f) destinação, data e assinatura do servidor;

III – adotar, logo após, as seguintes providências para a guarda ou depósito da arma ou do bem apreendido:

a) na Capital e nas demais comarcas onde exista, na Administração do Fórum, setor apropriado para o depósito e guarda de armas e objetos apreendidos, o Escrivão preencherá formulário próprio (modelo 3) em que constem as anotações do inciso II deste artigo, em 02 (duas) vias, anexando uma nos autos e remetendo a outra para o setor pertinente da Administração do Fórum, ao qual caberá anexar ao objeto etiqueta descritiva (modelo 4);

b) nas comarcas onde não houver Administrador do Fórum, o Escrivão anexará ao objeto etiqueta descritiva (modelo 4) e, após preencher o formulário referido na alínea anterior (modelo 3), arquivará a segunda via na Secretaria do Juízo.

Parágrafo único. Nas comarcas ainda não informatizadas pelo Sistema SISCOM/TJ, o Escrivão relacionará a arma ou bem apreendido em livro próprio, e anotará na contracapa dos autos, conforme o disposto nos incisos I e II deste artigo, anexará ao objeto etiqueta descritiva (modelo 4), preencherá o formulário próprio em 02 (duas) vias (modelo 3), anexando a primeira aos autos e arquivando a segunda na Secretaria do Juízo, em pasta própria a ser anexada, oportunamente, no relatório da Correição Anual Ordinária obrigatória.

Art. 3º Procedida pelo Juízo a destinação das armas e bens apreendidos, o Escrivão Judicial lançará o dado no Sistema SISCOM/TJ, anotarà no livro próprio e na contracapa dos autos, preencherà o formulário próprio (modelo 5), em duas vias, anexando a primeira via aos autos e arquivando a segunda no setor próprio da Administração do Fórum.

Parágrafo único. Não contando a comarca com o SISCOM/TJ, o formulário será preenchido em 2 (duas) vias, anexando a primeira via aos autos e arquivando a segunda na Secretaria do Juízo, em pasta própria a ser anexada, oportunamente, no relatório da Correição Anual Ordinária obrigatória.

Art. 4º Os Escrivães Criminais, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação deste Provimento, adotarão as providências determinadas relativamente aos processos findos e em andamento nas respectivas Secretarias.

Art. 5º O Inquérito Policial, procedimento ou processo criminal não poderão ser arquivados enquanto não for dada efetiva destinação à arma ou ao bem apreendido, sob pena de responsabilidade funcional, cabendo ao Escrivão Judicial, se for o caso, promover os autos ao Juízo para as providências cabíveis.

Art. 6º As armas, munições e demais instrumentos do crime apreendidos em inquérito policial, procedimento ou processo criminal, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 14 deste Provimento e aquelas previstas em legislação especial de âmbito federal não poderão ser cedidas, por empréstimo ou a outro título, a qualquer pessoa, a órgão público ou entidade particular, sob pena de responsabilidade administrativa e criminal.

Art. 7º As armas de fogo apreendidas que não tenham registro e/ou autorização de porte, excetuadas aquelas relativas a processo de competência do Tribunal do Júri, após a elaboração do laudo pericial respectivo, serão recolhidas à 4ª Divisão do Exército, que se encarregará de sua destinação, observadas as seguintes formalidades:

I – os Juízes de Direito requisitarão às unidades regionais da Polícia Militar providências para o recolhimento e remessa das armas de fogo e munições apreendidas à 4ª Divisão do Exército;

II – o atendimento dessas requisições levará em consideração as normas operacionais da Polícia Militar e as normas regionais sobre fiscalização de produtos controlados, expedidas pelo Comando da 4ª RM do Exército;

III – a entrega das armas e munições será precedida da elaboração de documento (modelo 6), a ser preenchido pelo Escrivão Judicial, ou pelo Administrador de Fórum, em 03 (três) vias, devendo uma delas ser arquivada na Secretaria do Juízo, a outra na Direção do Foro e a última encaminhada ao serviço próprio da 4ª Divisão do Exército.

Art. 8º Transitada em julgado a sentença final, não sendo caso de aplicação do disposto no artigo anterior, as armas de fogo e munições, que não comportarem restituição, inutilização, leilão ou recolhimento a museu criminal, deverão ser encaminhadas, no prazo de 90 (noventa) dias, ao Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados da 4ª Divisão do Exército (SFPC 4), sediada em Juiz de Fora – MG, ou ao Serviço de Fiscalização de Produtos Controlados de Guarnição (SFPC/Gu), existente em várias Comarcas do Estado de Minas Gerais, observadas as formalidades do artigo anterior.

Parágrafo único. Caberá ao Escrivão Judicial informar ao setor responsável pela guarda das armas a situação descrita no caput deste artigo, para a adoção das providências cabíveis, após emissão de despacho autorizativo da autoridade judicial competente.

Art. 9º Ressalvadas as hipóteses previstas na legislação específica, os bens móveis apreendidos que tenham valor diminuto, assim considerados aqueles de valor igual ou inferior a 01 (um) salário mínimo e desde que dispensáveis à instrução e julgamento de processos criminais ainda pendentes, poderão ser doados a órgãos públicos ou entidades privadas, de caráter assistencial e sem fins lucrativos, previamente cadastradas e preferencialmente reconhecidas como de utilidade pública, observadas as seguintes condições:

I – ouvido previamente o representante do Ministério Público, o Juízo ordenará a expedição de Edital, com prazo de 30 (trinta) dias, para que eventuais interessados ou lesados possam requerer a restituição dos bens que lhes pertencerem;

II – escoado o prazo previsto no inciso anterior, não havendo interesse na restituição do bem, o Juízo providenciará a sua doação mediante termo próprio nos autos.

III – nas hipóteses de processos atualmente em andamento ou naqueles já findos, fica dispensada a expedição do edital mencionado no inciso I deste artigo, desde que decorrido mais de um ano da apreensão do bem sem manifestação de possíveis interessados.

Parágrafo único. Tratando-se de bens perecíveis ou facilmente deterioráveis, ouvido previamente o representante do Ministério Público, poderá ser dispensada a formalidade prevista no inciso I deste artigo, desde que nenhum interessado requeira a restituição dos mesmos, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data da apreensão.

Art. 10. Na hipótese prevista no artigo anterior, não havendo interesse de qualquer instituição em receber em doação os bens ali referidos, poderá o Juízo, ouvido o representante do Ministério Público, proceder à destruição dos mesmos, lavrando-se o competente termo nos autos.

Art. 11. Os bens móveis apreendidos que ultrapassem o valor de 01 (um) salário mínimo, ouvido previamente o representante do Ministério Público, deverão ser leiloados, atendida a legislação pertinente, depositando-se o valor apurado em conta bancária à disposição do Juízo, até o julgamento final do processo.

Parágrafo único. Se for negativo o leilão, deverá o mesmo ser repetido por mais uma vez e, não havendo arrematante, os bens terão a destinação prevista nos artigos 9º e 10º deste Provimento.

Art. 12. As armas brancas e assemelhadas, bem como os instrumentos do crime que tenham valor diminuto e, desde que não mais interessem ao inquérito policial, procedimento ou processo criminal, poderão ser destruídos ou doados a Órgãos Públicos ou entidades privadas.

§ 1º Os objetos e instrumentos de crime cujo fabrico seja considerado ilícito pela legislação própria deverão ser destruídos, lavrando-se termo circunstanciado para juntada ao inquérito policial, procedimento ou processo correspondente, cabendo ao representante do Ministério Público fiscalizar a realização do referido ato.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, estando os bens depositados em unidade policial, o Juiz responsável pelo inquérito policial, procedimento ou processo autorizará a destruição, mediante ofício, devendo o representante do Ministério Público fiscalizar a realização

do ato e a Autoridade Policial, após a lavratura do competente auto circunstanciado, enviá-lo ao Juízo.

Art. 13. Ressalvadas as hipóteses previstas na legislação específica, os bens imóveis apreendidos que forem declarados perdidos, em sentença transitada em julgado, serão alienados na forma da lei.

Parágrafo único. Ouvido previamente o representante do Ministério Público, visando à conservação dos bens imóveis, o Juízo poderá colocá-los em depósito para uso de Órgãos públicos ou entidades privadas.

Art. 14. Sendo firmado convênio entre o Estado de Minas Gerais e a 4ª Divisão do Exército, para viabilizar e agilizar a cessão de armas de fogo às Polícias Civil, Militar e Federal, serão observadas as disposições do aludido convênio.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, sendo concretizada a cessão de armas, a respectiva unidade do Exército Brasileiro, sediada neste Estado, comunicará a autorização ao Juízo competente para fins de liberação de tais armas, especificando a unidade setorial da respectiva Polícia que receberá as mesmas.

Art. 15. Este Provimento revoga as disposições em contrário, especialmente o Provimento n. 11/97, entrando em vigor na data de sua publicação.

Registre-se. Publique-se. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 04 de agosto de 2003.

(a) Desembargador Isalino Lisbôa

Corregedor-Geral de Justiça

(a) Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador-Geral de Justiça (publicado no Diário do Judiciário) em 18 de agosto de 2003

### **5.3 Recomendação n. 30, CNJ – Recomenda a alienação antecipada de bens apreendidos em procedimentos criminais e dá outras providências.**

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, e

CONSIDERANDO que a eficiência e a efetividade das decisões judiciais são objetivos a serem perseguidos pelo Poder Judiciário, a teor da Resolução n. 70 do Conselho Nacional de Justiça;

CONSIDERANDO o volume, importância e valor dos bens móveis apreendidos em processos penais em andamento em todo o país, tais como aeronaves, embarcações, veículos automotores e equipamentos de informática, tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal, conforme dados informados no Sistema Nacional de Bens Apreendidos (Resolução CNJ n. 63);

CONSIDERANDO a conveniência e, sobretudo, a urgência na deliberação pelos juízes em face da necessidade de administração dos bens apreendidos e que, sem embargo das determinações judiciais próximas ou futuras, estão sob a responsabilidade material administrativa do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO o encargo dos magistrados, juízes de primeiro ou segundo grau, em cada caso, de prover sobre a proteção, manutenção e oportuna restituição ou destinação desses bens na mesma quantidade, qualidade ou funcionalidade em que foram apresados;

CONSIDERANDO a necessidade de preservar os valores correspondentes aos bens apreendidos, naturalmente sujeitos à depreciação, desvalorização ou descaracterização pelo tempo, pelo desuso, pela defasagem ou pelo simples envelhecimento inevitável;

CONSIDERANDO o poder geral de cautela e, por analogia, o disposto nos arts. 120 e §§, 122 e §, 123 e 133 do Código de Processo Penal; e

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na 8ª Sessão, realizada em 10 de fevereiro de 2010, nos autos ATO 0000828-74.2010.2.00.0000, recomenda:

I – Aos magistrados com competência criminal, nos autos dos quais existam bens apreendidos sujeitos à pena de perdimento na forma da legislação respectiva, que:

a) mantenham, desde a data da efetiva apreensão, rigoroso acompanhamento do estado da coisa ou bem, diretamente ou por depositário formalmente para isso designado sob responsabilidade;

b) ordenem, em cada caso e justificadamente, a alienação antecipada da coisa ou bem apreendido para preservar-lhe o respectivo valor, quando se cuide de coisa ou bem apreendido que pela ação do tempo ou qualquer outra circunstância, independentemente das providências normais de preservação, venha a sofrer depreciação natural ou provocada, ou que por ela venha a perder valor em si, venha a ser depreciada como mercadoria, venha a perder a aptidão funcional ou para o uso adequado, ou que de qualquer modo venha a perder a equivalência com o valor real na data da apreensão;

c) observem, quando verificada a conveniência, oportunidade ou necessidade da alienação antecipada, as disposições da lei processual penal e subsidiariamente as da lei processual civil relativas à execução por quantia certa no que respeita à avaliação, licitação e adjudicação ou arrematação e da respectiva jurisprudência;

d) depositem as importâncias em dinheiro ou valor, assim apuradas, em banco autorizado a receber os depósitos ou custódia judiciais, vencendo as atualizações correspondentes, e ali as conservem até a sua restituição, perda ou destinação por ordem judicial;

e) adotem as providências no sentido de evitar o arquivamento dos autos antes da efetiva destinação do produto da alienação.

II – Aos juízos de primeiro grau e tribunais que, na medida do possível, promovam periodicamente audiências ou sessões unificadas para alienação antecipada e bens nos processos sob a sua jurisdição ou sob a jurisdição das suas unidades judiciárias (leilão unificado), com ampla divulgação, permitindo maior número de participações.

III – O Corregedor Nacional de Justiça apreciará as questões ou proposições decorrentes da aplicação desta recomendação, podendo editar instruções complementares e sobre elas deliberar.

IV – Esta recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Min. GILMAR MENDES

#### **5.4 Recomendação Conjunta n. 008/CGJ/CGMP/2011**

O Corregedor-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no uso das atribuições que lhes são conferidas, respectivamente, pelo art. 16, inciso XIV, da Resolução n. 420, de 1º de agosto de 2003, e pelo art. 17, inciso IV da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993,

Considerando o grande volume de bens, de origem ilícita, apreendidos e guardados no Depósito Forense do Foro da Comarca de Belo Horizonte, sem a contrapartida de proporcional espaço físico,

Considerando a necessidade de rapidamente proceder a destinação ou a destruição dos aludidos bens apreendidos em decorrência de processo crime,

Considerando que os Juízes de Direito e os Promotores de Justiça da Capital foram previamente consultados acerca da adoção desse novo procedimento em matéria de destruição dos produtos de crime, em especial, os bens de origem ilícita,

Recomendam aos Juízes de Direito e aos Promotores de Justiça da Comarca de Belo Horizonte que autorizem a destruição de bens apreendidos de origem ilícita, tais como CDs, DVDs, tênis, vestuários e outros, que já estejam identificados nos autos, em laudo próprio, independentemente do trânsito em julgado da respectiva ação penal.

Para tanto, deverá ser feito o prévio armazenamento de amostras desses bens, para fins de contraprova do material a ser destruído.

Nas Comarcas do interior do Estado de Minas Gerais os Juízes de Direito e os Promotores de Justiça poderão adotar idêntico procedimento, valendo-se das recomendações contidas neste ato conjunto.

Publique-se.

Belo Horizonte, 28 de março de 2011.

(a) Desembargador Antônio Marcos Alvim Soares

Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

(a) Dr. Márcio Heli de Andrade

Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
(Disponibilizada no Diário do Judiciário eletrônico na edição de 29 de março de 2011).

# 4

## O ARTIGO 1.700 DO CC/02

David Pinter Cardoso

### 1. INTRODUÇÃO

No Código Civil de 1916 a intransmissibilidade dos alimentos aos sucessores do devedor era expressamente prevista. Clóvis Beviláqua<sup>1</sup> ensinava que decorria do caráter personalíssimo do instituto e era “princípio aceito no direito anterior”. Tinha assento no artigo 402 do Código revogado: “A obrigação alimentar é intransmissível, extinguindo-se com a morte do devedor”.

A regra ainda amparava-se no artigo 928 do Código pretérito: “A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre os seus herdeiros”. *Contrario sensu*, a obrigação, sendo personalíssima, opera apenas entre as partes, extinguindo-se com a morte das mesmas.

A questão permaneceu pacífica e inalterada durante décadas, até o advento da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que dispõe sobre divórcio e outras matérias, inclusive alimentos. Um dos aspectos polêmicos trazidos pela apressada<sup>2</sup> lei foi a transmissibilidade da prestação alimentar: “Art. 23 – A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil”.

<sup>1</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*, p. 868. De se observar que Yussef Said Cahali contesta este ensinamento, lembrando Corrêa Telles, que dá conta de Assento de 9 de abril de 1772, no qual era permitida a transmissão em alguns casos. *In*: CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 59.

<sup>2</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, p. 50.

A doutrina não aceitou bem a alteração, taxada de “discutível” por Yussef Said Cahali,<sup>3</sup> de “radical e injustificável”, por José de Souza Levenhagem<sup>4</sup> e que é “disposição pouco clara e de consequências imprevisíveis, que poderá gerar situações absurdas, que o legislador não pode querer ou estabelecer”,<sup>5</sup> segundo Caio Mário da Silva Pereira.

Passado quarto de século da Lei de Divórcio ainda reinava discórdia sobre o tema, quando sobreveio o Código Civil de 2002, com o seu igualmente controvertido artigo 1.700: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”.

Seguindo a linha de Clóvis Beviláqua, não há solução cômoda: ou se nega o caráter personalíssimo dos alimentos, ou se faz letra morta do artigo 1.700 do CC/02, porquanto a transmissibilidade e o caráter personalíssimo são apresentados como ideias contrapostas. Assim, atualmente, há quem negue a transmissibilidade, reportando-a apenas às prestações vencidas.<sup>6</sup> Em sentido diametralmente oposto, defende-se o fim do caráter personalíssimo da obrigação alimentar.<sup>7</sup>

O presente estudo, portanto, parte da necessidade de interpretar o artigo 1.700 do CC/02. Procura solucionar, primeiramente, a polêmica questão do caráter personalíssimo e, posteriormente, elucidar problemas decorrentes da regra inovadora, já que da redação do artigo não é possível aferir os limites da transmissão.

<sup>3</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 65.

<sup>4</sup> LEVEHAGEM, José de Souza. *Do Casamento ao Divórcio*, p. 173.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 278.

<sup>6</sup> A teor: “A melhor doutrina e jurisprudência firmou-se no sentido de que este dispositivo não retirou dos alimentos o seu caráter personalíssimo, nem ao menos teve o condão de torná-los transmissíveis aos herdeiros do alimentante. Ao contrário, entende-se que apenas os débitos de natureza alimentar até a data do óbito transmitem-se aos herdeiros, e não a própria condição de alimentante, que é personalíssima”. In: TJMG, Quinta Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0672.01.048091-7/001(1). Rel. Desembargadora Maria Elza, julgada em 17/03/2005, unânime.

<sup>7</sup> A exemplo: PEREIRA, Sérgio Gishckow. *O Direito de Família e o Novo Código Civil: Principais Alterações*, p. 51.

## 2. O STATUS FAMILIAR E A OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA

Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas<sup>8</sup> e Carvalho Santos utilizam o termo “personalíssimo” para caracterizar certas espécies de obrigações, direitos e deveres. Beviláqua ensina:

As obrigações, que não passam aos herdeiros, denominam-se personalíssimas. Dá-se lhes esse nome para significar que não passam das pessoas do credor e do devedor.<sup>9</sup>

Continua dando exemplo dessas obrigações:

São obrigações personalíssimas: a de prestar alimentos (art. 402); a de fazer, quando for convencionado, o cumprimento pessoal (art. 878); a da venda a contento (art. 1.148); a de preempção (art. 1.157); a do pacto do melhor comprador (art. 1.158, parágrafo único); a que se origina da ingratidão do donatário (art. 1.185); a do locador de serviço (art. 1.233); a do mandato (art. 1.336 II); a de parceria agrícola (art. 1.413). O usufruto vitalício não se transmite aos herdeiros, como também não se transmitem os direitos de sócio, salvo, neste último caso, estipulação em contrário. São casos de direitos personalíssimos, inerentes às pessoas de seus titulares.<sup>10</sup>

Carvalho Santos, por sua vez, conceitua quatro ordens de obrigações personalíssimas:

- a) as obrigações que se extinguem com a morte ou renúncia do titular, porque só ele pode executá-las, como, por exemplo, as obrigações em que influi a habilidade profissional do devedor (...)
- b) as obrigações e os direitos intransmissíveis por natureza, como, por exemplo, os direitos e obrigações resultantes do pátrio

<sup>8</sup> Teixeira de Freitas utiliza o termo “obrigações inerentes às pessoas”, nos seguintes termos: “(...) os direitos não transmissíveis a herdeiros do credor, as obrigações não transmissíveis a herdeiros do devedor, denominam-se neste Código direitos inerentes à pessoa, obrigações inerentes à pessoa (...)” FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil Esboço por A. Teixeira de Freitas*, p. 344.

<sup>9</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua*, p. 64.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

poder, do casamento, e, em geral, os direitos de família; e bem assim todos aqueles em cujo exercício ou cumprimento o respectivo titular não se pode fazer substituir por outro, tais como os direitos da personalidade, o direito ao nome, o direito de paternidade literária e artística (...)

c) as obrigações e os direitos que, embora transmissíveis por natureza, não o são por contrato.

d) as obrigações que a lei assim classifica, ou declara extintos pela morte do seu titular ou de um dos contraentes.<sup>11</sup>

Seguindo essa tradicional tese, a transmissibilidade alimentar é impossível. Como obrigações personalíssimas, as “que não passam aos herdeiros”, poderiam transmitir-se aos mesmos? A construção é intrinsecamente contraditória.

Por alçar a intransmissibilidade dos alimentos a questão de ordem natural, decorrente da finalidade do instituto, a teoria em comento não explica porque em outros países e épocas se permite a transmissão.<sup>12</sup>

Não apenas nesse particular, a formulação apresenta problemas, pois falível também em casos de obrigação transmissível oriunda de direito sem esta característica.<sup>13</sup> A exemplo, no plano obrigacional pode-se ceder a exploração econômica de obra artística e o objeto da

<sup>11</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, p. 8-9.

<sup>12</sup> A exemplo: no artigo 176 do Código Civil português revogado, vide: GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 2, p. 543. Em algumas situações na França, na Espanha e na Itália, bem como em Roma e no direito pátrio pré-codificado, vide: CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 2 ed. São Paulo: RT, 1994, p. 60-64. Também: “En Aragón según el art. 30, ap. 2º del Apéndice Foral, puede también transmitirse en algún caso a los herederos la deuda alimenticia relativa a los hijos legítimos del causante, pues el heredero forzoso que por la distribución del caudal hecha por el testador resulte necesitado de alimentos, podrá ejercitar la acción, arregladamente al artículo 142 del Código general, contra los sucesores del ascendiente, en proporción con las respectivas participaciones en la herencia forzosa.” In: ENNECCEREUS, Wolfgang; KIPP, Theodor; MARTÍN, Wolf. *Tratado de Derecho Civi*, p. 251.

<sup>13</sup> Como assevera Cunha Gonçalves, as obrigações nem sempre conservam as características dos deveres ou direitos de que decorrem. Exemplifica com os direitos do autor, que “são patrimoniais quanto à sua exploração econômica (...)” e “extra-patrimoniais quanto à paternidade da obra e ao conjunto dos direitos

cessão é transmissível com a morte do titular. No entanto, com isso não se transfere o direito sobre a personalidade do autor a outrem.

As fragilidades apontadas decorrem do tratamento indistinto de institutos que, para a dogmática civil, apresentam contornos nítidos. Dever, direito, obrigação, *status* pessoal, caráter personalíssimo e intransmissível não são termos sinônimos. Cada um destes conceitos deve ser explicado, mesmo que concisamente, para se entender a redação do art. 1.700 do CC/02.

“Direito”, em sua acepção subjetiva, *facultas agendi*, segundo Clóvis Beviláqua é o: “poder de ação assegurado pela ordem jurídica”.<sup>14</sup> Francisco Clementino de San Tiago Dantas leciona:

Quando se tem direito subjetivo, pode-se identificá-lo logo por três elementos: em primeiro lugar, porque a esse direito corresponde um dever; em segundo lugar, porque esse direito é violável, o que quer dizer que a parte contrária pode violar esse direito, deixando de cumprir o dever; e, em terceiro lugar, porque o titular do direito pode ter a iniciativa da coerção. Se faltam esses três elementos, não se tem direito subjetivo, não se está diante de um caso de direito subjetivo.<sup>15</sup>

No momento em que o direito subjetivo de determinada pessoa recai sobre a esfera jurídica de outrem, tem-se a ideia de dever: “o direito subjetivo, traduzindo, desta sorte, um poder do seu titular, sugere de pronto a ideia de um dever a ser prestado por outra pessoa”.<sup>16</sup> Estes conceitos são amplos e abarcam situações não patrimoniais, as impassíveis de avaliação em dinheiro.<sup>17</sup>

Obrigação, por sua vez, tem acepção mais restrita. Sempre apresenta cunho patrimonial. Caio Mário da Silva Pereira assim a define: “é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”.<sup>18</sup> São espécies de obrigações as de dar, fazer e não fazer.

---

morais do autor”. Vide: GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, p. 301.

<sup>14</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 56.

<sup>15</sup> DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*, p. 150.

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 36.

<sup>17</sup> Vide: GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*, p. 300.

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 7.

O instituto de alimentos é, tipicamente, uma obrigação. Isso porque apresenta traço pecuniário. Sua característica marcante é que, ao contrário de outras obrigações, que geralmente se originam de atos ilícitos ou de contratos, surge do *status* familiar.

Destarte, deve-se analisar o instituto de alimentos corretamente, como obrigação, afastando as questões atinentes a direitos e deveres.

As obrigações podem ser classificadas como personalíssimas e intransmissíveis.

Define-se obrigação personalíssima como a que somente pode ser prestada pelo devedor. Os romanos denominavam-na *intuitu personae debitoris*.

Assim sendo, o caráter personalíssimo interessa apenas às obrigações de fazer e não fazer. São nestas espécies que influi qualidade ou habilidade especial do devedor.

Não há razão para que obrigação de dar seja personalíssima, mormente as pecuniárias, que são fungíveis. Os juristas latinos já ensinavam: *pecunia non olet*.<sup>19</sup> Desde que se receba a coisa ou o valor acertado, pouco importa quem paga.<sup>20</sup> Tanto é assim que em regra se admite o adimplemento por terceiro, como dispõe o artigo 304 do Código Civil de 2002.<sup>21</sup> Caio Mário só admite caráter personalíssimo em obrigação de dar “quando aliada a uma prestação de fato”.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> “Dinheiro não cheira”, em vernáculo.

<sup>20</sup> A respeito vide: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, p. 90: “Ressaltando as diferenças entre as obrigações de dar e as de fazer, deixamos acentuado que, nas primeiras, em regra, pouco importa ao credor que a prestação venha do próprio devedor, ou de terceiro de estranho à obrigação. Por isso mesmo permite o Código que o pagamento seja efetuado não só pelo próprio devedor, como também por qualquer interessado na extinção da dívida (art. 930) e até mesmo pelo não interessado (art. 930, parágrafo único). Já nas obrigações de fazer a situação é diferente, porque, ao serem contraídas, se leva geralmente em conta a pessoa do devedor, confiando assim o credor na sua reputação, capacidade, habilitação profissional, títulos, experiência, tirocínio e, idoneidade”.

<sup>21</sup> Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste.

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 171.

O caráter personalíssimo importa somente à figura do devedor. Em relação ao credor, a obrigação é sempre personalíssima, já que o pagamento dá fim ao vínculo apenas quando realizado a este ou a seu representante. Não há extinção por cumprimento a terceiro, *ex vi* artigo 308 do Código Civil de 2002.<sup>23</sup>

Delimitado o conceito de obrigação personalíssima e explicadas algumas de suas particularidades, inferem-se sejam sempre intransmissíveis *mortis causa*. Isso porque as habilidades, conhecimentos e qualidades do devedor com ele perecem, sendo impossível a seu sucessor prestar a obrigação com igual eficiência. Entretanto, não se pode traçar paralelo entre as obrigações intransmissíveis e as personalíssimas, visto que não há exata justaposição entre elas.<sup>24</sup>

Agora ao instituto dos alimentos.

Com tratamento indistinto dos conceitos acima examinados, beira o absurdo a transmissão da obrigação alimentar.

Contudo, aplicados os institutos com precisão, é aceitável que a obrigação passe aos herdeiros do devedor.

A prestação alimentícia é uma obrigação de dar. Como não interessam as qualidades do credor e qualquer pessoa pode pagar em seu nome, de modo, inclusive a evitar sua prisão civil, não é obrigação personalíssima.

Têm caráter patrimonial: é a prestação em dinheiro ou *in natura* a ser paga sucessivamente. Apenas se configura com a necessidade do credor e com a possibilidade do devedor. São prescritíveis, se extingue a pretensão de recebê-las em dois anos, como se percebe com a leitura do artigo 206, § 2º do Código Civil atual.<sup>25</sup> São renunciáveis: basta o credor não procurar o alimentante para a fixação da pensão ou não cobrar parcelas vencidas em caso de inadimplemento. É o que estatui o artigo 1.707 do Código Civil de 2002: “Pode o credor não

<sup>23</sup> Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

<sup>24</sup> Os alimentos são exemplo de obrigação de dar e, portanto, não personalíssima. No entanto, sob a égide do Código Civil antigo, eram intransmissíveis.

<sup>25</sup> Art. 206. Prescreve: (...) § 2º Em 2 (dois) anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que vencerem.

exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Por outro lado, apesar de ser uma obrigação, decorrem os alimentos do *status* familiar - a posição de parentesco. Ensina San Tiago Dantas:

A posição de filho, por exemplo. Na relação com o pai pode surgir para o filho um direito subjetivo, mas, pelo simples fato de alguém ser filho-família, não está ainda revestido de um direito subjetivo. Está o homem revestido, apenas, de uma qualidade por excelência, que é o *status*.<sup>26</sup>

Esta qualidade da pessoa por excelência, o vínculo de parentesco, pode ser considerado o “fato gerador” da obrigação alimentícia, utilizando-se terminologia tributária.

O *status* familiar, este sim, é personalíssimo, baseado em razão de circunstâncias próprias. É irrenunciável; no caso de adoção há extinção do vínculo, mas não há propriamente uma renúncia. É imprescritível: o decurso do tempo não afeta a condição de filho, por exemplo.

Algumas características do *status* familiar afetam de certo modo a obrigação alimentar.

Quando a lei afirma serem os alimentos imprescritíveis, está aludindo, na verdade, ao vínculo que a cria, porquanto a pretensão de haver o valor prescreve em dois anos. O mesmo se dá em relação à renúncia: pode sim o alimentado renunciar o valor patrimonial. Não lhe é permitido renunciar a seu *status* de filho. Em virtude deste vínculo, sempre poderá, no que pese atos anteriormente praticados, voltar a pleitear alimentos.

Entendidos os conceitos e diferenciadas algumas de suas características, não se vislumbra problema na alteração trazida pelo artigo 1.700 do Código Civil de 2002. A transmissão não afeta o caráter personalíssimo do *status*, recaindo apenas sobre a obrigação, como afirma a redação do artigo.

<sup>26</sup> DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direitos de Família e das Sucessões*, p. 90.

Ora, mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, a obrigação alimentar não era personalíssima. Como obrigação de dar prestação fungível, qualquer pessoa que saldasse o débito extinguiria as parcelas vencidas, a teor do artigo 304 do Código Civil atual<sup>27</sup> e artigo 930 do pretérito, com redação semelhante. Repita-se: *pecunia non olet*. Sempre se admitiu que terceiro pagasse a obrigação alimentar em todas as situações.

A obrigação de prestar alimentos no Código Civil de 1916 era intransmissível porque assim determinou seu art. 402, não em decorrência lógica do cunho personalíssimo dos alimentos.

### 3. LIMITES E INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.700 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A diferenciação de *status* familiar e obrigação alimentícia responde à principal crítica tecida ao artigo 1.700 do Código Civil. No entanto, pela omissão de importantes dados na redação do dispositivo, sua interpretação é completada apenas com a delimitação de sua abrangência temporal, objetiva e subjetiva, o que se tentará realizar no presente tópico.

Primeiramente, de se indagar qual é a obrigação transmitida: as que já venceram ao óbito do alimentante, as vincendas ou as sequer formadas.

Tem-se que a hipótese de transmissão apenas das parcelas vencidas não é correta. Ora, mesmo sob a égide do CC/16 estas prestações passavam aos sucessores, já que são simples dívidas do espólio.<sup>28</sup> Nos dizeres de Cahali:

não é lícito imputar-se ao legislador a veleidade das inutilidades, tanto mais que, com a manifesta intenção de inovar, o propósito terá sido de abrir uma fenda no princípio da intransmissibilidade

<sup>27</sup> Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. **Parágrafo único.** Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste.

<sup>28</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua*, p. 868.

da obrigação, para fazer subsistir na pessoa dos herdeiros a própria obrigação de prestar alimentos.<sup>29</sup>

Passam, portanto, as prestações vincendas.<sup>30</sup> No entanto, apenas com obrigação constituída em vida e na data do óbito do devedor ocorre a transmissão aos herdeiros. Não procede a ideia de que os sucessores responderão, indefinidamente, por uma prestação que inexistia ao tempo do óbito. O próprio artigo 1.700, ao estatuir que transmite “a obrigação alimentar”, corrobora com a tese de que a obrigação esteja formada com a configuração, em vida e à morte do devedor, da necessidade e da possibilidade. Ademais, passando a obrigação constituída, se o alimentado vier futuramente a garantir o próprio sustento, nunca mais o herdeiro será chamado a pensionar-lhe pelo artigo 1.700.

Reputar transmissível obrigação não constituída no falecimento do alimentante ou a que se forma novamente em momento posterior é, na verdade, incluir o herdeiro no rol dos obrigados do art. 1.694.

Pensamento contrário ainda merece a crítica de trazer incerteza à sucessão. O sucessor deve saber exatamente as dívidas que a herança arcará, inclusive para utilizar sua faculdade de renunciar à mesma.

Entretanto, não é exigível a prévia determinação da obrigação por sentença em relação ao falecido. Protege-se desta maneira o credor que recebia alimentos espontaneamente do *de cuius* e o que os pleiteia judicialmente, morrendo o devedor no curso da demanda.

Por outro lado, mesmo já estabelecido o valor em juízo em relação ao morto, se atenta para a necessidade de determinação da obrigação do herdeiro por novo pronunciamento, mediante requerimento

<sup>29</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 70.

<sup>30</sup> Neste diapasão a ementa da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO. PRESTAÇÃO. ALIMENTOS. TRANSMISSÃO. HERDEIROS. ART. 1.700 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. 1 - O espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o de cuius devia, mesmo vencidos após a sua morte. Enquanto não encerrado o inventário e pagas as quotas devidas aos sucessores, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro não pode ficar sem condições de subsistência no decorrer do processo. Exegese do art. 1.700 do novo Código Civil. 2 - Recurso especial conhecido mas improvido.” *In*: Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, Recurso Especial n. 219199/PB. Rel. para acórdão Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 10/12/2003, unânime.”

do alimentado. Como o binômio necessidade-possibilidade é alterado na transmissão, bem como várias questões fáticas e de direito são envolvidas, somente decisão específica pode determinar a transmissão. É necessário pedido do interessado ante o princípio processual da demanda, inscrito no artigo 128 do Código de Processo Civil,<sup>31</sup> não podendo o juiz de ofício determinar a aplicação do artigo 1.700 do Código Civil, mesmo ao verificar a ocorrência dos pressupostos autorizadores.

Nesta linha, como o herdeiro do alimentante vê-se em situação de sujeição em relação ao alimentado, é necessário estabelecer um limite temporal para o exercício do direito de requerer a aplicação do artigo 1.700. É injustificável deixar que direito potestativo<sup>32</sup> não decaia por falta de previsão legal de seu prazo,<sup>33</sup> sob pena de permitir situação de insegurança e de sujeição indeterminada, o que afeta fins últimos do direito: pacificação e segurança nas relações jurídicas.

Diante da imperatividade de estabelecer critério de limitação temporal sem disciplina em lei, lembra-se que, cessando a necessidade do alimentado após a morte do devedor, o sucessor estará livre

<sup>31</sup> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes.

<sup>32</sup> Karl Larens define direito potestativo do seguinte modo: “Entendemos por derecho potestativo el derecho que corresponde a una determinada persona de llevar a cabo una relación jurídica entre ella y otra persona, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia. (...) Al derecho potestativo corresponde por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, debido a la cual éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica en su propia esfera jurídica”. In: LARENS, Karl. *Tratado de Derecho Civil*, p. 282. No presente caso, como se viu, o direito é potestativo. Isso porque, antes da sentença que determina a transmissão, o direito do alimentado não é passível de violação, não apresentando as características de direito subjetivo. Muito pelo contrário, o herdeiro se vê em situação de sujeição em relação ao alimentado que pode, ou não, exercer a faculdade de requerer a transmissão, modificando sua esfera jurídica pela diminuição de seu quinhão hereditário.

<sup>33</sup> Os artigos 209 e 210 do CC/02, ao mencionarem decadência “fixada” ou “estabelecida” em lei corroboram com a tese de que há prazo decadencial não previsto em lei, como os determináveis por analogia.

de o pensionar, mesmo que surja necessidade em momento posterior. Nestes termos, o lapso temporal não deve ser longo, porque alguns meses sem a verba são suficientes para a penúria, quiçá morte, do alimentado. Tem pressa quem está em situação de verdadeira necessidade. A urgência não aflige quem não precisa da pensão, situação na qual cessará a transmissão ao herdeiro.

Considera-se razoável três meses, contados do óbito do devedor, para que o alimentado pleiteie a transmissão. Diz-se um trimestre tendo em vista a disposição da Súmula 309 do STJ,<sup>34</sup> que é o interstício criado pela jurisprudência para definir o momento em que a dívida perde o caráter alimentar permissionário de prisão civil.

Verificada a questão temporal, importante asseverar que apenas a herança responde pelas prestações transmitidas, não sendo possível atingir os bens pessoais dos herdeiros.

O artigo 23 da Lei do Divórcio, expressamente fazia remissão ao artigo 1.796 do CC/16, que assim determinava: “Art. 1.796. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhes couber”.

O artigo 1700 do CC/02 não faz referência aos seus artigos 1.792<sup>35</sup> e 1.997,<sup>36</sup> que trazem disposição semelhante ao dispositivo supracitado. Mas a ausência de referência à responsabilidade *intra vires hereditatis* não deve ser compreendida como negação ao princípio.

A transmissão dos alimentos é regulada pelo direito de família, mas, por trazer ideia de morte, no caso, do alimentante, não pode se afastar das regras da sucessão. São diversos os autores<sup>37</sup> que atentam

<sup>34</sup> Súmula 309. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três últimas prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo.

<sup>35</sup> Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores à força da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

<sup>36</sup> Art. 1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

<sup>37</sup> A exemplo: CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: Teoria e Prática*. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 459. CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 96.

para a aplicação, neste caso, da limitação nas forças da herança, como Maria Teresa Moreira Lima:

Os herdeiros não têm mais deveres que o falecido, mas poderão ter menos, pois respondem somente nos limites do patrimônio deixado pelo primitivo alimentante e na proporção de seus quinhões. A falta de remissão ao art. 1.792 não significa que se trata de uma responsabilidade para além das forças da herança.<sup>38</sup>

Assim, a transmissão nunca atinge os bens pessoais do herdeiro ou os considera para fixação da possibilidade de prestar alimentos. O que ocorre é a vinculação de um patrimônio, no caso a herança, ao pagamento de uma obrigação.

Neste diapasão, deve o patrimônio deixado consistir em montante suficiente para o pensionamento. Herança pequena ou ausência de bens sucessíveis obstam a transmissão. As prestações vencidas à data do óbito concorrem com as dívidas comuns do espólio, por pertencer a esta classe. Já as vincendas, essas sim, de cunho alimentar, transmitem-se. Apenas após o pagamento das dívidas ordinárias é apurada a possibilidade da transmissão dos alimentos, que se dá em relação às prestações futuras.<sup>39</sup>

Igualmente, caso os sucessores precisem dos bens herdados, para si ou para sua família, não há espaço para transmissão, pois ninguém é compelido a alimentar em prejuízo do próprio sustento, a teor do artigo 1.695 do atual Código Civil.<sup>40</sup> Ora, mesmo no âmbito dos alimentos devidos por direito próprio se define em grau de proximidade e importância a quem se pede ou presta alimentos. Com mais razão se contrapõe a obrigação mais próxima em relação à transmitida. As situações descritas são também de insuficiência do valor da herança.

<sup>38</sup> LIMA, Maria Teresa Moreira. Nota sobre a transmissão dos alimentos no novo Código Civil. *Revista Forense*, p. 237.

<sup>39</sup> Em tal sentido: CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: Teoria e Prática*, p. 461.

<sup>40</sup> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Discute-se também a necessidade de a herança apresentar renda suficiente para arcar com a pensão e se os bens são consumíveis pelas prestações vincendas. Deixando o patrimônio herdado frutos civis, como os decorrentes de imóveis alugados, rendimento de juros ou dividendos de ações, suficientes para o aquinhoamento do alimentado, não há problema. A pensão será daí retirada.

Herança com frutos insuficientes ou inexistentes não obsta, *a priori*, a transmissão. No que pese o entendimento de Maria Teresa Lima,<sup>41</sup> Yussef Said Cahali<sup>42</sup> e Inácio de Carvalho Neto,<sup>43</sup> de que necessária a renda e de ser impossível o consumo da legítima com a transmissão, tem-se que não é correto vedar a aplicação do artigo 1.700 em casos de heranças de grande monta que, entretanto, não deixam rendimentos. A transmissão é adstrita às forças da herança, considerada esta como um todo, não adstrita às forças da renda deixada pela mesma.

Sérgio Gishckow Pereira<sup>44</sup> leciona que não há problema em absorver toda a herança com o pagamento de pensão alimentar vincenda. O autor defende a utilização do revogado artigo 602 do Código de Processo Civil<sup>45</sup> por analogia, que, guardadas as alterações, atualmente corresponde ao artigo 475-Q do CPC,<sup>46</sup> apesar de o dispositivo esclarecer que sua aplicação se restringe aos alimentos devidos por ato ilícito. Concorda-se com o ensinamento, lembrando que não há modo de ocorrer incorporação da herança ao patrimônio dos sucessores e,

<sup>41</sup> LIMA, Maria Teresa Moreira. Nota sobre a transmissão dos alimentos no novo Código Civil. *Revista Forense*, p. 238.

<sup>42</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 86-87.

<sup>43</sup> Em igual sentido: CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: Teoria e Prática*, p. 460-461.

<sup>44</sup> PEREIRA, Sérgio Gischckow. A Lei do Divórcio. *Apud*: CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 71.

<sup>45</sup> Art. 602. Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir a prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento.

<sup>46</sup> Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir a prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. Redação dada pela Lei Federal 11232, de 22 de dezembro de 2005, vigente desde junho de 2005.

ao mesmo tempo, garantir os alimentos, sem constituição de capital nos termos do artigo 475-Q do Código de Processo Civil.

Ultrapassada esta questão, deve-se esclarecer quem é o obrigado pela transmissão, o “herdeiro” do artigo 1.700. O termo aparece no Código Civil ora com sentido lato, ora estrito. A rigor, significa o sucessor universal. Compreende o legítimo, o necessário e o testamentário. Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira:

Embora campeie certa indecisão no caracterizar e distinguir o legado, este não se confunde com a herança, e o legatário com o herdeiro. A herança compreende a sucessão legal ou testamentária, *in universum ius defuncti*, isto é, na totalidade dos bens ou numa quota-parte deles.<sup>47</sup>

No entanto, por diversas vezes, a expressão é usada na lei como sinônimo de sucessores a qualquer título, incluindo os de bens singulares. É o caso do artigo 1.700.

O legatário deve responder pela obrigação alimentar, mas apenas se os bens sucedidos *in universum* não suportarem a totalidade da obrigação transmitida. Maria Teresa Moreira Lima, a respeito do problema, assim se posiciona:

Embora o art. 1.700 refira-se apenas aos herdeiros, a responsabilidade dos legatários não é afastada em termos absolutos. O princípio da irresponsabilidade dos sucessores a título particular comporta ressalva na hipótese de que o patrimônio sucessível tenha sido todo repartido em legados, caso em que cada legatário responde na proporção do benefício recebido.<sup>48</sup>

No mesmo sentido, Yussef Said Cahali ao tecer comentário ao artigo 23 da Lei 6.515/77, aplicável à atual regra:

(...) impõe-se incluir também o legatário nas categorias dos ‘herdeiros do devedor’, passível, assim, de ver-lhe transmitida, a teor do art. 23 da Lei do Divórcio, a obrigação alimentícia, na proporção do valor do legado com que aquinhoadado.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 275.

<sup>48</sup> LIMA, Maria Teresa Moreira. Nota sobre a transmissão dos alimentos no novo Código Civil. *Revista Forense*, p. 236.

<sup>49</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, p. 87.

Deve passar ao Estado, em caso de vacância da herança, também a obrigação alimentar. Não há razão para tratamento diferenciado.<sup>50</sup>

No entanto, apesar de se defender alargamento no pólo passivo da obrigação criada pelo artigo 1.700, atenta-se para o fato de que a regra é subsidiária. Não apresenta utilidade se entre sucessor do alimentante e credor houver o vínculo do artigo 1.694, *caput*, do CC/02. Isso porque, pleiteando o alimentado com base em direito próprio, a obrigação não se limita às forças da herança: o novo alimentante responde também com seus bens pessoais. Parafraseando Nelson Hungria, a transmissão é “soldado de reserva” em relação aos alimentos devidos por vínculo próprio.

A remissão que o artigo 1.700 faz ao artigo 1.694<sup>51</sup> não modifica a situação subjetiva e não deve ser interpretada como restrição aos obrigados pela transmissão, como sendo apenas os parentes, cônjuges e companheiros do alimentado. A transmissão é interessante exatamente nos casos em que o sucessor não apresenta vínculo pessoal com o alimentado. Na verdade, a remessa alude às despesas que se visa a suportar: o montante necessário para viver de modo compatível com a condição social, incluindo educação.

Seguem exemplos de situações em que aplicável a regra da transmissão: herdeiro e novo alimentante é filho do falecido; o alimentado é ex-cônjuge do *de cuius*, mas não é ascendente do herdeiro. Pode ocorrer até que viúvo do devedor, se herdar os bens, seja obrigado a alimentar ex-esposo.<sup>52</sup> Também, no caso de ex-cônjuge alimentado, há a hipótese do falecido não deixar herdeiros, cabendo seus bens ao Estado, por vacância, ou ao testamentário, que arcarão com a obrigação alimentar. Estas hipóteses já eram abarcadas pelo artigo 23 da Lei 6.515/77, por guardarem relação com divórcio. Uma situação, essa sim, nova: o falecido prestava alimentos a seu irmão; com a herança

<sup>50</sup> No mesmo sentido: CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: Teoria e Prática*, p. 460.

<sup>51</sup> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges e os companheiros pedir uns dos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

<sup>52</sup> Exemplo tirado de: CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: Teoria e Prática*, p. 459.

transmitida ao filho do *de cuius*, este terá de prestar alimentos a seu tio. Outro exemplo: o testamentário ou legatário que não possui os laços do artigo 1.694 é obrigado em relação ao alimentado, que, herdeiro ou não do morto, não consegue prover o próprio sustento, mesmo com o eventual quinhão recebido.

Há mais possibilidades em que praticável a transmissão, mas difíceis de verificação prática. Vejamos: avô presta alimentos a neto. Morrendo o avô, a herança é dividida entre seus filhos. Ocorre que o pai do alimentado continua não dispondo de bens para garantir a pensão. Assim, passaria ao tio do alimentado, junto com a herança, o ônus alimentar. Imagina-se situação na qual o cônjuge supérstite é herdeiro em concorrência com os descendentes, *ex vi* artigo 1.829, inciso I.<sup>53</sup> É o caso de casamento no regime de comunhão parcial, se o autor deixou bens particulares, e de participação final nos aquestos: há transmissão, mas apenas se os descendentes não tenham vínculo próprio com o cônjuge sobrevivente e a herança seja insuficiente para garantir o sustento de um dos interessados.

Observa-se ainda que nas situações acima descritas em que o alimentado recebe parte da herança, sua necessidade provavelmente cessará, impedindo a transmissão.

Morrendo o alimentado, seu herdeiro não é beneficiado pela transmissão, pois esta ocorre apenas do alimentante para seus sucessores.

#### 4. CONCLUSÃO

A transmissão da obrigação alimentar se mostra complexa aos olhos do jurista, mesmo decorrido quarto de século da promulgação da Lei 6.515/77 e de contados alguns anos da vigência do atual Código Civil.

A tão frisada incongruência entre a transmissão e o caráter personalíssimo, entretanto, não existe na lei. A elucidação do capítulo 2,

<sup>53</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: inc. I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou, se no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; (...)

salvo melhor juízo, demonstra que o artigo 1.700 do Código Civil não merece a crítica da incompatibilidade que lhe vem sendo repetidamente atribuída.

Na verdade, os principais problemas a serem enfrentados pelos estudiosos decorrem da limitação do alcance da inovação.

Ora, por inovar em matéria que antes era pacífica e com conhecimento dos transtornos que o artigo 23 da Lei de Divórcio causou, se mostra incompleta a redação do dispositivo do presente Código que trata da transmissibilidade alimentar. O artigo 1.700 não explica os limites de seu alcance. Falta a delimitação de sua abrangência temporal, objetiva e subjetiva, crucial para a exata compreensão e aplicação da regra. Esses importantes contornos são esclarecidos atualmente apenas com interpretação complexa, o que muitas vezes obsta a aplicação da norma.

A interpretação sistemática da regra leva às seguintes limitações: a transmissão é da obrigação vincenda; opera *intra vires hereditatis* e é estipulada com base no montante da herança; só é aplicável quando não houver o vínculo do artigo 1.694 entre o sucessor a qualquer título e o credor de alimentos; há prazo decadencial para que seja invocada, cujo termo inicial deve ser a morte do alimentante; e, possível a constituição de capital tratada pelo artigo 475-Q, do CPC.

Já se tem notícia de Projeto de Lei, de n. 6960/02, que pretende dar nova redação ao artigo 1.700, para limitar a transmissão apenas aos casos oriundos de casamento e união estável, nos limites da força da herança e desde que o credor não seja herdeiro do falecido.<sup>54</sup> Não se acredita que a alteração proposta resolverá as perplexidades jurídicas criadas. Devida vênua, mais técnica seria a fórmula com a indicação dos limites trazidos no parágrafo anterior.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Roberto Thomas. *O Direito de Alimentos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1986.

<sup>54</sup> CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*, p. 201.

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- BRUM, Jander Maurício. *Alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 193-203.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 6. ed. São Paulo: RT, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Dos Alimentos*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: Teoria e Prática*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. 1.
- DAYRELL, Carlos. *Divórcio – A Lei 6.515, de 26.12.1977, em seus aspectos não relacionados com o instituto*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 13, p. 15-35, jul./set. 1980.
- ENNECCEREUS, Wolfgang; KIPP, Theodor; MARTÍN, Wolf. *Tratado de Derecho Civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1953, v. 6.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *A Lei do Divórcio Comentada e Documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil Esboço por A. Teixeira de Freitas*. [s.l.]: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1952.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 2.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, v. 12.
- LARENS, Karl. *Tratado de Derecho Civil*. Jaén: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- LEVEHAGEM, Antônio José de Souza. *Do Casamento ao Divórcio*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1978.

LIMA, Maria Teresa Moreira. Nota sobre a transmissão dos alimentos no novo Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 364, p. 229-240, nov. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 10. ed. São Paulo: RT, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Atualizada por Luiz Rol-dão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 5.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. 15. ed. Atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 6.

PEREIRA, Sérgio Gishckow. O direito de família e o novo Código Civil: principais alterações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 804, p. 43-53, out. 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e Prática dos Alimentos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. In: FIUZA, Ricardo (Coord). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANSEVERINO, Milton. Alimentos, obrigação alimentar e divórcio. *Jurisprudência Brasileira*, Curitiba, n. 31, p. 25-29, 1979.

# 5

## O JUIZ APOSENTADO E OS PREDICAMENTOS DA MAGISTRATURA

João Baptista da Silva

### 1. INTRODUÇÃO

Enquanto na ativa, o Juiz goza de alguns direitos que visam a dignidade do cargo, o correto desempenho da função judicante e a sua proteção pessoal.

Desses, uns estão expressos na legislação; outros são legitimados pela praxe e pela aceitação pública ao longo do tempo. Na doutrina são comumente versados sob o nome de *predicamentos*. E na mídia, quase sempre são eles tratados como *privilégios*, usado o termo em sentido negativo. A Constituição menciona-os pelo seu lado utilitário, e declara que são “*garantias*”,<sup>1</sup> garantias da Magistratura.

O termo *predicamento* não tem conotação jurídica, mas filosófica, no entanto, está presente também na chamada *lógica jurídica*. Entrou para o dicionário da Filosofia na Idade Média, sendo até aí estudado no tema das *categorias*, da filosofia grega, ou seja, dos *universais*, intimamente ligados à essência das coisas.

A correlação entre predicáveis e predicamentos ou categorias conduziu, certamente ela, à ideia geral de afirmação daquilo que se diz e se afirma que o ser (o sujeito, a coisa) é, ou não é, tem ou não tem. O mesmo que *predicado*, ou atribuição, aquilo que se diz e se afirma ou se nega ser próprio, característico, devido, necessário, essencial ao sujeito; o sujeito, a coisa, a tem, ou não é o sujeito ou a coisa.

<sup>1</sup> Art. 95, *caput*.

É nesse sentido que se diz que o Juiz possui *predicamentos*, ou seja, atributos ou predicados. Ou os possui e são reconhecidos nele, ou não se tem juiz. “Sem tais garantias, como ocorria na época das monarquias absolutas, o juiz era títere dos detentores do poder.”<sup>2</sup>

## 2. PRERROGATIVAS DO CARGO E DA FUNÇÃO

Na doutrina faz-se diferença entre *prerrogativas do cargo* e *prerrogativas de função*.

O cargo é mais que a função, no sentido de abrangência de conteúdos significativos, uma vez que pressupõe a função; não há cargo sem função.<sup>3</sup>

As funções do cargo melhor se diriam atribuições; compõem o cargo e identificam o titular; são permanentes, enquanto as chamadas “funções autônomas” são provisórias, precisamente porque desvinculadas de cargo.

Os predicamentos da magistratura são prerrogativas *do cargo*, embora não se positive sempre esse rigor técnico até em julgados.

## 3. A LEGISLAÇÃO

Os predicamentos, prerrogativas, ou garantias da Magistratura são encontrados:

a) Na Constituição Federal: art. 95, I, II, III (*vitaliciedade, imovibilidade e irredutibilidade*), e art. 96, III (*foro especial*); b) Na LOMAN: Art. 33- ‘I – ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade; II – não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal

<sup>2</sup> CRETILLA JR., J. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. VI, p. 3.026.

<sup>3</sup> “Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender” (MEIRELIES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 365).

a que esteja vinculado (*Vetado*);<sup>4</sup> III – ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final); IV – não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; V); portar arma de defesa pessoal'; e art. 34: foro especial; c) Na Constituição do Estado de Minas Gerais: Arts. 100, I, a e b; II, III e § 1º.

E há, ainda, direitos não normatizados, como, entre outros, o direito ao respeito e ao tratamento de “*Doutor*”, que a reverência, imamente no cidadão para com a Autoridade, atribui aos magistrados, embora tantos deles “*doutores*” não sejam.

Tudo isso é tranquilo e aceito enquanto na atividade.

Neste artigo quer-se mostrar que, em que pesem entendimentos em contrário quanto a alguns predicamentos, tais direitos acompanham o Magistrado na sua aposentadoria (É propósito do articulista esforçar-se por fugir, quanto possível, ao labéu de estar terçando as armas do próprio interesse... Até onde o terá conseguido, dirá o leitor).

#### 4. PRIVILÉGIOS OU REQUISITOS?

A doutrina anota que há garantias *institucionais*, “as que protegem o Poder Judiciário como um todo”;<sup>5</sup> e garantias *funcionais*, “que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> O inciso II consta como “**Vetado**”, pelo que, na flagrância do delito, pode ocorrer a prisão imediata do magistrado, por iniciativa da autoridade policial. Mas só nos casos de flagrância. A prisão preventiva, para (ou que decorra de) atos investigatórios, e a resultante de condenação em sentença trânsita, dependem de ordem escrita da Corte Superior do respectivo Tribunal de Justiça. É que é privativa do Tribunal também a competência investigativa, como se deduz do parágrafo único do art. 33, da LOMAN. O termo “*julgamento*” é amplo, supõe, engloba e presume a investigação. Igual garantia é deferida ao membro do Ministério Público (Lei n. 8.625, art. 40, III, IV e V, *sem veto*).

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 414.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

No primeiro caso, tem-se em vista o próprio Poder Judiciário, inquestionável na sua existência, e intocável na sua estruturação e em seus órgãos.

O Juiz é parte de um todo, o Poder Judiciário. A parte não é maior que o todo, mas dele participa, eis que dele é formada. Tem o que, em essência, possui o todo, de que deriva. Não haveria Juiz garantido se o Poder que integra não o fosse. Seus predicamentos nascem, pois, não de suas individualidades, mas de sua inserção no Poder Judiciário.

Ainda, em se tratando de cargo, cumpre ter presente que o Magistrado, uma vez nomeado, adquire nele a vitaliciedade. E “uma vez tornado vitalício – isto é, **titular do cargo por toda a vida** –, o juiz só poderá ser afastado dele por vontade própria e apenas o perderá por sentença judiciária, ou aposentadoria compulsória ou disponibilidade”.<sup>7</sup>

No segundo caso, as garantias existem como “atributos de imparcialidade e independência. Existem para que os magistrados desempenhem suas tarefas com desassombro e dignidade”.<sup>8</sup>

Em qualquer dos casos, mesmo quando se direcionam à pessoa física do Juiz, o que visam é o exercício do cargo, no que são *necessárias*.

Com efeito, ou se reconhece no Juiz, p. ex., o direito de não perder o cargo (*vitaliciedade*),<sup>9</sup> e o direito de não ter a sua jurisdição retirada ou removida (*inamovibilidade*)<sup>10</sup> a não ser como penali-

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 514. (Importante não confundir “perder o cargo” e “afastar-se do cargo”. Quem se afasta não o perde).

<sup>8</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 952.

<sup>9</sup> “A faculdade de deliberar e de comparar conserva, quase sempre, toda a sua força além de sessenta anos em todos os que lá chegam; e considerando-se quão poucos devem ser os indivíduos que sobrevivam à perda do seu vigor intelectual e a pouca probabilidade de que uma grande porção de um tribunal se ache ao mesmo tempo nesses circunstâncias, ficar-se-á convencido da inutilidade de semelhante limitação” (HAMILTON; MADISON; JAY, *O Federalista*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 466).

<sup>10</sup> “A lei que faz depender do comportamento dos juizes a duração do seu exercício é certamente um dos mais apreciáveis melhoramentos modernos em matéria de governos: em uma monarquia é um obstáculo salutar ao despotismo do príncipe;

dade decorrente de processo formal, e, ainda, o direito de não perder o subsídio e o de tê-lo intocável (*irredutibilidade*),<sup>11</sup> ou nenhuma pessoa de são juízo poderá ser Juiz. De um lado, porque carreira nenhuma vale os bens da própria vida, da liberdade, da segurança, da independência; de outro, porque não pode haver juízo (= julgamento) *justo* sem independência do julgador.

Vê-se, assim – insista-se! – que os predicamentos da magistratura lhe são conferidos e reconhecidos não em razão e para deleite da pessoa que, eventualmente, judica, mas tendo em vista: *a*) a preservação da independência e da dignidade do Poder Judiciário; *b*) a exaço e a eficácia dos atos de jurisdição praticados pelo magistrado, além da sua proteção pessoal.

Tomado, pois, o termo *predicamento* no sentido filosófico apontado, não há dúvida de que não se confunde ele com *privilégio*.

Há rejeições a respeito. Com efeito, ao sopro dos ventos libertários dos dias de hoje, a expansão dos meios de comunicação possibilita e estimula a crítica e a censura popular em todos os campos da atividade, e em todos os níveis da sociedade. O Poder Judiciário não escaparia a essa avalanche.

Ou como reflexo desse novo estado de coisas, ou como obra sua, a mídia impressa, falada, televisada e eletrônica, e uma que outra iniciativa no campo legislativo, vêm estimulando a supressão dos predicamentos, tachando-os de abusivos *privilégios*. Há até projetos de lei com esse objetivo.<sup>12</sup> Tudo indica, um sinal dos tempos.

O certo é que o termo *privilégio* voltou a assumir, quase com exclusividade, o conteúdo negativo das leis persecutivas ou atributivas,

---

em uma República, um freio às usurpações e à tirania do corpo legislativo. Em qualquer governo que seja, é o melhor meio de segurar a prontidão, a firmeza e a imparcialidade da administração da justiça” (HAMILTON, MADISON; JAY. *Op.cit.*, p. 458).

<sup>11</sup> “Geralmente, dispor da subsistência de um homem é dispor da sua vontade; e não é possível que o Poder Judiciário esteja real e completamente separado do Poder Legislativo, enquanto os seus recursos pecuniários dependerem da legislatura” ((HAMILTON; MADISON; JAY. *Op.cit.*, p. 464).

<sup>12</sup> PEC 89/2003, já aprovada no Senado Federal.

de caráter individual, amparadas no *privilegium irogare*,<sup>13</sup> do Direito Romano, como lembra BIONDO BIONDI.<sup>14</sup>

O excesso e as consequências de seu emprego, estimulando a vingança e a corrupção, levaram à sua proibição na *Lei das XII Tábuas*<sup>15</sup>. Só mais tarde, “*en la época imperial*” o termo *privilegium*, “*adquiere una significación contraria, como disposición a título singular para beneficiar a alguien, con lo que pasa a ser sinónimo de ius singulare*”.<sup>16</sup>

O vulgo, no entanto, parece ter esquecido esse passo positivo e enriquecedor do itinerário do termo, ao longo do tempo. Daí sua ojeriza ao vocábulo, despreocupado com o seu verdadeiro conteúdo jurídico-político, e indiferente à realidade das coisas, nas quais é uma constante (inafastável, porque necessária) a existência das *diferenças*.

Entanto, não são *privilégios* os predicamentos da Magistratura. São, antes, *requisitos*, ou exigências.

*Requisitos* dizem mais que prerrogativa (“*prerrogativas funcionais*”, chamam-nos alguns). Porque são dados com vista à proteção da Justiça, da ordem jurídica e das liberdades públicas, são eles razão de ser e de existir da Magistratura togada.

Mais: tornam eles possível não só a prestação jurisdicional, mas a sua eficácia, pois lhe garantem o necessário atributo maior, que os legitima, a independência do Judiciário e dos juízes,<sup>17</sup> sem a qual não há Justiça.

Logo, não são *privilégios*.

<sup>13</sup> = *Propor leis contra alguém*. Exemplo a *Lex Clodia de Exilio Ciceronis* (= Lei Cláudia, sobre o exílio de Cícero), de 58 a.C.

<sup>14</sup> Istituzioni di Diritto Romano. 3. ed. 1956, p. 71, *apud* CRETELLA JR., J. *Diccionario de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 369.

<sup>15</sup> *Privilegia ne iroganto* (= Não haverá leis que concedam ou imponham privilégios).

<sup>16</sup> ARMARIO, Faustino Gutierrez-alviz y. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: REUS, 1995, p. 560.

<sup>17</sup> “El rasgo más sobresaliente, pues, del oficio del juez radica en que debe ejercer la potestad jurisdiccional de forma Independiente, o sea, sin hacer consideraciones ajenas al imperio de la ley, que puedan inclinar indebidamente la balanza de la justicia hacia una de las partes” (DÍEZ-PICAZO, Luis Maria *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4, t. III, p. 65).

## 5. O QUE FICA, NA APOSENTADORIA

É sabido que a aposentadoria abre um novo estágio na vida do Magistrado. Retira-o do cenário dos embates jurisdicionais, e o põe longe dos problemas e dos trabalhos, que o assoberbavam. Alheia-o das alegrias e das apreensões que experimentava no exercício do múnus judicante e no convívio de advogados, serventuários, colegas, o seu mundo. Deixa-os muito solitários, pois a rotatividade do quadro de juízes é mutante, e, com a idade, já não é fácil fazer novos amigos, inaugurar novo centro de distração e lazer. Afasta-o, sobretudo, e o isola, das seduções do Poder, da luminescência dos faróis da evidência, e da blandície daqueles (sempre muitos!) que o cercavam com enganadoras senhorias (aqui a aposentadoria leva à prova a dutilidade de seus nervos e a envergadura de seu espírito!).

Todavia, é certo – mais que certo, é certíssimo! –, a aposentadoria não o mata. A vida continua também para o aposentado (até com adminículos de excelência!). Não o torna inativo.<sup>18</sup>

E então? O que fica ou permanece, dos tão necessários predicamentos?

Antes, é preciso ter presente que a aposentadoria não desqualifica o Magistrado. Mantém-lhe o título.<sup>19</sup>

O título é inerente ao cargo. Quem o possui vitaliciamente não o perde. É estranho pretender-se identificar o Juiz aposentado como **ex-juiz**. “EX” não é cargo; logo, não é título. Continua ele, pois, a identificar-se como tal: juiz, desembargador, ministro, como está no frontespício do seu contracheque, na relação dos membros do Poder Judiciário, e dos filiados, beneficiários e contribuintes, da sua associação de classe; e no tratamento que recebe de quem o conhece e com ele convive.

<sup>18</sup> Soa impróprio estabelecer correlação necessária entre *juiz ativo* e *juiz aposentado* titulando este de “*inativo*”. Felizmente, nem todo aposentado é inativo.

<sup>19</sup> “Pelo fato da aposentadoria, não perde o funcionário suas qualidades de agente do Estado, não cessam as relações de emprego público, ponto este, aliás, pacífico tanto na doutrina como na legislação de todos os países” (CRETELLA JR., J. *Direito Administrativo do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, v. II, p. 412).

Pode parecer pouco, mas não o é. A ele agrega-se uma sequência de outros adminículos trazidos da atividade.

Com efeito, para se justificarem, os jurídicos fundamentos que legitimam as garantias do magistrado hão de ser suficientes e eficazes a qualquer tempo, inclusive na sua aposentadoria. Por que não?

De fato, de que valeriam elas se devessem efetivar-se apenas na atividade?

Se o Juiz ativo é ameaçado de constrição física, p. ex., poderá ela vir a qualquer tempo, como vindita recalcada, até mesmo na aposentadoria.

Se a ameaça é de prejuízo à carreira, uma vez concretizado, seus efeitos serão sentidos enquanto viver a vítima. Serão mais contundentes exatamente na aposentadoria, quando desertam as expectativas de superação das dificuldades, minuem, senão desaparecem, planos e projetos compensatórios de trabalho, e já pouco cintila o brilho de ideais e projetos de vida.

Se é a perda do direito a foro próprio<sup>20</sup> e a prisão especial, o constrangimento físico ou moral e o dano processual, que se busca evitar para o Magistrado ativo, podem atingi-lo não de imediato, mas lá na aposentadoria, eis que pode ele ser chamado a Pretório inclusive por atos praticados na atividade.

Ademais todos estão sujeitos, em qualquer idade e condição, a atos de tropelia de autoridades sem escrúpulo.

Se na aposentadoria não pode invocá-los, de que lhe teriam valido, então, os *predicamentos* quando julgava?

<sup>20</sup> “O foro privilegiado é direito do magistrado mesmo depois de aposentado, pela projeção que ocorre em razão do cargo e não função que exercia enquanto em atividade, respondendo, depois de inativo, perante o Tribunal de Justiça pelos crimes comuns”(TAMG – RT: 632/335). “No mesmo sentido RT: 595/381; 542/387; 461/460”. “Competência criminal – Inquérito Policial instaurado contra juiz aposentado – Foro privilegiado – Conhecimento e apreciação afetos ao TJPR. Ementa Oficial: ‘Juiz – Foro privilegiado – Projeção na aposentadoria – Projeta-se na aposentadoria o foro privilegiado do juiz – Responde este, assim, ainda depois de inativo, perante o Tribunal de Justiça pelos crimes comuns e de responsabilidade salvo a competência da justiça Eleitoral nos crimes eleitorais (artigo 144, § 3º, da CF), por isso que a prerrogativa é do cargo, e não da função’. TJPR, RT: 595/381”.

## 6. CONCLUSÃO

Quanto ficou dito, relevados entendimentos em contrário, uns até confirmados em decisões não sumuladas (portanto questionáveis), robustece o entendimento de que, em verdade, *excluídas situações incontestes*, o que difere o Magistrado ativo do aposentado está é na dispensa do múnus judicante e na perda da *inamovibilidade*, ambas, por óbvio.<sup>21</sup>

O mais prevalece: o *subsídio*, intocável, inclusive na sua *irredutibilidade*; a *vitaliciedade*, que, mantém enquanto vida tiver, e as demais garantias estabelecidas no art. 33, da LOMAN, que somente perderá nos casos em que podia perdê-las na ativa. Isto, pelas razões mesmas que então as legitimavam.

A constatação é: *a)* fator de tranquilidade, pelo que de bom traz; *b)* lembrete, para a conscientização dos direitos e, também, dos deveres correlatos e pertinentes.

---

<sup>21</sup> Esta obviedade não há de causar espécie entre os da ativa, eis que todos eles, também eles, alimentam a esperança de virem a desfrutar uma merecida, longa, condigna e feliz aposentadoria.



# 6

## “O HOMEM ABANDONADO: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE BIOPOLÍTICA, VIOLÊNCIA E DIREITO”

**Manoel dos Reis Morais**

“O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.”

Michel Foucault

*(História da Sexualidade: a vontade de saber)*

### INTRODUÇÃO

O homem, com a moderna concepção de Estado de Direito, acredita estar imerso em um espectro prestamista protetor que lhe garante a vida e a felicidade, ideais estes hauridos nas Declarações de Direitos do século XVIII. Porém, não é bem isso que aparece na leitura do real, daí o interesse em se perquirir até que ponto aquele arquétipo estatal é mesmo o que se propôs ser ao longo da sua história.

Não se trata de desfilarmos um rol de soluções ou de possíveis respostas, mas, sim, o de levantar questões e chamar a atenção para muito do que no jurídico está estabelecido como certo e inabalável e, a partir disso, convidar para um instante de reflexão, pois, é a partir dela que o homem, enquanto ser de consciência, desperta do sono (*dogmático*) para a realidade (*novos horizontes*) ou, ainda, sai do *conforto* e se lança de volta à vida como ela é (*algo perturbador*), onde o normal pode, na verdade, ser sumamente anormal.

AMAGIS JURÍDICA – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS | BELO HORIZONTE | ANO III | N. 5 | JAN./JUL. 2011

Esse espanto (do grego: *thaumázein*) não é possível para os que estão presos ao cotidiano, porque não podem se distanciar dos fins imediatos da vida, mas aquele que se admira se abre para o admirável (para o *mirandum*), mostra-se como homem, já que o “máximo que o homem pode atingir é a admiração” (PIEPER, 2007, p. 42-43).

Com isso, a pretensão, neste trabalho, é esculpir uma *crítica* no seio mesmo da temática *direitos* no Estado de Direito, mas com um recurso histórico-filosófico, que proporcione uma explicitação da epopéia humana na *luta* pela construção dos direitos, que acabaram despontando com uma *face bifronte*, i.é, a um tempo *aparenta* proteção e, a outro, concretiza-se como um *abandono*.

A dimensão do termo *abandono*, que aqui será tratada, não remete a uma tentativa de desmentir os avanços que as democracias atuais representam em relação aos regimes anteriores, mas, sim, de demonstrar que os *direitos*, devido às contradições da *hipermodernidade* (ideais supremos: *vida e felicidade*), carregam em si mesmos o elemento da *contradição* que, em última instância, configura o homem como *deixado* à própria sorte.

Inicialmente, será abordada a *origem* do Estado de Direito como a própria construção dos direitos, com ênfase desde a positivação nas cartas de direitos do século XVIII até as constituições contemporâneas, procurando acentuar a questão do *poder* sobre a *vida* e, concomitantemente, a precariedade da *segurança* que emana do poder enquanto tutor da vida.

Essa fragilidade será mostrada como imbricação entre *poder* e *violência* dentro do Estado de Direito, mas sem contradizer as *distinções* realizadas por Hannah Arendt<sup>1</sup> e, aproveitando-as, buscar uma convergência com a tese do *homem sacralizado* em Giorgio Agamben,<sup>2</sup> pois sendo a *violência* um *meio ou instrumento*, quando despon-ta como única finalidade, desnatura o próprio poder e faz com que os *direitos* apresentem duas faces opostas: *proteção* e *abandono*.

Esse aspecto *bifronte* realiza o que aqui se pretende afirmar como *homem abandonado*, que, num instante, possui o *direito à vida* (*fazer*

<sup>1</sup> Na obra *Sobre a violência*.

<sup>2</sup> Na obra *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*.

viver), mas, em outro momento, por não estar integrado no ciclo *econômico-vitalista* dos ideais abarcados pelo Estado de Direito, é *exposto* (*deixar morrer*).

Os aportes teóricos serão absorvidos das obras de Ingo Wolfgang Sarlet, de Hannah Arendt, de Giorgio Agamben e de Michel Foucault, cujo objetivo será mostrar o *abandono do ser humano* no interior do Estado de Direito, caracterizado pela oposição da *proteção* e da *exclusão*.

## O ESTADO DE DIREITO E OS DIREITOS

O arquétipo do *Estado de Direito* é uma construção político-jurídica recente da humanidade, contrariamente à concepção de *direitos*, pois esta possui uma diretriz muito anterior, que perpassa a ideia mesma de humanidade, circunstância que exige, ao menos de forma breve, a rememoração de alguns aspectos do que se convencionou chamar de *período axial* (COMPARATO, 1999, p. 11-16), pois é nesse momento histórico que surgiram as mais paradigmáticas concepções de homem e de mundo.

O *período axial* refere-se a um período singular da história da humanidade, em que coexistiram vários pensadores (Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel), os quais, mesmo sem se comunicarem, conceberam algumas *visões de mundo* que se firmaram como verdadeiras linhas de pensamento presentes até os dias de hoje. Por isso, e com inteira propriedade, referido tempo histórico é chamado por Karl Jaspers de *tempo-eixo*, situado historicamente entre os séculos VIII e II a.C. (JASPERS, 1987, p. 92-93).

É no bojo dessas *visões de mundo* que o ser humano passa a ser considerado como possuidor de *razão*, *de igualdade* etc., guardadas as proporções e as diferenças em sua origem com os dias atuais. Portanto, é nessa quadra histórica que os fundamentos dos direitos são lançados.

Apesar de se situar no *período axial* a base dos direitos, importante ter à frente que foi necessário um percurso de mais de 25 séculos para que eles fossem positivados na Declaração Universal dos Direi-

tos do Homem com a fórmula de que *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.<sup>3</sup>

A *lei escrita* constitui um momento importante na história dos direitos, tanto que, entre os judeus, seu postulado era a de *manifestação da própria divindade* e, entre os atenienses, como uma *cura* para combater o arbítrio governamental, situação que nos é atestada por Eurípedes, na peça *As Suplicantes* (verso 432), de que *uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual* (NEVES, 1980, p. 100).

Não obstante, desde aquela época já se sabia que a *lei escrita* não representa um antídoto para todos os males, e mais, que ela pode servir ao não-direito, como retrata a *Antígona* de Sófocles, ao propor que sobre o direito positivado paira um outro direito, *não escrito (natural)*, o qual preexiste e vigora mesmo quando em confronto com aquele (COMPARATO, 1999, p. 12-13).

Essa posição dá conta da existência de *direitos* para além da *positivação*, os quais, nos séculos XVII e XVIII, foram cognominados de *direitos naturais* universais e gravados na Declaração da Virgínia de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789.

Todavia, os ideais que permearam essas declarações de direitos, em linhas gerais, são aqueles hauridos da própria modernidade enquanto sede histórica de um modo peculiar de ser e de pensar (*individualismo* e *subjetivismo*), isto é, a proteção da vida, da liberdade e a busca da felicidade, como pode ser notado na própria Declaração de Direitos da Virgínia ao proclamar:

Nós temos por evidentes, em virtude delas mesmas, as seguintes verdades: todos os homens são criados iguais; eles são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis: entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os governos são estabelecidos pelos homens para garantir tais direitos, e seu justo poder emana do consentimento dos governados. Todas as vezes que uma forma de governo tornar-se nociva a esse fim, o povo

<sup>3</sup> Art. 1º Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

tem direito de trocá-la ou de aboli-la e de estabelecer um novo governo, fundando-o sobre os princípios e organizando-o na forma que lhe pareça mais própria para lhe garantir a segurança e a felicidade. (USP, Biblioteca Virtual).

A Declaração de Direitos francesa dispôs, igualmente, ao prenunciar que o objetivo da associação política é a *felicidade comum* e que o governo estabelecido o é para assegurar ao homem o *usufruto* dos direitos naturais (artigos 1º e 2º).

As Declarações de Direitos surgem, a bem dizer, como um marco histórico em relação ao *Ancién Regime* e, com isso, inauguram um novo modelo de estado, agora *submetido* ao direito e, portanto, chamado de Estado de Direito. Desse modo, é possível assentar o juízo de que o paradigma do Estado de Direito é uma formulação que apareceu no seio mesmo da luta pelos *direitos*,<sup>4</sup> a fim de promovê-los e garanti-los para os seus destinatários.

O *núcleo doutrinário* desse arcabouço, segundo Norberto Bobbio, está contido nos três primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os quais propõem sérias questões para ser pensadas, dado referirem à articulação do *poder* em relação aos *direitos*:

(...) o primeiro artigo refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (senão cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio da legitimidade do poder que cabe à nação. (BOBBIO, 1992, p. 93).

A proclamação de que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direitos* segue o objetivo da associação política, que é a *conservação dos direitos naturais*, e, por último, a *le-*

<sup>4</sup> Essa tese pode ser vislumbrada em Norberto Bobbio, quando afirma que “o ponto de vista tradicional tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas sobretudo de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano. Os códigos morais e jurídicos foram, ao longo dos séculos, desde os Dez Mandamentos até as Doze Tábuas, conjuntos de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos, não direitos. (...) As Declarações de Direito estavam destinadas a inverter essa imagem. E, com efeito, pouco a pouco lograram invertê-la. Hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. (...)”. (p. 100-101)

*gitimidade do poder*. Disso surge que a *individualidade* (direitos dos indivíduos) ocupou a instância máxima, que deverá ser *zelada* pela associação política, cujo *poder de cuidado* somente encontrará *conformidade* teleologicamente enquanto mirar os direitos individuais.

São questões importantes, que serão retomadas mais adiante, devido às implicações nelas presentes, mormente no que diz respeito à mutação do *conjunto dos direitos* que, ao longo do tempo, foi proporcionando novas faces ao Estado de Direito, mergulhando-o no *ciclo vitalista* do binômio “trabalho-consumo” e, com isso, configurando o que se convencionou chamar por *hipermodernidade* (LIPOVETSKY, 2004, p. 136).<sup>5</sup> Trata-se da ideia de que, modificando-se a roupagem/contornos dos direitos, altera-se a fisionomia do próprio organismo encarregado da proteção, mas, olhando mais de perto pode-se constatar que o novo modelo não passa de uma acomodação à exacerbação do individualismo.

Os *direitos* positivados desde as primeiras declarações até as constituições contemporâneas recebem várias rotulações – *gerações* e *dimensões* (como na *A Era dos Direitos*, de Norberto Bobbio, e na *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, de Ingo Wolfgang Sarlet) – e que, respectivamente, emprestam denominações específicas aos estratos estatais que se formaram.

A primeira *geração* ou *dimensão* de direitos corresponde ao Estado Liberal, porque tinha como objetivo *demarcar* uma zona de não

<sup>5</sup> O termo *hipermodernidade* não traduz, propriamente, uma inovação em relação aos termos modernidade e pós-modernidade, mas, sim, uma tentativa de explicitar o que é mesmo que está presente no modo de vida contemporâneo. A proposta de Gilles Lypovetsky, na obra *Os tempos modernos*, foi a de conceber que estamos vivendo com os mesmos paradigmas que inauguraram a modernidade, com ênfases no progresso técnico científico, na valorização da razão humana e no individualismo, mas, há algo de novo e, este novo, está consubstanciado no *excesso*. Trata-se mesmo de uma *cultura do excesso* ou do *sempre mais*, onde tudo está contaminado pela intensidade e pela urgência. As mudanças acontecem num ritmo esquizofrênico e o tempo é marcado pela efemeridade e pela flexibilidade, aparecendo a fluidez como uma tentativa de acompanhar a velocidade com que as coisas se modificam. O paradoxo que aparece, nesta quadra histórica, é que nós, herdeiros das culturas Greco-Romana e Cristã e desejosos dos ideais da Modernidade, almejamos a moderação, mas, praticamos um excesso inimaginável.

intervenção do Estado em uma esfera de autonomia individual, cujo rol é constituído pelos direitos à *vida*, à *propriedade* e à *liberdade*; já a segunda, está caracterizada por um comportamento ativo da esfera estatal, visando a proporcionar ao indivíduo a *assistência social*, a *saúde*, a *educação*, o *trabalho* etc., o que remete ao paradigma do Estado Social; por último, surgem os direitos de categoria difusa ou coletiva, destinados aos grupos humanos, como os referentes à proteção *ambiental*, *histórica e cultural*, ao direito de *comunicação*, à *qualidade de vida*, à *manipulação genética* etc., que marcam o chamado Estado Democrático (SARLET, 1998, p. 46-53). Lógico que existem outras formulações filosófico-jurídicas, mas, para o intento do trabalho, são suficientes essas até aqui expostas, porquanto o que se procura é delinear a convergência entre os direitos e o modelo de estado.

Essas gerações (ou dimensões) de direitos ligam-se às formulações de Estado de Direito (Liberal, Social ou Democrático), mas, ao mesmo tempo, demonstram que tanto os direitos quanto as concepções de estado se destinam à asseguaração dos *direitos individuais* que, em última instância, visam à vida e à felicidade. Entretanto, a vida e a felicidade somente são concebidas dentro do ciclo “trabalho-consumo”, devido ao fato de, no sistema capitalista, ter-se instituído a *dignidade do homem* assentada no trabalho que, por sua vez, é necessário para possibilitar o acesso aos bens de consumo e, conseqüentemente, fazer o homem feliz. Portanto, vida e felicidade só se concretizam no trabalho para consumir (DUARTE, 2004, p. 47).

Os *direitos* e o próprio Estado de Direito, submetidos ao *ciclo econômico-vitalista*, amoldam-se às contingências. E, como o sistema capitalista inclui apenas sob certa medida o alcance da felicidade, surge que nem todos terão sua vida e sua felicidade garantidas. Assim sendo, a segurança do jurídico, erigida para proteger os direitos, não passa de uma *ilusão de segurança jurídica*. Noutros termos, essa aparência de segurança resulta de um poder que não protege, mais ainda, que, para proteger, utiliza-se da violência. Por conseguinte, surge uma *contradição* enorme diante da mescla do poder com a violência dentro do Estado de Direito, facilmente constatada pelos fatos que caracterizam e cercam cotidianamente os grupos ou pessoas marginais (os *esquecidos*) (DUARTE, 2008, p. 63-68).

## PODER E VIOLÊNCIA: UMA *DISTINÇÃO* NECESSÁRIA

Alguns termos caros à Filosofia Política nunca foram tratados sistemicamente, como *poder*, *vigor*, *força*, *autoridade* e *violência*, e, por se referirem a fenômenos diferentes, não podem ser confundidos. Aliás, a confusão pela falta de distinção redundava no velho adágio de *quem domina quem*, operando a redução do poder a simples violência.

Pensar o *poder e a violência* como relacionados dentro do Estado de Direito Democrático *conflita*, aparentemente, com as distinções realizadas por Hannah Arendt em *Sobre a Violência*, nas quais ela dispensa um grande esforço para separá-las conceitualmente, e mais, para concertar que onde um deles impera absolutamente, o outro está ausente (ARENDR, 2009, p. 70).

A tese do *conflito aparente* possui base no fato de que as elaborações conceituais da filósofa estão para além dos *postulados ideais ou utópicos*, por conta da sua característica de uma pensadora do político e não de uma teórica sistemática da política, circunstância que autoriza a utilização das suas descobertas na análise dos problemas da contemporaneidade (DUARTE, 2004, p. 44).

Aliás, o cerne conceitual do poder e da violência compreende que esta pode estar presente naquele, sem o descaracterizar, desde que não erigida em instância máxima, condição que exige sejam referidos conceitos *revisitados*, até para que o Estado de Direito não deixe de ser reconhecido como epopéia dos direitos do homem, mas que possui uma *contradição* interna porque é portador de *elementos totalitários* (DUARTE, 2004, p. 41).

Celso Lafer, ao prefaciar o livro *Sobre a Violência*, considerou que o texto é uma espécie de *parar para pensar*, suscitado pela conjuntura política da época, capitaneadas pela *revolução estudantil de 1968*, *guerra do Vietnã* e pela *discussão, no âmbito da nova esquerda, do papel dos meios violentos de resistência à opressão (guerrilha, por exemplo), particularmente nos processos de descolonização*. Portanto, constitui uma reflexão teórica *a partir de problemas concretos* da agenda política (ARENDR, 2009, p. 9) e, por isso, um instrumental teórico valioso para análise dos problemas relacionados com o Direito e com o Estado.

Ao indagar *sobre o que é a violência*, desde já a Autora estatui que se trata de um fenômeno que não é para ser glorificado, explicitando que as formulações de *poder* que propugnam o aspecto *domínio do homem sobre o homem* (Mills, Weber e Jouvenel) demonstram a base da celeuma, i.é, a ausência de uma aproximação conceitual do que seja verdadeiramente a *violência* e do que seja realmente o *poder* (ARENDDT, 2009, p. 51).

Arendt estabelece que, por *poder*, deve-se entender a *habilidade humana não apenas para agir, mas, também, para agir em concerto* (ARENDDT, 2009, p. 60). Por conseguinte, o poder pertence ao grupo e existe enquanto o grupo se conservar unido, soando equívoco o juízo de que *alguém é poderoso*, uma vez que, neste caso, o sentido é o de *vigor* (individual), contrariamente ao que significa *poder* (coletivo).

O *vigor*, por ser individual, pode ser sobrepujado por outro ou outros indivíduos, ou mesmo pelo grupo.

Já o termo *força* geralmente é empregado como sinônimo de *violência*, mas, segundo a filósofa, deve ser reservado para as *forças da natureza* ou *força das circunstâncias*, como a energia liberada por movimentos físicos ou sociais.

A *autoridade* seria o mais enganoso de todos e comumente é relacionado com pessoas investidas em cargos, daí falar-se em *autoridade pessoal*; para ilustrar pode ser lembrado o exemplo do sacerdote que, mesmo embriagado, pode absolver alguém de um pecado, pois o que vale é a *insígnia de sacerdote* (reconhecimento inquestionável sem persuasão e nem coerção). Porém, a *autoridade* pode ser perdida quando deixar de ser reconhecida (seja pelo *desprezo*, seja pela *risada*) (ARENDDT, 2009, p. 62).

Por outro lado, a *violência* possui uma característica própria, que é seu *caráter instrumental* e, com tal atributo, aproxima-se do *vigor* porque o implementa. E quando ela aparece combinada com o *poder* surge uma grande dificuldade, parecendo que ela é um pré-requisito daquele e, por isso, acabam compreendidos como uma mesma coisa. Entretanto, o *poder* reclama apenas por *legitimidade*, contrariamente da *violência*, que pode ser *justificável*, mas nunca será *legítima* (ARENDDT, 2009, p. 69).

Contudo, a violência deve ser lembrada como um recurso ou um meio para conservar a estrutura do poder e nunca como uma finalidade essencial, pois esta situação desbordaria para a descaracterização do poder enquanto habilidade humana para agir em concerto, assumindo-se como mera violência de alguns contra todo o grupo, resultando em verdadeira dominação pela violência. Para resumir:

Politicamente falando, é insuficiente dizer que poder e violência não são o mesmo. Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em risco, mas, deixada a seu próprio curso, conduz à desapareição do poder. Isso implica ser incorreto pensar o oposto da violência como a não-violência; falar de um poder não violento é de fato redundante. A violência pode destruir o poder; ela é absolutamente incapaz de criá-lo. (AREN-DT, 2009, p. 73-74).

Nesse contexto, sinalizadas as distinções entre poder e violência, e convergindo para a estruturação do Estado de Direito como guardião da vida e da felicidade do homem – aquele que trabalha para consumir e consome para trabalhar –, torna-se possível afirmar que poder e violência podem ser conjugados, pois:

Quando regida pela lógica econômico-vitalista, a política deixa de se ocupar com a liberdade e espontaneidade envolvida na ação e discurso coletivos que visam à renovação e manutenção da estabilidade do mundo público compartilhado, para assumir o papel de força violenta capaz de derrubar qualquer barreira para alcançar seu objetivo primeiro, vendo-se lançada em um perpétuo movimento análogo ao dos grandes ciclos naturais. (DUARTE, 2004, p. 51)

Essa situação pode ser transposta para um outro registro, tipicamente biopolítico, cujo desenvolvimento se deu ao longo da racionalização do Estado de Direito como paradigma dos direitos, visto o intuito de prosseguir no mister de promover a felicidade e a vida, mas que ao longo do seu processo foi mudando de feição, mas sempre conservando e aprimorando o seu poder sobre a vida, o que significa, em outras palavras,

As grandes questões políticas do nosso tempo já não têm a ver com uma política das ideias, mas com os processos de inserção

da vida dos indivíduos na massa global – questões, em suma, que dizem respeito ao nascimento, à morte, à doença, etc. As políticas demográficas, as questões do aborto e da eutanásia, a regulamentação cada vez mais severa da higiene pública, as legislações de carácter sanitário, as medidas de segurança preventiva, a guerra contra o terrorismo, a migração de massas: todos estes fenómenos relevam de um paradigma do poder e da governação chamado ‘biopolítica’. (GUERREIRO, 2010).

Lógico que não se está defendendo que a democracia atual foi convertida em um regime totalitário, ignorando os avanços da caminhada humana para conquista e desenvolvimento dos direitos, mas, sim, que há uma *contradição* que precisa ser evidenciada,<sup>6</sup> pois faz surgir no âmago do Estado de Direito elementos totalitários.

Trata-se da posição de que o *poder* sobre a *vida* possibilita a utilização da *violência* como um fim em si mesma, pois, se a democracia como estrutura destinada à proteção e à satisfação da vida e da felicidade opera dentro do sistema capitalista e, este, caracterizado como interminável ciclo *econômico-vitalista*, que naturalmente proporciona o *descarte* de alguns (fórmula: *crescimento-desemprego*), certo é que os aliados do *consumo* praticarão *violência* para permanecer *dentro do ciclo*, e o *poder*, em resposta e proteção do *ciclo* mesmo, praticará *mais violência* ainda para salvaguardá-lo. Assim, surge a caracterização da *violência* como um *fim em si mesma* e, o *poder*, que deveria ser o concerto do grupo para agir em conjunto, desponta embrutecido pelo *elemento totalitário* da *violência*, e:

O que se observa é que o que antes era meio se transformou em fim, de sorte que a violência se tornou uma exigência contínua na cena política, pois apenas ela pode garantir o contínuo processo de produção da abundância e de preservação da vida e felicidade do animal laborans. (DUARTE, 2004, p. 54).

Esse argumento desborda para uma questão grave, que é a constatação do deslocamento do Estado de Direito de uma instância protetiva da *vida e da felicidade* do homem para constituir-se num arquétipo de

<sup>6</sup> Alguém poderia discordar destas elaborações, diante da ausência de uma resolução, mas, a preocupação aqui é muito maior com as *questões* que existem do que, propriamente, com as possíveis soluções. Trata-se de algo como uma proposta de “parar para pensar” (*vide* a introdução).

*violência* que, pelo *direito positivado*, visa apenas manter o *ciclo econômico-vitalista*, no qual o *trabalho* para o *consumo* é que conta, possibilitando que o ser humano surja também como *algo* a ser consumido.

## **VIOLÊNCIA E DIREITO: LUGAR COMUM DO JURÍDICO**

À primeira vista, pode parecer estranho conectar *violência* e *direito*, e mais, estatuir referida ligação como um *lugar comum do jurídico*. Entretanto, será demonstrado que o *direito* enquanto *ordenamento* traz consigo o viés da *violência* (Kelsen), soando *natural* a *violência* como uma de suas propriedades, razão pela qual pode ser cognominada de um *lugar comum do jurídico*.

O *direito* será considerado como *ordenamento*, ou *conjunto de regras*, cujo escopo é o de manutenção da *ordem social*. Portanto, não se dedicará ao detalhamento das correntes jurídicas existentes sobre o assunto, mas apenas a sinalização de uma ligação entre Estado (de Direito Democrático) e *violência*.

Há muito, sob o influxo cientificista, intentou-se uma *redução* do fenômeno jurídico à ciência, sendo um dos precursores o jusfilósofo Hans Kelsen, cuja obra – *Teoria Pura do Direito* – constitui-se num esforço de pensar o jurídico no modelo de ciência, i.é, foi realizado um recorte e privilegiada apenas a *norma*. Assim, não se interessou por aspectos outros (como o *fato* e o *valor*), que foram relegados para os estudos da *sociologia* ou da *axiologia*.

Hans Kelsen, ao dissecar as *características* do *direito*, afirma

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto. (KELSEN, 1998, p. 35).

Trata-se, como se vê, de uma imbricação entre Direito, Estado e Violência. Aliás, Kelsen identifica Direito e Estado, sendo que este pos-

sui o *monopólio da força*, surgindo o direito como um meio para a consecução dos fins socialmente desejados (GIACOIA JÚNIOR, p. 291).

Esses *fins pretendidos*, conforme até aqui tem sido reiterado, podem ser englobados naquilo que se denominou como o *ciclo econômico-vitalista* do *animal laborans* da contemporaneidade, o que facilita uma aproximação mais estreita ainda da correlação entre a *biopolítica*, o *direito* e a *violência*.

O homem surge no âmbito do direito (agora *técnica de controle social*) como *sacralizado*, devido ao caráter sagrado dos direitos humanos. Todavia, trata-se de uma insidiosa cumplicidade entre a *vida nua* e o *poder* (bio-poder), diante do crescente dos *direitos* e da correlativa inscrição das *vidas* na ordem estatal (GIACOIA JÚNIOR, 2008, p. 285), porque protege enquanto serve, mas também descarta como se fosse um objeto.

O *direito*, nesse instante, erige-se numa *tecnologia* específica, cujo objetivo está conectado à *vida* e à *felicidade* do homem, mas manifesta-se ao fundo como uma espécie de *gestão da vida social* e, cada vez mais, procura implementar-se de aparatos burocráticos para atender ao seu desiderato. De tal modo, o *conjunto de regras* resume-se em um verdadeiro *poder* sobre a *vida* (biopoder) para propiciar *segurança* ao *animal laborans*.

Assim sendo, pode ser divisado um círculo entre a *violência* que coloca o *direito* (monopólio da força ou coação) e uma outra *violência* que o aplica, fazendo com que haja uma similaridade entre o *direito* e a *violência*, pior ainda, a manutenção da *vida e da felicidade* do homem depende da *violência* (direito).

Nesse ambiente, observado o *ciclo econômico vitalista* e a posição de que o sistema capitalista somente *inclui numa certa medida*, afigura-se que aqueles que não foram abarcados (*possibilidade de emprego*) podem erigir-se como *inimigos sociais* previamente rotulados, ao modo como pensou Günter Jakobs em seu *direito penal do inimigo* (JAKOBS; CANCIO, 2003, p. 25-30).<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Este autor defende a existência de dois tipos de Direito Penal, um para o cidadão e outro para o inimigo, com funções distintas. O inimigo, rotulado pela ação

Os *inimigos sociais* ora etiquetados (ANDRADE, 2003, p. 206) são aqueles mesmos que o Estado de Direito se comprometeu em proteger (*vida e felicidade*), mas que, pelo deslocamento da *garantia da vida e da felicidade* para o *ciclo econômico-vitalista*, acabaram *abandonados*, justamente devido ao fato de que não tiveram êxito em *integrarem-se*. Portanto, são eles – os *inimigos sociais* – os homens abandonados (ou todos, porque não se sabe quem será o próximo que será *deixado*), embora todos sejam portadores do anelo da *sacralidade (direitos como a vida e a liberdade)*.<sup>8</sup> Trata-se do *homo sacer*:

Obscura figura jurídica do direito romano arcaico, aplicada ao homem que se encontrava simultaneamente fora da legislação humana e da legislação divina, que retinha em si a ambiguidade do sagrado, sendo simultaneamente sublime e monstruoso. O *homo sacer* é a figura por meio da qual a vida humana se inclui na ordem jurídica unicamente sob a forma de sua exclusão, pois constitui a figura jurídica daquele que pode ser morto por qualquer um, desde que tal morte não seja o resultado de um ritual ou processo jurídico. A expressão *sacer* indica uma vida absolutamente exposta a que se lhe dê a morte, objeto de uma violência

---

delituosa, seria tratado de forma específica, com a minimização das garantias e antecipação da proteção penal.

A corrente de política criminal denominada *Law and Order*, da doutrina americana, é a concretização, numa certa medida, da tese chamada Direito Penal do Inimigo.

Surgido na década de 70, nos EUA, o movimento da Lei e da Ordem foi elaborado a partir de uma sistemática violência contra grupos determinados – negros e latinos – dos subúrbios, com a consideração de que o crime é uma doença infecciosa. Assim sendo, a fim de que o corpo todo não seja comprometido (infectado), o infrator da lei (ser transmissor da doença) é tido como algo que precisa ser eliminado. (JESUS, 1997, p. 24-28).

<sup>8</sup> O aparato jurídico (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) passa a ser, a partir do rótulo ou da etiqueta que as minorias (desfavorecidos, desempregados, despossuídos etc.) ostentam, o de separador entre os que são “do bem” e os que são “do mal” e, pelo fato de estes serem portadores da criminalidade potencial, após a divisão/separação, serão eliminados da convivência social e, como tais, esquecidos.

Esse esquecimento, aliás, é em si mesmo um mal porque caracteriza a face da proteção jurídica do ciclo econômico-vitalista, no qual o ser humano não figura como tal, mas sim como um *elemento* (ou célula) que não se integrou.

que excede tanto a esfera do direito como a do sacrifício. (DUARTE, 2004, p. 50).

Em suma, a um tempo o Estado de Direito assegurou-lhes o *direito de viver*, mas a outro, deixou-os à própria sorte, para *morrer*, razão pela qual sustenta-se que os *direitos* possuem esse caráter *bifronte* – *fazer viver e fazer morrer*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento dos direitos se deu concomitantemente com o arquétipo do Estado de Direito, sendo que o simples *nascere* já torna o homem *portador de direitos*. Todavia, o *nascer* também subordina a *vida nua* ao *poder* estatal que, em última análise, é um *poder sobre a vida*.

As contradições da contemporaneidade, hauridas no sistema capitalista e caracterizadas no binômio *econômico-vitalista* com os aspectos *trabalhar para consumir* e *consumir para trabalhar*, provocaram o deslocamento do mister protetivo do Estado de Direito sobre a *vida e a felicidade* do *animal laborans* para o próprio *ciclo vital* e, como o sistema não alberga a todos, muitos são relegados à margem.

Os ideais protetivos da *vida* e da *felicidade*, por serem supremos dentro do Estado de Direito e por se encontrarem envoltos no ciclo *econômico-vitalista*, exige que tudo seja feito para serem mantidos, inclusive com o uso da *violência*. Tal situação instaura uma simbiose de *violência* e de *poder*, presentificando a *violência* como *elemento totalitário* no recesso da democracia.

A *violência*, embora caracterizada como *meio* ou *instrumento* para a manutenção do próprio *poder*, acaba transformada em um mecanismo de finalidade última, uma vez que se insere no aparato de estado como necessária para manter o *status* de *vida* e de *felicidade* do *animal laborans*, e, portanto, também toma a feição de um *ciclo*, i.é, os que estão à margem ou fora do sistema capitalista infringem as regras para adentrar e há necessidade do emprego de *violência* para mantê-los fora, portanto, *violência* de alguns para adentrar e *violência* do aparato estatal para mantê-los fora.

Essa *violência*, nos dias atuais, está enraizada como um *elemento* do próprio *poder* na democracia de massa, e sua ligação com

o *ciclo vital* é visível. Assim, sendo o *direito* um dos aparatos do *poder*, resta caracterizado o compromisso do próprio *direito* com o *ciclo vitalista* e, conseqüentemente, também investido do aspecto da *violência*.

Nesse contexto, como esse modo de vida geralmente não abrange a todos, confirma-se que o *homem*, no atual Estado de Direito, está *abandonado*, apesar de ser portador de direitos pelo simples nascimento (*fazer viver*) e ostentar o anelo da sacralidade, pois, é ceifado pelo próprio aparelho de estado (*direito enquanto ordenamento*) devido à sua condição de *exposto* (*fazer morrer*).

## BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ANDRADE, Vera Regina. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUARTE, André. *Modernidade, Biopolítica e Violência: a crítica arendtiana ao presente*. In: DUARTE, A.; LOPREATTO, C.; BREPOHL, M., (Orgs.) *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2004.

DUARTE, André. *De Michel Foucault a Giorgio Agamben: a trajetória do conceito de biopolítica*. Porto Alegre: Editora da PUCRS, 2008.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2005.

GALVAN, Césare Giuseppe. *Na "idade do conhecimento": comunicação entre coisas ou entre pessoas?* Disponível em: <http://www.fundaj.gov.br/>. Acesso em: 15 mar. 2010.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. *Sobre Direitos Humanos na Era da Bio-Política*. Belo Horizonte: Kriterion, 2008, v. 49, n.118, p. 267-308.

GUERREIRO, António. *Uma introdução à biopolítica*. Disponível em: <http://www.culturgest.pt>. Acesso em: 17 abr. 2011.

JAKOBS, Günther; MELLIÁ, Manuel Cândio. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JASPERS, Karl. *Iniciação Filosófica*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

JESUS, Damásio Evangelista de. Sistema Penal Brasileiro: execução das penas no Brasil. *Revista Consulex*. Brasília, v.1, n.1, 1997, p. 24-28.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

NEVES, Maria Helena de Moura. *O pensamento político em Eurípedes*. São Paulo: Revista de Letras, 1980.

PIEPER, Josef. *Que é filosofia?* São Paulo: Loyola. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>. Acesso em: 17 abr. 2011.



# 7

## APONTAMENTOS SOBRE A IMPARCIALIDADE NA BUSCA PELA JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO: IMPLICAÇÕES FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS E AS DIFICULDADES PRÁTICAS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

### SIMBOLOGIA

Pode-se afirmar que imparcialidade sempre foi a *conditio sine qua non* da Justiça. Desde os tempos mais remotos que se inclui este atributo aliado ao ideal de Justiça. O julgador, transportado nas mais diversas faces do imaginário coletivo, figurado como Deus, semideus, santo, pajé, juiz, árbitro, compositor, conciliador, sempre traz consigo a marca da imparcialidade.

Na mitologia, a Deusa Maat, cujo nome alguns atribuem a origem à palavra magistrado, carregava uma pena de avestruz, alegoria que significava o coração e consciência, e que era colocada em um dos pratos de uma balança para que o julgamento fosse justo. No mito de Maat, a balança representa o primeiro símbolo de busca pela equivalência, de cujo princípio da imparcialidade é dele decorrente.

A ideia de peso e contrapeso sob uma questão posta, sopesando ambos os lados da balança com fatos e argumentos, visa nivelar os pratos, deixando-os retos, no mesmo nível. Os gregos adotaram

também o símbolo e continuaram a expressar a ideia de Justiça na imagem de mulher empunhando uma balança. Dikê ou Justitia também conhecida como Dice, ou ainda, Astreia, era filha de Zeus e Têmis, segundo uma linha mitológica. Portava também uma cornucópia. Posteriormente, os artistas do século XVI, no chamado Estado Moderno, colocaram venda nos olhos da Deusa, significando a cegueira total, imune de quaisquer interferências externas que pudessem influir no julgamento, e ainda acrescentaram a espada, simbolizando força. Atualmente, emprega-se uma nova leitura simbólica no sentido de retirar a venda dos olhos. Para realização da justiça é preciso estar atento ao que emana da sociedade, aos fatos da vida, e não só ao que chega e é depositado num dos pratos da balança mecanicamente. A balança da Justiça não pode se equivaler à utilizada no açougue ou no supermercado onde se deposita a compra e se extrai o valor exato, pesado milimetricamente e se obtém o valor computadorizado da compra, até em centavos. É preciso, acima do peso exato, estar alerta à mercadoria que foi colocada no prato, e de olhos bem abertos.<sup>1</sup>

## O PASSADO. MATIZES HISTÓRICAS

O Estado Moderno foi o período em que se deu muita ênfase ao atributo da imparcialidade para realização do direito. Devido aos desmandos autoritários e absolutistas retirou-se em grande parte do juiz *o imperium* de ditar o Direito, como ocorria na época romana. Do juiz

<sup>1</sup> Damásio de Jesus, em artigo denominado *Os olhos abertos de Thêmis*, a Deusa da Justiça diz “Tirando-lhe a venda, eu a liberto para que possa ver. Por não ser necessário ser cego para fazer justiça, minha Justiça enxerga e, com olhos bons e despertos, é justa, prudente e imparcial. Ela vê a impunidade, a pobreza, o choro, o sofrimento, a tortura, os gritos de dor e a desesperança dos necessitados que lhe batem à porta. E conhece, com seus olhos espertos, de onde partem os gritos e as lamúrias, o lugar das injustiças, onde mora o desespero. Mas não só vê e conhece. Age. A minha, é uma Justiça que reclama, chora, grita e sofre. Uma Justiça que se emociona. E de seus olhos vertem lágrimas. Não por ser cega, mas pela angústia de não poder ser mais justa.” No mesmo sentido Rui Portanova... ” é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados... o mais correto é manter os olhos bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las. Vide ainda sobre o reconhecimento de um papel mais ativo do magistrado no processo, José Carlos Barbosa Moreira (*Reflexões sobre a imparcialidade*) e Antônio Carlos Marcato, entre outros.

que ditava o direito passou-se a decidir o litígio só e rigorosamente preso à lei, sem margem de interpretação. Do *Ius* transportou-se para a *Lex*, cegamente, numa atividade mecânica, asséptica. Daí a ênfase extremada do princípio da imparcialidade; e por isso mesmo, impunha-se a venda nos olhos da Têmis e do julgador.

## O PRESENTE

Os pensadores: na filosofia, nas ciências sociais e na política.

Do sentido figurativo e da imparcialidade judicial como qualidade intrínseca do juiz no ato de julgar alargou-se sua ideia para servir como valor axiológico abstrato a ser alcançado para realização e distribuição de Justiça. Nesta acepção ampla pode-se atribuir a imparcialidade como questão não só de técnica judicial para julgamento, mas como questão de Justiça social, no plano jusfilosófico. Vários autores consagrados abordam com profundidade, não podendo deixar de citar duas teorias mais conhecidas sobre o assunto, como a teoria de John Rawls (1971) da justiça<sup>2</sup> em seu livro *Justiça como Equidade*, que é alvo até hoje de crítica pelo grupo dos comunitaristas, por entenderem ser uma teoria muito abstrata. O ponto central da teoria de Rawls é a imparcialidade, isto é, os resultados só são selecionados em uma situação de escolha imparcial. Por esta teoria, um véu de ignorância é o caminho adequado para alcançar a imparcialidade. Se as pessoas não conhecem suas próprias posições na sociedade elas vão tomar uma posição imparcial para apreciar diferentes princípios de justiça. Além de Rawls, outros como David Hume (1888), Adam Smith (1897) consideraram a imparcialidade como central para a seleção dos princípios da moralidade, seja na administração da coisa pública, seja na realização de justiça. Merece registro também a obra de Barry Brian, com seu famoso livro *Justiça como Imparcialidade*.

## O FUTURO

### IMPARCIALIDADE (NÃO JUDICIAL) COMO PRINCÍPIO NO CAOS DO DIREITO CIBERNÉTICO

Em total contraponto ao Direito normatizado e regulado por regras fixas, competências territoriais, etc., não poderia deixar de inserir

<sup>2</sup> RAWLS, John. *Teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

neste novo modelo de relações humanas, e que mesmo sem normatização, sem território delimitado, já é considerado para alguns constitucionalistas como a quinta geração dos direitos humanos fundamentais,<sup>3</sup> o direito cibernético, caótico, desordenado, incipiente, procura tatear regras para sua utilização. Um dos exemplos mais ilustrativos desta tentativa de uma busca pela organização caótica pelo viés da imparcialidade é extraído da maior enciclopédia do mundo, Wikipédia, chamada de enciclopédia livre da internet, com 17 milhões de verbetes, em 274 diferentes línguas, com utilização por mais de 408 milhões de internautas, cuja característica é ser aberta ao público para elaboração, aperfeiçoamento, complementação de verbetes, e muito em voga na atualidade por sua agilidade e facilidade e interação. Mesmo sem direito, sem regras, não judicial, anárquico, o Wikipédia “intuitivamente” se impôs o princípio da imparcialidade<sup>4</sup> como política “oficial”, assim orienta: “*princípio da imparcialidade é um princípio adotado pela Wikipédia para lidar com assuntos controversos. Segundo este princípio, os artigos da Wikipédia devem ser imparciais, ou seja, devem ser escritos em uma forma com a qual ambos (ou todos) os lados envolvidos possam concordar com ele. Por exemplo, ao lidar com temas religiosos, o artigo deve estar escrito de forma a que seguidores da religião em questão, seguidores de outras religiões, ateus e agnósticos possam aceitá-lo*”.

## II

### IMPARCIALIDADE JUDICIAL: ACEPÇÕES E CORRELATOS

Em acepção mais restrita, nem sempre é fácil definir e delimitar a expressão. Alguns vocábulos análogos, correlatos, muitas vezes se confundem, e são comumente utilizados como sinônimos, tais como

<sup>3</sup> ALCEBÍADES JÚNIOR, José. *Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção*. Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08\\_846.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf)>.

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Princ%C3%ADpio\\_da\\_imparcialidade](http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Princ%C3%ADpio_da_imparcialidade)>.

neutralidade, impessoalidade, independência, o que cria confusão quanto à abrangência do léxico. Os dicionários oferecem conceitos similares dando-os muitas vezes como sinônimos.<sup>5</sup> Para tanto, mister se faz estabelecer alguns marcos conceituais diferenciadores para melhor compreensão do vocábulo. Após tentarmos chegar perto do significado mais próximo da imparcialidade, cuja definição é complexa.

A **Neutralidade Judicial** é a *indiferença do indivíduo diante de um quadro que apresenta posições antagônicas*.<sup>6</sup> José Carlos Barbosa Moreira, citando monografia alemã<sup>7</sup> sobre a diferença entre imparcialidade e neutralidade, diz que a última palavra sugere uma abstenção de intervir (*Nicht-Intervention*), um distanciamento em relação o litígio (*Vom-Konflikt-Fernbleiben*), e expressa justamente o contrário do que se espera dele, e acrescenta que não há como se pretender que o juiz seja neutro no sentido de indiferente ao êxito do pleito e acrescenta: “Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito”.<sup>8</sup> Em sabatina ao Senado Federal para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF –, no dia 08/02/2011, o Ministro Luiz Fux defendeu o ativismo judicial e o fim do “mito da neutralidade do juiz” diante de pessoas sem condições financeiras e intelectuais que procuram a Justiça. E afirma mais: “É um princípio de defesa da própria humanidade e que os juízes devem aplicá-lo dioturnamente. O princípio estabelece que o juiz deve dar tratamento equânime às partes. A população carente precisa de um tratamento diferente. Não é digno assistir a um litigante perder uma causa porque não tem meios de arregimentar provas”.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> DICIONÁRIO Houaiss, verbete imparcialidade, p. 1.578 e 2.004 e DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. II, p. 766.

<sup>6</sup> MARTINS, José Renato da Silva. *O dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 69.

<sup>7</sup> RIEDEL. *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters – Befangenheit und Parteilichkeit – im deutsschen Verfassungs – und Verfahrensrecht*. Berlim, 1980, p. 13.

<sup>8</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Imparcialidade: Reflexões sobre a imparcialidade do Juiz. *RJ*, n. 250, p. 5, ago. 1998.

<sup>9</sup> O GLOBO, 09/02/2011, sob o título *Na sabatina, Luiz Fux defende o fim do ‘mito da neutralidade do juiz’*.

A **independência judicial**, por sua vez, trata de garantias asseguradas ao magistrado por meio de vencimentos, com a finalidade de não sofrer pressões políticas que possam afetar no seu julgamento. Enquanto a independência do juiz é consagrada objetivamente, a imparcialidade é mais uma questão privada. É uma virtude. A primeira significa que não deve haver subordinação alguma, enquanto a segunda, a ausência de qualquer prejuízo, a paixão, a fraqueza, ou sentimento pessoal. A primeira é para ser analisada em relação a um terceiro, enquanto a última é vista em relação ao próprio magistrado.

**Impessoalidade** é ausente de preferências e tendências, enquanto a imparcialidade é impossível de existir “*pura*” em essência, é, pois, uma abstração, se considerarmos que haja sempre a defesa de um interesse, ainda que seja, o interesse estatal de realização do bem comum, sob medida do justo.<sup>10</sup> Divide-se a doutrina em três linhas básicas sobre o Princípio da Impessoalidade 1) como sendo faceta do princípio da igualdade; 2) no sentido de que é a mesma coisa que a igualdade e 3) significando tudo aquilo que a Administração Pública faz por meio dos seus agentes há de ser havido como feito por ela, retirando-se, portanto, qualquer conotação com o servidor autor direito do feito. O princípio da impessoalidade tem assento na Constituição, artigo 37, e está ligado mais à Administração Pública.

**Imparcialidade judicial**, na visão de Werner Goldschmidt, consistiria em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do juiz. Ao que parece, o que propõe o respeitado processualista se aproxima da doutrina fenomenológica do filósofo Edmund Husserl, chamada de *époché*, ou seja, uma contemplação desinteressada sobre o fenômeno investigado. Tautologicamente, imparcialidade significa ou pressupõe uma garantia que caracterize a ausência de parcialidade, isto é, aquilo que não é parcial. Uma boa forma de entender e de se chegar ao conceito é pelo seu antônimo, pela compreensão do termo **parcialidade**. Por sua vez, parcialidade, consiste em ser tendencioso, que toma partido, que favorece uma das partes, com ou sem dolo.

<sup>10</sup> CARMO, Suzana J. de Oliveira. *Princípio da Imparcialidade ou da Impessoalidade: Qual deles Garante o Devido Processo Legal?*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 24 ago. 2009. Disponível em: <[www.investidura.com.br/ufsc/113-direito-constitucional/4168](http://www.investidura.com.br/ufsc/113-direito-constitucional/4168)>. Acesso em: 11 jan. 2011.

Como dito, ser imparcial significa ter a capacidade de suspender, colocar entre parênteses, afastar juízos subjetivos que possam afetar a investigação e o julgamento sobre determinada causa. Neste sentido, quando isto não ocorre, diz-se, em linguagem jurídica, que a decisão está eivada de vício de capacidade subjetiva do julgador.

Para José Carlos Barbosa Moreira, considerado referência em Direito Processual “o juiz imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes.”<sup>11</sup> É assegurar às partes igualdade de tratamento.

### III

## TERMÔMETRO AFERIDOR DAS TENDÊNCIAS E NÍVEL DE PARCIALIDADE NO JUDICIÁRIO

### ESTUDOS SOCIOLÓGICOS JUDICIAIS – O QUE PENSAM OS JUÍZES

A sociologia tem-se encarregado de estudos abrangentes sobre o tema. Em 2006, estudo realizado pela pesquisadora sênior do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej) Maria Tereza Sadek, para a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB),<sup>12</sup> constatou que a Justiça Estadual foi considerada com o maior grau de imparcialidade de todas, seguida para a Justiça Eleitoral (que também é composta por Juízes Estaduais) e depois para a Justiça Federal.

	Bom/boa	Regular	Ruim	NR/S. op.
Justiça Estadual	59,4	24,3	11,4	4,9

<sup>11</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Imparcialidade: Reflexões sobre a imparcialidade do Juiz. *RJ*, n. 250, ago. 1998.

<sup>12</sup> SADEK, Maria Tereza (Coord.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro; FGV, 2006.

Justiça do Trabalho	40,5	23,5	14,6	21,4
Justiça Federal	48,8	21,7	11,1	19,4
Justiça Eleitoral	53,4	18,9	12,0	15,7
Justiça Militar	24,0	15,6	9,7	50,7
TST	30,3	21,0	11,3	37,4
STJ	40,0	27,1	16,4	16,5
STF	28,1	26,3	31,7	13,9

Constatou-se, ainda, que mais de 83,8% dos magistrados da ativa, afirmaram que a decisão deve ter compromisso com as consequências sociais e mais de 40% afirmam que se deve ter compromisso também com as consequências econômicas.

	Ativa	Aposentado	Total
Parâmetros legais	87,1	84,9	86,5
Compromisso com as consequências econômicas	40,5	25,4	36,5
Compromisso com as consequências sociais	83,8	64,1	78,5

Sendo interessante sublinhar que o tempo de magistratura influencia em muito sobre o compromisso com as consequências sociais e econômicas.

Conforme a pesquisa da renomada socióloga, no grupo com mais de 21 anos de carreira apenas 27,2% afirmam que as decisões devem ter compromisso com as consequências econômicas, contra quase 50% dos juízes mais novos, com até 5 anos de Judicatura.

No item do compromisso com as consequências sociais, 90% dos mais jovens levam em consideração, contra 64% dos juízes mais antigos.

## O QUE PENSAM OS CIDADÃOS

Já ao reverso, a imagem que o cidadão possui sobre a imparcialidade do juiz tem sido objeto de pesquisa pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) de publicação periódica denominada ICJ Brasil (Índice de Confiança na Justiça), cujo objetivo é acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro. Em sua segunda edição, em 2009, indicou o seguinte resultado:

Duvidam da Honestidade ou Imparcialidade do Judiciário:

Salvador	79,2%
Recife	78,70%
Rio de Janeiro	71,70%
São Paulo	71,40%
Belo Horizonte	68,50%
Brasília	67,40%
Porto Alegre	59,50%

Pelo resultado, percebe-se que o índice de credibilidade na imparcialidade do juiz é bastante baixo de um modo geral.

## O QUE REVELAM AS PESQUISAS DE CASOS

### Os Juízes Brasileiros favorecem a Parte mais Fraca?<sup>13</sup>

Com este título acima, pesquisa de relevo foi realizada e divulgada na Universidade da Califórnia. Na análise de 1.019 decisões judi-

<sup>13</sup> Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/26>.

ciais, o teste empírico apontou, em casos de alienação fiduciária, para “um franco e consistente favorecimento da parte mais forte”.

Pela pesquisa constatou-se, de forma significativa, que uma parte mais forte (considerada aqui a que detenha mais poder econômico, melhor assistência de advogado para elaboração de contrato e de defesa) tem mais chance de ver o contrato mantido, se comparado a uma parte mais fraca que também tenha uma cláusula contratual a seu favor.

### **Robim Hood versus King John: Como os Juízes locais decidem casos no Brasil?**<sup>14</sup>

O subtítulo acima foi a monografia, baseada em pesquisa de campo de Ivan Ribeiro, premiada, ganhando o primeiro lugar da categoria profissional do Prêmio IPEA – Caixa, cujo orientador foi o Professor da USP Celso Lafer.

O estudo revela que a) uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder; b) uma parte com poder apenas local tem entre 26% e 38% mais chances de ser favorecida pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional, um efeito aqui batizado de subversão paroquial da justiça; c) nos Estados brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual não seja mantida pelo Judiciário. Passando-se, por exemplo, do grau de desigualdade de Alagoas (GINI de 0,691) para o de Santa Catarina (0,56) tem-se uma chance 210% maior de que o contrato seja mantido.

Na conclusão ressalta que os resultados da pesquisa enfatizam que a imparcialidade da justiça é essencial para o desenvolvimento econômico, e que o contrário desencoraja o investidor externo.

## **ESTUDO DE TENDÊNCIAS**

Outro mecanismo que visa aferir tendências dos magistrados e suas possíveis parcialidades surgiu recentemente, em 2007, com publicação chamada ANUÁRIO DA JUSTIÇA,<sup>15</sup> e que se propõe a in-

<sup>14</sup> Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=961425>.

<sup>15</sup> Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br).

dicar as tendências de cada Ministro e oferece levantamento da geografia humana e doutrinária da cúpula do Judiciário brasileiro e um retrato do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores tem sido vendido nas bancas e em lojas especializadas de direito.

O ANUÁRIO, baseado em estatísticas e, ao que parece, com aval dos próprios julgadores, descreve as tendências de cada juiz da Corte, definindo previamente o perfil adotado pelos mesmos. Aponta qual a posição de cada julgador, tais como se o Ministro se mostra mais favorável ao Poder Público ou Setor Privado; ao contribuinte ou ao Fisco; ao Estado ou ao cidadão, e se é garantista ou se aplica nos termos da lei. Descreve ainda se o Juiz é legalista, jurisprudencialista ou doutrinador.

Tal foi a receptividade no meio forense que a publicação deixou de ser somente para os Tribunais Superiores e o ANUÁRIO, desde de 2010, passou a ser em nível estadual, analisando o perfil dos desembargadores integrantes dos Tribunais de Justiça.

Com a mesma fórmula aponta o perfil e a tendência de cada membro. O que antes era dito nos corredores dos fóruns como informação de bastidor, passou a ser divulgado para todos e em todos os níveis de Justiça. Não se pode negar que houve maior democratização destas informações.

Deve-se, neste aspecto, refletir, se por um lado ocorre a chamada previsibilidade dos julgamentos, criando uma impressão de maior segurança jurídica; por outro, estamos correndo o risco de ingressarmos numa espécie de policiamento ideológico do Judiciário das decisões destes juízes.

Não será difícil imaginar, quando determinado juiz por evolução de raciocínio, ou por mudança de posição, vier a ser questionado ou até mesmo acionado por suspeição ou impedimento porque fugiu ao que vinha decidindo até então. Ou ainda, para os maldizentes, insinuarem venda de sentença ou favorecimento proposital a determinada parte.

É bem verdade que com os avanços da tecnologia aliado aos dados que os juízes são obrigados a enviar periodicamente para os órgãos do CNJ e para as corregedorias, será muito fácil usar de estatísticas

para aferir-se o perfil de decisão de cada um dos mais de quinze mil magistrados do Brasil.

## IV

### CASUÍSTICAS PROCESSUAIS E PRÉ-PROCESSUAIS

#### PARTE IMPARCIAL?

#### IMPARCIALIDADE ADMINISTRATIVA

Outro aspecto que suscita questionamentos no que diz respeito à realização de Justiça são os chamados processos administrativos e ao que se refere ao Processo Penal para tratar do Ministério Público na relação jurídica processual penal. Na jurisprudência, inúmeras são as decisões administrativas contrárias no sentido de anular julgamentos administrativos sob suspeita de parcialidade.<sup>16</sup> De fato, pode parecer estranho a própria parte na relação jurídica estabelecida decidir questão afeta a ambos, pois há quebra de igualdade no tratamento dispensado, já que o julgador é, em tese, interessado e comprometido no encaminhamento da demanda. Como seria possível a parte ser imparcial?

A Professora Ada Pellegrini Grinover, ao discorrer sobre o assunto, assevera que:

Da Administração há que se exigir, *se não imparcialidade*, quando menos o atributo da impessoalidade, para que o resultado da atividade estatal não acabe resultando em desvio de poder e de finalidade.<sup>17</sup>

Pela leitura se infere da dificuldade de se exigir da Administração Pública, na qualidade de parte, a total imparcialidade sobre a causa,

<sup>16</sup> CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1520, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10344>>.

<sup>17</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais. Princípios aplicáveis à Administração: imparcialidade e impessoalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out. 2006.

mas pelo menos a impessoalidade. A conceituada processualista, no mesmo artigo, ainda prefere chamar de impessoal este atributo no que se refere à Administração Pública, evitando a terminologia judicial e fala *é fator assecuratório de imparcialidade (ou de impessoalidade, pensando na Administração)*.

## NO PROCESSO PENAL

### NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS

O Júri surgiu com maior ênfase com os pensadores liberais e tendo como preocupação deter os julgadores e de garantir qualquer possibilidade de manipulação e parcialidade.

Muito conhecido nos países de origem anglo-saxônica, onde o Júri é muito difundido, os jurados são obrigados a proferir decisão unânime, isto é, os membros não que encontrar uma decisão por todos aceita e somente é proferida quando todos concordam com o veredicto. Enquanto o Júri não chega a um entendimento comum e unânime não se conclui o julgamento, podendo levar muito tempo as discussões na sala secreta até alcançar esta uniformidade de entendimento; caso tal não ocorra, se não houver unanimidade, o Júri é desfeito e não há julgamento. Nos Estados Unidos, os grandes escritórios investigam a vida de cada integrante do corpo de jurados para depois prepararem suas defesas no plenário. O filme “O Júri”<sup>18</sup> adaptado do livro de John Grisham, professor de Direito da conceituada Universidade de Harvard, e que já teve vários de seus livros adaptados para o cinema, retrata bem este tipo de estratégia da defesa para se alcançar um veredicto favorável ao seu cliente.

Embora no filme haja evidente exagero nos métodos utilizados, muitos deles ilegais, o fato é que a parcialidade dos jurados é manipulada pelo advogado, que joga com as informações extralegais e pessoais de cada integrante do conselho de sentença.

Ao contrário, nos tribunais compostos dos hebreus, quando todos os julgadores sentenciam em unanimidade o Júri é anulado, porque presume-se que houve algum tipo de fraude, corrupção ou conluio, pois é impossível todos pensarem da mesma forma e chegarem

<sup>18</sup> EUA, 2003, Direção: Gary Flede.

à mesma conclusão. Para os julgamentos dos hebreus a unanimidade é nula.

Conclui-se, portanto, que não há uma solução uniforme quanto a uma forma de se vedar completamente a verdadeira imparcialidade.

No Brasil, a experiência tem mostrado que os jurados traduzem a verdade local, a moral do lugar onde ocorreram os fatos, pois julgam muitas vezes à base de pressão local, conhecimento familiar e de amizades, por preconceitos, embora haja vários dispositivos legais que buscam minimizar tal parcialidade como o que proíbe de servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado à semelhança do que ocorre com o juiz togado.

Muitos outros obstáculos são apontados pela doutrina e observáveis na prática judicial. Nas comarcas do interior, o magistrado julga, condena, e é o mesmo que cuida dos benefícios de saída do apenado. Resta, de certo modo, passível de crítica tal procedimento. Alguns autores sustentam que o princípio da imparcialidade deve ser resguardado de tal maneira que se o Ministério Público pede absolvição do acusado, o juiz é obrigado a sentenciar no sentido da absolvição com base da doutrina do garantismo penal de Ferrajori.

Outra situação que causa embaraços é a do juiz que defere até mesmo de ofício prisão preventiva e é o mesmo que sentencia a ação penal. Tal situação visivelmente inconveniente em termos de afastar-se a imparcialidade no julgamento. Para esta situação, o novo CPP<sup>19</sup> propõe para preservar a imparcialidade do juiz em introduzir a figura do *juiz degarantias*, cuja atuação ocorre somente na fase investigatória, responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, tais como aplicação das medidas cautelares entre outras previstas no art. 5º do Novo CPP. A finalidade é de manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação, e assim preservar a imparcialidade do juiz da causa, que não atuou na fase investigativa. Tal solução encontra óbice no que diz respeito às comarcas do interior

<sup>19</sup> Texto aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010.

porque inviabilizará a sua aplicação por questão de falta de juízes para tal, tendo em vista que mais de 60% das varas do país possuem apenas um juiz.

## NO PROCESSO CIVIL<sup>20</sup>

O princípio do dispositivo prevalece em Processo Civil, mas como se sabe atualmente é mitigado. Vários acórdãos buscam vedar a iniciativa do juiz no que tange ao princípio do dispositivo.<sup>21</sup> Prevalece no Processo Civil a verdade formal e, portanto, a iniciativa do juiz é bem menor do que no Processo Penal.

## NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Alguns autores costumam apontar questões relativas a possível imparcialidade na Justiça do Trabalho,<sup>22</sup> porque este tipo de justiça especializada, existente principalmente na América Latina, favoreceria um desequilíbrio no tratamento das partes, posto que supostamente haveria uma tendência por parte do julgador ao favorecimento do empregado, por ser a parte mais fraca na disputa.

Na realidade, acredito ser uma premissa destituída de comprovação estatística porque na experiência e nos corredores da Justiça do Trabalho os juízes são taxados de pró-empregado ou pró-empregador, por suas tendências nos julgamentos.

<sup>20</sup> Vide arts. 134 e 135, do CPC.

<sup>21</sup> STJ, Resp 55906, 2º T., rel. Min. Ari Pargendler, DJ 03/02/1997, p. 688. A arguição de prescrição pode se dar, a qualquer tempo, nas instâncias ordinárias, mas deve ser manifestada expressamente, não podendo o juiz – sem ofender o princípio dispositivo, que é correlativo a imparcialidade que deve manter na condução do processo – suprir, por presunção, omissão da parte.

<sup>22</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Imparzialità del Giudice e Giusto Processo*: “Questo succede in gran parte ancora oggi in America Latina con i giudici del lavoro e i giudici minorili, da sempre occupati ad ovviare la disuguaglianza dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro e dei minorenni in stato di abbandono, il cui interesse superiore devono privilegiare sempre”. Disponível em: <http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/Bari/Imparcialidad%20Bari%20en%20italiano%20FINAL.pdf>.

## VI

**A IMPARCIALIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Diversos são os diplomas internacionais oficiais e de associações e ONGs que preveem o princípio da imparcialidade como norteador de todo o sistema e consagrando-o como direito fundamental.<sup>23</sup> Ocorre que embora não esteja previsto expressamente na Constituição brasileira, corrente respeitada de doutrinadores tem entendimento de que se trata de princípio implícito porque relacionado aos conceitos básicos jusfundamentais materiais, tais quais os de dignidade, liberdade e igualdade. E sendo considerada a imparcialidade neste patamar, deve-se invocar o artigo 5º, § 2º da CF/88, que prevê que o reconhecimento

<sup>23</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, Paris, 1948) e O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966); A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Conferência Internacional dos Estados Americanos, Columbia, 1948); - A Declaração dos Direitos Humanos no Islã (Organização da Conferência Islâmica do Cairo, 1990); - A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Conselho da Europa, Roma, 1950- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, São José da Costa Rica, 1978); Aliança “, Costa Rica, 1978); A Carta Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, 1981; A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades (anexo ao de 1982 Constituição); Os Princípios Básicos sobre a Independência do Judiciário (ONU, 1985); A Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juizes (Conselho da Europa, 1998A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Conselho, Nice, 2000); -. Convenção sobre os Direitos Humanos; Parecer nº. 3 sobre os princípios e, regras de conduta profissional dos juizes, nomeadamente no campo da ética, conduta incompatível e imparcialidade - do Conselho Consultivo Conselho de Juizes Europeus do Conselho da Europa, 2001 e 2002- O Estatuto Universal do Juiz (Associação Internacional de Juizes, 1999). - Projeto de Declaração Universal sobre a independência da justiça (“Declaração Singhvi”, 1989); Pequim Declaração de princípios da Independência do o Poder Judiciário na Região LAWASIA (Ásia-Pacífico Legal Association, 1995); A Declaração de Caracas (A Cúpula Ibero-Americana de Presidentes de Cortes Supremas e Tribunais de Justiça, de 1999); A Declaração de Beirute (Conferência Árabe da Justiça, 2003); Os Princípios de Bangalore da Conduta Judicial (UNODC, Judiciária Grupo de Reforço Integridade Judicial, 2001); - Declaração sobre os Princípios da Independência Judicial – Código de ética dos Magistrados, Publicado no *DJ*, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008 art. 1º e arts. 252 e 254, CPP e 134 e 135, CPC.

expresso dos direitos e garantias não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como no caso.

Assim, por ter o Brasil aderido, entre outras, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e ao Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, incorporou, deste modo, ao seu rol de direitos fundamentais a imparcialidade, sendo erigido portanto a um princípio constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALCEBÍADES JÚNIOR, José. *Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção* – Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08\\_846.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf)>.

CARMO, Suzana J. de Oliveira. *Princípio da Imparcialidade ou da Impessoalidade: Qual deles Garante o Devido Processo Legal?*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1520, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10344>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. II, p. 766, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais. Princípios aplicáveis à Administração: imparcialidade e impessoalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out. 2006.

MARTINS, José Renato da Silva. *O dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Imparcialidade: Reflexões sobre a imparcialidade do Juiz. *RJ*, n. 250, p. 5, ago. 1998.

RAWLS, John. *Teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RIEDEL. *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters – Befangenheit und Parteilichkeit – im deutschen Verfassungs – und Verfahrensrecht.* Berlin, 1980.

SADEK, Maria Tereza (Coord.). *Magistrados: uma imagem em movimento.* Rio de Janeiro: FGV, 2006.

# 8

## A HERMENÊUTICA CONTRATUAL E OS PLANOS DE SAÚDE EMPRESARIAIS

**Rogério Medeiros Garcia de Lima**

“No apogeu do Renascimento, quando a perspectiva exaltante de que o homem, enfim, graças à extraordinária acumulação de conhecimentos, tornar-se-ia ‘senhor e possuidor da natureza’, Rabelais advertiu, pela boca de um de seus personagens, que ‘ciência sem consciência é a ruína da alma’. (...)”

“A ciência jurídica, despida de consciência ética, arruína a sociedade e avilta a pessoa humana. E esse resultado funesto produz-se de modo ainda mais humilhante e ignominioso quando os agentes da desumanização jurídica são justamente aqueles a quem se confiou a missão terrível de julgar os seus concidadãos”

(Fábio Konder Comparato, Saudação aos Novos Juízes, 1997).

Imaginemos hipotético contrato de plano de saúde empresarial, firmado entre pessoa jurídica empregadora e a operadora do plano.

Sem que os empregados beneficiários fossem notificados, a hipotética empregadora rescindiu unilateralmente o contrato com a operadora do plano de saúde, antes do termo final de sua vigência.

Um dos empregados beneficiários (ou dependente dele), ainda por hipótese, necessita se submeter a procedimento médico de urgência, dentro do prazo previsto para a vigência do ajuste. A operadora alega a sobredita rescisão e recusa a cobertura solicitada.

Indaga-se: a rescisão unilateral do contrato, pela pessoa jurídica empregadora, sem que os empregados beneficiários fossem notificados do ato, produz efeitos com relação a estes últimos? É possível

AMAGIS JURÍDICA – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS | BELO HORIZONTE | ANO III | N. 5 | JAN. /JUL. 2011

obter antecipação da tutela, perante o Poder Judiciário, para obrigar a operadora do plano de saúde à cobertura de urgência?

É a questão que abordaremos neste artigo.

Os planos de saúde, ainda que diferentes dos contratos de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de forma semelhante. Uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum, cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de grupos constituídos (LOPES; PASQUALOTTO, 1999).

Uma seguradora ou uma administradora de planos de saúde deve ser percebida como uma intermediária e uma gestora. Gere recursos captados do público em geral. Ao lado do aspecto financeiro que a atividade adquire, sua função é nitidamente distributiva, ou seja, alocar a cada segurado ou participante do plano, segundo as cláusulas de adesão ao fundo, parte suficiente da receita capaz de cobrir os riscos contratados. O seguro tem caráter de *mutualidade*, no sentido de solidariedade em fundo comum.

O fundo deve ser gerido de modo a permitir sua permanente solvabilidade e liquidez. Tratando-se de uma empresa capitalista, sua função é também gerar lucro para distribuí-lo aos sócios ou acionistas. José Reinaldo de Lima Lopes, contudo, adverte:

Há grandes grupos econômicos e há, eventualmente, pequenos hospitais que estabelecem formas quase cooperativas com seus consumidores. Esta diferença terá relevância na avaliação dos casos concretos.

Adalberto Pasqualotto (LOPES; PASQUALOTTO, 1999) também comenta a natureza dos planos de saúde: “É da natureza do contrato de seguro a indenização do prejuízo resultante de riscos futuros. Dessa raiz não se desgarrou o seguro-saúde”.

Refleta-se que a saúde é um bem distinto de outros bens de consumo, pois não é descartável e nem se separa do corpo e da vida da pessoa (LOPES; PASQUALOTTO, 1999). Logo, o exercício do comércio na área da saúde requer regras próprias. Mesmo em sociedades rotuladas de liberais, impõem-se restrições à atividade privada. Nos Estados Unidos, por exemplo, inexistindo sistema público universal de saúde, a *indústria médica* é altamente regulada.

No Brasil, os consumidores foram beneficiados pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), legislação moderna e generosa, e por uma jurisprudência claramente favorável a eles.

Utilizam-se as regras da nova teoria contratual, espelhada no CDC. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em seus julgados, parte de algumas presunções: a) saúde é um bem cuja defesa não se confunde com a defesa da propriedade ou de outros bens de consumo, e b) os danos à saúde são irreversíveis, do ponto de vista do consumidor, em oposição ao interesse patrimonial, mais facilmente reparável, das administradoras de planos de saúde.

Aquele Tribunal vem aplicando as regras da teoria contratual do Código de Defesa do Consumidor que permitem a revisão das cláusulas contratuais.

Mesmo com a edição da nova lei sobre planos e seguros privados de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 03.06.1998), o quadro não se modifica, segundo a opinião dos consumeristas (embora haja divergências doutrinárias).

É a lição de Lima Lopes (LOPES; PASQUALOTTO, 1999):

Em primeiro lugar destaco que a nova lei trata o adquirente de um plano ou seguro de saúde como consumidor. Isto é o bastante para dizer que a lei se insere no âmbito do direito do consumidor e se tomarmos os princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor como princípios gerais do direito do consumidor, como norma base (mesmo que de igual hierarquia), podemos facilmente concluir que os princípios gerais da teoria contratual que fundamentaram as decisões do Tribunal paulista ou, mais propriamente, a atitude do Tribunal em compreender o caráter tutelar do direito do consumidor, continuam valendo. Importante, por isto, aprofundar a lógica das decisões e das normas que as possibilitaram, as quais, a meu ver, continuam plenamente aplicáveis.

Além disso, a lei, justamente por ser explicitamente uma norma de direito do consumidor, precisa ser interpretada no seu caráter tutelar. Ela não veio para regular a competição entre as empresas de saúde, ela tem por objetivo regular contratos de adesão, que são de massa, contratos de consumo e garantir a estabilidade e a liquidez das operadoras, impondo-lhes restritivamente certas regras técnicas. A própria lei faz expressa referência ao Cód-

go de Defesa do Consumidor, pois em seu art. 3º dispõe que a regulamentação dos planos privados de assistência à saúde ali prevista não exclui, no que couber, a regulamentação das Leis 8.078/90 e 8.080/90.

São as seguintes as normas contratuais aplicáveis: a) existência de plano-referência (art. 10), b) possibilidade de oferta de planos com redução ou extensão da cobertura assistencial e do padrão de conforto em relação ao plano-referência (art. 12), c) variação de contraprestações pecuniárias em função da idade (art. 15), d) critérios de reajuste (art. 16, XI, e) disposições sobre desempregado que fazia parte de plano coletivo decorrente de relação de emprego (art. 30) e sobre aposentado (art. 31), e f) obrigatoriedade de ressarcimento dos atendimentos feitos pelo SUS aos consumidores de planos privados (LOPES; PASQUALOTTO, 1999).

Em nosso caso hipotético, deve ser lembrado que a antecipação dos efeitos da tutela é prevista pelo artigo 273 do Código de Processo Civil e tem como requisitos: a) existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações e b) risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. Quanto à verossimilhança das alegações preleciona Humberto Theodoro Júnior (2004:572):

Refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua reparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.

Na hipótese abstratamente ventilada, o beneficiário do plano de saúde empresarial – ou dependente seu – possui farta prova documental apta à verificação, em cognição preliminar, da presença do requisito verossimilhança das alegações. O empregado beneficiário efetuava o pagamento das prestações contratuais mediante desconto em folha de vencimentos. O evento, cuja cobertura pela operadora foi solicitada, ocorreu no curso da vigência prevista originalmente pelo ajuste.

*O receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, evidencia-se pela probabilidade de prejuízo grave, caso o paciente não seja aten-*

dido. O fato é devidamente comprovado por relatório médico juntado aos autos.

Luiz Guilherme Marinoni (1988:20-21) destaca ser a morosidade dos processos o principal problema da Justiça Civil em nosso País. O procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre seus direitos, em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade. Conclui o processualista paranaense:

A tutela antecipatória constitui o único sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento. Embora Chiovenda houvesse anunciado, com absoluta clareza e invulgar elegância, que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, e, ainda, que o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não quis enxergar o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor.

Carlos Alberto Álvaro Oliveira analisa o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais (*Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, 26/653-664). O processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública, indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica. É instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais. Logo, impõe-se considerar o processo como direito constitucional aplicado. Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Não se trata mais de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas também de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como

o processo é por ele conduzido. Ressalta a importância dos direitos fundamentais, visto que criam os pressupostos básicos para uma vida repousada na liberdade e na dignidade humana. Dessarte, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, extremado-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.

De outra parte, a alegada rescisão unilateral do contrato pela pessoa jurídica empregadora não era do conhecimento do hipotético segurado beneficiário e seus dependentes.

A hipotética operadora poderá invocar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas se trata de matéria pendente de dilação probatória.

Ora, não podemos desprezar os preceitos da boa-fé. A ética impregnou o Direito Civil contemporâneo. Quanto ao *princípio da boa-fé*, já era definido doutrinariamente, segundo Orlando Gomes (1984:43):

Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato (grifos no original).

O preceito sobre boa-fé foi considerado por Miguel Reale o “*artigo-chave*” do Novo Código Civil (2003:75 e 77):

Em todo ordenamento jurídico há artigos-chave, isto é, normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas ‘para todo o sistema’.

Nessa ordem de idéias, nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de conseqüência como o art. 113, segundo o qual 'os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração' (...).

Boa-fé é, assim, uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.

O Código Civil de 2002 expressou o princípio da boa-fé objetiva. Na dicção de Álvaro Villaça Azevedo (2002:26/27):

Deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contrato; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa. (...)

Todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé (grifei).

Arnoldo Wald discorreu sobre a moderna concepção de contrato (Justilex, 20/20-21):

Nos últimos anos, deixou-se de conceber o contrato como decorrente ou representativo, necessariamente, de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* – a *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal. Em vez de adversários, os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fra-

ternidade e justiça. Já no início do século, alguns autores, como René Demogue, se referiam ao contrato como sendo ‘uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua’. Mais recentemente, outros autores desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar, no contrato, um ponto de equilíbrio necessário, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.

O novo Código Civil atentou para a necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais. Determinou que a liberdade de contratar deve ser “*exercida em razão e nos limites da função social do contrato*” (artigo 421, CC 2002).

João de Matos Antunes Varela acentuou (1973:196):

A evolução da vida econômica (primeiro com a revolução industrial, depois com a revolução tecnológica), a proliferação das relações contratuais estereotipadas ou em massa e a própria modificação das concepções morais, políticas e sociais reinantes na coletividade destruíram algumas das idéias-mestras em que se assentava o liberalismo econômico (como fossem a igualdade dos contratantes, o princípio do equilíbrio espontâneo como efeito sistemático do jogo da livre concorrência e a crença ingênua, pregada por Adam Smith, de que as leis do mercado e o egoísmo individual são os melhores instrumentos da felicidade e da prosperidade das nações) e provocaram uma acentuada intervenção do Estado na disciplina de muitos contratos, com o intuito de eliminar os graves inconvenientes da liberdade incontrolada das partes.

Sobre a evolução conceitual do **contrato**, assinalava Louis Josserand (1950:6 e 282) que, com o desenvolvimento das prerrogativas do Estado e o retrocesso das doutrinas liberais no século XX, a imutabilidade do direito das obrigações é mais aparente do que real e a permanência enganosa do direito formal dissimula as mutações do direito. **Por trás das fórmulas prontas, segue a vida a um ritmo acelerado.** O desenvolvimento do **dirigismo contratual** constitui um dos fenômenos maiores do Direito contemporâneo, devido a causas políticas e econômicas profundas: primazia do social sobre o individual, acumulação de capitais e concentração de empresas, desigualdade de poder entre os contratantes, necessidade de proteger os indivíduos contra a tirania de grupos, companhias e sociedades (grifei).

Henri de Page afirmava que o juiz tem oportunidade de exercer, perante as cláusulas gerais avençadas pelas partes, um “*poder moderador*”, do qual se valerá com a maior circunspeção, atuando sempre sobre o terreno do **cumprimento de boa-fé** e evitando deformações e abusos, tão frequentes nos contratos de adesão (SPOTA, 1974:94, grifei).

Entre nós, discorria o clássico Eduardo Espínola (1956:13):

Muito diversamente do que ocorria nas fases anteriores da história do contrato, no direito contemporâneo a eficácia do acordo de vontades é subordinada, em larga escala, ao interesse coletivo.

Não discrepava Milton Fernandes (1969:182):

A preocupação social é hoje predominante no direito privado. Contra o egoísmo dos mais aquinhoados, a lei deve armar-se de princípios altruístas, para alcançar a justiça social.

Orlando Gomes (1983:109) sublinhou a **função social do contrato**:

O fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social. (grifos no original).

Roxana Cardoso Brasileiro Borges expôs o **conceito contemporâneo de contrato**:

Situa-se o conceito contemporâneo de contrato em dois âmbitos: a) na esfera geral, é aquele surgido com o Estado do Bem-Estar Social, o Welfare State, consolidado em alguns países europeus e ensaiado no Brasil; b) no âmbito nacional, é o contrato presente na ordem civil após a publicação da Constituição Federal de 1988, numa ordem jurídico-social-econômica voltada pelos objetivos fundamentais expressos no art. 3º desta (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; promover o bem de todos...), além de outros condicionantes encontrados ao longo do seu texto (in Contrato: do Clássico ao Contemporâneo – A Reconstrução do Conceito, 2009).

### E explanou sobre sua **função social**:

O contrato é relação jurídica entre duas partes que decidiram (embora nem sempre esta decisão seja plenamente voluntária na sociedade de massas) vincular-se juridicamente para atendimento de seus interesses. Assim, ambos os pólos da relação obrigacional têm interesses em jogo.

Se o contrato é bom ou funciona apenas para uma das partes (tratando-se de contratos bilaterais, onerosos), expressa abusividade e não atendimento de sua função interna. Se aquele vínculo serve apenas a uma das partes quando, de início, deveria servir às duas, não há justificativa jurídica nem social para sua manutenção. Se o contrato não serve a ambas as partes, mas apenas a uma delas, não cumpre sua função interna e precisa ser corrigido.

Exemplificando: se um consumidor contrata uma compra e venda de um liquidificador, pagando o preço em doze vezes e com juros de cem por cento ao ano, este contrato não está funcionando como compra e venda, mas como mútuo explicitamente abusivo, não servindo à circulação de mercadoria, mas à prática de agiotagem. Assim, não cumpre com sua função interna típica de contrato de compra e venda, violando o princípio do art. 421 do Código Civil, além de outros.

Perguntemos: para serve o contrato? Para satisfação dos interesses das partes que, isoladamente, não poderiam obter certos bens ou serviços, precisando, para isso, da colaboração da outra parte. Assim, a função sócio-econômica do contrato reside na sua utilidade em relação à obtenção desta satisfação. Quando o contrato não permite esta satisfação, servindo para outro fim, como o alcance dos interesses de apenas uma das partes, prejudicando a outra, o pacto não cumpre sua função social considerada justificativa jurídica para sua tutela pelo ordenamento (idem).

### Enfim, na acepção de Georges Ripert (2002:24):

É preciso inquietarmo-nos com os sentimentos que fazem agir os assuntos de direito, proteger os que estão de boa-fé, castigar os que agem por malícia, má-fé, perseguir a fraude e mesmo o pensamento fraudulento. (...) O dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa.

### Coligi jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. EMPREGADOR QUE ENCERRA AS ATIVIDADES E CANCELA O CONTRATO DE SEGURO SAÚDE MANTIDO COM A RÉ. EMPREGADO IDOSO EM TRATAMENTO DE GRAVE DOENÇA CARDÍACA ANTERIORMENTE AO FATO. ACÓRDÃO QUE DETERMINA A CONTINUIDADE DO CONTRATO MESMO APÓS A DEMISSÃO DOS EMPREGADOS COM BASE EM DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA STF/283. I – Considerando as peculiaridades fáticas da causa, por se tratar de empregado idoso que havia se submetido a grave cirurgia no coração, determinou o Tribunal de origem fosse ele mantido como segurado da ré, mesmo após o seu antigo empregador ter encerrado suas atividades, e, por conseguinte, cancelado o plano de saúde que mantinha para os seus empregados. Assim procedeu o Colegiado estadual devido à necessidade de serem protegidos os direitos básicos do consumidor, relacionados à saúde e à vida, bem como pela exigência de que as cláusulas contratuais sejam interpretadas da maneira que lhe for mais favorável (artigos 6º, I, e 47 do Código de Defesa do Consumidor). II – Esses fundamentos, suficientes, por si sós, para manter a conclusão do julgado, não foram impugnados nas razões do especial, atraindo, à hipótese, a aplicação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal Agravo improvido (Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 857.924-RJ, Min. Sidnei Beneti, *DJe* 01.07.2008).

APELAÇÕES CÍVEIS. SEGUROS. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE (EM QUE FIGURA COMO BENEFICIÁRIO O AUTOR). INVIABILIDADE AUSENTE MOTIVAÇÃO FUNDAMENTADA. DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA. 1. O contrato de assistência à saúde – empresa – foi firmado por intermédio do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Gaurama, razão pela qual perfeitamente caracterizada a legitimidade desse contratante para figurar no polo passivo da demanda. 2. Inexistência de contrato individual, mas sim coletivo, que, nada obstante tendo cláusula resolutória expressa, não dispensa, por parte da prestadora do serviço, demonstrar claramente, o desequilíbrio contratual e, por consequência, a inviabilidade da manutenção da avença, ou seja, deve a operadora de plano de saúde

de comprovar documentalmente que ocorreram alterações de tal magnitude a inviabilizar a manutenção do plano de assistência à saúde. 3. Em que pese se trate de seguro coletivo, inexistente óbice para o autor agir em nome próprio, buscando o direito que entende devido, pois, durante treze anos, adimpliu, pontualmente, ao ajuste. 4. A pretensão de rescisão imotivada e unilateral do contrato contraria a todos os princípios do Direito Brasileiro, uma vez que, nada obstante os contratos não sejam perpétuos, ainda mais quando se trata de contrato de direito privado, devem ser protegidos os direitos básicos do consumidor, parte reconhecidamente vulnerável, relacionados à saúde e à vida, garantindo-se a vida daqueles que dependem do plano de saúde, como forma de fazer valer as disposições do Código de Defesa do Consumidor. 5. A frustração, a decepção com o contrato não caracterizam grave ofensa ao direito de personalidade, a ponto de tornar razoável sua compensação com uma vantagem patrimonial, como lenitivo, razão pela qual descabe indenização por danos morais. Preliminar de ilegitimidade passiva do Sindicato rejeitada. Apelação da ré desprovida. Recurso do autor provido, em parte (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70038569513, Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. 23.02.2011).

#### Do voto do culto Relator transcrevo:

De outra parte, o art. 13, parágrafo único, incs. II e III, da Lei nº 9.656/98, em regra, proíbe a rescisão unilateral apenas dos contratos de plano de saúde individuais. A Resolução nº 14 do Conselho de Saúde Suplementar, por sua vez, admite a denúncia unilateral do contrato de assistência à saúde coletivo, empresarial ou por adesão, nas hipóteses e condições previstas no seu art. 6º.

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

“Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (...)

II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

III – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.

Art. 6º Para efeito do art. 13 da Lei nº 9.656/98, no plano ou seguro coletivo, empresarial ou por adesão, poderá também ocorrer a denúncia unilateral por motivos de inelegibilidade, ou de perda dos direitos de titularidade ou dependência, desde que previstos em regulamento e contrato, e ainda ressalvados os dispostos nos artigos 30 e 31 da Lei acima referida.

“Contudo, trata-se de contrato cativo de longa duração, de inegável interesse social, tanto que especificamente regulamentado por lei federal.

Assim, se não é vedada a rescisão do contrato por qualquer uma das partes, inclusive por iniciativa da administradora do plano de saúde, exige-se, ao menos, que seja motivada, sob pena de ofender a boa-fé objetiva e à função social dos contratos.

Consequente, cuida-se de evitar que o fornecedor libere-se do vínculo contratual, sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante a avença.

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. RECUSA DE RENOVAÇÃO DE CONTRATO. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DO PACTO DA FORMA INICIALMENTE CONTRATADA. 1. A relação jurídica atinente a plano de saúde está submetida às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado securitário. 2. No caso em tela, verifica-se que em 01 de janeiro de 2007 foi contratado o Plano de Saúde do tipo Assistência à Saúde Coletivo Empresarial, criando-se então um vínculo de trato sucessivo, o qual não indicava viesse a ser interrompido, pois a renovação do contrato, ao longo dos anos, sempre ocorreu de forma automática. 3. A estabilidade das cláusulas contratuais a que está submetido o consumidor deve ser respeitada, em especial nos contratos de prestações sucessivas, como é o caso dos autos. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC, reconhece-se a possibilidade jurídica de discutir a abusividade dos valores cobrados atinente ao plano de saúde contratado. 4. Há perigo efetivo de dano irreparável aos conveniados do referido plano, bem como em função de haver a verossimilhança do direito alegado. Isso se deve ao fato de que a vida é o bem maior a ser protegido, sendo que as cláusulas contratuais discutidas

são restritivas de direito e se não suspensas, poderiam atentar ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual norteia qualquer relação jurídica, deixando ao desamparo os beneficiários do plano de saúde em discussão. Dado provimento ao agravo de instrumento” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70029503182, Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 14.04.2009).

**APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO NÃO-CONHECIDO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. UNIMED. CRT.** 1) Contrato anterior à vigência da Lei nº 9.656/98, de trato sucessivo e prorrogação automática. Os planos de saúde se submetem às normas do CDC, sendo que o usuário do plano ostenta a condição de consumidor art. 2º, da Lei nº 8.078/90. 2) Aplicação imediata das disposições do art. 12, § 2º, da Lei 9.656/98, que torna obrigatória cobertura do atendimento nos casos de emergência, como tal definidos os que impliquem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente (cegueira), caracterizado em declaração do médico assistente. 3) Não se trata, portanto, de dar efeito retroativo à lei, para atingir contrato assinado em data anterior à vigência desta. Mas, simplesmente, fazer incidir norma de caráter público e cogente, cuja adoção é obrigatória. 4) Não prepondera o argumento de que os contratos de seguro saúde cobrem riscos pré-determinados nas condições contratadas, conforme exegese dos art. 757 e 776 do CC. Há que se dar, aqui, prevalência ao próprio objeto do contrato, que é prestar assistência à saúde, dado ao seu conteúdo social. **RECURSO DESPROVIDO.** (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70022333827, des. José Aquino Flores de Camargo, j. 28.08.2008).

Verossímil a obrigação da operadora prestar a cobertura deferida em antecipação da tutela, aplicam-se ao caso preceitos da Constituição Federal de 1988:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Fala-se hodiernamente na *constitucionalização do direito infra-constitucional*. Iniciada na Alemanha e Itália, a teoria irradiou-se posteriormente por países de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e Brasil (BARROSO. *Revista de Direito Administrativo*, 240/21). O jurista italiano Pietro Perlingieri discorreu (2002:6):

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.

A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas.

Entre nós, Luís Roberto Barroso (*Revista de Direito Administrativo*, 240/21-22) dissertou sobre o tema:

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencia-

lizada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e o discurso operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já tinha perdendo influência no âmbito próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a a descodificação do direito civil fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) **DIRETAMENTE**, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

b) INDIRETAMENTE, quando uma pretensão se fundar em norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ela explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

De resto, anoto:

AGRAVO INTERNO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ORTOPÉDICA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. NECESSIDADE DE URGÊNCIA. CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. 2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que a parte agravante possa efetuar o tratamento cirúrgico, determinado por indicação médica, diante da necessidade de procedimento na coluna lombosacra. Tratamento médico cirúrgico necessário para que a parte autora tenha qualidade de vida e retome a sua jornada normal de vida. 4. No caso em exame estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada concedida, consubstanciado no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito da parte agravante de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato. 5. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana. 6. Os argumentos trazidos no recurso não se mostram razoáveis para reformar a decisão monocrática. Negado provimento ao agravo interno. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo n. 70037298874, Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 28.07.2010). (grifei).

No contrato de seguro-saúde, o segurador assume os riscos do negócio, sendo a boa-fé do segurado sempre presumida. (...)

Tratando-se de exclusão de garantias securitárias de uma exceção, sua interpretação deve ser de forma estrita” (extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível n. 325.926-1, juiz Belizário de Lacerda, *Diário do Judiciário*-MG, 11.10.2001).

As empresas seguradoras de saúde e as que prestam serviços de assistência médico-hospitalar, estão obrigadas, por força da própria atividade que exploram, a dispor de mecanismos capazes de pôr em movimento todo o aparato médico-assistencial necessário para socorrer o segurado (ou assistido) no tempo oportuno e de acordo com a mais avançada técnica da medicina. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação n. 4.055/95, Des. Sérgio Cavaliéri Filho. *In*: LOPES; PASQUALOTTO, 1999:314).

Em conclusão, no caso hipotético a rescisão unilateral de plano de saúde empresarial, firmado entre pessoa jurídica empregadora e a operadora do plano, não surte efeito em relação aos empregados beneficiários e seus dependentes, quando estes não foram notificados daquela rescisão.

Se um empregado beneficiário – ou dependente dele – necessitar se submeter a procedimento médico de urgência, dentro do prazo previsto para a vigência do ajuste, a operadora não poderá alegar a sobredita rescisão para recusar a cobertura solicitada.

A cobertura almejada poderá ser requerida judicialmente e, desde que presentes os requisitos da existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações e risco de dano irreparável ou de difícil reparação, obtida em antecipação da tutela (artigo 273 do CPC).

Tal conclusão prestigia a função social do contrato de plano de saúde e o princípio maior da dignidade da pessoa humana, consagrado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Na dicção do culto jurista Carlos Mário da Silva Velloso (*Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 26/42):

É de boa hermenêutica constitucional emprestar-se, na interpretação das garantias constitucionais, a máxima eficácia a estas. Vale, no ponto, a lição do Prof. Dalmo de Abreu Dallari, a dizer que ‘as normas que definem os direitos fundamentais e suas garantias não comportam interpretação restritiva. (RDP, 94/789)’.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Contrato: do Clássico ao Contemporâneo – A Reconstrução do Conceito*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Saudação aos Novos Juízes (discurso proferido por ocasião do vitaliciamento de juízes estaduais de São Paulo, em 11.11.1996). *Revista Cidadania & Justiça*. São Paulo, Associação Juízes para a Democracia, n. 3, p. 291-293, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FERNANDES, Milton. *Problemas e Limites do Dirigismo Contratual*. Belo Horizonte. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1969.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil – Teoría General de las Obligaciones*. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1950, t. II, v. I.

LOPES, José Reinaldo de Lima; PASQUALOTTO, Adalberto. *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 26, p. 653-664, out./dez. 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Trad. Osório de Oliveira. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2002.

SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*. Buenos Aires: Depalma, 1974, v. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As Comissões Parlamentares de Inquérito e o Sigilo das Comunicações Telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, v. 26, p. 36-53, jan./mar. 1999, .

WALD, Arnoldo. O Contrato no Novo Milênio. *Revista Justilex*, Brasília, n. 20, p. 20-21, ago. 2003.

# 9

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SENTIDO DO VOCÁBULO *CULPABILIDADE* PREVISTO NO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL

Ronan de Oliveira Rocha

### 1. INTRODUÇÃO

Mesmo depois de decorridos mais de 26 anos desde a entrada em vigor da nova parte geral do Código Penal, ainda é possível encontrar divergência *pretoriana* sobre o significado do vocábulo culpabilidade, previsto no artigo 59 do Código Penal, embora a matéria esteja sepultada doutrinariamente.

O presente trabalho pretende investigar as causas dessa anacrônica controvérsia e apresentar, de forma objetiva e concisa, o estado atual da questão em âmbito doutrinário, como forma de contribuir para uma melhor compreensão do tema.

Antes, contudo, para bem situar o objeto da análise a ser empreendida e dirimir qualquer dúvida eventualmente existente a respeito, é de bom aviso realizar breve digressão sobre as várias acepções do vocábulo *culpabilidade* no Direito Penal, que designa um princípio norteador do sistema jurídico-penal, uma categoria do conceito analítico de crime e um dos critérios de aplicação da pena.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Nesse sentido: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. 10. ed., Niterói: Impetus, 2008, p. 89-91; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte generale. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2010, p. 193-195. Na doutrina alemã, ensinam Johannes Wessels e Werner Beulke: *Die Bedeutung des Schuldprinzips im Strafrecht lässt sich thesenartig wie folgt umschreiben: a) Neben Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ist die Schuld ein straf-*

## 2. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Ensina Ferrando Mantovani que, em tempos remotos, vigia a responsabilidade pelo fato de outrem, em virtude da qual uma pessoa respondia pelo fato de outra sem que houvesse contribuído causalmente para o evento danoso, como nos casos de punição do pai pelo crime do filho e vice-versa, na responsabilidade do grupo familiar ou social, do chefe de família ou da tribo, pelo fato criminoso de um de seus componentes, o que decorria da concepção organicista primitiva de que o agente era um elemento da única realidade político-social, representada pela *gens* ou pela tribo. Em seguida, passou a vigorar a responsabilidade objetiva, que se dá quando o sujeito responde por um fato próprio, materialmente causado por ele, mas com fundamento, tão somente, na relação de causalidade entre a conduta e o evento, independentemente de qualquer nexó psíquico entre o fato e o agente. Apenas a causação do dano legitimava a reação punitiva.<sup>2</sup>

Segundo Luigi Ferrajoli, esses modelos de responsabilidade objetiva, solidária, impessoal, corporativa e desigual foram praticamente alheios ao direito romano, em que o princípio da culpabilidade e da responsabilidade pessoal foi consagrado por uma lei de Numa Pompílio e perdurou na doutrina e na jurisprudência, salvo raras exceções, até a compilação de Justiniano. Da tradição romana

---

*begründendes und strafbegrenzendes Verbrechenmerkmal (Keine Strafe ohne Schuld). b) Die Schuld des Täters muss alle Elemente des verwirklichten Unrechts umfassen (Unrecht und Schuld sind aufeinander bezogen, sie müssen einander entsprechen). c) Jede im Einzelfall verhängte Strafe muss schuldangemessen sein (Die Strafe darf das Maß der Schuld nicht übersteigen).* Tradução livre: O significado do princípio da culpabilidade no Direito Penal pode ser descrito como a seguir: a) ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, a culpabilidade é uma categoria constitutiva do crime e um elemento do crime limitador da pena (não há pena sem culpabilidade); b) a culpabilidade do agente deve abarcar todos os elementos realizados do injusto (injusto e culpabilidade se relacionam reciprocamente; eles devem corresponder um ao outro); c) em cada caso que haja imposição de pena, a culpabilidade deve ser a sua medida (a pena não deve ultrapassar a medida da culpabilidade). WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. 32. Auflage, Heidelberg: Müller, 2002, p. 126.

<sup>2</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. 6. ed., Padova: Cedam, 2009, p. 278-279.

à cristã, o princípio da culpabilidade foi teorizado pelo pensamento penal do iluminismo para ser, posteriormente, reelaborado organicamente pela dogmática do século XIX e codificado em todos os ordenamentos modernos.<sup>3</sup>

O princípio da culpabilidade, consagração do brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine culpa*, consiste, portanto, em conquista liberal decorrente, sobretudo, do pensamento iluminista e visa, precipuamente, à extirpação da responsabilidade objetiva em matéria penal.<sup>4</sup> Para Zaffaroni, Alagia e Slokar, o princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito, porque sua violação importa o desconhecimento da essência do conceito de pessoa. Imputar um dano ou perigo para um bem jurídico, sem a prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena com fundamento apenas na causação) equivale a rebaixar o autor a uma “*coisa causante*”.<sup>5</sup>

### 3. CULPABILIDADE COMO CATEGORIA DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

A culpabilidade é categoria que se faz presente no conceito de fato punível desde as suas primeiras elaborações sistemáticas.

Para a doutrina causal clássica, cujos expoentes foram Ernst von Beling e Franz von Liszt, a culpabilidade foi concebida como vínculo psicológico entre o agente e o fato. Cabia à categoria da culpabilidade alocar todos os elementos subjetivos do crime,<sup>6</sup> ao passo que os elementos objetivos e normativos foram compreendidos como integrantes da tipicidade e da ilicitude.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 488.

<sup>4</sup> De acordo com a doutrina de Luigi Ferrajoli, o princípio da culpabilidade, por ele também denominado princípio da responsabilidade pessoal, é um dos dez axiomas que, uma vez reunidos, permitem qualificar determinado sistema jurídico-penal como garantista. (FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 93).

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar [s/d], p. 139.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage, München: Beck, 2006, p. 855.

A teoria neoclássica ou neokantiana, influenciada pelo neokantismo da Escola de Baden, manteve-se, em linhas gerais, fiel à estrutura da doutrina causal clássica, à exceção de algumas modificações especialmente no âmbito da teoria da ação, do tipo penal e na culpabilidade. No que concerne à culpabilidade, merece destaque a obra de Reinhard Frank,<sup>7</sup> que sustentou que a culpabilidade deve ser vista como juízo de censura ou reprovação pessoal, com base em elementos psiconormativos (conceito normativo de culpabilidade).

Contudo, as concepções causais clássica e neoclássica continuaram a apresentar problemas, como o tratamento dos crimes omissivos e culposos, da tentativa, do erro e dos elementos subjetivos<sup>8</sup>.

Hans Welzel, diante dessas incongruências, elaborou novo sistema de fato punível. Afastou-se das influências filosóficas das escolas anteriores (naturalismo e neokantismo) e procurou compreender o objeto de estudo do Direito Penal mediante análise ôntica, em que ganha especial relevo a lógica intrínseca das coisas. Em coerência com essa concepção filosófica, erigiu Welzel o conceito ôntico de ação como a espinha dorsal de seu sistema e empreendeu nova organização do conceito analítico de crime: separou o dolo da consciência da ilicitude e o alocou na categoria da tipicidade. Com isso, a culpabilidade passou a ser entendida como juízo puro de reprovação, que recai sobre a conduta típica e ilícita do agente (teoria normativa pura da culpabilidade).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schulbegriffs*. Universität Gießen-FS. 1907. Há tradução para o espanhol da lavra de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw, com o seguinte título: *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2002.

<sup>8</sup> Cfr., por todos, TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 32 e ss.

<sup>9</sup> Nas palavras do ilustre professor da Universidade de Bonn: “*La característica ‘culpabilidad’ se añade un nuevo momento a la acción antijurídica, solo mediante la cual se convierte en delito. La antijuridicidad es, como ya vimos, una relación entre acción y ordenamiento jurídico que expresa la disconformidad de la primera con la segunda: la realización de voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones en el ámbito social. La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El*

#### 4. CULPABILIDADE COMO CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DE PENA

A culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal, como critério para aplicação da pena, tem significado distinto. Consiste no grau de reprovação ou censura que recai sobre a conduta típica e ilícita do agente em julgamento.

Convém trazer a lume, a respeito, o que foi dito na exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal (Lei n. 7.209, de 1984):

50. As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico. (Grifos do autor)

---

*hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este ‘poder en lugar de ello’ del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica. [...] Culpabilidad es ‘reprochabilidad’ de la configuración de la voluntad.” WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez da 11. ed. alemã. 4. ed. espanhola. Santiago: Editorial Jurídica de Chile: 2002, p. 166-167. Por não haver relevo para o ponto de vista sustentado no presente artigo, serão preteridas as concepções de culpabilidade de Claus Roxin e Günther Jakobs, a despeito de sua profunda influência na dogmática penal contemporânea.*

## 5. DA TEORIA À PRÁTICA JUDICIAL

Assentadas essas noções, sucintamente alinhavadas, vem à tona a seguinte questão: quando deve ser apreciada a culpabilidade como conceito analítico de crime: na fundamentação da sentença ou na ocasião da aplicação da pena?

Como é evidente, deve a sentença seguir uma ordem lógica de exposição. Por imperativo de racionalidade, deve o juiz abordar, inicialmente, as questões processuais. De nada adianta um juiz absolutamente incompetente analisar se determinado fato efetivamente ocorreu e configura crime, pois sentença prolatada sem a observância desse aspecto estará inquinada por vício grave (nulidade absoluta), por ausência de pressuposto ou requisito de validade da relação processual.<sup>10</sup>

Em seguida, devem ser examinadas a materialidade do fato e sua autoria. Há quem examine, primeiramente, a autoria do fato para depois perscrutar sua efetiva ocorrência, o que é completamente sem sentido. Como concluir que o réu foi o autor de fato que não restou provado? Apenas depois de constatada a efetiva ocorrência do fato narrado na denúncia, deve o juiz examinar se o réu foi seu autor.

Na sequência, devem ser analisadas as categorias que compõem o conceito analítico de fato punível. Ainda que o processo tenha alcançado autonomia em relação ao direito material, não é salutar que o direito processual feche os olhos para o direito material. Nesse passo, poder-se-ia formular a seguinte questão: em que ordem devem ser abordadas as categorias que compõem o conceito analítico de fato punível? Na mesma ordem em que concebidas dogmaticamente: primeiramente a tipicidade, depois a ilicitude e por fim a culpabilidade. A ordem dessas categorias não é arbitrária; resulta de mais de cem anos de estudos sobre a melhor forma de se estruturar os elementos componentes do conceito analítico de crime.

Ainda tendo em vista os ensinamentos da teoria do delito, somente quando constatada a configuração, *in concreto*, dessas três categorias, poder-se-á falar em crime. Constitui praxe viciosa, atécnica e inconstitucional examinar apenas materialidade, autoria e tipicidade para

<sup>10</sup> Código de Processo Penal, artigo 564, inciso I.

concluir que determinada conduta é criminosa. A concepção analítica (amplamente majoritária) de crime impõe que sejam examinadas a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

Com isso, é possível responder à indagação inicial sobre o momento de se abordar a culpabilidade como categoria do conceito analítico de fato punível. O momento adequado da abordagem referida é, naturalmente, a fundamentação da sentença. É nessa etapa que devem ser examinadas a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, elementos da culpabilidade de acordo com a doutrina finalista da ação.

Existe, contudo, entendimento contrário. Há quem sustente que os elementos da culpabilidade, compreendida como categoria do conceito analítico de fato punível, devem ser examinados na primeira fase de aplicação da pena (art. 59 do Código Penal).

Essa orientação, questionada veementemente pela doutrina, como se verá a seguir, é incongruente. De fato, não faz sentido algum abordar apenas tipicidade e ilicitude na fundamentação da sentença, julgar procedente a pretensão punitiva estatal em virtude de ocorrência efetiva de *crime*, para, apenas na análise do artigo 59 do Código Penal (que somente se aplica a crimes!), concluir que a conduta examinada não é criminosa em virtude da presença de alguma excludente de culpabilidade.

Para que fique mais claro: suponha-se situação em que o agente cometeu determinada conduta em virtude de coação moral irresistível. De acordo com a orientação ora combatida, deveria o juiz julgar procedente a pretensão punitiva estatal e apenas na análise do artigo 59 do Código Penal concluir que o fato não é culpável em virtude da coação referida. Seria necessário outro dispositivo na sentença (porque o primeiro já estaria redigido e seria anterior à análise das circunstâncias judiciais), que colidiria, de modo inconciliável, com o anterior. Esse entendimento é insustentável.

Cezar Roberto Bitencourt reputa essa orientação de rematado equívoco. São suas as seguintes palavras:

Culpabilidade – Esse requisito, talvez o mais importante do moderno Direito Penal – constitui-se no balizador máximo da san-

ção da sanção aplicável, ainda que se invoquem *objetivos ressocializadores* ou de recuperação social.

A *culpabilidade*, aqui, funciona como *elemento de determinação* ou *medição* da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como *fundamento da pena*, mas como *limite desta*, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos, etc. Por isso, constitui rematado equívoco, freqüentemente [sic] cometido no cotidiano forense, quando, na dosagem da pena, afirma-se que ‘o agente agiu com culpabilidade, pois tinha a consciência da ilicitude do que fazia’. Ora, essa *acepção de culpabilidade* funciona como *fundamento da pena*, isto é, como característica negativa da conduta proibida, e já deve ter sido objeto de análise juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo-se pela condenação. Presume-se que esse *juízo* tenha sido positivo, pois caso contrário nem se teria chegado à condenação.<sup>11</sup>

A doutrina, de forma uníssona, em exegese ao artigo 59 do Código Penal, sustenta que, nessa fase, deve o juiz aferir o grau de reprovação ou censura da conduta do agente. Confira-se a lição de Jair Leonardo Lopes:

No art. 59, acima transcrito, que trata das chamadas ‘*circunstâncias judiciais*’, foi abolida a referência ao dolo e à culpa e mencionou-se a ‘*culpabilidade*’, conceito que indica o grau de reprovação que recai sobre o agente, em razão de sua conduta [...].<sup>12</sup>

Não discrepa Guilherme de Souza Nucci:

Conceito de Culpabilidade: Trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (onde, além da reprovação social, analisaram-se a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito). Entretanto, volta o legislador a exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece – o que, aliás demonstra que esse juízo

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 700. (Grifei).

<sup>12</sup> LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 231. (Grifei).

não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu, justamente para norteá-la na fixação da sanção penal merecida. Frisando que culpabilidade incide tanto sobre o fato, quanto sobre o seu autor: Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p.175. Levantar em consideração um mesmo fator em diferentes estágios não é incomum: o próprio art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de sursis, concessão do regime aberto etc.). A culpabilidade, acertadamente, veio a substituir as antigas expressões ‘intensidade do dolo’ e ‘graus da culpa’. Para compor o fato típico, verifica o magistrado se houver dolo ou culpa, pouco interessando se o dolo foi ‘intenso’ ou não, se a culpa foi ‘grave’ ou não. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, nesse contexto, o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso.<sup>13</sup>

Na mesma linha, ensinam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

Instrumentalmente, a culpabilidade, além de ser categoria imprescindível para constatação e aferição do delito, adquire importância fundamental na aplicação (limitação) da sanção como critério dosimétrico. Possibilita, em primeiro lugar, adjetivar a conduta como delituosa, vinculando-a a um sujeito, para, em momento posterior, estabelecer a devida retribuição penal – pena proporcional (razoável) à violação do bem jurídico tutelado. Percebe-se, então, que o juízo de culpabilidade a ser realizado é duplice. Em primeiro lugar, atua na avaliação se o homem, socialmente referido, naquelas circunstâncias fáticas, possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso. Em segundo lugar, constatada a possibilidade e conseqüentemente o delito, opera na aplicação da pena, medindo o grau (*quantum*) de reprovabilidade, dimensionando a culpabilidade da conduta. Dessa forma, o juízo de culpabilidade como critério de graduação da pena deve recair sobre as possibilidades fáticas (materiais) que o sujeito teve para atuar ou não de acordo com a norma. Assim verificada, fornece mecanismos para extração do (des)valor e do grau de reprovabilidade da conduta.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 400. (Grifei).

<sup>14</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s/d], p. 47-48. (Grifei).

Luiz Regis Prado ensina que a culpabilidade corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita, funcionando como limite máximo da pena.<sup>15</sup>

Adalto Dias Tristão sustenta que “a culpabilidade avaliada como um princípio medidor da pena, portanto, é o grau de censura à ação ou omissão do réu. Nos crimes dolosos tem por fulcro a vontade reprovável. Nos culposos, a maior ou menor violação do cuidado objetivo”.<sup>16</sup>

No âmbito dos Tribunais, podem ser colacionados alguns arestos a fim de ilustrar o ponto de vista sustentado.

No julgamento dos embargos infringentes e de nulidade n. 1.0472.03.001248-9/002, realizado em 6 de outubro de 2009, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão relatado pela Desembargadora Jane Silva, assentou que “a circunstância judicial da culpabilidade nada mais é do que a medida da culpabilidade do agente, consistindo no nível de reprovabilidade de sua conduta, situação que deve ser avaliada segundo as peculiaridades do caso concreto”.

O Superior Tribunal de Justiça, como não poderia deixar de ser, também já afirmou que “o conhecimento da ilicitude do fato é pressuposto da culpabilidade, não servindo para exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria da pena”.<sup>17</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi visto que a culpabilidade apresenta três significados distintos no âmbito do Direito Penal. A boa técnica recomenda o conhecimento e o emprego correto deles.

Isso conduz à ilação de que a origem dos problemas decorrentes do emprego equivocado da culpabilidade, especialmente na praxe ju-

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 456.

<sup>16</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 71.

<sup>17</sup> Superior Tribunal de Justiça – *Habeas Corpus* n. 84179/MS – 6ª Turma – Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura – julgado em 06.05.2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

dicial, reside no desconhecimento da polissemia do vocábulo culpabilidade.

A compreensão dessas distinções conceituais não é mero academicismo. Trata-se de conhecimento indispensável para o exercício da judicatura na área criminal. A Constituição da República impõe, em seu artigo 93, inciso IX, o dever de fundamentação das decisões judiciais. Disso resulta que tem o magistrado o dever de explicitar os motivos por que concluiu que a conduta submetida à sua apreciação configura crime. Para isso, é imprescindível referência à culpabilidade e seus elementos, sob pena de nulidade da decisão. Também na aplicação da pena, deve o magistrado enfrentar a questão da culpabilidade. Simples referência nessa fase à imputabilidade constitui não só atecnia, mas vício na sentença passível de conduzir à anulação do julgado dependendo das circunstâncias do caso.

Àqueles que insistem em interpretar a culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal como categoria do conceito de crime, fica o convite sempre oportuno para a reflexão e o debate.

## 7. BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s/d].

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 1995.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte generale. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Parte generale. 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro. Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage, München: Beck, 2006.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença criminal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez da 11. ed. alemã. 4. ed. espanhola. Santiago: Editorial Jurídica de Chile: 2002.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. 32. Auflage, Heidelberg: Müller, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar [s/d].

# 10

## A REESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE: A FUNÇÃO SOCIAL ENQUANTO COMPONENTE DO DOMÍNIO

Thiago Colnago Cabral

### 1. INTRODUÇÃO

Historicamente, doutrina e legislação, tanto nacionais quanto estrangeiras, construíram noção de propriedade enquanto prerrogativa de assenhoreamento havida entre pessoa e coisa, a qual assegura àque-la os poderes *erga omnes* de usar, gozar, fruir e reivindicar contra terceiros.

Esta constatação, a propósito, já revela a superação da concepção original de que o direito de propriedade consistiria em relação jurídica, oponível *erga omnes*, havida entre determinado bem e certa pessoa, a qual assumiria a condição de proprietária daquele, eis que tecnicamente injustificável o reconhecimento de relação jurídica entre sujeito e objeto.

Na Idade Média, de seu turno, notadamente antes da formação da burguesia, o domínio sobre determinados bens, especialmente os de natureza imobiliária, trazia ínsitos direitos políticos e grau de superioridade social oponíveis à vassalagem, assegurando posição de superioridade social ao senhor feudal:

[a propriedade privada] compreendia na verdade 2 poderes para nós muito distintos: o direito de jurisdição (julgar as disputas dentro do território respectivo) e o que chamaríamos hoje de um direito de propriedade (na verdade algumas parcelas de poder de exploração da terra), acrescentando, em seguida, acerca dos direitos sobre a terra: correspondia ao feudo propriamente dito, que dava ao senhor (*dominus*) o direito de caça, o direito de pesca e

as banalidades, isto é, obrigações impostas aos peões de a) cozer o pão no forno senhorial, b) moer o trigo no moinho do senhor, c) pagar prestações sobre tais serviços públicos mantidos pelo senhor. (LOPES, 2002, p. 76-77).

A Revolução Francesa, contudo, foi o auge deste processo de fortalecimento da propriedade, sobretudo por ser este o signo distintivo entre a burguesia rica que alvorecia no poder e a nobreza decapitada, tanto que o Código Napoleônico de 1804 considerava o domínio como o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta.

Cunhou-se, então, a noção ilimitada da propriedade enquanto reflexo patrimonial da personalidade, que culminou por conferir ao domínio prevalência em detrimento de inúmeros outros direitos, ante a forte influência da concepção econômica liberal.

Constituiu-se, outrossim, reflexão no sentido de que a propriedade assumiria foro absoluto, de modo a ser inadmissível qualquer restrição aos poderes e prerrogativas inerentes ao domínio.

Este quadro encontrou no Brasil-Colônia campo fértil a seu desenvolvimento, o que fez com que José Reinaldo de Lima Lopes detalhasse o seguinte:

a sociedade brasileira começa a formar-se sobre uma base essencialmente agrária. Na origem do nosso sistema jurídico encontramos primeiramente a união entre propriedade fundiária e poder político. Em segundo lugar, uma atividade agrícola de exportação, inserida na formação do capitalismo moderno. Em terceiro lugar, a exploração da mão-de-obra escrava num período em que na Europa ocidental o regime de servidão era praticamente extinto. Finalmente, em razão da falta de qualquer contrapoder ou controle, o exercício de poderes arbitrários, exclusivos e individualistas por parte dos grandes proprietários. (LOPES, 2002, p. 352).

Alteradas, para pior, as condições sociais da Europa Ocidental e adotado o modelo estatal intervencionista, a versão absoluta da propriedade privada passou a ceder espaço a visão mais coletiva do instituto, reconhecendo-se que o domínio haveria de atender, além dos interesses do titular, ao resguardo das necessidades sociais.

Destaca-se, neste pormenor, a doutrina de Oliveira Ascensão, afirmando que a concentração de riqueza, decorrência direta do dog-

ma constitucional da propriedade privada, tem repercussão direta na definição jurídica do domínio e seus limites:

a propriedade dos meios de produção é poder que a titularidade privada deve ser cercada de restrições, que impeçam o abuso e a façam reverter em benefício social. Quanto maior for a concentração de meios em poder de particulares, maior é a necessidade de demarcação por parte do Estado das condições de seu exercício. (ASCENSÃO, 2000, p. 145).

Assim, passa a ser paulatinamente percebida, nos ordenamentos jurídicos, a influência de doutrina da Igreja Católica, representada por sucessivas encíclicas papais que conduziam gradativamente a uma concepção menos individualista do direito de propriedade. Tal mudança de paradigma assume força ainda maior com a Encíclica *Populorum Progressio*, a qual passa a reconhecer que o exercício do direito de propriedade há de servir, primordialmente, aos interesses da coletividade.

Foi sob esta influência dogmática que passaram a se constituir os novos modelos normativos, notadamente de índole constitucional (v.g. México de 1917, Alemanha de 1919 e Brasil de 1934), os quais reconheciam, em uma mesma estatura normativa e de modo conjugado, o direito à propriedade privada e o dever do Estado de assegurar padrões mínimos atinentes às ordens econômica e social.

O novo modelo normativo passou, assim, a promover temperamento do direito de propriedade, especialmente mediante a inclusão da chamada cláusula da observância à função social do domínio, gradualmente inserta no ordenamento pátrio.

À luz destas influências dogmáticas e normativas, passam cada vez mais a ser resguardadas noções próprias do direito de vizinhança e do uso racional da propriedade privada, informadas, sobretudo, pela observância à função social do domínio, as quais foram, ultimamente, reafirmadas pela adoção das regras da socialidade e da boa-fé objetiva, prestando-se a promover a superação do modelo egoístico do Direito Privado cunhado nos séculos XVIII e XIX.

O contexto em comento retrata, inegavelmente, que, sob a ótica contemporânea, as prerrogativas de uso, gozo, reivindicação e fruição próprios do domínio não se apresentam hígdas como outrora, com-

portando inúmeras mitigações em prol da coletividade, o que denota a relevância de que seja redesenhado o conceito de propriedade, de maneira a compatibilizá-lo com a condição atual do Direito Civil.

A este respeito, destaca Judith Martins-Costa:

É sabido que o instituto da propriedade, fruto de construção jurídica de muitos séculos, que teve seu caráter de inviolabilidade absoluta associado à influência de idéias fundadas no individualismo, recebeu, mais modernamente, uma configuração relativizadora, inspirada, sobretudo, pelo princípio da ‘função social da propriedade’, do qual decorre um conjunto de limitações ao exercício daquele direito. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 843).

Assim, é imperioso o redesenho da definição da propriedade privada, adequando-a às mais recentes influências sofridas pelo ordenamento jurídico ocidental, mediante detalhamento da evolução legislativa no tocante à propriedade e, principalmente, às prerrogativas do titular do domínio, bem como, por meio de investigação acerca da atual concepção de propriedade, informando-se sempre pelas variadas limitações impostas pelo legislador às garantias de uso, gozo, fruição e reivindicação inerentes ao titular.

## 2. FORMAÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE PROPRIEDADE PRIVADA

A noção de propriedade privada concebida no mundo ocidental formou-se, historicamente, a partir do momento em que o homem abandonou as práticas nômades, fixando-se em determinada localidade com o objetivo de desenvolver práticas agrícolas.

A ascensão da figura masculina, já em momento subsequente da história da humanidade, a quem se atribuiu a condição de provedor e mantenedor do restante do grupo (*pater familiae*), culminou por reforçar a noção de propriedade privada na Roma Antiga, estendendo ao proprietário o domínio sobre pessoas e coisas, não apenas como noção de titularidade de bens corpóreos, mas inclusive como gestor integral da unidade familiar.

É de se anotar, entretantes, que tal forma de exploração da propriedade privada, que acabou por detalhar a formação da própria

noção do domínio, era reflexo do reconhecimento social, vigente na Roma antiga, de ser este o modo mais conveniente de seu aproveitamento, considerados os interesses sociais dominantes, representativos em tese da vontade da coletividade.

Em outras palavras, o caráter absoluto do direito de propriedade no Direito Romano, reconhecido atualmente em confrontação com a forma de exploração contemporânea, revelava-se, à época e sob os auspícios então tidos como da coletividade, o mais adequado ao resguardo dos interesses dominantes.

Tanto assim que Maria Cristina Pezzella é expressa ao, mitigando o caráter absoluto do direito de propriedade na Roma Antiga, reconhecer no mesmo o atendimento a determinados interesses sociais, o que está longe de representar o embrião da noção de função social do domínio:

Embora muitos intérpretes medievais e modernos do Direito romano tenham identificado como característica preponderante do direito de propriedade em Roma o absolutismo, isto não se pode admitir nem em sua época mais primitiva pois, como se demonstrou neste estudo em exemplos concretos retirados das fontes romanas originais, pode se observar a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social. A submissão do exercício da propriedade, inicialmente ao interesse de grupos aparentados e, posteriormente, à sociedade toda, evidencia o privilégio do princípio da humanidade sobre os demais princípios do direito, o que permite que se afaste também o individualismo como característica marcante da propriedade romana (PEZZELLA, 1998, p. 218).

A visão de atrelamento entre a propriedade e o poder reforçou-se ainda mais a partir da Idade Média, em que os senhores feudais assumiram a condição de chefes políticos e beneficiários dos frutos da exploração econômica da propriedade privada por parte dos vassalos.

Com o fortalecimento da classe burguesa, a propriedade individual passou a assumir feição contemporânea, sobretudo a partir de iniciativas tributadas aos chamados déspotas esclarecidos, consistentes em expropriar propriedades de ordens religiosas e nobres e transferi-las à classe burguesa em ascensão, bem como mediante a gradativa redução das vantagens políticas daqueles, com nítido intuito de assegurar sobrevivência aos referidos grupos, historicamente ligados ao poder político.

De relevo a anotação de que, especificamente quanto à formação da propriedade privada no Brasil, sua origem, diversamente do ocorrido na Europa Ocidental, não decorre da histórica ocupação de áreas, mas da privatização do domínio público, como bem anotou Judith Martins-Costa:

este processo de passagem da propriedade feudal à propriedade privada, em sua conformação napoleônica-pandectista, marca dos principais sistemas jurídicos da Europa ocidental, assume contornos profundamente diversos no Direito brasileiro. Neste, inexistentes as estruturas sociais do tipo feudal, a propriedade formou-se a partir da propriedade pública, patrimônio da Coroa portuguesa, que detinha o domínio iminente das terras conquistadas. Gradativamente, a Coroa possibilita a apropriação das terras públicas pelos particulares, desfazendo-se de seu patrimônio (MARTINS-COSTA, 2002, p. 749).

Em relação diretamente proporcional ao desenvolvimento da classe burguesa, estabeleceu-se com ainda mais relevância a feição contemporânea do direito de propriedade, de modo que, atingido o auge da prevalência burguesa na Revolução Francesa de 1789, conformou-se em seu viés mais privatístico o conceito de propriedade privada.

Neste sentido, destaca-se a prescrição do art. 544 do Código Civil francês de 1804, segundo o qual “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta possível, vedando-se usos de forma proibida em leis ou regulamentos”.<sup>1</sup>

Afigura-se, assim, flagrante que, a este tempo, a propriedade privada era concebida em seu viés mais absoluto, considerando-se até mesmo o antigo modelo romano, reservando-se ao titular do domínio a irrestrita prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, ainda que em detrimento da coletividade, desde que observadas as vedações estabelecidas em lei ou regulamentos administrativos.

Fábio Konder Comparato sublinha, com peculiar competência, a causa justificante da proteção jurídica historicamente conferida à propriedade privada:

<sup>1</sup> Código Civil da França de 1804. Disponível em: <[http://napoleon-series.org/research/government/code/book2/c\\_title02.html](http://napoleon-series.org/research/government/code/book2/c_title02.html)> Acesso em: 01 nov. 2009.

sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer (COMPARATO, 1983, p. 73)

Nesta fase histórica, em que definitivamente superada a Idade Média e incrementado o paulatino desenvolvimento de atividades industriais, cuja consequência foi a formação da chamada Revolução Industrial, a qual teve por repercussão social o êxodo rural e a urbanização da sociedade ocidental, contribuindo, juntamente com a penosidade e descontrole das condições de trabalho, para o movimento de formação de classe proletária e o incremento de grupo cada vez maior de pessoas desempregadas.

A este respeito, sublinha José de Oliveira Ascensão:

...com os Descobrimentos e a Revolução Industrial, o papel central indiscutido da propriedade, nomeadamente da propriedade rústica, é posto em causa, dada a criação de novas formas de riqueza. O liberalismo, por seu lado, prepara o movimento de libertação da terra, abolindo os ónus que recaíam sobre o explorador dos bens. Este movimento não chegou ainda hoje, na realidade, ao seu termo. Paradoxalmente, é nesta altura, quando a importância relativa da propriedade, particularmente imóvel, diminui, que se toma como básica uma propriedade absoluta, sustentada pelo espírito individualístico do século passado. A expressão propriedade absoluta é equívoca, mas no sentido em que agora nos interessa ela serve para designar uma propriedade ilimitada (...). De todo o modo, o século XIX trouxe a vitória das concepções individualistas, nos Direitos Reais, como aliás em todo o Direito. Tomou-se como bom o postulado da necessária coincidência do interesse singular com o interesse coletivo. (ASCENSÃO, 2000, p. 138).

Fomentou-se, portanto, a formação, em determinados países, da doutrina socialista, que tinha por premissa a redução substantiva da propriedade privada, estabelecendo-se, em reação dos sistemas eco-

nômicos ocidentais, conjunto de medidas tendentes a proporcionar melhorias nas condições de trabalho e de vida da classe proletária.

Tais medidas consubstanciaram uma nova formatação do Estado Ocidental, a qual é denominada *welfare state*.

A partir deste momento, os sistemas normativos ocidentais passaram a reconhecer, gradativamente, inúmeras restrições ao direito de propriedade, tendentes a conciliá-lo com os interesses imanentes de bem-estar da coletividade, notadamente porque a visão absoluta das prerrogativas do proprietário, até então tidas como fundamentais, passam a ostentar nítida incompatibilidade com a concepção, a este tempo peremptória, de que o patrimônio individual não poderia admitir usos egoísticos em prejuízo da coletividade. Ao contrário, a partir de então fica semeada a ideia de que o patrimônio individual deve servir à coletividade.

Segundo adverte Gustavo Tepedino, tal readequação do regime da propriedade privada foi consequência direta da adoção de modelo intervencionista pelo Estado:

Assim como na Europa, o Estado brasileiro do primeiro pós-guerra, sobretudo após os anos 30, adotou uma política nitidamente intervencionista, a refletir um processo, ainda atual, de dirigismo econômico e de sucessivas restrições à propriedade privada incapaz, todavia, de criar as desejadas bases mínimas de justiça distributiva e do bem-estar social (TEPEDINO, 2001, p. 270).

### 3. REDEFINIÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA

A formação da noção ilimitada da propriedade enquanto reflexo patrimonial da personalidade, que culminou por conferir à mesma prevalência em detrimento de inúmeros outros direitos, ocorreu sobretudo na segunda metade do século XIX, na Europa, por influência da concepção econômica liberal.

Com o recrudescimento das condições sociais e conseqüente adoção do modelo do *welfare state*, a concepção absoluta da propriedade privada, que Judith Martins-Costa denominou de “*modelo antropológico napoleônico-pandectista, consagração de uma visão individualista e potestativa*” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 732), passou

a ceder espaço à visão de prevalência da propriedade não enquanto reflexo patrimonial da individualidade, mas como reflexo do interesse coletivo de sua salvaguarda em prol do atendimento de sua função social.

Neste contexto, passa a ser paulatinamente percebida, nos ordenamentos jurídicos, a influência de doutrina da Igreja Católica, representada principalmente pelas encíclicas *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI e *Mater et Magistra e Pacem in Terris* do Papa João XXIII, as quais conduziam gradativamente a uma concepção menos individualista do direito de propriedade.

Tal mudança de paradigma assume força ainda maior com a Encíclica *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI, editada na Páscoa de 1967, a qual passa a reconhecer, agora de modo expresso, que o exercício do direito de propriedade há de servir, primordialmente, aos interesses da coletividade, extraíndo-se da prerrogativa individual do proprietário a função social concebida por Deus:

22. ‘Enchei a terra e dominai-a’: logo desde a primeira página, a Bíblia ensina-nos que toda a criação é para o homem, com a condição de ele aplicar o seu esforço inteligente em valorizá-la e, pelo seu trabalho, por assim dizer, completá-la em seu serviço. Se a terra é feita para fornecer a cada um os meios de subsistência e os instrumentos do progresso, todo o homem tem direito, portanto, de nela encontrar o que lhe é necessário. O recente Concílio lembrou-o: ‘Deus destinou a terra e tudo o que nela existe ao uso de todos os homens e de todos os povos, de modo que os bens da criação afluam com equidade às mãos de todos, segundo a regra da justiça, inseparável da caridade’. Todos os outros direitos, quaisquer que sejam, incluindo os de propriedade e de comércio livre, estão-lhe subordinados: não devem portanto impedir, mas, pelo contrário, facilitar a sua realização; e é um dever social grave e urgente conduzi-los à sua finalidade primeira.

23. ‘Se alguém, gozando dos bens deste mundo, vir o seu irmão em necessidade e lhe fechar as entranhas, como permanece nele a caridade de Deus?’. Sabe-se com que insistência os Padres da Igreja determinaram qual deve ser a atitude daqueles que possuem em relação aos que estão em necessidade: ‘não dás da tua fortuna, assim afirma santo Ambrósio, ao seres generoso para com o pobre, tu dás daquilo que lhe pertence. Porque aquilo que

te atribuis a ti, foi dado em comum para uso de todos. A terra foi dada a todos e não apenas aos ricos'. Quer dizer que a propriedade privada não constitui para ninguém um direito incondicional e absoluto. Ninguém tem direito de reservar para seu uso exclusivo aquilo que é supérfluo, quando a outros falta o necessário. Numa palavra, 'o direito de propriedade nunca deve exercer-se em detrimento do bem comum, segundo a doutrina tradicional dos Padres da Igreja e dos grandes teólogos'. Surgindo algum conflito 'entre os direitos privados e adquiridos e as exigências comunitárias primordiais', é ao poder público que pertence 'resolvê-lo, com a participação ativa das pessoas e dos grupos sociais'.<sup>2</sup>

Tal concepção, fundada no reconhecimento da existência de determinada função social da propriedade privada, ainda que sem invocação desta expressão, teve lugar, inicialmente, com São Tomás de Aquino, ainda na Idade Média, sustentando que o domínio divino abarcaria todas as coisas do universo, conquanto seja admissível que o homem adquira determinados bens que sejam essenciais ao atendimento de suas necessidades fundamentais. Por exclusão, os demais bens, que superam o estritamente necessário à sobrevivência individual, deveriam se prestar ao atendimento das necessidades dos demais particulares e da coletividade como um todo.

Neste sentido, aliás, Mesquitta acentua que “na concepção tomista, o titular do direito de propriedade é como um gestor do bem em benefício da coletividade, naquilo que for supérfluo, excedente para si e para os seus” (MESQUITTA, 2007, p. 95).

Esta visão foi, já no final do século XIX, reafirmada, em outros termos, por León Duguit que, emprestando leitura absolutamente peculiar dos direitos subjetivos, considerou que os mesmos ostentam a condição de meras funções, incumbências protegidas pelo direito objetivo, o que revelaria que “a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza” (MESQUITTA, 2007, p. 95).

Já o socialismo jurídico, em fase histórica posterior, reconhece na propriedade uma conjugação das prerrogativas individuais do pro-

<sup>2</sup> Encíclica Papal *Populorum Progressio*. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/paul\\_vi/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_26031967\\_populorum\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum_po.html)> Acesso em: 01 nov. 2009.

prietário com os interesses da coletividade, de maneira que estaria admitida a intervenção estatal na propriedade privada, mitigando-a ou restringindo-a, nos limites preestabelecidos em lei.

Esta teoria de socialismo jurídico foi adotada paulatinamente em documentos da Igreja Católica, denominada Doutrina Social da Igreja, deflagrada pela Encíclica Papal *Rerum Novarum* de 1891, ponto fundamental à adoção da função social da propriedade privada.

Sob estes auspícios, passou-se a vislumbrar que, a par dos interesses individuais do titular do domínio, a propriedade privada encarta, concomitantemente, uma finalidade coletiva, denominada função social, a qual, apesar de não admitir a abolição da propriedade privada nos sistemas jurídicos ocidentais, repercutia na possibilidade concreta de imposição de limitações e de condições ao exercício das prerrogativas inerentes ao domínio em prol dos interesses da coletividade.

A primeira ordem normativa a prescrever expressamente a necessidade de observância à função social da propriedade foi a Carta Constitucional Mexicana de 1917, de seguinte prescrição:

Artigo 27. Propriedade das terras e águas dentro dos limites do território nacional é investida inicialmente na Nação, que teve, e tem o direito de transmitir o seu título a particulares, constituindo a propriedade privada.

(...)

A nação deve sempre ter o direito de impor limitações à propriedade privada, como o interesse público pode exigir, bem como o direito de regulamentar a utilização dos recursos naturais, que são suscetíveis de apropriação, a fim de preservá-las e de assegurar uma distribuição mais equitativa da riqueza pública. Com este fim em vista, as medidas necessárias serão tomadas para dividir grandes latifúndios, desenvolver pequenas explorações em operação para criar novos centros agrícolas, com terras e águas necessárias para incentivar a agricultura em geral, e para evitar a destruição dos recursos naturais e para proteger a propriedade dos danos em detrimento da sociedade.

Pouco depois, em 11 de agosto de 1919, foi promulgada a Constituição alemã de Weimar, reforçando, em âmbito normativo, uma nova versão do dogma constitucional da propriedade privada nos seguintes termos:

Art. 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Leis irão determinar o seu conteúdo e delimitação.

(...)

A propriedade obriga. Seu uso deve ser simultaneamente o melhor serviço comum.

No pormenor do sistema normativo pátrio, inegável a posição de destaque assumida pela Constituição Federal de 1988, especificamente porque erige à condição de direitos fundamentais do cidadão, de um lado, a propriedade privada, e, de outro, a observância à função social do domínio, estabelecendo, ainda, esta última, fundamento da ordem econômica nacional (art. 5º, incisos XXII e XXII, e art. 170, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988).

Acerca do tema, Oliveira Ascensão sentenciou: “desvanecida a ilusão liberal da coincidência dos interesses individual e colectivo, coloca-se com premência a necessidade de assegurar que a propriedade não seja alheada do benefício social” (ASCENSÃO, 2000, p. 190).

Finalmente, é de ser acentuado que José Afonso da Silva relaciona diretamente as modificações sofridas pelo conceito da propriedade privada à influência da ordem constitucional no Direito Civil, advertindo acerca da definição clássica do domínio que:

...essa é uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje, à estreita disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois, como assinalamos, estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente as relações civis a ela referentes. Assim, só valem no âmbito das relações civis as disposições do Código Civil que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens (art. 524), a plenitude da propriedade (art. 525), o caráter exclusivo e ilimitado (art. 527) etc., assim mesmo com as delimitações e condicionamentos que das normas constitucionais defluem para a estrutura do direito de propriedade em geral.

Relevante acentuar, entretanto, que a imposição normativa da observância à função social do domínio não revela providência hábil a destituir a propriedade privada de suas mais elementares característi-

cas, consistentes nas prerrogativas de uso, gozo, fruição e disposição do proprietário, como bem adverte Gustavo Tepedino:

a propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma minipropriedade, como alguém, com fina ironia, a cunhou, mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa, na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada 'se non costruendo in una endiadi le situazio-ni del proprietario e dei terzi'. Assim, considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional (TEPEDINO, 2001, p. 286)

#### 4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

Operou-se, outrossim, gradativa evolução do instituto da propriedade privada, o qual abandonou a versão napoleônica de caráter absoluto para assumir roupagem informada pela regra da socialidade, mediante paulatina mitigação das prerrogativas do proprietário e concomitante proclamação de que o domínio há, obrigatoriamente, de implementar os interesses de desenvolvimento da coletividade, em resguardo à dignidade da pessoa humana.

Neste particular, os ordenamentos ocidentais passaram a cunhar a exigência de que a propriedade privada atenda, além da disponibilidade do proprietário, no que Eros Roberto Grau chama de função individual da propriedade privada, os interesses da coletividade mediante a invocação, em estatura constitucional, da chamada cláusula de função social.

Posso assim, sopesando as ponderações que venho desenvolvendo, concluir que fundamentos distintos justificam a propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social. Encontra justificção, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí por que concorre para essa justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito à herança. Já a propriedade dotada de função social, é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função (...) enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa

humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual (...). A essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal (GRAU, 2008, p. 236 e 239).

Esta consideração basta à fixação de premissa fundamental: a função social da propriedade é elementar exclusiva do domínio individual, isto é, da propriedade privada, não alcançando, a toda prova, a propriedade pública, a qual, por natureza, mesmo que não afetada, se presta justamente ao atendimento dos interesses da coletividade.

Importante consignar que as prescrições que asseguram o resguardo à propriedade privada e lhe impõem o atendimento à função social são, ambas, de estatura constitucional, o que repercute, em razão do princípio da força normativa da Constituição Federal, na imperiosidade de que tais preceitos, arrolados nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição Federal, sejam conciliados.

Tal contexto foi argutamente observado por Judith Martins-Costa:

Direito de propriedade e função social das propriedades são, com efeito, valores encartados na Constituição como direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII) e como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), com força normativa de mesmo quilate e hierarquia. Vistos em sua configuração abstrata, representam mandamentos sem qualquer antinomia, a merecer, ambos, idêntica e plena observância. Entretanto, não há princípios constitucionais absolutos. E uma das manifestações mais comuns desta verdade fica patenteada nas situações em que, por circunstâncias do caso concreto, mostra-se impossível dar atendimento pleno a normas de mesma hierarquia. (...) Ora, nos casos em que, circunstancialmente, a realidade dos fatos acarreta fenômenos de colisão entre princípios da mesma hierarquia, outra alternativa não existe senão a de criar solução que resulte em concordância prática entre eles, o que somente será possível a partir de uma visão relativizadora dos princípios colidentes. Ou seja: a solução do caso concreto importará, de alguma forma e em alguma medida, limitação de um ou de ambos em prol de um resultado específico. (...) Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. (...) Para situações concretas desta natureza, o legislador, como se

verá, tem buscado soluções harmonizadoras, formulando regras de superação do impasse, que, sem eliminar do mundo jurídico nenhum dos princípios colidentes, fazendo prevalecer aquele que, segundo critério de política legislativa, se evidencia preponderantemente em face do momento histórico e dos valores jurídicos e sociais envolvidos. (...) A chamada desapropriação indireta constitui, conforme se demonstrará, fórmula tipicamente pretoriana de resolver o fenômeno concreto de colisão entre o princípio garantidor do direito de propriedade e o que impõe às propriedades uma destinação compatível com a função social (MARTINS-COSTA, 2002, p. 856-857).

Destarte, a função social da propriedade privada consiste, justamente, no instrumento adotado pelos ordenamentos contemporâneos para, considerando a formação histórica da definição do domínio, marcada pela gradativa relativização das prerrogativas do proprietário, reconhecer que a propriedade, enquanto instituto jurídico de nível constitucional, presta-se, de um lado, ao resguardo dos interesses do titular do domínio, mas, de outra banda, representa medida destinada à salvaguarda do interesse coletivo de difusão da dignidade da pessoa humana, revelando-se efetiva atribuição da propriedade.

O exercício das prerrogativas inerentes ao domínio, então, haverá de atender às condicionantes do interesse do respectivo titular, mas, ato contínuo, deverá observar o critério objetivamente imposto pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXIII), no sentido de que uso, gozo e fruição tenham por escopo, sempre, o propósito de fortalecimento da ordem econômica nacional e a disseminação da dignidade da pessoa humana.

Irrepreensível, neste contexto, a verificação de que, com a nova roupagem emprestada pelos ordenamentos ocidentais, a propriedade privada passou a encartar, concomitantemente, a par de uma função puramente individual, subjetiva, uma outra, de caráter eminentemente coletivo, decorrente da implementação da função social da propriedade privada, referindo-se a última ao interesse coletivo de que o domínio seja explorado de maneira a assegurar o desenvolvimento econômico e social.

A conformação da noção da função social da propriedade, contudo, não se estabeleceu, desde logo, nestes termos, eis que, assim como

ocorreu com a estruturação da definição da propriedade privada, que acompanhou as alterações suportadas pelo modelo econômico-social do mundo ocidental, aquele instituto comportou visível evolução.

Com efeito, inicialmente, a função social da propriedade atuava enquanto elemento preponderantemente limitador das prerrogativas do titular do domínio, assumindo feição nitidamente repressiva, ao passo que, contemporaneamente, a mesma é vista como critério de imposição ao proprietário do encargo de adoção de medidas adequadas e razoáveis, sob o aspecto da coletividade, de exploração da propriedade privada.

Acerca deste pormenor, irrepreensíveis as conclusões de Eros Roberto Grau no sentido de que se reconheça, relativamente à função social da propriedade, dois aspectos distintos, um negativo e outro positivo:

No primeiro caso – da concepção negativa – encontramos na França, o art. 40 da Declaração dos Direitos do Homem, que coíbe os abusos de direito. A concreção do princípio opera-se, aí, na imposição de obrigações de não fazer ao proprietário. No segundo caso – da concepção positiva – encontramos os arts. 42 e 44 da Constituição Italiana, que funcionam como fonte geradora da imposição de comportamentos positivos ao proprietário. Este, então, é compelido a agir positivamente, não apenas negativamente. A primeira concepção, negativa, é coerente com a ideologia do Estado Liberal; a segunda está comprometida com a ideologia que reconhece a necessidade de se colocar à disposição da ordem jurídica instrumentos de conformação do processo econômico e social (GRAU, 2008, p. 245).

A conclusão é irrepreensível, porém, melhor seria que, tal como feito em relação à nítida evolução suportada pelos Direitos Humanos, fosse reconhecida, em relação à função social da propriedade, não a existência de aspectos distintos (positivo *versus* negativo), mas a implementação, com o decorrer do tempo, de uma redefinição da função social da propriedade, quase que sob a forma de gerações sucessivas.

Logo, diversamente do que defendem alguns, a regra da função social da propriedade não se confunde com meras limitações, sobretudo de natureza administrativa, impostas às prerrogativas do titular do domínio, conquanto com estas sejam, no mais das vezes, coincidentes.

Cabe à função social da propriedade, na verdade, outra atribuição: a de elemento de composição da propriedade privada, condicionando seu exercício, à margem das evidentes prerrogativas de uso, gozo e fruição do titular do domínio, ao atendimento dos interesses da coletividade de incrementação do desenvolvimento econômico em prol da disseminação de melhores condições de vida.

Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante e na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza. [...]. Mas é certo que o princípio da função social da propriedade não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Por outro lado, em concreto, o princípio também não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia. (SILVA, 2000, p. 65-66).

A função social da propriedade privada assume, destarte, o papel de elemento de imposição de obrigações positivas ao proprietário tendentes ao atendimento dos interesses da coletividade que recaem sobre a adequada exploração econômica do domínio, em prol do propósito de assegurar a todos, proprietários ou não, existência digna.

No particular, Pietro Perlingieri adverte:

a função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente aos seus limites (...). Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2º Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção em ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito (PERLINGIERI, 2002, p. 226).

Outrossim, por força da exigência constitucional de que a propriedade privada atenda à sua função social, resta estabelecido que, a par de observar os anseios e propósitos do titular do domínio, o direito de propriedade e, por conseguinte, as prerrogativas de uso, gozo, fruição e disposição não de observar, tanto nas formas de seu exercício quanto em hipotética deliberação de não exploração, o objetivo da ordem econômica de assegurar a todos existência digna (art. 170 da Constituição Federal de 1988).

Há de ser sublinhado, ainda, que, de regra, o atendimento à função social da propriedade corresponde à exploração econômica do domínio, a seu efetivo aproveitamento, porém, tal não representa verdade absoluta, já que, consoante adverte Pietro Perlingieri:

o crescimento econômico e o conseqüente bem estar (benessere) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a liberdade e a dignidade humana, não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal-estar para todos. Com esta sensibilidade devem ser enquadradas as problemáticas do ilícito e da responsabilidade, do abuso do direito e do excesso de poder e as análises das numerosas proibições e dos limites à atividade do proprietário, que não podem assumir aprioristicamente a qualificação de excepcionais e de número fechado, exaltando a elasticidade e, portanto, a absoluta liberdade dominical que acaba de emancipar-se da escravidão das limitações (PERLINGIERI, 2002, p. 228).

Imprescindível acentuar, entretentes, uma ressalva conceitual a ser resolvida: tratando-se a propriedade privada de direito subjetivo resguardado sob a condição de direito fundamental do cidadão, seria legítima a vinculação, a efetiva submissão, promovida em âmbito normativo, de seu exercício a determinada finalidade, referente, no caso específico, aos atendimentos da função social do domínio?

Tal questão foi argutamente solucionada por Eros Roberto Grau:

a coerência entre o direito subjetivo e função social da propriedade pode ser demonstrada ainda a partir de 2 vertentes. Tomada uma primeira vertente, a compatibilização entre direito subjetivo e função é desenvolvida a partir da análise da evolução da realidade jurídica, do liberalismo até os nossos dias. Desde esse ponto de vista, há a integração da função social aos modernos conceitos de propriedade, que se consuma na conciliação do

individual e do social. Daí uma alteração na própria estrutura da propriedade (...). Por isso que, tendo em vista sua integração como elemento inerente às estruturas dos direitos de propriedade (v. Anna de Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milão, Giuffrè, 1969, p. 195), a introdução do conceito de função social no sistema que reconhece e garante a propriedade implica a superação da contraposição entre público e privado – isto é, a evolução da propriedade em sentido social implica uma verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social (...). Uma segunda vertente desde a qual se demonstra a compatibilidade entre direito subjetivo e função é estruturada sobre a distinção entre os momentos estático e dinâmico da propriedade. No primeiro momento, examinada estaticamente, como expressão da situação jurídica do proprietário, a propriedade é direito subjetivo. No segundo, porém, quando vista e regulada em seu dinamismo, a propriedade é função. A propriedade é direito (poder) em termos de pertinência – expressão de Comparato (*O poder de controle na sociedade anônima*, cit., 1ª ed., p. 102) – ou de pertença – expressão de Vicente Ráo (*O Direito e a vida dos direitos*. 2º v., pp. 31 e SS). Trata-se, aqui, do direito, que acode ao titular da coisa, de mantê-la a salvo de qualquer pretensão alheia. Além do direito (poder), porém, fundado na relação de pertinência, que respeita ao momento estático da propriedade, há que se considerar seu momento dinâmico, de utilização. Assim, é ela função (dever) – isto é, é instrumento de sua função – quando vista e entendida como atividade (GRAU, 2008, p. 243-244).

A respeito do tema, Judith Martins-Costa acentua que a suposta incompatibilidade entre o conceito de função social e o direito subjetivo à propriedade privada “trata-se, no fundo, da oposição entre deveres e liberdades, entre um direito civil renovado e o direito civil oitocentista, cujos dogmas aqui se encontram sob revisão crítica” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 765), retratando nítida configuração de um poder-dever, ou seja, “o condicionamento do poder a uma finalidade” (GRAU, 2008, p. 241).

Destarte, o princípio da função social da propriedade privada assume a forma de condicionante de legitimação das prerrogativas inerentes ao domínio, a qual passa a integrar, em definitivo, o conceito de domínio, servindo de parâmetro não apenas ao exercício dos poderes dominiais, mas, também, à regência normativa e judicial do tema:

a função se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas que devem ser sempre submetidas a um controle de conformidade constitucional (...). A função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos (...). Também para o proprietário, a função social assume uma valência de princípio geral. A autonomia não é livre arbítrio: os atos e as atividades não somente não podem perseguir fins anti-sociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido (PERLINGIERI, 2002, p. 227-228).

A propósito, Gustavo Tepedino assegura haver relativo consenso quanto à “capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu *perfil* interno e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*”, ressaltando que a “propriedade não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2001, p. 281-282).

Considerado especificamente o ordenamento pátrio, é de se ver que as Constituições Federais de 1824 e 1891, conquanto resguardassem o domínio privado, nada prescreviam quanto à obrigatoriedade de atendimento à sua função social.

Este contexto passou a alterar-se com a promulgação da Constituição Federal de 1934, a qual, a par de assegurar, em seu art. 113, expressamente o direito à propriedade privada, dispunha que o mesmo não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse, semeando a relativização das prerrogativas do proprietário em decorrência dos interesses da coletividade.

Sepultando definitivamente a concepção primeira e individualista outrora emprestada à propriedade privada, a Constituição Federal de 1937, em seu art. 122, prescreveu expressamente que o direito de propriedade, resguardado constitucionalmente, teria seu conteúdo e limites definidos em lei que lhe regulasse o exercício.

A exigência de observância à função social da propriedade na ordem constitucional brasileira foi promovida pela Constituição Federal de 1967, que ao dispor sobre a ordem econômica, detalhou que esta

teria por fim realizar a justiça social, tendo por princípio, entre outros, a função social da propriedade.

Este modelo foi, em seguida, reiterado nas Constituições Federais de 1969 e de 1988, sendo que, quanto à última, passou a função social da propriedade privada a ser expressamente arrolada no rol de direitos fundamentais.

Tal movimento histórico de redefinição dos limites legítimos do domínio foi, assim, definitivamente encampado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual prescreve expressamente que se, de um lado, há de ser assegurada a propriedade privada, de outro norte, esta deve atender à sua função social, prestando-se a reservar garantias à dignidade da pessoa humana.

A preocupação do constituinte com a temática foi tamanha que chegou o mesmo a delimitar no art. 186 da Constituição Federal de 1988, especificamente em relação à propriedade privada de natureza rural, que a função social estará atendida sempre que observados requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização adequada de recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente, observância aos ditames de regência das relações de trabalho e, ainda, da exploração em benefício do bem-estar do proprietário e dos trabalhadores.

Tal preceito, a propósito, já vigia no ordenamento pátrio por influência da dicção do art. 2º da Lei n. 4.504, de 1964, a qual detalhava que o desatendimento à condicionante da função social da propriedade redundaria em desapropriação por interesse social (art. 18, alínea *a*, da Lei n. 4.504, de 1964).

Relevante acentuar, ademais, que o reconhecimento da função social enquanto elementar da propriedade privada não se prende exclusivamente ao domínio imobiliário, alcançando, por expressa disposição legislativa, até mesmo a titularidade de quotas e ações de sociedades empresárias. Com efeito, o art. 116, parágrafo único, e o art. 154, ambos da Lei n. 6.404, de 1976, advertem que o acionista controlador e o administrador de sociedade anônima devem objetivar que a companhia busque seu propósito estatutário e cumpra sua função social, mantendo comprometimento real com os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade em que instalado o empreendimento.

Nesta mesma esteira, o art. 39 da Lei n. 10.257, de 2001, passou, recentemente, a delimitar expressamente o que haveria de corresponder ao atendimento à função social da propriedade em relação a imóveis urbanos.

Evidente, outrossim, a ressonância que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu ao redesenho do conceito da propriedade privada, proclamando expressamente que a observância à função social é condicionante a seu exercício válido.

## 5. A COMPOSIÇÃO CONTEMPORÂNEA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Considerada a nítida evolução histórica suportada pelo Direito Civil, especialmente no que tangencia ao direito à propriedade privada há de ser superada a consideração de que o domínio possa ser reconhecido como mera relação de assenhoramento que reserva ao titular, em caráter absoluto, as prerrogativas *erga omnes* de uso, gozo e fruição.

Com efeito, desde há algum tempo, o ordenamento vincula à propriedade privada, à margem da atribuição de satisfazer os interesses individuais do proprietário, o encargo de atender aos anseios da coletividade, anseios estes de desenvolvimento e de dignidade humana, núcleo essencial dos direitos humanos ao lado do direito à vida e fundamento e objetivo fundamental da República, nos termos dos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988.

Eros Roberto Grau, a propósito, assevera que:

a dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucionalmente conformador (Canotilho); no art. 170, *caput*, como princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, como norma objetivo.

Nesta sua segunda consagração constitucional, a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. (GRAU, 2008, p. 197)

Destarte, enquanto corolário da dignidade da pessoa humana, a imposição da função social da propriedade privada assume a condição de elementar ao exercício legítimo dos poderes do domínio, tanto assim que Oliveira Ascensão adverte que:

vimos que integra actualmente a nossa Ordem Jurídica um princípio, segundo o qual o direito real deve desempenhar uma função social. O seu titular não pode, na mira de suas particulares conveniências, contrariar interesses sociais relevantes. (ASCENSÃO, 2000, p. 200).

Estaria, portanto, estabelecida a função social da propriedade enquanto elementar da definição da propriedade privada, revelando-se abusiva, outrossim, a invocação de qualquer das prerrogativas inerentes ao domínio que esteja divorciada do caráter de interesse coletivo de que o uso da propriedade privada deve dispor.

Esta constatação, deve ser sublinhado, não veda em caráter absoluto o exercício dos poderes inerentes ao domínio com lastro exclusivo nos interesses individuais, egoísticos, do titular do domínio. É e será sempre assegurado ao proprietário o uso e gozo da propriedade consoante suas próprias conveniências, as quais, entretanto, haverão de ser compatíveis e consonantes com os interesses coletivos de desenvolvimento econômico e de fomento à dignidade da pessoa humana.

Há, assim, aliada à mitigação do caráter absoluto do resguardo ao direito do proprietário, especificamente em relação ao uso e gozo contrariamente aos interesses da coletividade, a imposição de obrigações positivas, efetivos encargos, no sentido da implementação, pelo titular do domínio, de medidas atinentes ao uso e gozo da propriedade que sejam, ao menos em tese, tendentes ao fomento do desenvolvimento econômico-social e, portanto, à dignidade da pessoa humana.

Logo, a cláusula do atendimento à função social da propriedade privada encerra a exigência de que, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o titular do domínio implemente providências (obrigação positiva) tendentes ao desenvolvimento econômico e social da comunidade em que inserido, as quais haverão, ainda, de ser compatíveis com os propósitos individuais do proprietário.

Com efeito, a conclusão aqui encampada é no sentido de que, violadas as exigências do interesse da coletividade e da dignidade da pessoa humana por parte do titular do domínio, especificamente quanto à forma de exercê-lo, passará seu direito subjetivo à propriedade privada a estar carente de legitimidade, o que autoriza a implementação de inúmeras medidas, expropriatórias ou não, no sentido de promover a salvaguarda aos interesses da coletividade (v.g. cobrança de IPTU progressivo, parcelamento compulsório etc.).

A este respeito, Gustavo Tepedino afirma, em abordagem da disciplina do art. 186 da Constituição Federal, que “um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada”, fazendo nítida referência indicativa de que a função social da propriedade privada passa a integrar o núcleo da definição do domínio (TEPEDINO, 2001, p. 273).

Finalmente, Judith Martins-Costa também sustenta entendimento de que a função social da propriedade privada é parte integrante da definição contemporânea do domínio:

é que a aceitação da função nesses moldes, como essência dinâmica da estrutura jurídica, importa o afastamento da tradicional teoria que vincula o direito da propriedade privada aos limites de direito público – que são logicamente externos, como projeção de um interesse público, ou seja, como finalidade exterior a incidir sobre o direito subjetivo. Em suma, a reconstrução do direito de propriedade, estrutura fundamentalmente *civillis*, tem sua essência dinâmica na função social. Encontram-se antecedentes da questão da função social nas formulações acerca do abuso de direito, que, gradativamente, impuseram limites ao poder absoluto do proprietário. Tal abordagem, contudo, desenvolve-se ainda no plano dos limites, ou seja, de fatores externos à estrutura mesma do direito subjetivo. (MARTINS-COSTA, 2002, p. 766-767).

## 6. CONCLUSÃO

Historicamente, a propriedade privada, enquanto relação de asseinhamento oponível *erga omnes* mantida pelo proprietário relativamente a determinado bem, foi conformada enquanto dogma constitucional de caráter absoluto.

Os reflexos da idade contemporânea, decorrentes sobretudo dos efeitos da Revolução Industrial e da superação do Estado Liberal, que redundou na adoção do intervencionismo estatal, estabeleceu contexto social que exigiu modificação normativa suficiente ao reconhecimento de que, na verdade, a propriedade privada, a par de se prestar ao atendimento dos interesses privados do proprietário, deve, ainda, atender aos interesses da coletividade, objetivando assegurar o desenvolvimento social e, ainda, a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, afiguram-se inadmissíveis, a este tempo, quaisquer invocações ao direito de propriedade privada que tenham por escopo utilização do domínio em detrimento dos anseios da coletividade, os quais não correspondem, necessariamente, à exploração desmedida e ilimitada do domínio.

A partir de então, os ordenamentos ocidentais passaram, paulatinamente, a dispor expressamente acerca da relativização das prerrogativas da propriedade privada, fazendo-o, em regra, mediante exigência de que o domínio atenda à sua função social, a qual impõe ao titular do domínio encargos negativos e positivos tendentes à implementação da dignidade da pessoa humana.

Diversamente do que sustenta parte da doutrina, a exigência de que a propriedade privada atenda à sua função social, a par de observar ainda os interesses do titular do domínio, passou, em decorrência da evolução da sociedade moderna, a integrar a atual definição do direito de propriedade, de modo que, atualmente, este deve ser reconhecido como a prerrogativa de assenhoreamento, de caráter *erga omnes*, mantida pelo titular relativamente a determinado objeto, a qual há de ser exercida com rigorosa observância aos interesses da coletividade e à dignidade da pessoa humana, cunhados na função social da propriedade.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, n. 63, p. 71-79, 1983.

DEBS, Newman. Aquisição e perda da propriedade – usucapião: roupagem dada pelo novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 811, p. 24-34, maio 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, n. 860, p. 91-133, jun. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Erasmo. A transmissão de propriedade no novo Código Civil Brasileiro e no BGB alemão – um estudo comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 815, p. 38-76, set. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# 11

## ATÉ QUE ENFIM – O DIREITO AO REEMBOLSO DAS DESPESAS COM ADVOGADO

**Abelardo Flores**

A Justiça, de maneira geral, vem-se esforçando para diminuir o sacrifício de seus agentes na prestação de sua cota de serviços de interesse público, como órgão do Estado.

Com as vênias devidas àqueles que tanto se esforçam com esta legítima intenção, pouco tem feito de proveitoso, a não ser criar novas regras de processo, acrescentando perplexidade aos que dela se utilizam.

Verdade seja dita, porque, se não a venerarmos nos momentos de aflição, jamais alcançaremos o equilíbrio das ações, que só se obtém com o remédio certo para cada caso. Sem, não raro, ou sempre, com alguma dor, por meio da qual haverá resistência do paciente que tem de ser obrigado à ingestão, ou à cirurgia inevitável.

O infrator, por acaso, inocente ou, mais frequentemente, aquele que se vale do sistema para tirar vantagens acrescidas à sua atividade normal, não cederá, senão por força das circunstâncias com as quais lide, rotineiramente. Porque o benefício auferido se transforma, para ele, em um negócio rentável, indiferente às consequências negativas para a sociedade a que pertence e que a explora nas suas benesses.

Devedor, descumprindo os contratos que firmou, verbal ou tacitamente, até mesmo por escrito, quer mais um pouco.

E, na ganância incontida não se conforma com a lembrança de que, distorcendo, tergiversando, manhoso, ainda pode auferir algo mais e avolumar sua riqueza, para futura fruição, a seu bel-prazer.

Os órgãos encarregados da defesa do interesse público têm que se prevenir no combate a estes inescrupulosos, sedentos do sangue social, que faz circular a economia coletiva, e tomar as medidas necessárias ao equilíbrio indispensável a uma convivência harmoniosa, que conduz ao bem de todos.

Uma delas, na área do Poder Judiciário, ao que me parece, como cultivador de seus cancelos, por dentro e por fora, na labuta diuturna de conseguir Justiça para quantos nele penetrem, inclusive, pela satisfação pessoal de vê-la funcionar a contento, parece-me que é apenas o infrator, aquele que conhecendo a lei em vigor, conhecendo, porque não pode ignorá-la, não a respeita ou a descumpra propositadamente.

A sugestão consiste em impor-lhe sanção adequada, que o desestimule de continuar na senda dos negócios escusos e contrários aos interesses sociais.

Sempre me pareceu contrário a estes propósitos permitir que o devedor, acionado na Justiça, pagasse a dívida, pura e simplesmente, porque os juros são compensatórios do uso, no tempo decorrido do empréstimo ou da posse do valor restituído, pois, como se sabe, a correção, ou atualização do débito, nada mais é que a configuração atual de seu valor. Portanto, é muito cômodo ao devedor, mal-intencionado, pagar na Justiça, depois de longos anos, frequentemente, de decênios, aquilo que pertencia ao credor desde longa data, sem a menor punição pela violação do direito violado.

Aliás, com lucros pecuniários, porque usufruiu do patrimônio alheio, quanto pode, e nada lhe aconteceu, enriquecendo-se, indignamente, com a desvalorização monetária do crédito do terceiro prejudicado.

A legislação não prevê, porém deveria conter uma condenação acrescida, como, por exemplo: aquele que for levado à Justiça e, depois de percorrer todos os seus escaninhos, se vir condenado, além das custas, é claro, dos honorários pertinentes, deveria pagar, ao vencedor, credor do direito sustentado, um percentual compensatório da espera, dos riscos, dos dispêndios etc., quiçá, de 30%.

Todavia, enquanto isto não acontece, que se lhe aplique a legislação em vigor, que contém regramento inicialmente capaz de preocupá-lo com os desmandos a que está habituado, e dos quais retira, abusivamente, vantagens tão prejudiciais aos que cumprem e respeitam o pactuado.

Situando, agora, a questão na Justiça do Trabalho, no detalhe dos honorários advocatícios, é impressionante, com a devida vênia, a resistência de seus ilustres Magistrados no sentido de condenar o vencido, por ser o empregador, ao pagamento de honorários advocatícios. Sendo que a análise se faz com o falso argumento de que protege o empregado, quanto ao pagamento da verba.

Ora, se o empregado sair vencido de uma demanda à qual deu causa, que, também pague na proporção daquilo a que venha a ser condenado; *verbi gratia*, na hipótese do inquérito para apuração de falta grave que der pela justa causa, ressalvada a sucumbência apenas quando o empregado gozar da assistência judiciária, porque assim é a lei.

Se, entretanto, o patrão for vencido, que arque com as consequências de seus atos, do que deliberou na escolha de seu procedimento, da retenção salarial injusta e ilegal dos alimentos do empregado, de tal gravidade que o art. 7º, X, Constituição da República, considera crime, portanto, não há que se preocupar com eles.

Contudo, passou da hora de defendê-lo com a alegação empresária de que o empregado pode, pelo art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, reclamar a sós, como escoteiro, cujo lema é providenciar o que lhe compete, contando ou não, com ajuda alheia. Porque é por demais sabido que a maioria dos trabalhadores não conhecem, sequer, a própria profissão e, muito menos, os seus direitos.

Ao passo que o patrão, na esmagadora maioria, faz-se assistida de representação profissional, desigualando, portanto, a correlação processual da demanda.

Mais que isso, e desde a Constituição Federal de 1988, se estabeleceu, pelo seu art. 5º. LV, que ela assegura ao litigante a mais ampla defesa de seus direitos, ampla defesa que estaria impedida, totalmente, esvaziada, na sustentação de que a parte pode defender-se, pessoalmente.

Posto que o art. 778, da mesma CLT, impõe, implacável, que a retirada dos autos do processo da secretaria judiciária exige a participação do advogado, por exemplo. Ora, então, a presença do profissional da advocacia, na representação da parte, é indispensável, regra que torna inócua a permissão de comparecer pessoalmente à Justiça, o que, aliás, já se encontrava inscrito no art. 36/Código Processo Civil, de leitura obrigatória, pelo art. 769/CLT.

Este entendimento – no combinado da legislação em vigor, de simplicidade franciscana, como se diz entre os leigos, somente ago-

ra foi acolhido pela Douta Justiça Comum, sob ilustrada relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, acompanhada por toda 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – quando conclui no julgamento do processo Recurso Especial n. 1.027.797/MG, ser direito do trabalhador que, obrigado a comparecer à Justiça do Trabalho, para defesa de seus alimentos, faz jus ao ressarcimento do que despendeu com representação do profissional que deu efetividade ao seu direito.

Dos termos, respeitáveis, do venerando acórdão, ressei a inferência jurídica irresponsável, de que, se o litigante, inclusive, ou especialmente, o trabalhista, não pode comparecer, a sós, perante aquele douto juízo, por impedimento do exercício da ampla defesa, com retirada dos autos, nas vistas que lhe sejam adequadas.

E se, condenado o infrator, por descumprimento do contrato, na relação empregatícia, há direito – há direito – repita-se, inquestionável, aos honorários, quer pelo princípio da restituição por inteiro, quer pela violação material do pactuado, a ser satisfeito pelo vencido.

Impondo-se ao infrator as responsabilidades pecuniárias de seus atos nocivos, haverá um desestímulo às demandas criadas com o propósito de adiar o cumprimento de obrigações líquidas e certas, porque o resultado da condenação lhe será agravado, proporcionalmente. Porém, com despesas que tornam inconvenientes como negócios, as prateleiras ou judiciárias se regozijarão.

Pena que haja sido o colendo Superior Tribunal de Justiça quem desnudou esta verdade, e não a egrégia Justiça do Trabalho, incumbida pela legislação que contém os princípios jurídicos mais caros à tutela dos empregados, na sua luta desigual com o capitalismo selvagem.

Logo ela, tão relacionada com os fatos da causa e necessitada de procedimentos capazes de minimizar a pletora de processos que enfrenta muitos deles, propositadamente, destinados ao envolvimento dela na cobertura do enriquecimento indigno de alguns, negociantes da infelicidade de muitos.

Ainda há esperanças de que ela – a Justiça do Trabalho – um dia, acordando para sua missão precípua de tutela de direitos vilipendiados dos mais fracos, perceberá que a prescrição não pode ser entendida como a CONSTITUCIONAL, porque esta não existe sem a legislação ordinária, nos seus artigos 440/CLT e 199 do Código Civil, que a regulamentam e condicionam a vários requisitos, relacionados com a independência da vítima, diante do abuso empresarial contra o direito ao emprego, em face da possibilidade de dispensa sem justa causa.

# 12

## A DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UM EXAME DA INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.015/09

Clarissa Bahia Barroso França

### 1. INTRODUÇÃO

Desde o final da década de 1980, os fenômenos da violência e do abuso sexual cometidos contra crianças e adolescentes têm sido objeto de uma crescente mobilização social voltada à adoção de políticas públicas para seu enfrentamento, tanto por parte de setores da sociedade civil quanto de representantes dos poderes públicos. No plano político, especialmente em virtude da elaboração do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil, foram estabelecidas propostas de medidas preventivas, além de ter sido estimulado o empreendimento de “ações sociais especializadas e multiprofissionais dirigidas ao atendimento de crianças, adolescentes e famílias envolvidas com a violência e o abuso sexual”.<sup>1</sup>

No âmbito jurídico, por sua vez, verifica-se que essa mobilização social surgiu em um momento em que se colocou em evidência a afirmação dos direitos das crianças e de adolescentes. Assim, com o advento da Constituição de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 e da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, exigia-se também a elaboração de leis e a utilização dos meca-

<sup>1</sup> CASTANHA, Neide (Org.). *Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil: Uma Política em Movimento Relatório do Monitoramento 2003-2004*. Brasília, 2007, p. 12.

nismos jurídicos como forma de efetivação do combate à violência e ao abuso sexual das crianças e adolescentes.

O Direito Penal, nesse contexto, por se tratar do ramo da ciência jurídica que age na tutela dos bens mais relevantes na vida do indivíduo e da sociedade, há muito atua no enfrentamento à violência e ao abuso sexual cometido contra as crianças e adolescentes. Entretanto, ainda que não haja dúvidas acerca da necessidade da criminalização dessas condutas em razão da necessidade de se assegurar um desenvolvimento sadio às crianças e adolescentes, os crimes sexuais sempre foram fonte de inúmeras divergências quanto à construção de sua tipicidade legal e de sua adequação social.

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, na tentativa de aprimorar a legislação penal relativamente aos crimes sexuais, promoveu diversas modificações no Código Penal. Dentre todas elas se destaca a criação de um novo tipo penal intitulado estupro de vulnerável, que possui como sujeito passivo o menor de 14 anos, de ambos os sexos, e ao qual é cominada a severa pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Sem a ambição de apresentar respostas definitivas acerca da polêmica tipificação da violência e do abuso sexual cometido contra crianças e adolescentes, muito menos de empreender uma análise dogmática completa do crime descrito no artigo 217-A do Código Penal, o presente artigo pretende elucidar o conceito de dignidade sexual, mostrando a importância de uma abordagem específica nas hipóteses que envolvem crianças e adolescentes.

## 2. A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Segundo leciona Bitencourt,<sup>2</sup> com base nos ensinamentos de Jescheck,<sup>3</sup> “o bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais”. Nessa esteira de pensamento, uma detida

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 326.

<sup>3</sup> JESCHECK, ao tratar das distintas funções exercidas pelo bem jurídico em Direito Penal, assevera que “o bem jurídico deve ser o conceito central do tipo, em torno do qual devem girar todos os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, constitui importante instrumento de interpretação” *In*: JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, nota 2, p. 326.

análise do bem jurídico tutelado em cada um dos diversos grupos de tipos penais revela-se de fundamental importância tanto para a compreensão da razão de ser dos delitos tipificados pelo legislador quanto para possibilitar a correta identificação das condutas efetivamente puníveis mediante sanção penal. A necessidade de se perceber esses dois aspectos do tipo penal representa a garantia da aplicação do princípio fundamental da ofensividade, o qual, de acordo com Bitencourt,<sup>4</sup>

tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido. (Grifos do original)

Como não poderia ocorrer de modo diverso com relação ao tipo penal de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), a discussão acerca da definição do bem jurídico por ele protegido torna-se imprescindível.

A Lei 12.015/09 criou um capítulo destinado à proteção dos indivíduos considerados vulneráveis e instituiu um novo tipo penal que contém uma nova modalidade de estupro, específico para os casos em que a vítima possui menos de 14 (quatorze) anos. Contudo, essas não foram as únicas inovações. Entre outras, a referida Lei também modificou o bem jurídico resguardado no Título IV do Código Penal. Assim, deixou o legislador de tutelar os costumes para proteger bem jurídico mais amplo representado pela dignidade sexual.<sup>5</sup> A mudança de objeto da proteção legal não poderia ser mais coerente, pois se coaduna melhor com os ditames do Estado Democrático de Direito

<sup>4</sup> BITENCOURT. *Op. cit.*, nota 2, p. 28.

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Niterói: Impetus, 2009. Adendo Lei n. 12.015/2009, p. 3.

adotado pela Constituição Brasileira de 1988,<sup>6</sup> eis que deixa de ter em vista o simples resguardo da moral pública sexual<sup>7</sup> e dos bons costumes, para prezar pela tutela da dignidade da pessoa humana do ponto de vista sexual.<sup>8</sup>

Embora seja notável a maior harmonia com os preceitos constitucionais, a adoção pelo legislador da dignidade sexual como bem jurídico protegido também traz consigo algumas dificuldades que, por exigirem maior empenho por parte do aplicador do Direito, serão tratadas no presente capítulo.

A primeira delas trata-se da fluidez do conceito do qual deriva a dignidade sexual, qual seja a dignidade da pessoa humana. Apesar de nos parecer lógico entender a dignidade sexual como uma das dimensões<sup>9</sup> da dignidade da pessoa humana,<sup>10</sup> a compreensão do que vem a ser a dignidade sexual não é tão facilmente dedutível. Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro uma definição explícita do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, inexistindo também, por conseguinte, definição de dignidade sexual. Além disso, são raras as

<sup>6</sup> CAPEZ, Fernando. A objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 74, 01/03/2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7510](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7510). Acesso em: 9 ago. 2010.

<sup>7</sup> Sob a perspectiva da redação original do Código Penal, lecionava Damásio Evangelista de Jesus, “a lei penal, (...) protege o interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Em última análise, protege-se a moral pública sexual. Evidentemente, o intérprete e aplicador da lei devem valer-se, mais do que nunca, da observação dos costumes vigentes na sociedade onde vivem”. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Especial: Dos crimes contra a Propriedade Imaterial e dos Crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 1982/1983, v. 3, p. 91.

<sup>8</sup> CAPEZ. *Op. cit.*

<sup>9</sup> Segundo Andreia Sofia Esteves Gomes, “o conceito de dignidade da pessoa humana emerge da necessidade (...) de proteger a pessoa humana na integralidade de suas várias dimensões”. GOMES, Andreia Sofia Esteves. A dignidade da pessoa humana e o seu valor jurídico partindo da experiência constitucional portuguesa. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 27

<sup>10</sup> CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*

manifestações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de construir tais conceitos de modo mais concreto, verificando-se mais frequentemente entre os doutrinadores e aplicadores do Direito a tendência de deixar o significado intrínseco do que vem a ser a dignidade para a compreensão intuitiva.<sup>11</sup> Conforme afirma Schachter,<sup>12</sup> embora em algumas situações uma definição abstrata de dignidade não seja necessária para se verificar a violação a esse bem jurídico, “não é inteiramente satisfatório aceitar a ideia de que a dignidade humana não pode ser definida ou analisada em termos gerais”.<sup>13</sup> Isso porque, explica o citado autor,

sem uma idéia razoavelmente clara de seu significado geral, não podemos rejeitar o uso falacioso do conceito, nem podemos, sem compreender seu significado, traçar implicações específicas para uma conduta relevante.<sup>14</sup>

A segunda dificuldade, por sua vez, refere-se ao intrincado conceito de sexualidade que, na atualidade, não mais é entendido como restrito às manifestações vinculadas ao ato sexual. Se com relação aos adultos a sexualidade esteve na origem dos maiores tabus da sociedade, a ideia inicialmente desenvolvida por Freud<sup>15</sup> de que as crianças não são seres assexuados provocou, e até hoje provoca, certo espanto ou desconforto na opinião popular.<sup>16</sup> Contudo, com a eleição da dignidade

<sup>11</sup> SCHACHTER, Oscar. Human Dignity as a Normative Concept. *The American Journal of International Law*, [s.l.], American Society of International Law, v. 77, n. 4, p. 848-854, 1983, p. 850, trad. livre.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Nesse sentido, aduz Freud que “faz parte da opinião popular sobre a pulsão sexual que ela está ausente na infância e só desperta no período da vida designado da puberdade. Mas esse não é apenas um erro qualquer, e sim um equívoco de graves conseqüências, pois é o principal culpado de nossa ignorância de hoje sobre as condições básicas da vida sexual. Um estudo aprofundado das manifestações sexuais da infância provavelmente nos revelaria os traços essenciais da pulsão sexual, desvendaria sua evolução e nos permitiria ver como se compõe a partir de diversas fontes.” In: FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: IMAGO, 1972, v. III, p. 193.

<sup>16</sup> IPPÓLITO, Rita. O lugar da escola na educação sexual: Algumas Questões para o Debate. In: CASTANHA, N. (Org.). *Direitos sexuais são direitos humanos*.

sexual como bem jurídico tutelado no crime de estupro de vulnerável, os reflexos da polêmica questão referente à sexualidade infantil passam também a incidir na esfera jurídica. Isso porque surge a necessidade de se determinar (i) se as crianças e adolescentes menores de 14 (quatorze) anos têm direito ao exercício de sua sexualidade e (ii) de que forma devem fazê-lo, tornando, então, especialmente complexa a compreensão da dignidade sexual dos indivíduos considerados vulneráveis.

Portanto, mesmo que se vislumbre a impossibilidade de se definir de modo extremamente concreto a dignidade da pessoa humana e dignidade sexual, a discussão acerca dos contornos desses conceitos mostra-se necessária para a compreensão das condutas penalmente relevantes no contexto da proteção dos menores de 14 (quatorze) anos.

### 3. A DIGNIDADE SEXUAL: ORIGEM CONCEITUAL E AS ESPECIFICIDADES NO CASO DAS CRIANÇAS

Com origem no vocábulo latino *dignitas*, que quer dizer merecimento, respeito e nobreza,<sup>17</sup> o conceito de dignidade, nas lições de Gomes, é fruto de um permanente processo de construção,<sup>18</sup> cujo início remonta à antiguidade. Assim, as noções do que vem a ser dignidade e de quais indivíduos dela são titulares, tal como conhecemos hoje, evoluíram ao longo da história, tendo sido fortemente influenciadas em um primeiro momento pelo ideário cristão.<sup>19</sup> Ao abordar as modificações no conceito de dignidade trazidas pela filosofia cristã, sintetiza Agra:

Na antiguidade, o conceito da dignidade da pessoa humana estava ligado ao mérito, que poderia ser aferido pelo dinheiro, título de nobreza, capacidade intelectual, etc. Os gregos acreditavam que o que diferenciava os homens dos animais era a capacidade de empreender um pensamento lógico, utilizando uma lingua-

---

Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008, p. 98.

<sup>17</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 253.

<sup>18</sup> GOMES. A dignidade..., cit. In: MIRANDA; SILVA. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>19</sup> GOMES. A dignidade..., cit. In: MIRANDA; SILVA. *Op. cit.*, p. 24.

gem própria, que era designada pela palavra *logos*, que representava a linguagem, a razão, advindo, assim, a necessidade de respeito aos homens por essa capacidade e distinção. Com o advento da ideologia cristã, em que o homem passa a ser concebido à imagem e semelhança de Deus, a dignidade passou a ser mérito de todos os seres humanos, independentemente de suas qualidades; como seres concebidos à igualdade e semelhança de Deus, a integridade dos homens faz parte da essência divina, merecendo, portanto, ser respeitada.<sup>20</sup>

Conforme assevera Gomes, além da filosofia cristã, em que se destacam o trabalho de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino, outras formulações advindas do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII contribuíram de forma importante para a determinação do sentido atribuído à dignidade da pessoa humana,<sup>21</sup> sendo que a principal característica dos aportes dos pensadores dessa época foi a verificação de “um processo de racionalização e laicização do conceito de dignidade da pessoa humana, sem, contudo, se desconsiderar a nota de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade”.<sup>22</sup> Nesse contexto, uma influência decisiva na construção da ideia de dignidade humana foi a filosofia kantiana, segundo a qual a dignidade humana, entendida como “o respeito pelo valor intrínseco de cada pessoa”,<sup>23</sup> “deve significar que os indivíduos não podem ser percebidos ou tratados meramente como instrumentos ou objetos da vontade dos outros”.<sup>24</sup>

A concepção de dignidade com fundamento na doutrina de Kant serviu, assim, de inspiração para a adoção do princípio da dignidade humana como a pedra angular dos direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.<sup>25</sup> A partir de então, refe-

<sup>20</sup> AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro, 2007, p. 100, *apud* SIQUEIRA JR., A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 253.

<sup>21</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA, Op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA, Op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> SCHACHTER. *Op. cit.*, p. 850, trad. livre.

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 25. Registre-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu Artigo I, estabelece que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

rências a esse princípio são encontradas nas mais diversas resoluções e declarações emanadas de organizações internacionais,<sup>26</sup> bem como em constituições de inúmeros países.<sup>27</sup>

Essas breves considerações acerca da construção histórica do conceito de dignidade, embora sejam de extrema importância para a compreensão dos fundamentos da concepção de dignidade da pessoa humana, não elidem os vagos e imprecisos contornos do conceito.<sup>28</sup> Entretanto, mesmo diante da reconhecida dificuldade de se chegar a um conceito suficientemente concreto, de acordo com o que aduz Gomes, é preciso “procurar densificar o conceito de dignidade da pessoa humana para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental”.<sup>29</sup> Nesse sentido, as lições de Almeida fornecem um aprofundamento sobre o tema<sup>30</sup> que julgamos satisfatório, afirmando o aludido autor que a dignidade:

refere-se ao reconhecimento do valor intrínseco e soberano da pessoa perante quaisquer condições externas, valor que se impõe por igual a todos os membros da sociedade e vai muito para além da *dignitas* ligada à honra, ao prestígio ou ao mérito social de qualquer cidadão em particular. Cada pessoa, só pelo fato de o ser, é merecedora do máximo respeito e proteção sociais, sobretudo em contextos que tornam evidente a fragilidade da condição humana. Tal valor postula a existência de garantias que assegurem a respectiva proteção, seja no plano subjetivo, como bem ou

---

São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

<sup>26</sup> SCHACHTER. Human Dignity as..., *Op. cit.*, p. 849, trad. livre.

<sup>27</sup> Conforme aduz Gomes, “disposições semelhantes existem, designadamente, nas Constituições belga (artigo 23º), finlandesa (artigo 1º), alemã (artigo 1º), grega (artigo 2º), espanhola (artigo 10º, nº. 1), colombiana (artigo 1º), romena (artigo 1º), cabo-verdiana (artigo 1º), russa (artigo 21º), sul-africana (artigos 1º, 10º e 35º), polaca (artigo 30º) e timorense (artigo 1º). Constituições como as da Índia, da Bulgária, da Irlanda ou da Venezuela também aludem, expressamente, à ‘dignidade da pessoa humana’ nos respectivos preâmbulos”. GOMES, A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA, Tratado..., op. cit.*, p. 23.

<sup>28</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 25.

<sup>29</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 26.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 46, n. 1, p. 623-648, 2005.

conjunto de bens jurídicos atribuídos e titulados pelas pessoas individualmente consideradas, seja no plano objetivo, como algo a integrar nos bens comuns da coletividade e a proteger, preventiva ou sucessivamente, sempre que for questionada ou posta em perigo a incolumidade da pessoa humana. De resto, a dignidade deve ser afirmada em todas as circunstâncias e fases da existência humana, em qualquer posição social em que se encontre a pessoa e independentemente da organização política a que se encontra sujeita.<sup>31</sup>

Igualmente de grande valia, destacamos o conceito contido nas lições de Salgado:<sup>32</sup>

Entende-se a dignidade humana como uma expressão tipicamente moderna que exprime o valor inquantificável do ser humano, a sua natureza de fim em si mesmo, natureza que, por sua vez, exige um tratamento compatível com o seu valor, que será posterior e gradativamente garantido e efetivado através de direitos que, justamente por tutelarem o homem em sua dignidade, recebem o nome de fundamentais. A dignidade humana permite uma visão absolutamente universal do homem, prescindindo de qualquer outra qualificação, como raça, religião ou atuação político-social.

Uma leitura atenta dos conceitos de dignidade da pessoa humana traçados pelos aludidos autores nos leva a destacar alguns pontos importantes. Primeiramente, sobreleva-nos notar a ampla abrangência da dignidade, como característica essencial e inerente a qualquer ser humano, seja qual for seu gênero, orientação sexual, idade, condição socioeconômica, sendo inclusive irrelevante sua capacidade civil, política ou de discernimento. Em outras palavras, nos dizeres de Bulos “a força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem”.<sup>33</sup>

Em segundo lugar, relevante observar que a dignidade, enquanto “valor intrínseco e soberano da pessoa perante quaisquer condições

<sup>31</sup> ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 631. (Grifos não constantes no original).

<sup>32</sup> SALGADO, K. *A filosofia da dignidade humana*; A contribuição do alto medievo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 13-14. (Grifos não constantes no original).

<sup>33</sup> SIQUEIRA JR.. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 253.

externas”, deve ser observada nas mais variadas dimensões da vida do homem, envolvendo tanto aspectos “espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.)”.<sup>34</sup> como “materiais (renda mínima, saúde alimentação, lazer moradia, educação etc.)”.<sup>35</sup> A respeito da extensão do princípio da dignidade humana na tutela do indivíduo, pertinente a ponderação de Gomes:

A dignidade como dimensão intrínseca do ser humano articula-se com o processo de construção da identidade pessoal de cada um, permitindo a cada pessoa orientar a sua vida de acordo com o seu projeto espiritual e desenvolver livremente a sua personalidade.<sup>36</sup>

Por fim, e talvez mais importante, destaque-se que a dignidade da pessoa humana, tal como acima definida, revela-se como cerne do conjunto de direitos chamados fundamentais. A dignidade humana possui, então, não apenas um aspecto subjetivo, intimamente relacionado à autonomia individual de cada ser humano de desenvolver livremente a sua personalidade (autodeterminação), mas também se limita por um aspecto objetivo, representado pela indisponibilidade dos direitos fundamentais. Desse modo, a garantia da dignidade não poderá ser eliminada, nem mesmo nas situações em que o indivíduo age voluntariamente no sentido de renunciá-la,<sup>37</sup> isto é, conforme aduz Matos, “o homem não escolhe se quer ter ou não dignidade, nem

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> GOMES. A dignidade..., *cit. In: MIRANDA; SILVA. Op. cit.*, p. 27.

<sup>37</sup> Nesse sentido também se posiciona Malby, trazendo à luz alguns casos paradigmáticos do direito europeu: “o caso *Brown* da ECtHR [Corte Européia de Direitos Humanos], o caso *Lancer des Nains* [Lançamento de anões] do Conselho de Estado francês, e a decisão alemã *Peep Show* mostram que, no espírito europeu, a dignidade não está indissolúvelmente ligada a uma visão liberal-individualista do seres humanos como pessoas cujas escolhas de vida merecem respeito. Em *Brown*, o tribunal declarou que, em relação aos masoquistas consentidos ‘a proteção da vida privada significa a proteção da intimidade da pessoa e da dignidade, e não a proteção de sua baixaza ou a promoção do imoralismo criminal’. Em *Lancer des Nains* [Lançamento de anões], o Conselho de Estado francês decidiu que era uma afronta à dignidade humana para permitir o lançamento (por esporte) de uma pessoa escolhida por causa de sua deficiência física, não obstante a participação voluntária do anão envolvido” MALBY, Steven. Human Dignity and Human Reproductive Cloning. *Health and Human Rights*, Harvard

esta pode, em momento algum, ser olvidada”.<sup>38</sup> O posicionamento da doutrina e jurisprudência, principalmente as de origem europeia, tem corroborado esse caráter objetivo da dignidade da pessoa humana, conforme afirma Malby:<sup>39</sup>

Esta abordagem sugere que o Estado pode introduzir regulamentações para restringir a liberdade das pessoas de fazer escolhas que, do ponto de vista do Estado, interfiram na dignidade de um indivíduo, de um grupo social, ou da raça humana como um todo. Note que este recurso para o elemento objetivo da dignidade da pessoa não é necessariamente um recurso à dignidade do indivíduo interessado, ou até mesmo à dignidade das pessoas diretamente afetadas pela ação. Pelo contrário, as ações de um indivíduo podem ser capazes de violar a dignidade coletiva, ou mesmo serem incompatíveis com uma (mais metafísica) noção de dignidade, mesmo se nenhuma perda concreta para o grupo ou a sociedade possa ser diretamente identificada.

Diante de tão amplo espectro de indivíduos merecedores do reconhecimento de sua dignidade, bem como da vasta extensão dos aspectos da vida humana que devem ser orientados segundo esse valor, é imperioso reconhecer a necessidade de se formular um juízo de concretização do termo segundo as características de cada situação examinada.<sup>40</sup> Nesse contexto, a sexualidade, devido a sua importância na vida de todas as pessoas, vem a ser uma das perspectivas cuja proteção jurídica deve ocorrer sob a ótica da dignidade.

---

School of Public Health/François-Xavier Bagnoud Center for Health, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 102-135, 2002, p. 110, trad. livre.

<sup>38</sup> MATOS, Inês Lobinho. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional mormente, em matéria de direito penal e direito processual penal. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 83.

<sup>39</sup> MALBY. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>40</sup> A esse respeito, assevera Almeida que a dignidade “Trata-se de um critério em boa parte indeterminado, que necessita, portanto, de um indispensável juízo de concretização a formular de situação para situação. Diferentes tradições valoram de forma diferente o conteúdo e o alcance do critério da dignidade”. In: ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 639

A noção de sexualidade é complexa<sup>41</sup> e abrange mais do que os comportamentos físico ou socialmente considerados estritamente sexuais,<sup>42</sup> motivo pelo qual não pretendemos, no presente trabalho, esgotar profundamente todos os aspectos a ela relacionados. Entretanto, convém destacar o conceito estabelecido pelas orientações conjuntas da Organização Mundial da Saúde e a Organização Panamericana de Saúde, o qual define a sexualidade como

uma dimensão essencial do ser humano o qual inclui sexo, gênero, identidade sexual e de gênero, orientação sexual, erotismo, afeto emocional/amor, e reprodução. Ela é vivenciada ou expressa em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, atividades, práticas, papéis, relacionamentos. A sexualidade é o resultado da interação de fatores biológicos, psicológicos, socioeconômicos, culturais, éticos e religiosos/espirituais.(...)

A sexualidade está presente em todo o ciclo de vida, embora as diversas expressões e influências que afetam a sexualidade possam variar ao longo do tempo.<sup>43</sup>

Como se pode observar, a sexualidade é um aspecto que integra a personalidade humana desde o nascimento,<sup>44</sup> sendo, por conseguinte, fundamental que se assegure a todos os indivíduos seu desenvolvimento em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a todos os seres humanos deve ser garantido um processo livre, autônomo e saudável de construção de sua sexualidade, o que se traduz no ordenamento jurídico pela inclusão dos direitos sexuais no rol dos direitos fundamentais.

<sup>41</sup> VANCE, C. S. (Org.). *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, London: Pandora Press, 1992, p. 04, *apud* MILLER, Alice M. *Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights*. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 2, Reproductive and Sexual Rights, p. 68 -109, 2000, p. 74, trad. livre.

<sup>42</sup> MILLER. *Op. cit.*, p. 73, trad. livre.

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Promotion of Sexual Health: Recommendations for Action*, maio, 2000, p. 8-9, trad. livre.

<sup>44</sup> GROFF, Alcione Maria. Sexualidade e Contexto Escolar. *EDUCERE – Revista da Educação*, v. 2, n. 2, p. 192, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/educere/article/viewFile/849/746>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a classificação dos direitos sexuais como direitos fundamentais, assevera Graupner<sup>45</sup> que a autodeterminação sexual abrange dois aspectos básicos: o direito de engajar-se em uma manifestação de sexualidade desejada e o direito de ser livre e de estar protegido de manifestações de sexualidade indesejadas, assim como do abuso sexual e da violência sexual. Assim, conclui o citado autor, a menos que estes dois aspectos sejam cumpridos, a dignidade sexual não pode ser realizada na sua verdadeira essência.

Se, como já dito, o exercício dos direitos sexuais deve ser a todos assegurado, observando-se o respeito à dignidade humana, não poderia ocorrer de modo diverso com relação às crianças e adolescentes, visto que eles não são seres assexuados, ao contrário do que demonstram as construções do conceito de infância manifestadas pelo senso comum.<sup>46</sup> Embora não prevista de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, no cenário internacional a garantia do desenvolvimento digno da sexualidade já encontra guarida nos princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, os chamados Princípios de Yogyakarta, elaborados em 26 março de 2007 por um grupo de especialistas em direitos humanos.<sup>47</sup> Em seu artigo 6º, o referido documento inova afirmando que não apenas adultos, mas “todas as pessoas com idade superior à idade de consentimento” têm o direito de exercer atividade sexual, sem, no entanto, especificar um padrão ideal de idade. Também a declaração da Federação Internacional de Paternidade Planejada (FIPP) reconhece o direito dos menores de 18

<sup>45</sup> GRAUPNER, Helmut. Sexuality and Human Rights in Europe. *Journal of Homosexuality*, [s.l.], Routledge, v. 48, n. 3, p. 107-139, 2005, p. 110, trad. livre.

<sup>46</sup> SAYÃO, Débora Thomé. Gênero, Infância, Sexualidade e Educação. In: CASTANHA, N. (Org.). Direitos sexuais são direitos humanos. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008, p. 45.

<sup>47</sup> O'FLAHERTY, Michael; FISHER, John. Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, [s.l.], Oxford University, v. 8, n. 2, p. 207-248, 2005, p. 208, trad. livre.

anos à atividade sexual, estabelecendo, contudo, limites subjetivos ao exercício de tal direito. Nesse sentido, a citada Organização não-Governamental afirma que devida atenção deve ser dada à evolução das capacidades sexuais de cada indivíduo menor de 18 anos, lembrando a existência de um especial dever de assegurar que essas pessoas não sejam sexualmente abusadas:

Diversos princípios governam o inter-relacionamento entre os direitos da criança e do adolescente e outros interesses. Entre eles: o reconhecimento de pessoas menores de dezoito anos como sujeitos de direitos, o maior interesse da criança, o desenvolvimento das capacidades da criança, a não-discriminação, e a responsabilidade de assegurar condições para o desenvolvimento.

No contexto dos direitos sexuais, estes princípios requerem uma abordagem individualizada, permeada pela demonstração de maturidade e consideração de circunstâncias particulares, tais como: a capacidade de discernimento da criança ou adolescente; condições de saúde física e mental; relacionamento com os pais ou outras partes interessadas; relações de poder entre os envolvidos, e a natureza do assunto em pauta.

(...) Todas as crianças e adolescentes têm o direito de desfrutar de proteção especial contra todas as formas de exploração. Isto inclui proteção contra a exploração sexual, prostituição infantil e todas as formas de abuso sexual, violência e assédio, inclusive a submissão de crianças à participação em quaisquer atividades sexuais ou práticas sexuais e o uso de crianças em espetáculos e materiais pornográficos.<sup>48</sup>

A discussão acerca da atividade sexual dos menores e em que medida ela ocorre pautada no princípio da dignidade humana exige, portanto, uma análise do caso concreto que ultrapassa a questão do consentimento, mais atenta às especificidades de cada criança ou adolescente envolvido, a fim de se cumprir as exigências de proteção contra o abuso sexual.

<sup>48</sup> INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Direitos sexuais: uma declaração da IPPF- International Planned Parenthood Federation*. Rio de Janeiro: BEMFAM, 2009, p. 14.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 46, n. 1, p. 623-648, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTANHA, N. (Org.). *Direitos sexuais são direitos humanos*. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008.

CASTANHA, Neide (Org.). *Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil: Uma Política em Movimento Relatório do Monitoramento 2003-2004*. Brasília, 2007.

CAPEZ, Fernando. A objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 74, 01/03/2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7510](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7510). Acesso em: 9 ago. 2010

FREUD, Sigmund. *Obras Psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: IMAGO, 1972, v. VII.

GRAUPNER, Helmut. Sexuality and Human Rights in Europe. *Journal of Homosexuality*, [s.l.], Routledge, v. 48, n. 3, p. 107-139, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Niterói: Impetus, 2009.

GROFF, Alcione Maria. Sexualidade e Contexto Escolar. *EDUCERE – Revista da Educação*, v. 2, n. 2, p. 192, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/educere/article/viewFile/849/746>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Direitos sexuais: uma declaração da IPPF – International Planned Parenthood Federation*. Rio de Janeiro: BEMFAM, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal – Parte Especial: Dos crimes contra a Propriedade Imaterial a dos Crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1982/1983.

MALBY, Steven. Human Dignity and Human Reproductive Cloning. *Health and Human Rights*, Harvard School of Public Health/François-Xavier Bagnoud Center for Health, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 102-135, 2002.

MILLER, Alice M. Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights. *Health and Human Rights*, v. 4, n. 2, Reproductive and Sexual Rights, p. 68 -109, 2000.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

O'FLAHERTY, Michael; FISHER, John. Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, [s.l.], Oxford University, v. 8, n. 2, p. 207-248, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Promotion of Sexual Health: Recommendations for Action*, maio, 2000.

SALGADO, K. *A filosofia da dignidade humana: A contribuição do alto medievo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

SCHACHTER, Oscar. Human Dignity as a Normative Concept. *The American Journal of International Law*,[s.l.], American Society of International Law, v. 77, n. 4, p. 848-854, 1983.

Impresso em setembro de 2011