



Edição Ouro

REVISTA SUPERIOR DE JUSTIÇA

BELO HORIZONTE
OUTUBRO
2017





Todos os direitos reservados aos autores e à Editora Edições Superiores

Presidente do Conselho Editorial:

Dra. Sara Bernardes

Editor Responsável:

Cilas Bernardes Rosa

Produtor Editorial:

Editora Edições Superiores

Revisão:

Editora Edições Superiores

Editoração:

Amanda Gama de Paula

Capa:

Cyb Comunicação

Conselho Editorial:

Cilas Bernardes Rosa

Eliane Bernardes Rosa de Miranda

Fernanda Amaral

Fernando de Jesus

Joaquim José Miranda Júnior

Manoel Felizardo

Melillo Dinis

Sara Maria Alves Gouveia Bernardes



Edições Superiores

Av. Miguel Perrela, 698

Bairro Castelo - CEP: 31.330-290

Belo Horizonte – MG

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, e videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra, em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições se aplicam também às características gráficas da obra e a sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (Artigo 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Lei n. 10.695, de 1º.07.2003), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Impresso no Brasil



R454

Revista Superior de Justiça. / Belo Horizonte: Esjus – Escola Superior de Justiça – v.
1, abr. 2001 – Belo Horizonte: Edições Superiores, 2011.

v. 8, n. 1, Out. 2017.

ISSN: 2236-2355

Bílingue – Português e espanhol.

Acesso: <http://www.ejus.com.br/revista-superior-de-justiça>

1. Direito. 2. Edições Superiores. ESJUS – Escola Superior de Justiça.
CDU: 34



PREFÁCIO

O conhecimento guia o destino. Nestes 10 anos da Escola Superior de Justiça – ESJUS temos construído com muita seriedade um projeto educacional sólido e que pode oferecer ao país, profissionais bem preparados e comprometidos com a sociedade.

Trabalhamos com dinamismo e comprometimento. Ansiamos cada vez mais pela qualidade de ensino e expansão da educação.

Durante estes anos conseguimos disseminar conhecimento e encurtar distâncias que vão muito além das geográficas. Foi possível trazer ainda para mais perto, alunos de todas as amplas áreas do direito dispostos a aprimorar e a tornar ainda mais visível o know-how e a destreza de quem está preparado para o futuro. Ao apresentarmos mais uma edição da Revista Superior de Justiça, percebo que a cada edição há características que a diferenciam de muitas outras e, desta feita, um tanto mais significativa: eis nossa “Edição Ouro” e porque não “de Ouro”?

Uma junção do que há de melhor em artigos e estudos apresentados por mestres e doutores nas áreas do Direito Civil, Processo Civil, Direitos da Personalidade, Direitos das Obrigações, Responsabilidade Civil, Direitos Reais e Direitos de Família e Sucessões empenhados em compartilhar pesquisas, práticas e domínio de assuntos relevantes na atualidade.

Fica aqui a nossa gratidão a todos que fazem parte desses 10 anos de história bem sucedida.

Reafirmamos o nosso compromisso de ser a Instituição de Ensino Superior focada na excelência e expansão do conhecimento de alto nível. É nosso dever indeclinável continuar trabalhando em prol do fortalecimento acadêmico em todos os níveis com a consciência de que ali se encontra o núcleo e o motor de nosso caráter formador enquanto docentes, mestres e doutores.

*Prof^ª. Dra. Sara Bernardes
Presidente
Escola Superior de Justiça*





edições
SUPERIORES



"A Revista Superior de Justiça foi criada para deliberar sobre os diferentes temas do mundo jurídico. É o nosso maior patrimônio. Participar desta edição é simplesmente um privilégio"

DR. EVERSON ASSUMPÇÃO



"Simplesmente uma honra poder participar da histórica Edição de Ouro da Revista Superior de Justiça em comemoração ao aniversário de 10 anos da Escola Superior de Justiça (ESJUS). Homenageio um dos criadores do Instituto de Educação Superior Latino-Americano (IESLA) o visionário Professor Joaquim Miranda, e a Professora Sara Bernardes, incansáveis na gestão da ESJUS possibilitando regular e democraticamente que discentes e profissionais, doutorandos e mestrands, em universidades estrangeiras, mostrem suas capacidades de contribuir com o meio científico e jurídico. Parabéns! Vida longa a ESJUS."

DR. ARTHUR CUNHA



"A Revista Superior de Justiça neste período de dez anos fez jus ao seu nome de "superior", em razão de sua qualidade temática, busca de áreas emergentes e qualidade científica, sendo assim parabenizo a todos os líderes que puderam cumprir este grande desafio científico e acadêmico, em me sinto honrado em ter colaborado com este sucesso".

PROF. DR. FERNANDO DE JESUS



"Obrigado IESLA/ESJUS por proporcionar a tantos brasileiros esta oportunidade de estudar na Argentina e em outros países, continuem desta forma, o nível educacional nestes países são muito bons e às vezes bem melhor que no nosso país Brasil, que precisa ser reinventado para termos uma educação com mais qualidade e inovação."

DR. KAMMINSKY CHOLODOVSKIS E
DRA. SORAYA CHOLODOVSKIS



"A Escola Superior de Justiça - ESJUS, e seu braço de publicações, em especial a Revista Superior de Justiça, têm sido um importante espaço acadêmico para a articulação de saberes jurídicos e sociais no Brasil e na América Latina. O esforço cuidadoso e preciso de seus profissionais permite transformar confiança em produção e oportuniza outros horizontes à produção acadêmica no campo jurídico. Considero este momento de celebração uma oportunidade de comemorar o passado, de consolidar o presente, e construir os horizontes do futuro que espero seja ainda mais e melhor".

DR. MELILLO DINIS DO NASCIMENTO

10 anos ESJUS



SUMÁRIO

LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA

Aline Carolina Albuquerque de Oliveira Menezes de Faria

15

AS IDADES PARA O DIREITO CIVIL - UM MAPEAMENTO DOS PRINCIPAIS
EFEITOS JURÍDICOS

Aline Laila e Josinaldo Leal de Oliveira

34

DIREITOS CIVIS DA QUARTA (4^ª) GERAÇÃO: POS-MODERNIDADE,
FAMILIA E CYBER-RELAÇÕES

Antônio Carlos Moreira

44

A PRISÃO CIVIL PARA A HIPÓTESE DE INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO
E INESCUSÁVEL DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Arthur Cunha da Costa

55

DIREITOS HUMANOS E HISTORICIDADE

Daniele Ferron D'avila

65

AS DIFERENÇAS ENTRE NAMORO SIMPLES, NAMORO QUALIFICADO
E A UNIÃO ESTÁVEL

Everson Alexandre de Assumpção

76

LIMITES PENAIS DO AGENTE INFILTRADO: A PROPORCIONALIDADE
NA ATUAÇÃO DO AGENTE

Gabriella de Siqueira Cardoso e Paulo Henrique de Campos Lopes

88



CORRESPONSABILIDADE SOCIAL NA FORMAÇÃO DO DELINQUENTE

Giuliano Henrique Wendler de Mello

104

O DIÁLOGO DOS PRINCÍPIOS ENTRE O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE
2002 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Josinaldo Leal de Oliveira

112

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DE PROCEDIMENTO EM UM ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Livia Quintão Pimenta

125





REVISTA SUPERIOR DE JUSTIÇA

V.8





LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA

Aline Carolina Albuquerque de Oliveira Menezes de Farias¹

RESUMEN

Esta disertación se propone a analizar la posibilidad de ampliar el empleo de la Teoría de la Oportunidad Perdida a casos en que la influencia de la industria farmacéutica obstaculice la regulación de fármacos con considerable potencial de cura. Se suele utilizar dicha teoría para responsabilizar profesionales tales como abogados, contables, médicos o para cuestiones laborales. En el ámbito de la salud, los estudios disponibles sobre esa doctrina restringen sus discusiones a la responsabilidad de profesionales médicos, instituciones hospitalarias o aseguradoras de salud. Considerando que la tradicional teoría de la causalidad reduce la mensuración de la responsabilidad al todo o nada, se propondrá aplicar el instituto de la pérdida de la oportunidad al referido caso paradigma como forma de relativizar la causalidad. Bajo esa perspectiva, se buscará que los daños sufridos por la sociedad, decurrentes de la influencia de sectores económicos sobre los órganos reguladores, sean analizados en juicio.

PALABRAS-CLAVE: Industria Farmacéutica, Responsabilidad Jurídica, Teoría de la Oportunidad perdida.

¹ Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco
Mestranda pela Universidad de Girona- Espanha

INTRODUCCIÓN

La evolución de las relaciones humanas ha dado lugar a constantes cambios doctrinarios en el ordenamiento jurídico internacional. Teorías vanguardistas originadas en países que adoptan el sistema de responsabilidad civil han alcanzado más allá de sus fronteras. Los nuevos dogmas surgen para disciplinar conflictos antes ignorados y son incorporados por países que comparten recíprocamente las mismas nociones de derecho, ajustándolos a sus normativas mediante el éxito de las innovaciones jurídicas.

En el ámbito del derecho civil, teorías como la de la oportunidad perdida, la del derecho a la disposición del propio cuerpo y la del *right to try* (derecho al intento) se están destacando y tomando espacio en el escenario jurídico de manera a no permitir que sigan existiendo lagunas en las soluciones de las contiendas del ámbito civil.

El tema central que será tratado será la doctrina de la oportunidad perdida, aunque las otras dos mencionadas estén relacionadas a la problemática que vamos a tratar. Dicha teoría suele ser aplicada en situaciones de relaciones laborales, de responsabilidad de profesionales médicos y legales o de vínculos contractuales.

El propósito de este trabajo será extender las posibilidades de incidencia de la Teoría de la Oportunidad Perdida en lo que concierne a la responsabilidad civil de empresas farmacéuticas por cometer actos corruptivos que inviabilicen la regulación de medicamentos con significativo poder de cura provocando un daño social al quitarles un posible beneficio.

Para eso, primeramente serán relatados casos en que se demuestra actuaciones reprochables de la industrias de fármacos, de manera que se evidencie que la finalidad de sus actividades son más lucrativas que de formulación de medicamentos potencialmente curables. Se enfatizará el estrechamiento de las relaciones de grandes laboratorios con los dirigentes de agencias reguladoras e incluso con miembros del parlamento, en un auténtico acto de tráfico de influencias.

Hace muy poco tiempo, antes de la creación de la Ley Anticorrupción en el año de 2013, no había en el ordenamiento jurídico brasileño una ley exclusiva para punir civil y administrativamente a empresas corruptoras. Cuando se comprobaba el cometimiento del crimen de corrupción sólo existían puniciones en el ámbito civil para los agentes públicos. El corruptor nada sufría en la esfera civil, pero sólo penal.

La punición penal se trata una medida muy extrema, y para esas grandes empresas ella difícilmente es aplicada, mientras que una punición civil puede que se demuestre más fácil de ponerse en práctica, y mucho penalizaría una empresa, pues su objetivo es el lucro, y con una punición en dinero se sentiría más.

Según afirma Antônio Junqueira Azevedo, la punición civil puede ser directa o indirecta ya que no existe necesidad de que sea expresamente determinada en la ley cuál será la pena al acto que genera la responsabilidad, mientras que en la esfera penal se exige tipicidad, o sea, que la pena criminal esté expresada en la normativa (AZEVEDO, 2009).

No obstante, si no existe una interpretación legislativa que condene el estrechamiento de los vínculos entre las empresas reguladas y los dirigentes de agencias reguladoras y mensure su pena, aquellas primeras pueden conseguir atingir sus objetivos sin ningún control a través del tráfico de influencias. Así que es necesario que se impongan frenos para esas relaciones muy cercanas que lesionan los intereses de la sociedad valiéndose de las nuevas doctrinas en el sentido de ampliar los límites de la interpretación de la responsabilidad.

1. CONDUCTAS DEFRAUDADORAS DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN BRASIL

No es novedoso afirmar que, a pesar de la industria farmacéutica mucho haber contribuido en la creación de medicamentos que han salvado la vida de muchas personas, su actuación por veces puede ser considerada fraudulenta.

Se puede afirmar que las industrias farmacéuticas poseen una actividad de las más rentables que cualquier otro sector industrial. Pero en realidad, muy a menudo actúan de manera deshonesto para mantener sus ganancias demasiado elevadas. Eso se debe a que la finalidad de sus actividades sean preponderantemente más lucrativas que filantrópicas.

1.1. DENUNCIAS DE PRÁCTICAS ANTIÉTICAS DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA

Las prácticas antiéticas de las industrias farmacéuticas ya fueron denunciadas por muchas personas que por algún medio participan o ya participaron de sus operaciones, incluso por profesionales del sector sanitario. El médico danés Peter C. Gøtzsche ha publicado un libro con un titular muy impactante: “Medicamentos que matan y Crimen Organizado- Cómo las grandes farmacéuticas han corrompido el sistema de salud”.

El médico español Carles Llor en un editorial de su autoría, comenta el libro de Gøtzsche, afirmando ser:

“... uno de los libros más impactantes publicados sobre cómo corrompen las compañías farmacéuticas a médicos, academias, sociedades científicas, organizaciones de pacientes, políticos, gobiernos, periodistas y agencias de medicamentos.” (LLOR, 2014)

Las compañías farmacéuticas intentan justificar los altos precios de sus nuevos fármacos en razón del alto coste de las investigaciones. Pero según afirma la médica estadounidense Marcia Angell en su libro: “La verdad acerca de la industria farmacéutica. Cómo nos engañan y qué hacer al respecto”, gran parte de las investigaciones son originadas en instituciones académicas o gubernamentales que reciben fondos públicos (ANGELL, 2004).

De acuerdo con la médica, aquellas poco innovan en la producción de nuevos medicamentos, y que la verdad es que los productos nuevos son solamente una variación de las drogas antiguas.

El psiquiatra británico Ben Goldacre también es uno de los médicos que publicaron libros revelando las conductas fraudulentas de algunas compañías. En su libro “Mala Farma”, el autor explica que las investigaciones patrocinadas por grandes potencias farmacéuticas son más propensas a producir resultados positivos que los patrocinados por instituciones independientes (GOLDACRE, 2014).

Goldacre también afirma que cuando los ensayos clínicos presentan resultados que no contentan a las compañías, ellas tienen el poder de ocultarlos de los médicos y pacientes, de manera que sólo se les presentan una idea deformada de los reales efectos de un medicamento.

Es algo quimérico creer que el intuito de las industrias de fármacos sea la formulación de medicamentos potencialmente curables. Eso es lo que afirma el científico inglés, ganador del premio nobel de Medicina, Richard J. Roberts, que argumenta que los grandes consorcios farmacéuticos actúan bajo ideales capitalistas pues priorizan sus ventajas económicas en detrimento del interés social, obstaculizando el desarrollo

científico en la búsqueda de cura de las enfermedades.

Señala que para las compañías farmacéuticas no es interesante que sean descubiertas medicinas con la eficacia de acabar totalmente con una enfermedad, pues eso no sería rentable que de esa manera se dejaría de consumir sus productos. Así que su técnica para mantener sus ganancias consiste en financiar investigaciones que descubran medicamentos que hagan crónica la dolencia y que para tranquilizar los consumidores tengan un efecto paliativo, haciéndoles sentir mejor al aliviar los síntomas, pero sólo mientras sigan tomando ese medicamento.

Señala que por esa razón se deja de investigar medicinas con real poder de cura, perdiéndose así la oportunidad. Veamos sus declaraciones en una entrevista:

“He comprobado cómo en algunos casos los investigadores dependientes de fondos privados hubieran descubierto medicinas muy eficaces que hubieran acabado por completo con una enfermedad...”.

Afirma también que:

“se han dejado de investigar antibióticos porque son demasiado efectivos y curaban del todo. Como no se han desarrollado nuevos antibióticos, los microorganismos infecciosos se han vuelto resistentes y hoy la tuberculosis, que en mi niñez había sido derrotada, está resurgiendo y ha matado este año pasado a un millón de personas”.

Bajo ese mismo raciocinio, el político brasileño Petterson Prado en su discurso, compara el modus operandis de la industria farmacéutica con el del tráfico de drogas. Afirma que lo que importa es que se compren los medicamentos, y la cura no sería algo interesante, tampoco la muerte del paciente, pues es necesario que se mantenga consumiendo, ya que el dinero no está en las personas sanas, ni en las personas muertas, pero sí pacientes crónicos.

Relata un caso en que unos traficantes de São Paulo comenzaron a comercializar el crack, lo que mató a muchísimos usuarios, y que por esta razón, cuando se intentó comercializar esa droga en Rio de Janeiro, los traficantes se organizaron y mataron a los que comercializaban el crack porque estaban acabando con el mercado consumidor.

Agrega que las agencias reguladoras de los Estados Unidos son compradas, incluyendo las de Brasil, para autorizar medicamentos sin control técnico.

1.2. LA ACTUACIÓN LOBBISTA DE LAS INDUSTRIAS FARMACÉUTICAS ANTE EL PARLAMENTO BRASILEÑO

Brasil es considerado el considerado uno de los mayores mercados de ventas de medicamentos del mundo. Por esa razón, las industrias farmacéuticas ejercen una fuerte actuación lobista ante el parlamento en la inducción de legislación que favorezca a sus intereses.

La Ley 9.279/96, conocida como Ley de Patentes, creó un rígido sistema de protección para el monopolio de explotación de medicamentos en Brasil por grandes laboratorios farmacéuticos, favoreciendo sus intereses económicos, pues evita la entrada de medicamentos genéricos, de menor coste en el mercado. Sin haber competencia entre los laboratorios, consecuentemente se permite que los que detienen el monopolio vendan sus productos a precios muy elevados.

Existen proyectos de ley tramitando en el congreso para reducir las posibilidades de concesión

de patentes. Pero para mantener sus ganancias, los grandes laboratorios se utilizan de maniobras para convencer a los congresistas a no modificar la ley de patentes.

Tales maniobras son realizadas por la práctica del lobby con fines de influir en las decisiones políticas sobre la elaboración de leyes destinadas a regular todo lo relacionado al sector de medicamentos.

El lobby en Brasil no es una actividad considerada ilegal, tampoco es regulada y eso dificulta que la sociedad identifique la razón de que determinados grupos económicos inviertan una considerable cantidad de dinero para que los congresistas tomen una determinada decisión. La falta de reglamento de dicha actividad hace con que no haya límites, permitiendo que se haga uso indebido de ella.

Es decir, el lobby no puede ser considerado como una práctica prohibida, pero es cierto que influye en decisiones políticas de una manera negativa al garantizar las ganancias de los laboratorios, en detrimento de los consumidores que tienen que arcar con un alto coste para adquirir sus productos.

Una de las principales estrategias del lobby que el sector de industrias farmacéuticas utilizaban se trata de las donaciones para las campañas electorales. Sin embargo, en el año de 2015, el Supremo Tribunal Federal consideró ilegal referida práctica, imponiendo de esta manera límites a una de las formas más eficaces de práctica del lobby.

Con la prohibición de donaciones, los grandes grupos farmacéuticos se utilizaron de otros medios para influir en las decisiones de los congresistas como patrocinar viajes internacionales por ejemplo.

Otra estrategia dudosa es la de contratar a ex gestores públicos de las agencias reguladoras para trabajar en la iniciativa privada ya que ellos tienen acceso privilegiado a los legisladores, garantizando de esa manera la influencia sobre las decisiones políticas que les dicen respecto.

El lobby también es practicado ante las agencias reguladoras de manera a lograr ventajas de forma que esos órganos actúen en favor de los grupos empresariales de monopolio, en detrimento del interés general. Esa actuación fraudulenta por parte de las empresas es analizada como el fenómeno de la Teoría de la Captura, que vamos a tratar más adelante.

1.3. LA TEORÍA DE LA CAPTURA CORROBORANDO LAS MANIOBRAS FRAUDULENTAS DE LAS INDUSTRIAS FARMACÉUTICAS

La Teoría de la Captura se trata de un fenómeno que sucede cuando un organismo regulador se deja influenciar por ciertos grupos que le manipulan de manera a atender sus intereses económicos, pero que en realidad deberían actuar para proteger el interés general, pues para esa finalidad fueron originariamente creados.

Hay situaciones en que una agencia reguladora defiende mayoritariamente los intereses de empresas de monopolio de manera a dificultar que haya competencia al crear barreras burocráticas para otras empresas y conceder privilegios a las monopolizadoras o incluso influyendo en el proceso legislativo de manera a favorecerles.

En Brasil, el modelo regulatorio fue adoptado en un escenario de privatizaciones y desestatizaciones bajo la idea neoliberal de que importantes sectores de la sociedad iban a mejorar sus condiciones y además tendrían un menor coste en consecuencia de las privatizaciones.

Uno de los medios utilizados por el Estado para dictaminar en la economía del país es la regulación, que permite la mediación entre los intereses opuestos de los regulados de forma que sean administrados de manera equitativa y para garantizar el predominio del interés público sobre cualquier otro.

En cambio, hay que se reconocer que el riesgo de captura de las agencias reguladoras en Brasil

es evidente debido a la facilidad de que el propio sector económico regulado pueda manipular las informaciones, conduciéndolas a adoptar medidas que no corresponden a la realidad fáctica, o hasta mismo por la propia opción de los agentes públicos por medio del recibimiento de pago, sometiendo sus decisiones de esa manera a la corrupción. No es raro observar una relación muy cercana entre los ocupantes de altos cargos de agencias reguladoras y una empresa favorecida, por vínculos familiares o personales.

Es decir, el abuso del poder económico se opone al espíritu democrático de que se deberían regir las relaciones de la administración pública pues proporciona ventajas a las grandes empresas reguladas en perjuicio de la sociedad.

Un ejemplo que podemos citar en Brasil fue la denuncia hecha por el Senador Delcídio Amaral, acusado de corrupción, de que laboratorios farmacéuticos estén siendo prestigiados en el Senado ya que existe una disputa entre algunos senadores para hacer indicaciones de personas para las agencias reguladoras relacionadas al campo de la salud, de manera que favorezcan los intereses de esas compañías.

1.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE EMPRESAS EN BRASIL POR ACTOS DE CORRUPCIÓN

Un importante marco en el ordenamiento jurídico brasileño en la lucha contra el soborno practicado por personas jurídicas en relación a autoridades públicas fue la creación en el año de 2013 de la Ley 12.846, conocida como Ley Anticorrupción.

La creación de referida ley fue una manera de concretizar el compromiso hecho por medio de tratados internacionales de que son signatarios varios países con fines de adoptar medidas anti soborno y anticorrupción como las Convenciones de la ONU, OCDE e la OEA.

Según defiende la docente de la Universidad de Alicante, Isabel Lifante, en el Derecho realizamos muchos juicios de atribución de responsabilidad y normalmente distinguimos dos sistemas: el de la responsabilidad sancionatoria, cuyo prototipo sería la sanción penal y la responsabilidad indemnizatoria que corresponde a la civil (LIFANTE, 2016).

Antes, en Brasil, no existía una legislación que responsabilizase administrativamente y civilmente las empresas por actos de soborno contra la Administración Pública como lo hace dicha ley, pero tan sólo penalmente. Así que no era posible atribuirles una responsabilidad indemnizatoria, debiendo restringirse a la sancionatoria.

Sin embargo, desde del año de 1992, ya había una ley para responsabilizar los agentes públicos condescendientes con la corrupción, la denominada Ley de Improbidad Administrativa.

En este sentido, analizando la responsabilidad asignada a los funcionarios públicos bajo la idea de juicio prospectivo, ellos deberían asumir deberes de alcanzar resultados positivos. Les cabía observar las normas directivas pues en caso contrario, les serían imputadas las consecuencias jurídicas de las normas sancionatorias de la Ley de Improbidad Administrativa.

Pero no nos profundizaremos en la cuestión de la responsabilidad de los agentes públicos. Lo que es importante que se observe es que existía ley para punir los corrompidos, pero no a los corruptores.

Contra los corruptores, sólo el código penal ya tipificaba en su Artículo. 333 el crimen de corrupción activa, por medio del cual lo elucida como el hecho de ofrecer o prometer una ventaja indebida a un funcionario público para determinarle a practicar, omitir o retardar acto de oficio.

No obstante, era muy polémica la posibilidad de responsabilizar objetivamente las personas jurídicas ya que el enfoque en el ámbito penal es de perquirir la culpa del delito, prevaleciendo consecuentemente la responsabilidad subjetiva.

Este entendimiento defendía la consultora legislativa, Gisela Santos de Alencar Hathaway, al comentar en su parecer la proposición de ley que dio origen a la Ley Anticorrupción, afirmando que:

“Há relativo consenso entre juristas dos limites do Direito Penal para punir a variedade de atos lesivos à Administração Pública, especialmente nos casos em que é necessário responsabilizar objetivamente pessoas jurídicas, portanto sem perquirição de culpa. Existe, por razões conexas, resistência de juristas de peso quanto à punição de pessoas jurídicas por critérios objetivos, no âmbito do Direito Penal, que tem como foco a responsabilidade subjetiva, vinculada à prova da culpa pelo delito.

Diante de tais restrições, houve por bem o Executivo Federal apresentar um projeto de lei que prevê a punição administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública, com base na responsabilidade objetiva. Com efeito, a práxis da luta contra a corrupção recomenda que se descarte o critério da responsabilidade subjetiva como requisito para a punição de pessoas jurídicas.

Sabe-se que o conjunto dos atos lesivos à Administração Pública, e cada um deles, é de difícil e complexa identificação. Exigir, pois, do Estado, que além de provar a correlação entre o ato e a lesão, também prove a culpabilidade do agente, é demandar ao Estado que protele indefinidamente a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção e suborno contra autoridades públicas.” (HATHAWAY, 2012)

En esta cita ella declara que hay que se descartar el requisito de la responsabilidad subjetiva para fundamentar la punición de las empresas y sostiene que los actos lesivos a la Administración Pública son de difícil comprobación, añadiendo que exigir que se demuestre la culpabilidad del agente ocasiona el aplazamiento de la reponsabilización de personas jurídicas por actos de corrupción y soborno contra autoridades públicas.

Pese a que haya tardado para que se creara una ley que puniese administrativamente y civilmente los corruptores, se debe reconocer que ella representó una innovación legislativa de extrema importancia.

2. LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA

2.1 CONCEPTO

Una nueva teoría de origen francesa a la que se acude en el ámbito del derecho de daños es la teoría de la pérdida de oportunidad. Ella se trata de encontrar la responsabilidad de quien actuó de manera negligente, imprudente o antijurídica resultando esa conducta en la frustración de la posibilidad de tener un beneficio futuro probable.

Se puede afirmar que existía probabilidad de obtener una ventaja, pues la víctima, injustamente, perdió la oportunidad de lograr una situación semejante a la de la media de los otros individuos que la obtuvieron.

Si los medios técnicos razonables de actuación de una persona diligente no hubieren sido tomados, y por esa razón se ha colmado la eliminación de la chance de la ventaja, el agente dañador tendrá que responsabilizarse.

La frustración que hay que tomarse en cuenta no se trata del provecho que se esperaba tener, sino de la eliminación de la posibilidad que ese provecho pudiera suceder en razón del acto ilícito.

Para la magistrada brasileña Gracia Cristina Moreira do Rosário, en esta teoría, se hace necesario que sea indudable la extinción de la posibilidad de provecho. Estando perdida la oportunidad, se tiene certeza que el daño ocurrió. Ese daño de lo que hablamos no se trata de un futuro perjuicio decurrente de la pérdida de la oportunidad, o sea, el daño final, sino la posibilidad de que el éxito del resultado que se pretendía ya no podrá existir, siendo un daño actual. (ROSÁRIO, 2009)

Es decir, en caso de que sea determinada una indemnización, esta no será sobre el provecho perdido, pero sobre la eliminación total de la viabilidad de poseer expectativas de que la ventaja esperada ocurriera.

De esta manera, la teoría de la pérdida de oportunidad es aplicable en situaciones de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca. Por ser poco importante si ocurrirá o no el daño final no se puede exigir que se establezca un nexo causal, pudiendo esa teoría ser aplicable a casos en los que no puedan ser acreditadas pruebas de causalidad, cuando el perjudicado haya empleado todos los medios para presentarlas pero no lo haya logrado y al final sólo consigue demostrar que la ventaja que se pretendía sería seriamente posible de suceder si no fuera por el hecho ilícito.

2.2 LA PRUEBA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA

Lo más importante de la teoría de la oportunidad no es la certeza de la relación de causalidad, sino que la incertidumbre siga existiendo aunque la víctima haya intentado de todo para superarla con los medios de prueba a su disposición, pero aun así no logró. Por lo tanto la característica principal de la doctrina de la chance es la imposibilidad material de prueba.

Puede que se argumente que la imposibilidad material de prueba del nexo causal sea motivo para que no haya deber de indemnizar, pero esa teoría precisamente surgió para reparar la injusticia de que una persona aun habiendo demostrado que fue perjudicada, en razón de la limitación humana de probar el lazo causal, nada reciba como reparación.

Ese determinismo de que la acreditación del nexo causal sea imprescindible muchas veces promueve la injusticia, y esa teoría surgió como una manera de relativizar la exigencia absoluta de demostración de la causalidad, brindando a la probabilidad del daño una mayor importancia.

La probabilidad tiene que ser mensurada de manera que sea superior a un nivel mínimo de seriedad, siendo innecesario que llegue a ser superior también al estándar máximo de certeza. Así se tiene suavizado el estándar ordinario de prueba, otorgando a la probabilidad el status del propio objeto de la prueba.

2.3 CÓMO SE CALCULA LA INDEMNIZACIÓN

Para calcular la indemnización de la oportunidad perdida, hay que descontar de la estimación pecuniaria de la ventaja frustrada el porcentual de la incertidumbre respecto a su nexo causal con la conducta del agente dañador. Se trata nada más que un cálculo de probabilidad, en el que se encuentra una indemnización parcial.

Por el razonamiento de la teoría de la oportunidad perdida, sabemos que lo importante no es el

futuro y probable daño decurrente de la frustración de la expectativa, sino el daño actual, de no poder más ansiar una ventaja futura, pero un posible perjuicio. Por esa razón, la reparación es parcial, pues no equivale a la totalidad del menoscabo, que es probable, pudiendo acontecer o no. Equivale a lo que efectivamente ocurrió, a un daño cierto y actual, que se mensura por el porcentaje del perjuicio futuro.

El juez al calcular la indemnización por el daño actual de la expectativa de la ventaja frustrada tiene que convertir el daño futuro como cierto, aunque se trate de un perjuicio eventual.

Diferentemente de la clásica teoría de la causalidad, la de la pérdida de una chance no necesita que la probabilidad causal atinja un umbral de certeza para que determine una reparación total, o que caso no se alcance ese umbral, se libere el posible agente dañador en absoluto de reparar. Se le propone al juez una teoría que no le fuerza a elegir entre la reparación total o su completa ausencia.

Así, pues, es una teoría que no mide de manera muy rigurosa la probabilidad de ocurrencia del daño, no implicando que el perjudicado obtenga todo o nada. El grado de probabilidad tiene que superar un nivel mínimo de seriedad, pero no es necesario que llegue a un estándar máximo de certeza.

Hay doctrinadores que defienden que la chance es seria y real cuando tenga probabilidad de 50% o más para que el hecho efectivamente ocurra. Independiente del percentual de probabilidad a ser tomado en cuenta, no se puede negar que de esta manera se suaviza el estándar ordinario de prueba, haciendo con que la probabilidad se convierta en el propio objeto de la prueba.

2.4 EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA

Aunque la doctrina de la oportunidad perdida suele ser empleada en hipótesis de responsabilidad de profesionales legales y del ámbito sanitario, o donde haya relaciones contractuales, incluyendo las laborales. Se puede aplicarla en otras situaciones por extensión analógica. El ámbito de aplicación es amplio, pero no se debe aplicarla a todos los supuestos de incertidumbre que puedan suscitarse, pues eso provocaría inseguridad jurídica.

Para el docente español Luis Medina Alcoz, hay criterios que de alguna forma limitan el ámbito de aplicación de la teoría de la chance, si sucede el caso de que la probabilidad sea nula, si el daño (pérdida de oportunidad) aún no se ha concretizado, o si en caso de que acontecimientos futuros sean capaces de revertir el daño, así como en el caso de que la víctima no haya aplicado todos recursos probatorios que tenía a su alcance. Hay que observar esos criterios para que no se vaya en contra a la idea fundamental del Derecho de daños, que se somete a responsabilidad quien causó un daño, y no quien se tan sólo supone que pudo haberlo ocasionado.

3. EL CASO FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA Y LA SUPRESIÓN DE LA EXPECTATIVA DE CURA

3.1. EL INTENTO APROBACIÓN DEL NUEVO COMPUESTO QUÍMICO

Un caso emblemático muy reciente que sucedió en Brasil, y que va en contra los intereses de los grandes laboratorios se trata del intento de registrar una sustancia que presuntamente posee el poder reducir significativamente tumores cancerígenos.

Esa sustancia a que nos referimos se trata de la Fosfoetanolamina Sintética. El desarrollo de su

investigación se inició en los años 90 por el químico Gilberto Orivaldo Chierice, en el Instituto de Química de São Carlos de la Universidad de São Paulo (USP), ubicado en la ciudad de São Carlos.

Inicialmente el estudio fue realizado en ratas, y su éxito fue tan notorio que su investigación fue objeto de varias tesis de maestría y doctorado, siendo la más conocida la defendida por el médico Renato Meneguelo, que afirma en su disertación que:

“Conclui-se que a fosfoetanolamina sintética diminuiu significativamente o tamanho dos tumores de forma seletiva, sem alterações em células normais, com vantagem em relação aos quimioterápicos comerciais, pois a mesma não apresentou os terríveis efeitos colaterais dos mesmos, ficando evidente a capacidade inibitória da fosfoetanolamina sintética, na inibição da progressão e disseminação das células tumorais” (MENEGUELO, 20__)

Así, concluye que la fosfoetanolamina además de disminuir el tamaño de los tumores, tiene ventajas en relación a los medicamentos quimioterápicos comerciales pues no presentó los graves efectos colaterales de aquellos.

La sustancia fue distribuida extra oficialmente a varias personas con cáncer por el propio químico que la produjo, el Dr. Gilberto Chierice. Muchas de esas personas relataron que obtuvieron una significativa mejora en sus síntomas y en el cuadro clínico de la enfermedad que padecían.

Pero en el año de 2014, la Universidad de São Paulo (USP) determinó que fuera interrumpida la producción, manipulación y distribución de la fosfoetanolamina, hasta que fuera providenciado el registro del compuesto en los órganos reguladores competentes para tanto.

La interrupción de la distribución generó una gran preocupación a las personas que tuvieron la oportunidad de utilizar aquella sustancia, pues la mejora que estaban experimentando les llenaba de esperanza de que tendrían una chance de curarse o al menos tener una mejora en su calidad de vida. Por tal razón, los usuarios interpusieron demandas judiciales con el objetivo de mantener el fornecimiento de la fosfoetanolamina.

Seducidas por la seria oportunidad de cura que se estaba divulgando, otras personas portadoras de cáncer que aún no habían utilizado aquel compuesto químico también interpusieron demandas para adquirir el fármaco hecho de la sustancia fosfoetanolamina.

Las decisiones judiciales fueron favorables a los requerimientos, determinando coercitivamente que la sustancia fuese fornecida a los solicitantes portadores de cáncer. Incluso el Supremo Tribunal Federal (STF) en el mes de octubre del año de 2015 concedió la distribución del posible medicamento a un paciente en fase terminal determinando que la USP le forneciera.

Pero en noviembre de 2015, el Tribunal de Justicia de São Paulo determinó la prohibición del fornecimiento de capsulas de fosfoetanolamina a pedido de la USP, pues esta no quería responsabilizarse por su producción y distribución, argumentando que dicha sustancia fue estudiada de manera independiente por el químico Gilberto Chierice, y que él ya no formaba parte del claustro de profesores de la universidad, y tampoco de grupos de investigación por estar jubilado. Afirmó también que el compuesto fue estudiado como un producto químico, pero no su acción en el organismo de seres vivos y que por esa razón no se podría concluir que hubieron estudios que garantizasen su eficacia y seguridad en seres humanos.

La Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), órgano responsable por la regulación de fármacos, se pronunció afirmando que no había sido presentado ningún procedimiento de registro para que la fosfoetanolamina sintética fuera reconocida como medicamento. En realidad, lo que invalidó la tentativa de registro fue el supuesto incumplimiento oficial de las etapas de investigación exigidas por el

reglamento de la USP.

La Fundação Oswaldo Cruz –FIOCRUZ (Fundación Oswaldo Cruz), vinculada al Ministério de la Salud, se pronunció de manera favorable a la posibilidad de que la fosfoetanolamina sintética tuviera una gran importancia como medicamentos e combate al cáncer. Sin embargo, para que los estudios e investigaciones e producción de la droga se desarrollaran, la patente tendría que ser cedida a la FIOCRUZ, lo que no agradó el grupo de investigadores de Chierice, pues afirmaban que sin la patente, no tendrían ninguna garantía de que el compuesto químico sería aprobado como medicamento, y tampoco podrían intentar que fuera aprobado por otros medios. No siendo aprobada, la cesión de patente impediría por completo que ellos pudieran desarrollar pesquisas y producir la sustancia;

Así pues, para que se procediera el registro, era necesario que se hicieran estudios clínicos oficialmente, pero esto fue imposibilitado pues la FIOCRUZ declino realizar testes de eficácia por no serle concedida la patente.

La protección a la patente de la fosfoetanolamina hizo con que la industria farmacéutica promoviera el lobby para impedir el desarrollo y estudio de una droga que no les proporcionaría lucro.

Sin embargo, tamaña repercusión del potencial de cura de la sustancia culminó en la creación y aprobación de una ley en el Congreso Nacional, que posteriormente fue homologada y sancionada por la entonces presidenta Dilma Rousseff en el mes de abril de 2016. Dicha ley permitía la producción y el uso de la ‘píldora del cáncer’ antes mismo de la aprobación por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria.

La sanción de aquella ley fue muy criticada por varios sectores, incluso por la Asociación de la Industria Farmacéutica de Pesquisa (INTERFARMA), compuesta por 56 laboratorios responsables por 82% de los medicamentos de referencia disponibles en el mercado Brasileño.

Pero en mayo de 2016, el Supremo Tribunal Federal (STF) suspendió la validez de la ley que autorizaba el uso de la fosfoetanolamina.

Paralelamente a la creación y sanción de la ley, el gobierno federal invirtió R\$2.000.000,00 en la realización de testes clínicos del compuesto con el apoyo del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (MCTI), pero los dejó a cargo de otros tres laboratorios que no pertenecían a la USP. En la primera fase del test, se concluyó que aquella sustancia no era tóxica para organismos vivos, pero los resultados de su potencial de cura fueron pocos animadores.

La metodología utilizada fue duramente criticada por los investigadores creadores de la sustancia, que incluso no les permitieron participar de los testes clínicos, que afirmaron que la formula y procedimiento utilizados no eran los que ellos habían utilizado en sus estudios.

Por esa razón, la Defensoria Publica da União en Rio de Janeiro enjuició una Acción Civil Pública en contra el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (MCTI) para anular los testes clínicos. La Defensoría consideró que los testes poseían errores metodológicos que pueden haber perjudicado los resultados y criticó el hecho de los investigadores del grupo del inventor Gilberto Chierice no haber sido convocados para participar de los estudios financiados por el Ministerio, y que habría que tomarse en cuenta la opinión de ellos pues ya estudiaban la sustancia hace más de 25 años.

La errónea conducción del test hizo con que se cuestionara si hubo fraude en ello, siendo sugerido en blogs pro fosfotenaolamina que las industrias farmacéuticas estarían por tras de eso, ya que son las mayores interesadas en que el compuesto no sea reconocido como medicamento pues sería una mercancía barata y asequible.

En octubre de 2016 se inició la segunda fase de testes en la que se van a hacer experimentos en seres humanos, siendo 20 personas con diferentes tipos de cáncer, que serán monitoreadas por 6 meses

para que se pueda evaluar si la fosfoetanolamina es capaz de combatir los tumores cancerígenos. En caso de que el resultado sea positivo, serán incluidas hasta 1.000 nuevos pacientes.

Otra información importante, es que el coste de producción de la fosfoetanolamina sintética es de R\$ 0,10 por cápsula, una cuantía muy baja, totalmente el opuesto de los elevadísimos costes con medicamentos convencionales, lo que va en contra los intereses de los grandes laboratorios farmacéuticos. El presidente la ANVISA, Jarbas Barbosa, se pronunció sobre la aprobación de la ley que permitía el uso de la sustancia:

“A regra aprovada na Câmara dos Deputados que abre caminho para produção e uso da fosfoetanolamina sintética, a chamada “pílula do câncer”, mesmo sem aval de pesquisas, coloca em risco a população, o sistema de regulação sanitária e a reputação da indústria farmacêutica no País”.

Al afirmar que la liberación de la producción y distribución de la sustancia somete a riesgo la reputación de la industria farmacéutica, se cogitó si la agencia reguladora tiene un sesgo hacia los intereses de ella y si verdadera razón de obstaculizar el registro del promisor medicamentos por medio de abundantes barreras burocráticas no sería una forma de garantizar que los provechos económicos la industria no sean afectados.

3.2. LOS DERECHOS AFECTADOS EN EL DILEMA

La vida y la existencia digna son derechos ampliamente protegidos por los ordenamientos jurídicos de varios países y, por ser considerado un ideal común internacionalmente, integra el rol de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Constitución Federal Brasileña preconiza que el derecho a la vida debe ser reconocido no sólo para garantizar que un individuo tenga su ciclo vital preservado, sino para que también ejerza su derecho a existencia digna y eso significa que el derecho a la salud también tiene gran importancia.

Para que sea concretizada la protección del derecho a la salud conforme los preceptos constitucionales deberá el Estado garantizarlo de forma amplia y plena. Hay que emplear todos los medios capaces de asegurarlo a las personas, sea con la finalidad de cura, tratamiento o simplemente para proporcionar una mejor calidad de vida al portador de enfermedad incurable o de cura improbable como una forma de garantizar una existencia digna.

La dignidad de la persona humana es el principal derecho fundamental protegido constitucionalmente pues es la base y lo que guía todo el sistema constitucional. El derecho a la dignidad direcciona el rumbo a ser tomado en cuenta por el intérprete de la ley al aplicar las normas al caso concreto.

Así que el derecho a la vida y a la salud, derechos fundamentales invocados en el polémico caso de la fosfoetanolamina sintética, tienen que ser garantizados para concretar de manera plena y eficaz la dignidad de la persona humana.

Tratando del caso fosfoetanolamina sintética, constatamos que todo ese calvario al que están siendo sometidas las personas portadoras de cáncer, por tener que tanto esperar que el promisor medicamento sea aprobado, nos hace cuestionar si no habrá una razón oculta para que el protocolo a ser cumplido se desarrolle de una forma tan lenta. Es evidente que, para una persona con una enfermedad como el cáncer, una larga espera puede ser fatal.

Con la interrupción de la distribución de la fosfoetanolamina, muchos pacientes si vieron obligados a enjuiciar demandas judiciales ante el Tribunal de Justicia de São Paulo con el fin de conseguir retomar el tratamiento con el medicamento antes de que pereciera su oportunidad de cura. Referidas demandas tuvieron resultados favorables a que se mantuviera el tratamiento con el recién descubierto medicamento.

En la decisión de uno de los casos, el juez ponderó que la obligatoriedad del previo registro del medicamento para que fuera fornecido a la paciente podría ser relativizada pues en aquella situación la autora ya había experimentado los medicamentos convencionales y hecho todos los tratamientos de quimioterapia posibles sin tener éxito, ya que la devastadora enfermedad seguía avanzando.

En tiempos en que se avanza el empleo de la Teoría de Los Derechos Sobre el Propio Cuerpo, la posibilidad de intentar buscar la cura bajo el sometimiento a una nueva terapia no le podía ser negada.

Pero no todos los pacientes tuvieron la misma suerte de los que consiguieron por medio de una orden judicial reanudar el tratamiento. Tanto retardo en la aprobación de este medicamento hizo con que muchos de los que antes lo utilizaban sucumbiesen por haber descontinuado el tratamiento. Así siendo, muchas personas sintieron que se les había ido la esperanza que habían encontrado al experimentar una mejora cuando utilizaban aquel fármaco.

Bajo esa perspectiva cabe indagar ¿por cuál razón el proceso de estudio y posible aprobación del fármaco no transcurre con más urgencia, o al menos en un plazo razonable? Supongamos que eso se deba al lobby o actos de corrupción practicados por el sector industrial farmacéutico.

3.3. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA EN EL CASO

Sabemos que el simple hecho de que se cogite que hubo una actuación fraudulenta de la industria farmacéutica no es suficiente para que se le atribuya el encargo de la responsabilidad de reparar los afectados. Así que, oportunamente, aprovechando el episodio acaecido de la sustancia fosfoetanolamina sintética, vamos a utilizar un caso paradigma hipotético.

Imaginemos una situación en que se comprobó que un grande y conocido laboratorio farmacéutico, que produce y comercializa en larga escala medicamentos oncológicos carísimos, esté ejerciendo una fuerte y defraudadora presión sobre el órgano de regulación de medicamentos, la ANVISA, de manera que inviabilice el registro de un compuesto con poder curativo.

Tomemos en cuenta el efecto negativo que la actuación maliciosa de este laboratorio está provocando en la vida de personas que ya intentaron todos los tipos de tratamientos para curarse en vano, pero que al utilizar ese nuevo medicamento experimentaron mejorías en su estado de salud retomando la esperanza de cura. Cuáles serían las consecuencias jurídicas para este tipo de práctica que provocó el deterioro de la posibilidad de sanación de la enfermedad?

Pues bien, tenemos aquí un caso obvio de frustración de expectativas de sanación. Esas personas tenían derecho a intentar la cura por medio de ese nuevo tratamiento. No se sabe si tendrían éxito, pero es precisamente eso de lo que trata la Teoría de la Oportunidad Perdida, la reparación a alguien que ya no tenga más la posibilidad de intentar algo que podría ser exitoso en razón de circunstancias ajenas a su voluntad.

Amparados en los avances normativos brasileños de responsabilización de empresas que ejercen el tráfico de influencias sobre órganos gubernamentales para promover sus propios intereses, podemos utilizar la Teoría de la Oportunidad Perdida. Ella se encaja perfectamente a casos como ese, de manera a encontrar una forma de responsabilizar civilmente quienes ejercen conductas moralmente objetables que obstaculizan la posibilidad de que un resultado triunfante pudiese suceder.

Como ya mencionamos en el subtítulo 1.4., muchos países adhirieron a tratados internacionales que trataban de compromisos de promover medidas anti soborno y anticorrupción como las Convenciones de la ONU, OCDE e la OEA, entre ellos Brasil, que lo concretizó con la creación de la Ley Anticorrupción.

A esa hipótesis de actuación fraudulenta de una compañía farmacéutica objetivando inviabilizar el registro de la fosfoetanolamina podemos aplicar esa ley tomándose en consideración que ella responsabiliza objetivamente personas jurídicas que practiquen ciertos actos objetables definidos en su artículo 5º que vulneren los principios de la Administración Pública y que dificulten la actividad de investigación o fiscalización de órganos como las agencias reguladoras.

Si nos basarnos en esa ley, no sería necesario que se comprobara la culpa, siendo su demostración prescindible. Veamos la redacción del artículo 5º, V de la ley brasileña número 12.846, in verbis:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Encuadremos el acto lesivo de la suposición tratada como atentatorio al principio de la moralidad administrativa pues se obstaculiza la regular actividad de las agencias regulatorias con la práctica del lobby, o incluso del tráfico de influencia.

Pues bien, la teoría de la pérdida de la chance puede ser aplicada pues hace innecesario que el nexo causal entre la conducta objetable y la supresión de la oportunidad alcance el estándar máximo de certeza.

En la hipótesis que discutimos, se puede decir que la causalidad pueda ser mensurada de forma que supere un nivel mínimo de seriedad. Si añadimos la estrecha relación de esa compañía farmacéutica con dirigentes de órganos reguladores al hecho de que sea evidente que la inserción en el mercado de un medicamento con potencial de cura y bajo coste le iba a reducir drásticamente la cantidad de consumidores y consecuentemente ocasionarle perjuicio, podemos deducir que el laboratorio intercedió de forma maliciosa para que no se registrara el fármaco, ocasionando la pérdida de oportunidad de cura de quienes lo necesitaban para tratarse.

Asimismo, para que no seamos inconsistentes en la aplicación de dicha teoría en esta situación, tenemos que tomar en cuenta ciertos indicios de que hubo una situación de incertidumbre estricta, irreversible e intrínseca.

Se puede afirmar que se trata de un caso de incertidumbre estricta pues se ajusta enteramente a la idea de la teoría, ya que de hecho se suprimió a los portadores de la enfermedad una oportunidad de curarse al no poder utilizar el innovador compuesto químico mientras el cáncer fuera posible de revertirse. Tal oportunidad era algo probable, de que no se tenía certeza, pero les fue quitada.

En ese contexto también se puede deducir que la incertidumbre es irreversible pues, una vez que el cáncer atingió su auge devastador, culminó en la muerte de los interesados en utilizar la sustancia que se quería regular, así que ya nada más se podía hacer y ya nunca se sabrá si ellos tendrían un desenlace diferente.

Es intrínseca pues sólo el uso del medicamento sería capaz de probar si la posibilidad de cura sería real o no. En el momento que los pacientes se vieron impedidos de utilizarlo en razón de las intervenciones defraudadoras de este grande laboratorio farmacéutico ante los órganos reguladores, la incertidumbre de que la enfermedad se agrave por su responsabilidad irá permanecer.

Por lo tanto, la conducta dañadora a una posible oportunidad no quedará impune si utilizamos la premisa de esa teoría. Para eso se está utilizando ampliamente esa doctrina para reparar la injusticia de que sólo se indemnice en casos que un daño absoluto efectivamente ocurra y que se compruebe inequívocamente su relación causal con la conducta reprochable.

Hay que tener en cuenta que las ciencias jurídicas no pueden tener para todas las circunstancias respuestas exactas y absolutas como la matemática. No se puede atribuir a los conflictos humanos soluciones idénticas pues cada uno de ellos tienen sus peculiaridades y por esa razón ciertos abusos no pueden ser tolerados por no se adecuan perfectamente a los requisitos de la clásica teoría de causalidad. Es necesario que ella sea relativizada haciendo una fusión con las nuevas, como una propuesta para lograr que un caso no sea resuelto de manera estrictamente legalista, pero injusta.

3.4. LA CONTROVERSIA DE LA PRUEBA DE CAUSALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE CURA

Abogamos por la idea de que una seria, real e inminente posibilidad de daño que pueda ocurrir posteriormente tiene que ser reparada pues ella proporciona un fuerte impacto negativo sobre el bien estar emocional de la persona a ser dañada. La incertidumbre de que el daño efectivamente ocurrirá no puede justificar que se tolere que la conducta que generó el riesgo de ese posible daño no sea punida, pues aunque no ocurra, no será por la intercesión del agente dañador.

Sin embargo, demostrar el nexo causal, dentro de la conjetura del caso paradigma que planteamos en el tópico anterior, entre la conducta dañosa y el posible daño final, que en esa condición sería la muerte, no es una tarea sencilla ya que si la oportunidad fuese aprovechada y aun así no se tuviera éxito, no existiría daño. Obviamente, tampoco existiría daño si el éxito ocurriera. Así siendo, en esas dos posibilidades sería imposible encontrar un vínculo causal sin el daño.

La causalidad existiría caso se considerase un daño interpuesto que consistiría en el impedimento definitivo de que se aprovechara la oportunidad, culminando en un eventual último daño, el que es contrario a lo que se pretendía al poder utilizar la chance.

Por lo tanto, exigir que se demuestre un vínculo causal entre la conducta reprochable y un posible daño final podría inviabilizar la aplicabilidad de la Teoría de la Oportunidad Perdida.

El docente, Diego Papayannis en su editorial “En torno a la teoría del derecho de daños”, trata del problema que es poner todo el acento la causalidad para justificar la reparación. A continuación transcribimos una cita de su obra:

“Otra crítica que puede realizarse a quienes propugnan un sistema de responsabilidad civil basado en la causalidad, antes que en la antijuridicidad, es que no cuentan con una teoría que permita distinguir plausiblemente aquellas consecuencias que generan responsabilidad del resto de las consecuencias dañosas que no la generan. Si la antijuridicidad de la conducta deja de ser relevante al momento de imputar responsabilidad y lo único importante es la relación causal, tenemos un serio problema para explicar por qué ciertos actos ilícitos que producen daños no traen como consecuencia jurídica el deber de reparar.” (PAPAYANNIS, 2007)

Así siendo, la antijuridicidad del acto dañoso no es menos importante que el vínculo causal para caracterizar el deber de reparar. Si consideramos la causalidad como requisito esencial y tratemos la reprochabilidad de la conducta como algo secundario para atribuir el deber de reparar, estaremos

rebajando el daño a una simple pérdida que se debe soportar.

En este sentido es necesario que se piense considerar que el acto antijurídico de impedir el disfrute de la oportunidad de utilizar el medicamento con fines de cura se baste para que se caracterice un daño. Igualmente, que el nexo causal exigido sea de esa relación, ya que ese sería un daño cierto y concreto puesto que sólo tenemos una previsibilidad de que el daño final, la muerte, podría ocurrir o no.

3.5 EL DESTINO DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DAÑO COLECTIVO

No obstante no nos atrevemos a aplicar la teoría central que discutimos en esa obra cuando se suscita el daño generado a la colectividad, nos parece interesante discutir en esa hipótesis cómo se atribuiría las responsabilidades utilizándonos de las innovaciones dogmáticas de la Teoría de Daños.

Tres modalidades de daños están teniendo cada vez más espacio en el ordenamiento jurídico. El daño por la pérdida de oportunidad, la que ya no vamos a aplicar en el contexto de la sociedad como víctima, el daño moral colectivo y el daño social.

Nos vamos a centrar en cómo se procedería la reparación considerando el daño como moral colectivo, bien como social en los límites de la situación paradigma que propusimos anteriormente. Antes de nada, hay que tener que en el daño social la víctima es la sociedad, mientras que en el daño moral colectivo las víctimas son titulares de derechos individuales homogéneos, colectivos o difusos.

Bajo la óptica del daño moral colectivo, en el ejemplo que utilizamos las personas que tuvieron el derecho a la oportunidad lesionado se limitan a los portadores de cáncer que estaban utilizando la fosfoetanolamina antes de la prohibición de su distribución y las que demandaron en juicio el fornecimiento de la misma. Se trata pues de un grupo titular de derechos individuales homogéneos, que poseen las mismas características. De ahí que se concluye que son los que tienen el derecho a reparación.

En cambio, si nos valemos de perspectiva del daño social, tenemos que examinar el concepto de este tema propuesto por el profesor y fundador de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP), que desarrolló la tesis sobre esa doctrina la definiendo como un menoscabo que repercute socialmente de manera negativa ocasionando una mitigación moral o de la calidad de vida como consecuencia de conductas reprochables socialmente.

Conforme esa categoría de daño, su base es el principio de la función social de la responsabilidad civil. Dicha responsabilidad tiene que integrarse con el principio de la dignidad de la persona humana.

En ese sentido, en el caso paradigma toda la sociedad puede ser considerada como víctima ya que la descubierta de un medicamento capaz de curar una enfermedad fatal es en caso de salud pública, de interés general, no se limitando sólo a un grupo de personas que ya sufre de esa dolencia.

Así que, considerando lo que se engloba en el daño social, resulta imposible individualizar el perjuicio siendo características la indeterminación de los sujetos titulares, la indivisibilidad del menoscabo y la reparación indirecta.

Por tanto, en esa categoría de daño, la indemnización deberá ser dirigida a un fondo que corresponda a una entidad que ejerza una actividad que proteja el bien jurídico lesionado, en ese caso la salud, como por ejemplo a un instituto de amparo a personas portadoras de cáncer.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en el caso paradigma propuesto sería lo más indicado pues restó evidenciado que hasta en proveimientos judiciales se afirmó que los proponentes de la demanda tenían derecho a intentar la cura con el medicamento que aún estaba en fase experimental ya que habían intentado todos los desgastantes tratamientos convencionales sin éxito, y como muchos de ellos ya estaban en fase terminal, no tenían nada que perder.

El judicialario fundamentó sus decisiones en principios fundamentales como de la dignidad de la persona humana, el derecho a la vida y al crecimiento en la doctrina y la jurisprudencia de la aplicación de nuevos dogmas como la Teoría de Los Derechos Sobre el Propio Cuerpo y la Teoría Right to Try (Derecho al intento).

En ese contexto, la oportunidad de los perjudicados que no tuvieron la misma suerte de los que consiguieron el fornecimiento de la sustancia por vía judicial era considerada como seria y real. Por intervenciones fraudulentas por parte de una supuesta compañía farmacéutica perdieron la oportunidad de intentar la cura, generándoles así un daño.

El cometimiento de la corrupción activa, y hasta mismo el lobby, obstó que los interesados pudiesen valerse de lo que pretendían, la oportunidad. Algunas de esas prácticas tales como el lobby, aunque no sean consideradas crímenes, son muchas veces lesivas a los derechos fundamentales de la sociedad de manera irreversible. Si nos contentáramos en sólo buscar soluciones en las tradicionales teorías no encontraríamos una punición adecuada. Por eso se hizo necesario adecuarlas a las teorías vanguardistas que se nos están presentando.

Como hemos visto, constantemente van surgiendo nuevas doctrinas con el objetivo de adaptarse a los conflictos del mundo contemporáneo. Esas recientes herramientas dogmáticas que se insieren en el ordenamiento jurídico son encaradas al comienzo con una cierta reserva y desconfianza.

Es necesario que ellas sean aplicadas a la nueva realidad que estamos vivenciando. Quedarse inerte al surgimiento de las innovadoras teorías y acomodarse con los preceptos de las preexistentes sería como promover un positivismo dogmático al actuar como si sólo existiera un método de resolución a todas las situaciones arbitrarias.

Para interpretar la ley y adecuar su aplicación a una situación concreta, no se debe restringirse a espejarle en decisiones ya proferidas en acontecimientos pretéritos, basándose de esta manera en observaciones empíricas y leyes generales.

Si así se actúa, no se admite que el mundo está en constante evolución y que los conflictos de la humanidad tienen orígenes que se renuevan continuamente haciendo que se enfrenten situaciones nunca antes experimentadas. Si así fuera, se caracterizaría el positivismo dogmático que es incompatible con el dinamismo de la evolución de las relaciones interpersonales.

La ciencia jurídica no es como la matemática, que tiene soluciones estáticas, ella es dinámica y tiene que adecuarse a solucionar los nuevos conflictos que surgen como consecuencia de los avances sociales y tecnológicos. Así que teorías ultrapasadas no solucionan los nuevos problemas que constantemente están surgiendo en el mundo contemporáneo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. (2016). Pesquisadores questionam testes da fosfoetanolamina feitos a pedido do governo. Recuperado de <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/05/pesquisadores-questionam-testes-da-fosfoetanolamina-feitos-a-pedido-do-governo>

ANGELL M. (2004). *The truth about the drug companies: How they deceive us and what to do about it*. Nueva York: Random House.

AZEVEDO, A. J. (2009). Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO, R. F. Y MARQUES, H.J.B.M.M. (2012). A possibilidade de captura das agências: Formas de controle e responsabilidade civil dos seus agentes- uma análise do caso concreto- Coelce. (pp. 356-385). Niterói: FUNJAB.

EL MOSTRADOR. (2013). Premio Nobel denuncia que farmacéuticas bloquean los medicamentos que curan porque no son rentables. Recuperado de <http://www.elmostrador.cl/noticias/mundo/2013/05/04/premio-nobel-denuncia-que-farmaceuticas-bloquean-los-medicamentos-que-curan-porque-no-son-rentables/>

G1.COM.BR. (2016). Fosfoetanolamina: Dilma sanciona lei que libera “pílula do câncer”. Recuperado de: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/04/para-evitar-desgaste-dilma-sanciona-lei-que-libera-pilula-do-cancer.html>

GASTALDI, S. (2013). Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação. Recuperado de <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-difusos-coletivos-em-sentido-estrito-e-individuais-homogeneos-conceito-e-diferenciacao,46481.html>

GOLDACRE B. (2012). *Bad pharma. How medicine is broken, and how we can fix it*. Londres Fourth Estate.

GÖTZSCHE P.C. (2013). *Deadly medicines and organized crime. How bigpharma has corrupted healthcare*. London: Radcliffe Publishing Ltd.

JADE, L. (2016). Pílula do câncer: entenda polêmica em torno da fosfoetanolamina. Recuperado de <http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2016/03/pilula-do-cancer-polemica-fosfoetanolamina>

LIFANTE, I. (2016, abril). Responsabilidad y funciones públicas. Ponencia presentada en Seminario de Filosofía del Derecho, Girona, España. Recuperado de <https://youtu.be/SK0G12mAarE>

LLOR, C. (2014). Medicamentos que matan y crimen organizado. *Aten Primaria*. <http://dx.doi.org/10.1016/j.aprim.2013.12.001>

MELO, T. D. (2010). A “captura” das agências reguladoras: uma análise do risco de ineficiência do estado regulador (Tesis de Maestría). Universidade Federal de Pernambuco. Recife

PAPAYANNIS, D. M. (2007). En torno a la teoría del derecho de daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, IX (8): 23-34

PASSOS, N. (2016). O complexo “fármaco-político”. - A privatização a democracia: Um catálogo da captura corporativa no Brasil

PORTAL BUENO. (2016). Defensoria Pública no Rio quer anular teste da ‘pílula do câncer’. Recuperado de <http://portalbueno.blogspot.com.br/2016/06/defensoria-publica-no-rio-quer-anular.html>

PORTAL BRASIL. (2016). Segunda fase de testes da pílula do câncer começa na próxima segunda (10). Recuperado de <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/10/segunda-fase-de-testes-da-pilula-do-cancer-comeca-na-proxima-segunda-10>

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. (2016). Justiça manda USP fornecer “cápsula contra o câncer” a mulher de 41 anos. Recuperado de <http://www.conjur.com.br/2016-jan-30/usp-fornecer-capsula-cancer-mulher-41-anos>

SILVA, F. M. T. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. En Curso a distância proferido pela rede FMB. São Paulo: FMB.

_____ (2008). Reflexões sobre o dano social. Recuperado de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537

SILVESTRE, G., Silva, A. y Schneider, F. (2015). O dano social como nova categoria de dano na responsabilidade civil e a destinação da sua indenização. Recuperado de <https://jus.com.br/artigos/40969/o-dano-social-como-nova-categoria-de-dano-na-responsabilidade-civil-e-a-destinacao-da-sua-indenizacao>

AS IDADES PARA O DIREITO CIVIL – UM MAPEAMENTO DOS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS

*Aline Laila S. S. Magalhães²
Josinaldo Leal de Oliveira³*

RESUMO

O estudo do direito civil é sempre apaixonante, porém a substancial extensão dos institutos regulados na legislação privada, por vezes, afasta os operadores do direito de realizarem uma análise minuciosa e criteriosa dos diversos institutos jurídicos contemplados no Código Civil. Nesse particular, faz-se necessário verificar os diversos enquadramentos adotado pelo legislador no que toca a idade do sujeito, seja para contrair direitos ou para assumir obrigações na ordem jurídica. Por certo, nos mais de 2.000 artigos existentes no Código Civil, diversos deles tratam de apontar idades específicas que precisam ser observadas. E, por não encontrar na doutrina pátria produção jurídica específica sobre o tema, o presente trabalho demonstra relativa utilidade jurídica, na medida em que se propõe realizar um mapeamento das idades para o direito civil, demonstrando os seus principais efeitos jurídicos. Para a devida demonstração do quanto pretendido, foi retirado da própria legislação privada as possibilidades jurídicas para as principais idades contempladas no Código Civil. O escrito destina-se a todos os operadores do Direito, na medida em que apresenta utilidade para os mais diversos segmentos do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Idades, Direito Civil, Efeitos Jurídicos.

² Acadêmica de Direito na Faculdade Anísio Teixeira, cursando o 8º semestre. E-mail alinelailassm@gmail.com

³ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA). Pós-Graduado em Direito Civil e Direito do Consumidor, Docência do Ensino Superior. Professor Universitário e em diversos Cursos de Pós-Graduação e Preparatórios para Concurso Público e Exame da OAB. Participante assíduo com trabalhos apresentados nos eventos nacionais do CONPEDI e Autor de diversos artigos publicados na área do Direito do Consumidor em revistas especializadas. Condecorado no ano de 2015 com a Medaglia “Il Merito Giuridico di Visitatori - autori internazionali”, na Itália. E-mail naldo@josinaldoleal.adv.br

INTRODUÇÃO

Para o devido e adequado dimensionamento do Direito Civil é necessário que o operador do direito compreenda, inicialmente, a respeito do surgimento da pessoa natural, visualizando os aspectos do surgimento – nascimento – e da extinção – morte – da pessoa natural.

É cediço que entre esse interstício temporal, nascimento/morte, diversas relações jurídicas são entabuladas, produzindo efeitos jurídicos variados. Porém, o legislador teve o cuidado de direcionar idades específicas que precisam ser observadas no sujeito de direito. Por certo, pela expressiva dimensão normativa do Código Civil o devido mapeamento dessas idades apresenta-se como algo relevante, na medida em que permite uma visualização adequada sobre o tema.

Analisar a pessoa natural ou como uma parte da doutrina denomina pessoa de existência visível, sem sombra de dúvidas está entre os temas interessantes do direito civil, na medida em que contempla o estudo da personalidade jurídica, com a verificação do nascituro, do surgimento da capacidade jurídica, do suprimimento da incapacidade, dentre outros até à extinção da pessoa natural.

No caso específico do nascituro, muitas discussões já foram implementadas em torno do seu posicionamento na ordem jurídica, sendo objeto, inclusive, de diversas teorias que buscam nortear o reconhecimento de direitos para esse ser. Com o sistema jurídico brasileiro não foi diferente, tendo o legislador infraconstitucional contemplado expressamente no Código Civil de 2002 a figura do nascituro, permitindo o reconhecimento expresso de direitos a serem tutelados.

Do surgimento da pessoa natural, os passos seguintes na sua existência ganham como referencial diversas idades que precisam ser destacadas, pois direcionam a produção de efeitos jurídicos específicos. O que se pretende no presente trabalho é destacar um mapeamento das diversas idades contempladas no Código Civil, com a consequente exposição dos efeitos pertinentes na ordem jurídica.

Em verdade, o presente escrito busca facilitar a atividade de compreensão do operador do direito em relação à pessoa natural, no que toca a capacidade civil e as suas limitações ou contemplações em razão da idade civil. De certo, o mapeamento das idades civis mais expressivas faz-se necessário para facilitar o reconhecimento por parte dos operadores do direito da tutela jurídica do sujeito da relação jurídica.

Destarte, o objetivo do presente escrito é destacar as idades civis relevantes, de forma a facilitar o estudo do direito civil. Logo, a pesquisa se guia pelo seguinte problema: Quais as principais idades civis contempladas no Código Civil? Qual a repercussão jurídica dessas idades para o sujeito de direito?

Nesse sentido, torna-se oportuno traçar um mapeamento cartesiano das idades no Código Civil. Para um melhor entendimento, o trabalho foi estruturado em um tópico geral onde foi apresentado os aspectos gerais e principais da pessoa natural e um tópico específico, onde foi mapeado o enquadramento jurídico das principais idades contempladas no direito civil.

A PESSOA NATURAL

Pode-se afirmar que o princípio das construções jurídicas decorre do surgimento da pessoa natural. A pessoa natural com seus atributos e peculiaridades é quem impõe a valoração dos sistemas jurídicos.

Na doutrina encontramos diversas definições para a pessoa natural, sempre fazendo referência a condição de ser sujeito de direitos e obrigações. No que toca a denominação pessoa natural, Carlos Roberto Gonçalves aponta que:

A nomenclatura “pessoa natural” revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade.⁴

No direito alienígena outras expressões são utilizadas para identificar esse sujeito capaz de ser titular de direitos e obrigações, tais como pessoa física, pessoa de existência visível ou até mesmo pessoa individual. No campo normativo, cumpre destacar o teor do art. 2º do Código Civil: Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Como se percebe da dicção legal, o legislador brasileiro adotou como critério para o surgimento da pessoa natural o nascimento com vida, que efetivado, impõe-se o surgimento da personalidade. Por essa perspectiva, ter-se-ia adotado no direito brasileiro a teoria natalista para o surgimento dos direitos da personalidade. Para essa verificação, há que se falar precisamente da figura do nascituro. Analisar a definição de nascituro, sempre foi tema relevante no campo da personificação de seus direitos.

R. Limongi França, citada por Cristiano Chaves de Farias, bem traçou o conceito de nascituro ao afirmar que cuida-se “da pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”.⁵

Vale constatar que desde a codificação privada anterior o legislador já dispôs no art. 4º a referência expressa ao nascituro, direcionando o nascimento com vida como pressuposto para a aquisição dos direitos da personalidade. Cabe destacar que Paulo Nader, fazendo considerações a respeito do início da vida humana, assevera:

No plano da ciência biológica as opiniões se dividem quanto ao momento em que se inicia a vida humana. Para alguns, esta existe com a fecundação, entendendo outros que é com a instalação do embrião no útero, havendo uma outra corrente que reconhece a vida humana somente com a formação do sistema nervoso, fato que se verifica a partir da segunda semana de gestação.⁶

Com a identificação do nascimento com vida, eis que surge a aquisição dos direitos da personalidade, passando a pessoa a ser titular de direitos e obrigações. Essa aquisição se implementa de forma automática, haja vista que o pressuposto da aquisição da personalidade é justamente o nascimento com vida. O nascituro, sob a concepção legal, teria a sua personalidade direcionada ao implemento do nascimento com vida, fato que levou a doutrina a desenvolver teorias que permitisse a construção da natureza jurídica do nascituro.

Como largamente demonstrado na doutrina, destaca-se a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicionada. Para a primeira, o nascimento com vida é o pressuposto para a aquisição da personalidade jurídica; no que toca as demais, destaca-se o surgimento da personalidade a partir da concepção e, respectivamente, a partir da concepção, mas condicionando ao nascimento com vida. Pensam nesse sentido Cristiano Chaves de Farias⁷ e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁸.

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol I: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, p.76.

5 FRANÇA, apud FARIAS, Cristiano de. Direito civil. Teoria geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 194.

6 NADER, Paulo. Curso de direito civil, parte geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146.

7 FARIAS, Cristiano de. Direito civil. Teoria geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 196.

8 GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume I: parte geral/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

Em relação a teoria concepcionista, cabe destacar o entendimento de Maria Helena Diniz, segundo a qual:

Na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.⁹

Por certo, é preciso destacar que embora o Código Civil possa deixar transparecer a opção do sistema jurídico brasileiro pela teoria natalista, o diploma normativo não faz referência de que a lei salvaguarda a expectativa de direitos do nascituro, mas sim põe a salvo, desde a concepção, os seus direitos.

Por certo, o nascituro é titular de inúmeros direitos, como bem assinala o festejado Cristiano Chaves de Farias:

Um detalhe, de qualquer sorte, parece incontroverso: a lei civil (art. 2º, CC) resguarda, expressamente, os direitos do nascituro, servindo para afastar, peremptoriamente, a tese natalista, por pregar que somente seria possível reconhecer direitos do nascituro depois de nascer vivo.¹⁰

Inevitavelmente o tratamento da pessoa natural passa pela devida análise da posição do nascituro no sistema jurídico brasileiro.

Por outro lado, cabe destacar o fim ou a extinção da pessoa natural. Nesse particular, cumpre destacar o teor do art. 6º do Código Civil:

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Vale sinalizar que a morte real implica no termino da existência da pessoa natural. De forma objetiva afirma Carlos Roberto Gonçalves:

A morte real é apontada no art. 6º do Código Civil como responsável pelo término da existência da pessoa natural. A sua prova faz-se pelo atestado de óbito ou por ação declaratória de morte presumida, sem decretação de ausência (art. 7), podendo, ainda, ser utilizada a justificação de óbito prevista no art. 88 da lei dos registros Públicos (Lei n. 6.015/73), quando houver certeza da morte em alguma catástrofe, não sendo encontrado o corpo do falecido.¹¹

É cediço que além da morte real a doutrina aponta a hipótese da morte simultânea e da morte civil, essa última sem efetiva configuração no direito brasileiro. Pois bem, delineados os aspectos gerais do surgimento e extinção da pessoa natural, cumpre abordar o núcleo do presente trabalho: as idades civis.

9 DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9

10 FARIAS, Cristiano de. Direito civil. Teoria geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 197.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol I: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, p.76.

DISPOSITIVOS ASSOCIADOS ÀS IDADES PRESENTES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No presente tópico será apresentado o mapeamento das idades civis com disposição expressa no Código Civil de 2002, evidenciando a posição normativa com seus efeitos específicos. Para melhor visualização didática será apresentado o dispositivo legal pertinente para cada idade.

O primeiro destaque é dado para a idade dos 16 (dezesseis) anos. Essa idade possui relevante passagem na existência da pessoa natural, com uma série de repercussões além das disposições expostas no Código Civil.

No que toca a capacidade civil, o Código Civil de 2002 iniciou o tratamento legal referenciando a respeito da incapacidade, nos termos que se seguem:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

Os dois dispositivos transcritos acima fazem referência a idade de dezesseis anos, considerando que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes e que os maiores de dezesseis, mas menores de dezoito, são relativamente incapazes. No dizer de Carlos Roberto Gonçalves:

A incapacidade absoluta acarreta a proibição total do exercício, por si só, do direito. O ato somente poderá ser praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz. [...] O novo Código Civil brasileiro, como visto, fixou em 16 anos a idade da maturidade relativa, e em dezoito a da maioridade, baseando-se naquilo que habitualmente acontece.

¹²

Ainda em relação aos dezesseis anos, registra o Código Civil:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Embora o legislador tenha sinalizado que a incapacidade suprisse com a maior idade, existem outras modalidades de suprimento que estão referenciadas no disposto supra indicado.

O inciso I do referido dispositivo trata do instituto da emancipação, que pode se apresentar na forma de emancipação voluntária, judicial ou legal. A primeira decorre de ato de vontade dos pais, se

¹² Idem nota anterior.

o menor alcançar a idade mínima prevista no Código, qual seja, dezesseis anos. As demais espécies de emancipação pressupõem, respectivamente a manifestação judicial e o devido enquadramento nas hipóteses previstas expressamente na lei.

O legislador ainda contemplou importantes passagens na vida da pessoa natural em relação aos dezesseis anos, como se destaca a seguir:

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

O art. 180 do Código Civil faz referência a máxima de que ninguém poderá se beneficiar da sua própria torpeza, de forma que aquele que seja relativamente incapaz não terá elidida sua responsabilidade se omitiu dolosamente a sua condição de incapacidade.

Quanto a condição de inadmitir o testemunho de menores de dezesseis anos, tal se dá em razão da absoluta incapacidade civil destes. O legislador contemplou, também, para a idade dos dezesseis anos referência no capítulo dos contratos em espécie, nos seguintes termos:

Art. 666. O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores.

A idade de dezesseis anos é, ainda, expressiva para o capítulo do direito de família. Senão vejamos:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Art. 1.550. § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

O Código Civil tratou especificamente da capacidade matrimonial, considerando diversas condições naturais de aptidão física, tais como a puberdade. Nesse cenário, adverte Maria Helena Diniz:

Ante a impossibilidade de ser determinada em cada caso, a norma jurídica estabelece um limite de idade, no qual se presume que todos se tornam púberes, aptos para procriar; assim proíbe o matrimônio das mulheres e dos homens menores de 16 anos, sob pena de ser anulado (CC, art. 1.550, I), se isso for requerido pelo próprio cônjuge menor, por seus representantes legais, pelos seus ascendentes

Vejamos as referências existentes no Código Civil:

Art. 1.552. A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida:

- I - pelo próprio cônjuge menor;
- II - por seus representantes legais;
- III - por seus ascendentes.

Art. 1.560, § 1º Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que perfez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

Nesse particular, é fácil constatar a relevância e expressividade da idade de dezesseis anos para o Direito Civil. Outra idade de destaque no Código Civil é a idade de dezoito anos, merecendo algumas os seguintes destaques:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que toca a maioridade, cabe apontar a presença dos seguintes dispositivos:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

III - pela maioridade;

Art. 1.722. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

Art. 1.758. Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, subsistindo inteira, até então, a responsabilidade do tutor.

Art. 1.763. Cessa a condição de tutelado:

I - com a maioridade ou a emancipação do menor;

Cabe destaque também, a menção do Código Civil em face da idade de 60 anos, vejamos:

Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela:

II - maiores de sessenta anos;

O artigo acima trata da hipótese que a lei admite a escusa da tutela, ou seja, os maiores de sessenta anos, nomeados como tutores, poderá deixar de exercê-la.

Não obstante, o código faz também menção da idade de 70 anos.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

O referido artigo aborda uma das espécies do regime da separação de bens, a separação obrigatória, que impõe que o maior de setenta anos se case sob o regime da separação obrigatória dos bens. A ideia do legislador, ao atribuir a imposição, foi para impedir possíveis “golpes” a idosos com relevante poder aquisitivo.

E, finalizando as idades tratadas pelo Código Civil, destacamos a idade de 80 anos:

Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.

Na seara do direito civil, na hipótese de desaparecimento de um indivíduo, é autorizado a sucessão, ou seja, o sucessor do ausente tomará o lugar nas diversas relações jurídicas que o ausente seja parte, bem como os seus créditos e dívidas. O artigo 38, trata de forma específica do desaparecido do indivíduo por mais de 5 anos, e que a época do desaparecimento, contava com mais de oitenta anos, a sucessão será definitiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, percebe-se que é de tamanha relevância o estudo minucioso das idades abordadas no Código Civil, pelo operador do direito, que saberá aplicar a cada caso específico, o tratamento correto a idade.

Torna-se imperioso o devido mapeamento dos diversos institutos abordados no Código Civil, no propósito de permitir a efetivação do ideal da operabilidade, permitindo que a norma jurídica fique cada



vez mais próxima do destinatário dela.

Nesse particular, foram abordadas as principais idades civis, marcando as principais fases da pessoa natural.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9

FARIAS, Cristiano de. Direito civil. Teoria geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 196.

FRANÇA, apud FARIAS, Cristiano de. Direito civil. Teoria geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 194.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume I: parte geral/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol I: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, p.76.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, parte geral – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146.

DIREITOS CIVIS DA QUARTA (4^ª) GERAÇÃO: POS-MODERNIDADE, FAMÍLIA E CYBER-RELAÇÕES

Antônio Carlos Moreira¹³

RESUMO

Breve reflexão jurídico-sociológica sobre o novo comportamento humano e seus anseios. A Pós-modernidade e as cinco gerações do Direito. Os direitos da quarta (4^a.) geração. A Família pós-humana, as cyber-relações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil, Pos-Modernidade, Família, Cyber-relações.

13 Professor Aposentado da Faculdade de Direito da UFPB. Professor da Graduação e Pos-Graduação das Faculdades Integradas de Patos/PB. Doutorando em Direito Civil da Universidade de Buenos Aires (República Argentina).

INTRODUÇÃO

Há um comportamento novo no ar. Não há tempo; não há sentimentos, luto, lágrimas, emoções. Tornamo-nos “hanseniáticos morais”, frente à insensibilidade do espírito humano neste século XXI. É a chamada Pós-modernidade, definida como a tentativa infrutífera de estabelecer dogmas de certeza sobre a condição humana. É a afirmação da incerteza.

Há uma nova solidão, ou um estranho tédio surgindo no espírito humano, na opinião de Sternick (2008:06). A situação, vivenciada por uma significativa parcela da humanidade, faz parte de um fenômeno mais amplo da atualidade, de intensificação do individualismo e do egoísmo, em prejuízo de atitudes sociais, solidárias e afetivas, isto é, de uma subjetividade contemporânea.

Como diria Mattos (2010:04), o Pós-moderno remete à era da velocidade, do poder da razão, do desprestígio do Estado. A imagem acima do conteúdo. Um mundo sem verdades absolutas. Tudo é dúvida, incerteza, ambivalência, sobrevivência. Há um neo-utilitarismo : verdadeiro é o útil. Há um exército de descartáveis. não há mais sociedade. A sociedade não existe mais como organismo compacto; o todo não representa nem é mais constituído pelas partes. Fraturaram-se as identidades, não há mais referenciais. Inexiste o subjectum; só o objectum.. não somos pessoas. somos indivíduos. Não há mais dogmas. Tudo está indogmatizado. Há uma crise da representação, fenômeno diretamente ligado à destruição dos referenciais que vinham norteando o pensamento até bem recentemente.

Na verdade, a alteração no espaço tem como consequência a transformação do tempo; a simultaneidade e a intemporalidade criam a nova cultura do efêmero. o tempo virtual, as condições da lógica no espaço e dos fluxos misturam os códigos culturais. Desreferencializa-se os sentimentos; desobjetivaram-se os objetivos. Vive-se o momento. não há tempo. O facere se torna facto; o tempus fugit, tornou-se tempus fugato. o nunc foi substituído pelo post. Como se se referia Maffesoli (1998:89), tratando dos novos grupos, em que se estuda a transição da era pós-moderna, e a volta aos arcaísmos.

A relação social em gestação atualmente é a de uma “harmonia conflitante”. A vida social não pode mais ser compreendida, nacional ou internacionalmente, como a expressão de um bem único. Mas é preciso que exista a compensação entre o bem e o mal. É isso que caracteriza a natureza humana, sua “completude”.

É preciso colher, mesmo sem plantar, independente de um minimum minimorum da Ética. O passado: depreciação; o presente, nostálgico, o futuro, uma angústia por um tempo que não pára de não chegar. Pós-modernamente, não se busca o futuro : importante é colher. O plantio é opcional. a colheita, anti-eticamente exigida. (não obrigatória). Chama-se Pós-Modernidade a tentativa infrutífera de estabelecer dogmas de certeza sobre a condição humana. É a afirmação da incerteza. Reflete-se hoje, diante do caráter sincategoremático e sociologicamente indogmatizado do non essere, non facere da conduta humana, sobre a evolução das gerações do Direito.

Assim, das chamadas cinco (05) Gerações de Direito, a Primeira (1^a), cuida dos direitos fundamentais da condição humana : a vida, a liberdade, a incolumidade pessoal (saúde), o patrimônio. A Segunda (2^a) Geração de Direitos, reporta-se aos chamados “direitos sociais”, isto é, a interatividade humana, através do Direito como conciliador dos conflitos humanos. A Terceira (3^a) Geração de Direitos, fruto do Século XX, volta-se para o meio ambiente e a sobrevivência : água, ar, alimentos; extinção dos reinos vegetal animal.

I. OS DIREITOS DA QUARTA (4ª) GERAÇÃO

A Quarta (4ª) Geração de Direitos busca uma nova conduta humana, voltada para a liberdade e o autodomínio, descompromissada com os milenares dispositivos formais que sempre o acompanharam. É a ruptura, a heterotopia a que se refere Foucault (2000:91), isto é, a ilusão das diferenças. Busca-se hoje a realização pessoal de seus objetivos e intentos, sem a sanção da norma social e da crítica.

Em busca do uno, do universal e do mesmo, a razão ocidental afastou o outro, a diferença, a multiplicidade. Deste modo, o empreendimento filosófico de Foucault foi resgatar os espaços do outro, onde o exercício do poder pela racionalidade ocidental buscou suprimir pela busca do espaço do mesmo. Por isso, estudou espaços onde se exerciam relações de poder com vistas a objetivação do mesmo, como: as prisões, a escola, o corpo, a loucura, a sexualidade, etc.

A época atual seria talvez de preferência a época do espaço. [...] Estamos em um momento em que o mundo se experimenta, acredito, menos como uma grande via que se desenvolveria através dos tempos do que como uma rede que religa pontos e que entrecruza sua trama.

Assim, o aborto, a eutanásia, o homicídio assistido, o suicídio, a mutilação, a redesignação sexual, a família igualitária, as reações homoafetivas, enfim, são objetivos humanos que, a *lattere legis* procuram inserir e vivenciar como objetivos pós-modernos. Finalmente, os chamados Direitos da Quinta Geração, advindos das relações sociais virtuais, revela o mesmo mecanismo social, sob uma nova forma ou *modus operandi* (comunicação sem sentimentos).

Voltemos aos chamados “direitos da quarta (4ª) Geração”. O Direito não pode se conformar apenas às estruturas jurídicas lógico-normativas, mas, constituir-se no caminho de realização da dignidade humana, no correr contínuo da história.

Os novos direitos não são públicos e nem privados e devem ter toda a proteção possível dentro de cada sistema jurídico, com utilização de todos os instrumentos processuais disponíveis, subsumido às normas concretas. A relação íntima dos novos direitos com o Direito Civil se dá em face de ter este ramo funcionado sempre como repositório dos princípios gerais de direito. Não obstante não ser de aceitação pacífica os parâmetros de objeto próprio e princípios específicos, para o reconhecimento de autonomia para disciplinas, não há como se deixar de reconhecer objetos específicos e princípios próprios.

2. FAMÍLIA PÓS-HUMANA E AS NOVAS RELAÇÕES SOCIAIS

Profundas mudanças paradigmáticas ocorreram no decorrer da segunda metade do século findo, na passagem da era moderna para a era pós-moderna. Isto significa, na visão de Hironaka (2005:01):

A família deixou de ser a família patriarcal e matrimonializada que predominou no anterior século e na anterior Lei Civil brasileira. A Constituição da República, em 1988, acolheu os anseios da sociedade, no sentido da multiplicação dos modelos familiares, registrando ao menos três, a família oriunda do casamento, a família oriunda da união estável e a família monoparental. Ainda assim, embora o avanço constitucionalmente registrado, muitos outros arranjos não foram recepcionados no bojo constitucional, o que leva a crer, a priori, que não pudessem existir – ou que apenas existissem à margem da lei

e da proteção legal – outros tipos, outras uniões que também pudessem ser consideradas entidades familiares e, assim, contar com a visibilidade e com a devida tutela legal.

Assim, os paradigmas fundamentais que erigiram a modernidade foram paradigmas que precisaram se impor, primeiro, à face do absolutismo que marcou a finalização do período medieval e, depois, paradigmas que precisaram superar os horrores de uma Primeira Grande Guerra. Novos tempos, nova mentalidade. Família já não mais representa uma união de espíritos e sentimentos, mas, uma comunhão de perspectivas, interesses e propósitos voltados para o bem estar comum. Não há mais pater famílias; o exercício da chefia familiar cabe a ambos ou a qualquer das Partes.

A noção de personalidade jurídica dos seres humanos que constitui base clássica do Direito Privado corresponde à idéia de titularidade, ou seja, de ser titular de direitos e obrigações de direito subjetivo como direito individual. A pessoa como sujeito de direito originou-se das correntes filosóficas que mais se propagaram com a Revolução Francesa (berço verdadeiro do Jusnaturalismo e do Iluminismo) e que gerou as três dimensões dos direitos fundamentais (liberdade, igualdade e fraternidade).

Desta forma, hoje, o casamento assume hoje, novas posturas sociológicas que traduzem o anseio de liberdade e de nova conduta em torno da própria instituição.. Busca-se como importante, o bem-estar, despojado da rigidez formal das condutas e dos utensílios, sempre voltados para servir a terceiros, ou prestar satisfação de acordo com as normas sociais e os costumes. Observa-se a ânsia pelo ôntico, antes que pelo formal, constatando-se as seguintes estruturas familiares pós-modernas,

Assim, preliminarmente, se o Casamento Heterossexual, como a união biológica entre um homem e uma mulher foi a forma comum de constituição da família e da perpetuação da espécie, eis que fruto do amplexo do macho e da fêmea para tal.

Por sua vez, a Sociedade Conjugal Igualitária, o Casamento Homoafetivo, revela-se como uma expressão pos-moderna ou paradigma onde prevalece o subjetivismo como a condição mais que intrasubjetivamente moral.

Assim, o Casamento Homoafetivo, a Sociedade Igualitária, é uma realidade sociológica; afinal, o jurídico, como sincategoremático, mascara essa realidade. O novo conceito moral de liberdade e de conduta, implica, foudcaultianamente, uma heterotopia, isto é, uma ilusão das diferenças. Tudo afinal, pos-modernamente é aceitável, ou conforme Lyotard (2002:128) :

ocorre o eclipse de todas as narrativas grandiosas (meta-narrativas). É a incredulidade perante o meta-discurso filosófico-metafísico. Aquela cuja morte ele procurava garantir acima de tudo era, claro, a do socialismo clássico, mas também incluiu a redenção cristã, o progresso iluminista, o espírito hegeliano, a unidade romântica, o racismo nazista e o equilíbrio econômico prestigia a Pós-Modernidade como verdadeiro rompimento com as antigas verdades absolutas, como marxismo e liberalismo, típicas da Modernidade.

Cuida-se do eclipse de todas as narrativas grandiosas (meta-narrativas). É a incredulidade perante o meta-discurso filosófico-metafísico. A Pós-Modernidade promove o rompimento com as antigas verdades absolutas, (verbi gratia, marxismo, liberalismo), típicas da Modernidade. Cuida-se outrossim, da Filosofia da Alteridade, que prioriza a busca do sentido do humano, onde se verifica a possibilidade da relação metafísica do mesmo com o outro, mantendo, cada um, a condição de separação e a verdadeira relação de alteridade. A relação ética de alteridade torna-se lugar originário da construção do sentido e provocação eminente à racionalidade. Viver é de todos (aspecto sociológico), conviver é de poucos (aspecto jurídico),

e conviver bem é para quantos disponham encetar nova jornada ante a nossa condição de “cidadãos do universo.” (aspecto psicológico). Vivemos hoje, espontaneamente, um dever auteritário, isto, uma convivência excludente do vazio existencial de desejar mudar o outro, ou ainda, de “anular diferenças”. Desta forma, as diferenças, alteritariamente consideradas, não são aceitas, mas toleradas, compreendidas, convividas.

O conceito de família sofreu algumas modificações na sociedade, acrescentando que um dos fatores primordiais para isso ocorresse, deveu-se AA realidade social encontrada nos dias atuais. De acordo com Venosa (2003:16), a família era vista em uma visão mais ampla como um conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar”.

Nos dias atuais, o conceito de Família passa a ter uma nova visão, deixando de lado o entendimento e comprovação de que, para constituí-la, deva possuir indispensavelmente os elementos “casamento, sexo, procriação”, substituídos agora por “relações de afetividade, carinho e amor”, como afirma Dourado (2009)

Como afirmava Parodi (2007:258), sobre a consequencial responsabilidade civil pela ruptura dos sentimentos, pos-modernamente acolhidos pelo direito como um valor jurídico :

Conclui-se, mais uma vez reafirmando que o direito de romper é assegurado de forma absoluta e em qualquer situação, mas não pode prevalecer como excludente de responsabilidade sobre a obrigação indenizatória, como pretexto para o cometimento de abusos, ainda que se trate a relação de um ato jurídico stricto sensu e, conseqüentemente, os efeitos jurídicos não sejam o fim imediato.

Ao se investigar aonde começa a esfera indenizável dos danos pa-trimoniais - morais e materiais - equívale a admitir, via de conseqüência, que há danos de amor que não são cobertos pela prestação jurisdicional indenizatória, os quais, em que pesem serem apreciados nas demandas, não alcançarão poder condenatório sobre os agentes.

Por outro lado, a nível do relacionamento pos-moderno, em face da carência profunda de sentimentos de quê lamentavelmente dotada a humanidade, que apenas dialoga com a tecnologia (!) em suas diversas vertentes, faz-nos refletir sobre o suposto dano moral a essa quebra de sentimentos – a infidelidade - enfim, a traição durante o relacionamento conjugal como fator gerador de dano moral.

Não há, a nível de doutrina, pensamento pacífico sobre o assunto. Outrora jamais tal perspectiva ideológica seria admitida. Assim como – em Direito Contratual – o seguro, no século XIX era exclusivo para danos materiais (incêndios, roubos, inundações, enfim, sinistros materiais), reservando-se o seguro de vida a ser protegido pela Divindade, igualmente, neste momento existencial humano de Pos-modernidade, todos os sentimentos individuais humanos – objetos de carência, clamam por atenção, indenização, enfim, formas que chamem a atenção para essa carência.

Para Buzzi, na obra de Giusti, citado por Zanetti (<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/27165/a-traicao-no-relacionamento-amoroso-gera-dano-moral>) Buzzi, na obra Stress e sforzo, in Giusto Giusti, Trattato di medicina legale e scienze affini, Torino: CEDAM, II, 1998, 495), chegou a mesma conclusão médica e científica ao demonstra que pior que um divórcio na vida de uma pessoa, sob o ponto de vista do sofrimento, só mesmo a morte do cônjuge! Se o divórcio é tão sofrido, quanto mais o divórcio causado por uma traição!

Por seu lado, Rudinesco (2007:43), bem informa sobre as angústias porquê passa a estrutura nuclear (não familiar) social :

A família não apenas é assim definida como sendo o filtro de uma força essencial à civilização, como, de acordo com a tese do assassinato do pai e da reconciliação dos filhos com a figura dele, é julgada necessária a toda forma de rebelião subjetiva: dos filhos contra os pais, dos cidadãos contra o Estado, dos indivíduos contra a massificação. Com efeito, ao obrigar o sujeito a se submeter à lei de um logos separador interiorizado, e portanto desvinculado da tirania patriárquica, a família o autoriza a entrar em conflito com ela mesma, ao passo que sua abolição significaria o risco de paralisar as forças de resistência que ela suscita nesse sujeito. Encontramos neste princípio a idéia segundo a qual Édipo deve se tornar ao mesmo tempo o restaurador da autoridade, o tirano culpado e o filho rebelde. Essas três figuras são indispensáveis à ordem familiar.

A socióloga franco-marroquina Eva Illouz, reflete a influência da psicanálise e do feminismo, no século XX criou-se em todos os sistemas simbólicos (linguagem bourdieuiana) uma cultura de grande valorização das emoções, as quais, estendidas às relações econômicas, e tornadas mais afetivas, os relacionamentos íntimos se vincularam aos modelos econômicos, sociais e de negociação, a que denominou descorporificação cibernética (2007:161) :

Descorporeización cibernética

El cuerpo, ausente en la lógica racional de las relaciones cibernéticas, es el mayor depositario del atractivo sexual que posee una persona, pues del tono de voz o de sus gestos procederá una transmisión de atracción incapaz de ser reconocida por medio de los procedimientos racionales que operan a través de la web en el intercambio de información textual descorporeizada.

Por otra parte, al expresar de manera incompleta la realidad de la persona amada, el cuerpo permite que en torno a ella se despliegue inconscientemente la idealización de la persona que ama. Por lo que difícilmente podemos amar en ausencia de un contexto existencial que nos involucre con el ser amado.

No mesmo sentido, Bauman, quanto à fragilidade existencial da condição humana, hoje tão desprovida de raízes, e submissa aos ventos do imediatismo e do neo-utilitarismo, ora voltados para a desregulamentação, que resultou nos sujeitos hedonistas, buscando um mercado produtor de estranhos e ultraconsumista (1998:114) :

O eixo da estratégia de vida pós-moderna não é fazer a identidade deter-se - mas evitar que se fixe.

Assim, desconstruíram-se os valores mais profundos do caráter do ser humano, a tudo habermasmente cristalizando, a ponto da realidade a que Santiago denomina poliamor (2014:116) :

Se fosse possível estabelecer uma única definição para o poliamor, certamente ela descreveria uma forma de relacionamento em que é possível, válido e compensatório manter – em geral por longos períodos no tempo – relações íntimas, sexuais e/ou amorosas com mais de uma pessoa simultaneamente.

Ressalte-se que a variabilidade das definições pode ser explicada tanto por se tratar de um tema que surgiu recentemente quanto pela necessidade de se relativizar os comportamentos de modo a abranger um maior número possível de experiências

3. AS CYBER-RELAÇÕES E A EXCLUSÃO DOS SENTIMENTOS

Os sentimentos, pos-modernamente, quando não extintos, estão mudando e se mutilando. Assistimos a mutações e mutilações, não apenas climáticas, mas sobretudo, no espírito humano, cada mais frito, insensível e indiferente. Metaforicamente estamos nos transformando em estranhos esquilmos, construindo iglus, revestidos de casacos de pele de nossa gélida humanidade, para sobrevivermos ao intenso frio da alma. Tudo é dúvida, incerteza, ambivalência, sobrevivência

Há um exército de descartáveis. Não há mais sociedade. A sociedade não existe mais como organismo compacto; está fragmentada. As partes não formam mais o todo. O todo não representa nem é mais constituído pelas partes. Cada parte é um todo. Fraturaram-se as identidades, não somos pessoas, mas, indivíduos. Não há mais referenciais. Inexiste o Subjectum; só o Objectum.. Não somos pessoas. Somos indivíduos. Manifesta-se a indiferença (uma anti-regra), como saturação de valores universais. Não há culpa, não há sentimentos. Não há Tempo ...

Não há mais Dogmas. Tudo está indogmatizado. Não ha luto; Não há tempo. Não há amor. Tudo é periférico. Não há responsabilidades As pessoas não querem responsabilidades, sem no entaqnto, sere ireresponsáveis. “Eu não sou irresponsável; apenas, não quero compromisso. A alteração no espaço tem como conseqüência a transformação do tempo; a simultaneidade e a intemporalidade criam a nova cultura do efêmero. O tempo virtual, as condições da lógica no espaço e dos fluxos misturam os códigos culturais : vê-se a “integração do rap, artes marciais, espiritualismo budista, samba, blues”. Vive-se o momento. Tudo atropelamos. Busca-se o instante (não mais o presente: menos ainda, o futuro). É o desespero do instantâneo.

O facere se torna facto; o tempus fugit (romano), tornou-se tempus fugato (pos-moderno).. O nunc foi substituído pelo post.

Assim, antes que amigos, tornamo-nos apenas concorrentes nesta difícil arte de sobreviver, subsumindo os cenários sociais da existência humana numa verdadeira Antártida, restando tudo ficou muito frio ao nosso redor, impondo-nos por fim, a ocorrência de uma nova versão do mito da Caverna platônico, isolando-nos na caverna virtual ...

A inserção da Internet na vida humana, o acessório tecnológico hoje tornado indispensável, propiciaram significativas e mesmo terríveis mudanças comportamentais na humanidade, através da utilização de tais ferramentas sociovirtuais, assim consideradas todo e qualquer acesso materializado em dimensões virtuais, gratuitas ou pagas, oferecidas pela rede mundial de computadores. Assim, ainda presente o Facebook, o já obsoleto Orkut, os chats, como espaços de diálogos diante da solidão individual profunda. Desta maneira, perambula o ser humano com sua trôpega identidade diluída, líquida, amorfa, atemporal.

Esta reflexão nos reporta a Lipovestsky (1983:114) :

Post-modeme : à tout lemoins, lanotion n'est pas claire, qui rcnvoie à des niveaux et sphères d'analyse difficiles parfois à faire coïncider. Epuisement d'une culture hédoniste et avant-gardiste ou surgissement d'une culture hédoniste et avant-gaidiste ou surgissement d'une nouvelle puissance novatrice? Décadence d'une époque sans tradition ou revitalisation du présent par une réhabilitation du passé? Continuité nouvelle manière dans la trame moderniste ou discontinuité? Péripétie dans l'histoire de l'art ou destin global des sociétés démocratiques? Nous avons refusé ici de circonscrire le post-modernisme dans um cadre regional, esthétique, épistémologique ou culturel: si apparait une post-modernité, celle-cidoit designer une vague profonde et générale à Péchelle du tout social, puisqu'il est vrai

nous vivons un temps où les oppositions rigides s'ctompent, où lês prépondérances deviennent floues, où l'intelligence du moment exige la mise em relief des corrélations et homologues.

Desta forma, os papéis sociais hoje se definem por esse individualismo contemporâneo, cristalizando os valores éticos do ser humano deste início de milênio, desconstruindo por consequência, os modelos de ação, todos os paradigmas, e a apatia diante de uma busca de novas práticas sociais, identidades, e desejos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há negar que o final do século XX abalou – senão mesmo destruiu - a base ôntica da condição humana, e com ela, mais fragmentada, a estrutura deôntica. Ocorre uma insubordinação à proposição jurídica, pressupondo que todo Direito se situa nessas Proposições Jurídicas que nos são determinadas. Rejeita-se o normativo secundum legem; rechaça-se a condição de infrator à lei, e por consequência, contra legem; adota-se uma postura tertia, de desobediência, a lattere legis. A sociedade do século XXI foucaultianamente heterotópica, isto é, da aceitação pura e simples dos facta, assume uma conduta a lattere legis, descompromissada, neo-existencialista. Pretende-se a busca de caminhos em meio aos descaminhos, mas a pretensão se esvai pos-modernamente em si mesma, à ausência total de significados.

Cuida-se da impessoalidade; a generalidade é característica puramente formal; não há identidades, nomes, presenças, espíritos. Há apenas e tão somente, indivíduos (números, quantitativos, volume). Não há mais o “espírito artesanal”, o “caso a caso”, a “marca personalizada”, o autor, a idéia, a proposta. Ao contrário, cuida-se da utilização de ferramentas sociovirtuais, que certamente estão ampliando as formas agora adotadas e conhecidas dos fluidos relacionamentos.

A Pós-Modernidade surgiu com a desconstrução de princípios, conceitos e sistemas construídos na modernidade, desfazendo todas as amarras da rigidez que foi imposta ao homem moderno. Com isso, os três valores supremos, o Fim, representado por Deus, a Unidade, simbolizada pelo conhecimento científico e a Verdade, como os conceitos universais e eternos, já estudados por Nietzsche no fim do século XIX, entraram em decadência acelerada na Pós-Modernidade.

Por fim, podemos observar que, se a Modernidade propôs e executou a inclusão como dominação, isto é, a substituindo antigos valores por novos, como normas sociais impostas, paradigmas, modelos de comportamento, assistimos a contrariu sensu, pos-modernamente, a exclusão como descarte, ou seja, uma executada Teoria da Obsolescência, onde tudo é excluído, descartado.

Desfez-se o apodítico vilanoviano, isto é, a proposição demonstrada, a dedução lógica obtida a partir de outras conclusões já testadas e admitidas como verdadeiras., ou seja, aquela proposição apresentada como conclusão de um teorema (a verdade). Em suma, a expressão de um consenso minimum, aonde não se mais revela uma estrutura estruturada (opus operatum), mas, uma estrutura estruturante (modus operandi), sempre.

Vivenciamos assim, hipóteses (do grego, suposição), ou seja, eternas tentativas que fazemos de apresentar uma solução para um problema. Não há mais axiomas ou postulados, ou seja, hipóteses já testadas e corroboradas, mas tão somente conjecturas, hipóteses iniciais, geralmente ainda não testadas. Cuida-se por fim, de explicações provisórias que tem por objetivo fazerem-se compreender os fatos. É o eterno “embrião” das ideias que jamais torna-se-ão kuhnianamente paradigmas.

E o consenso tão anelado do marco teórico, da tese, como literalmente uma proposição que se



exibe como hábil à conclusão de um teorema (a verdade), diluiu-se na desreferencialização do pensamento humano pos-moderno.

Vivemos hoje, sempre a contrariu sensu, o eterno retorno nietszschiano, a angústia de esperar um tempo que nunca virá; as gavetas dalinianas, que o espírito humano recusa abrir; e a nova caverna platônica, tão saramaguianamente descrita, e já não tão mítica.

Resta-nos a dificuldade em compreender que novos rumos existenciais, filosóficos e éticos assumirá a humanidade do século XXI, uma vez que justamente esse desencontro terrível de valores e de significados que lhe faltam (à Bourdieu), considerando que o reencontro do ser humano deste milênio, significará uma nova era do pensar e da ocorrência de novos valores para a próxima existência.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMANN, Zygmunt, O mal estar da pós-modernidade, Tradução de Luiz Sérgio Repa, Zahar Editores, 1998.

BRIE, R. J. Los hábitos del pensamiento riguroso. Buenos Aires : Ediciones del Viejo Alibe, 2000.

HIRONAKA, G. M. F. Famílias Paralelas. Disponível em : http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/familias_paralelas.pdf. Acesso em 10.08.2017, 21:48hs.

LLOUZ, Eva. (2007). Intimidades Congeladas. Las emociones en el capitalismo. Katz Editores (p.161-237).

GONÇALVES H. S. Pós-modernidade, política e educação – a condição pós-moderna e suas implicações na construção de uma educação pós-moderna, crítica. Disponível em : <http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/pos-moderno.html>. Acesso em : 19.10.2016, 09:35 hs.

LIPOVESTKY, Gilles. L'ère du vide: essais sur l'individualisme contemporain. Paris : Rentrée Littéraire 2017

LYOTARD, F. Condição Pós-moderna Tradução Ricardo Corrêa, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 2002.

MAFFESOLI, M. O Tempo das Tribos. Petrópolis : Editora Vozes, 1998.

MATTOS, K. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. A pós-modernidade e o Direito. Disponível em : www.infinitaspossibilidades.org/blog/page-idd-261. Acesso em 22.10.16, às 15:30 hs.

PARODI, A. C. Responsabilidade Civil nos relacionamentos afetivos pos-modernos. Campinas : Editora Russell, 1ª. Edição, 2007.

ROSA, A., JUNIOR, J. L., SATURNINO, E. Cyberrelações: narrativas de pessoas que utilizam ferramentas sociovirtuais na busca de parceiros afetivos e/ou sexuais. http://facos.edu.br/publicacoes/revistas/anais_mostra_integrada_de_iniciacao_cientifica/junho_2012/pdf/cyberrelacoes_-_narrativas_de_pessoas_que_utilizam_ferramentas_sociovirtuais_na_busca_de_parceiros_afetivos_e-ou_sexuais.pdf

RUDINESCO E. A Família em desordem. São Paulo : Zahar Editores, 2003.

Santiago, R.S. O mito da monogamia à luz do Direito Civil-Constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor. Brasília : Editora da UnB, 2014.

STERNICK, P. Vida moderna absorve. Mas não se deve esquecer que o outro existe. Disponível em : www.psternick@rjnet.com.br, Acesso em 28.06.2017, às 21:54 hs.

VENOSA. S.S. Direito Civil, Direito de Família.- São Paulo : 3ª. Edição, Atlas, 2003.

VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o sistema do Direito Positivo. São Paulo : J. Bushatsky, Editor, 1977.

ZANETTI, R. A Traição no Relacionamento Amoroso gera Dano Moral ? Disponível em :<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/27165/a-traicao-no-relacionamento-amoroso-gera-dano-moral>. Acesso em 22.08.2017, às 23:48hs.

A PRISÃO CIVIL PARA A HIPÓTESE DE INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO E INESCUSÁVEL DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Arthur Cunha da Costa Lima¹⁴

RESUMO

Este estudo traz uma abordagem acerca da prisão civil por dívida alimentar e teve como objetivo apresentar a possibilidade do seu cumprimento ser realizado, conforme o caso concreto analisado em juízo, através do regime aberto em detrimento do regime fechado como regra absoluta, como preconiza a legislação vigente. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, da jurisprudência, bem como das normas que tratam do tema, tais como: o art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973 - CPC/1973; o art. 19, da Lei 5.478/1968; o art. 528, § 4º, do Novo Código de Processo Civil - NCPC; CPC/2015 e a Lei 13.105/2015. O estudo finalmente apontou que se faz relevante à flexibilização da norma acerca da prisão civil do devedor de alimentos, que deverá ser efetuada por meio da coerção pelo regime aberto, permitindo ao alimentante exercer a sua atividade laboral e, conseqüentemente, adimplir com a obrigação alimentar.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigação e Dívida Alimentar., Prisão Civil, Regime Prisional.

14 Advogado. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito do Consumidor. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais

INTRODUÇÃO

A obrigação alimentar está amparada no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este previsto na Constituição Federal. Cabe destacar que o Novo Código de Processo Civil dá destaque à valorização desse princípio, sobretudo, no seu art. 8º ao estabelecer que: “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (TARTUCE, 2017, p.7).

Deste modo, a obrigação alimentar ocupa um lugar reconhecidamente importante no Direito, pois é o alimento que possibilita ao ser humano exercer suas funções vitais. Assim, aquele que nega voluntariamente o cumprimento da responsabilidade pela obrigação de alimentos sobre aquele que não tem como prover a sua própria subsistência, poderá receber como sanção, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a prisão civil em regime fechado. Na verdade, trata-se de uma medida que não tem como premissa a punição, funcionando, assim, como mecanismo coercitivo para garantir o adimplemento das prestações alimentares.

Vale destacar que a prisão em regime fechado, ainda que consiga alcançar seu objetivo, possui obstáculos que já, há algum tempo, vem sendo apontado por vários juristas, tais como a infraestrutura do sistema prisional para abrigar estes presos, que devem ser alocados em celas individuais; o desemprego de alguns devedores, que, muitas vezes, diante do montante exorbitante da dívida e da impossibilidade de quitá-la, podem “preferir” a sujeição à privação da liberdade. Há ainda contradição na legislação quanto ao prazo para o cumprimento da sanção em regime fechado, como se pode verificar no desenvolvimento deste estudo.

Outro ponto a ser evidenciado é que a prisão poderá ser um empecilho ao cumprimento das obrigações alimentícias, na medida em que o preso ficará impedido de exercer suas atividades laborais, permanecendo o inadimplemento.

Destarte, baseando-se na literatura existente, na legislação vigente e nas decisões tribunais, a proposta deste estudo foi contribuir com a ampliação da discussão acerca da adoção do regime prisional aberto como substitutivo ao fechado, visto que aquele poderá viabilizar ao devedor o cumprimento das obrigações do alimentante.

1. DA PRISÃO CIVIL PELO INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO

A Constituição Federal, no art. 5º, LXVII, prevê a prisão civil por dívida do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Cabe salientar que esta modalidade de prisão não tem natureza punitiva, pois não se trata de pena, mas de mecanismo coercitivo com o propósito de compelir o devedor a levar a cabo o adimplemento da obrigação garantindo a integridade do credor (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 771).

Com relação à prisão o prazo para o cumprimento da obrigação no âmbito do CPC/1973 era de 1 (um) a 3 (três) meses, na execução de sentença ou de decisão que fixava alimentos provisionais (art. 733, § 1º), enquanto que na Lei 5.478/1968 (art. 19) o tempo de custódia está limitado a 60 (sessenta) dias, quando o objeto da pretensão se originar de alimentos definitivos. A seu turno, o CPC/2015, no art. 528, § 3º, repetiu a regra anterior ao prever o prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. Bem se vê que o legislador

perdeu uma boa oportunidade para pacificar o período de tempo de prisão do devedor por dívida de alimentos, pois o art. 19, da Lei de Alimentos, que estabelece o prazo de no máximo 60 (sessenta) dias, não foi revogado nas disposições finais e transitórias (o art. 1.072, V, do NCPC, revoga expressamente apenas os arts. 16 a 18, da referida lei). Como não poderia deixar de ser, viceja controvérsia doutrinária, conforme afirma Maria Berenice Dias, se reportando a Araken de Assis, quando diz que em razão de a prisão ser providência executiva, deve ser realizada pelo meio menos gravoso ao devedor (art. 620, CPC/1973; art. 820, CPC/2015), sustentando, assim, que o prazo é de 60 (sessenta) dias, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (2015, p. 642). No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal afirmam que prevalece em sede doutrinária e jurisprudencial, o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, por se tratar da regra mais favorável ao devedor, em qualquer caso, devendo a interpretação ser operada restritivamente (2010, p. 773). Em igual modo, José Miguel Garcia Medina (2012, p. 896) e precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG, HC 10000130564198000, 4º CC, rel. Des. Duarte de Paula, j. 05/09/2013). Marcus Vinicius Rios Gonçalves também diz que vale o prazo estabelecido pelo art. 19 da Lei de Alimentos, de até 60 (sessenta) dias, porque sendo especial prevalece sobre a geral:

É ilegal a prisão do devedor de pensão alimentícia por prazo superior ao previsto na Lei de Alimentos (60 dias), pois esta, em face do princípio da especialidade das normas, prevalece sobre o prazo prisional previsto no Código de Processo Civil (RT 854/345). (2016, p. 819)

Flávio Tartuce também registra a permanência de dois prazos distintos de prisão civil, ao confrontar o art. 19, da Lei de Alimentos e do que ocorria no art. 733, do CPC/1973 (2017, p. 618). Em relação a tal divergência esclareceu:

Anteriormente, entendia-se que o prazo do antigo art. 733 teria incidência apenas para os alimentos provisionais, fixados no curso da lide, nos casos de ausência de prova pré-constituída para a sua fixação, especialmente de uma certidão de casamento ou de nascimento. Por outra via, para os alimentos provisórios – com a citada prova pré-constituída -, ou definitivos, o prazo seria o da Lei de Alimentos. (2017, p. 618)

Ao abordar a prisão civil no sistema do CPC/2015 ensina que o prazo de 1 (um) a 3 (três) meses passa a ser aplicado aos alimentos definitivos e provisórios, por expressa previsão legal, a teor do seu art. 531, caput (2017, p. 618) defendendo, ainda, a tese de unificação dos prazos para a prisão civil do devedor, incidindo o tempo menor, no caso de 60 (sessenta) dias, segundo o comando do art. 19 da Lei 5.478/1968 (2017, p.619).

Carlos Roberto Gonçalves comunga idêntico entendimento considerando ilegal decisão que decretar a prisão civil acima de tal prazo baseando-se em precedentes, inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF):

No entanto, tem prevalecido o critério unitário de duração máxima de sessenta dias, aplicando-se a todos os casos o art. 19 da Lei de Alimentos, por se tratar de lei especial, além de conter regra mais favorável ao paciente da medida excepcional (odiosa restringenda). Ao decretar a prisão o juiz deverá dosar o tempo de duração segundo as circunstâncias, sempre respeitando, porém, o limite máximo de sessenta dias. Caracteriza-se como ilegal

a estipulação no que exceder àquele limite (STF, RTJ, 104/137; TJSP, HC 184.193-1, 6ª CC., j. 24/09/1992). (2011, p.568)

Contrariamente, Rodolfo Kronenberg Hartmann, apoiado em lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Arenhart, em comentários ao NCPC defende o prazo alongado, estabelecido, portanto, na legislação adjetiva, “tendo em vista que em conflitos de normas um dos critérios para solucionar as antinomias é, justamente, o da cronologia que impõem que a norma mais recente prevalece no confronto com a anterior” (CABRAL; CRAMER, 2015, p. 528).

Em relação a tal controvérsia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) prepondera sobre qualquer regra infra diante do que prevê o art. 19 da Lei de Alimentos, ainda em vigor, pelo que o prazo da prisão civil por dívida oriunda de alimentos não pode ultrapassar 60 (sessenta) dias devendo ser considerada abusiva se estipulada em lapso de tempo superior, valendo para alimentos provisionais ou provisórios na forma do art. 531, caput, do NCPC em nome da segurança jurídica, pois não faz sentido prazo diferenciado, e da tese de unificação dos prazos. A apresentação da controvérsia quanto ao prazo para o cumprimento da obrigação de alimentos antes do estudo do regime prisional faz-se relevante, pois independente do regime adotado será o tempo de cumprimento da prisão civil do devedor de alimentos.

2. DO REGIME PRISIONAL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A presente reflexão apresenta questão relevante sob o prisma constitucional correspondente ao regime prisional do devedor de alimentos. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que as regras contidas na Lei de Execução Penal (Lei 7.209/1984) não se aplicam à prisão civil, já que não se trata de pena, admitindo a possibilidade de que, excepcionalmente, em virtude das circunstâncias do caso concreto, o regime de prisão civil possa ser o aberto e até mesmo domiciliar, ainda que a regra, por fundamento diverso, deva ser o regime comum, no caso, o regime fechado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 482).

A orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) há muitos anos, é a de impor o regime fechado só vindo a admitir o regime semiaberto ou a prisão domiciliar em hipóteses absolutamente excepcionais, em razão da idade ou da precária condição de saúde do devedor. (DIAS, 2015, pp. 642-643).

Foi o caso do Recurso em Habeas Corpus (RHC) 38.824/SP, julgado pela 3ª Turma, em 17/10/2013 (DJe 24/10/2013), relatado pela Min. Nancy Andrighi que em execução de alimentos, converteu a prisão civil em recolhimento domiciliar da avó dos alimentandos, de idade avançada (77 anos) e portadora de patologia grave, em prestígio à dignidade da pessoa humana ¹⁵.

Aliás, esse entendimento jurisprudencial não passou despercebido pela VII Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 28 e 29/09/2015, em Brasília, que aprovou o Enunciado 599 que excepciona o cumprimento da prisão civil derivado de obrigação avoenga possibilitando a adoção de modalidade distinta pelo juiz, “se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos

15 BRASIL. Poder Judiciário – STJ. Revista Eletrônica de Jurisprudência. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31968232&num_registro=201302010813&-data=20131024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 16/02/2017

e garantia à vida.”¹⁶ Existe, ainda, quem defenda a prisão domiciliar sem ressalva por exercer, ao seu tempo e ao seu modo, aquilo que mais carrega a prisão civil: o peso do constrangimento pessoal e social (MADALENO apud DIAS, 2015, p. 643).

Com efeito, se “a circunstância de que a custódia tem por finalidade compelir o devedor a cumprir a sua obrigação, é inadmissível o seu cumprimento sob o benefício do regime domiciliar. Não se confunde a prisão civil, que se caracteriza como início de correção, com pena decorrente de condenação criminal.” (GONÇALVES, 2011, pp. 568-569)

Há quem sustente a possibilidade de advertir-se o devedor relapso, a quem se assegurou ampla defesa e contraditória, além de oportunidade de solver a dívida, que, inadimplidos os alimentos, a prisão será concretizada da pior maneira, através de confinamento em cela comum (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 772). Maria Berenice Dias é outra a combater qualquer modalidade prisional diferente do regime fechado, pois, aquele que deixa de forma irresponsável e criminoso de assegurar a sobrevivência dos próprios filhos, muitos deles menores de tenra idade, não tem, de certo, constrangimentos nem pessoais nem sociais, a serem preservados só perpetuando o calvário que é a cobrança da dívida alimentar (DIAS, 2015, 643). Segundo ela, “A prisão domiciliar retira o caráter intimidativo da providência, conforme sustenta Araken de Assis (...)” (2015, p. 643).

O devedor de alimentos não faz jus à prisão em cela especial (art. 295, § 1º, do Código de Processo Penal)¹⁷. Nesse sentido decidiu o STJ ao julgar o HC nº 305.805-GO rechaçando pedido formulado por advogado em débito alimentar para a substituição da prisão por recolhimento domiciliar baseado no art. 7º, da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), esclarecendo que a norma invocada era inaplicável à prisão civil, pois, enquanto meio executivo por coerção pessoal, sua natureza já é de prisão especial, uma vez que o devedor de alimentos detido não será segregado com presos comuns (3ª T, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 23/10/2014, DJe 31/10/2014)¹⁸.

Em exegese ao comando do art. 528, § 4º, do NCPC, Rodolfo Kronenberg Hartmann, assevera que é inadmissível a substituição da prisão civil por outra medida despenalizadora (art. 44, do Código Penal) ou mesmo a progressão do seu regime de cumprimento aduzindo que o NCPC é incisivo no sentido de que a prisão será cumprida no regime fechado, devendo o devedor ficar separado dos presos comuns (CABRAL; CRAMER, 2015, p. 839). Na mesma linha Cassio Scarpinella Bueno sustentando que a preferência do legislador pela prisão civil como mecanismo coercitivo é manifesta (2015, p. 360).

Merece registro que uma das discussões mais importantes em torno do então projeto do CPC/2015 foi o seu banimento do sistema, tendo em vista convenções internacionais de direitos humanos (TARTUCE, 2017, p. 617) ou mesmo a possibilidade de a prisão civil do devedor de alimentos ser

16 Enunciado 599: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/noticias-do-cjf/2015/setembro/vii-jornada-de-direito-civil-termina-com-a-aprovacao-de-36-enunciados> - Acesso em 21/01/2016

17 Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: (...) § 1º. A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum

18 Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=40299024&num_registro=201402535863&data=20141031&tipo=5&formato=PDF Acesso em 26/04/2016.

cumprida em regime semiaberto, e somente na hipótese de novo aprisionamento, no regime fechado devendo ficar separado dos “presos comuns” (entendido como aqueles que praticaram ilícito penal), e, se impossível essa separação, a prisão seria domiciliar. (NEVES, 2016, p. 929).

A doutrina comemorou a manutenção da prisão em regime fechado porque a obrigação alimentícia se fundamenta em direito da personalidade e na dignidade humana, decorrendo do direito à vida e, ademais, inexistente vedação de tal prisão no Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário (TARTUCE, 2017, p. 617) sendo certo que perderia inegavelmente a sua força coercitiva se tal proposta realmente prosperasse:

A leniência do legislador brasileiro com o devedor é uma vergonha para nosso Direito. Impenhorabilidade absoluta de salários, imóveis de valores altíssimos preservados como bem de família, e agora uma prisão em regime semiaberto ou até mesmo domiciliar. A prisão civil é uma forma de execução indireta, que busca pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação, e quanto menos severa a consequência do descumprimento da decisão judicial, menor será sua força de persuasão. Não é preciso muito esforço para se concluir que a prisão civil perderia em parte considerável sua força coercitiva se vingasse a proposta originária (NEVES, 2016, p. 929).

Em que pese argumentos contundentes o regime prisional fechado para o devedor de pensão de alimentos deixou de ser uma unanimidade diante de situações excepcionalíssimas. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina deferiu pedido de habeas corpus para autorizar o devedor, preso civilmente por falta de pagamento da pensão alimentícia de suas filhas, a cumprir em regime aberto a segregação imposta de 60 (sessenta) dias.

Dessa forma, permitiu-se ao réu sair do presídio pela manhã e retornar no período noturno para cumprir o prazo remanescente da pena, visto que, recolhido à cela, perderia seu emprego e as últimas chances de cumprir suas obrigações. Afirmou o relator que, embora reconheça a distinção entre os princípios da prisão civil e daquela de caráter criminal, não há razão para deixar de aplicar, na primeira, aspectos previstos na segunda, com relação à natureza do regime de cumprimento das penas (TJSC, 4ª Câmara Cív., rel. Des. Carlos Adilson Silva. (GONÇALVES, 2011, p. 569)

Deveras, em razão da gravidade da execução da dívida alimentar por correção pessoal, a Carta Magna condiciona a sua aplicabilidade à voluntariedade e inescusabilidade do devedor em satisfazer a obrigação (art. 5º, LXVII). Tal limitação está a recomendar uma perquirição mais ampla do elemento subjetivo identificado na conduta do inadimplente, com possibilidade assim de se proceder às investigações necessárias, ainda que de ofício, sem vinculação à iniciativa probatória das partes. (CAHALI, 2002, p. 1048)

A prisão deve sempre ser considerada a ultima ratio, a alternativa final conforme evidencia o NCPC. Iniciado o “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos” (arts. 528 a 533, do CPC/2015) será intimado pessoalmente o executado para efetuar o pagamento, em 3 (três) dias, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Se porventura desatender a ordem judicial o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, as mesmas regras do protesto de sentença transitada em julgado, nos termos do art. 517, do NCPC.

Trata-se, portanto, o protesto judicial da sentença da primeira medida a ser adotada contra o devedor, redundando em restrições creditícias para o mesmo, inclusive a inscrição do seu nome em conhecidas entidades públicas que cuidam de restrição cadastral, como a SERASA e o SPC (art. 43, § 4º, Lei 8.078/1990) sendo que tal ato é admitido pelo STJ (REsp nº 1.469.102/SP, 3ª T., rel. Min. Ricardo

Villas Bôas Cueva, j. 08/03/2016, DJe 15/03/2016), inclusive na sua Jurisprudência em Teses, proposição nº 2, edição nº 65, ano de 2016, verbis: “Na execução de alimentos, é possível o protesto (art. 526, § 3º, do NCPC) e a inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito”.

O § 2º, do art. 528, do CPC/2015 prevê que “Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento”. A título de exemplo, podemos citar diversas causas onde o alimentante se veja impossibilitado de arcar com o ônus, como falência, doença que o impeça de trabalhar e perda do emprego diante de situação que envolva notória crise econômica generalizada. É claro que para todas as hipóteses apresentadas (ou em qualquer outra) o juiz para considerar apto, ou não, o inadimplemento deverá fundamentar a sua decisão a base de proporcionalidade/razoabilidade (é válida a utilização deste critério valorativo de proteção dos direitos fundamentais, pois através dele é que se avalia a idoneidade de uma norma, legislativa, administrativa ou judicial quanto a sua adequação e necessidade de valer no caso concreto), bom senso e nas regras de experiência (art. 375, do CPC/2015; art. 335, do CPC/1973).

A respeito do desemprego não se considera causa que possibilite a exoneração definitiva da obrigação de prestar alimentos. O desemprego ocasional do alimentante não incapacita a prestação alimentícia, podendo justificar tão somente a inadimplência transitória. Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que “desemprego não é, nunca foi motivo para isentar devedor do pagamento de pensão alimentícia; se consumado, o desemprego apenas desloca o pagamento para época oportuna, jamais libera o devedor” (AI 197.021-1, 1ª Câmara, Cív., j. 10/08/1993). (GONÇALVES, 2011, p. 561)

Se porventura o executado não adimplir com a obrigação ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decretar-lhe-á a prisão, a nosso ver, pelo prazo de 60 (sessenta) dias ex vi do art. 19 da Lei nº 5.478/1968.

O dever de assistência familiar constitui um bem jurídico que goza de tutela penal, podendo a sua violação configurar delito de abandono material (art. 244, do Código Penal; art. 532, do CPC/2015). Logo, o problema deve ser analisado sob a ótica da realidade social do direito, pois não parece ser útil a manutenção da coerção em regime fechado pelo legislador ao devedor de alimentos, pois, nesse caso, deixará de prover as necessidades do alimentando, vindo a suprimir direitos fundamentais, “que prioriza a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, ainda mais naquilo que diz respeito às crianças e aos idosos, em face de sua maior vulnerabilidade nestas fases da vida.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 482).

Além disso, outra questão desperta reflexão acerca do cumprimento do regime prisional fechado. Mencione-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que pioneiramente vem, desde 1999, por meio da sua Corregedoria-Geral da Justiça, através de Ofícios-Circulares, recomendando aos Juízes de Direito que diante da inexistência de vagas para o recolhimento de presos civis, devedores de alimentos, em regime fechado, especialmente em local onde inexistam separação dos presos comuns, que o seu cumprimento se dê em regime aberto¹⁹. Tal medida foi de fundamental importância para que os julgados do tribunal gaúcho também inovassem, permitindo que o alimentante mesmo durante o cumprimento da sanção em regime aberto, pudesse exercer suas atividades laborais fora da prisão durante o dia, ainda que

19 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ofícios-Circulares nºs 21/1993-CGJ; 059/1999-CGJ e 055/2016-CGJ. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:DvXsGBEbukUJ:www3.tjrs.jus.br/legisla/publ_adm_xml/documento1.php%3Fcc%3D10%26ct%3D24%26ap%3D2016%26np%3D55%26sp%3D1%-26feed%3Dfeed+Of%3%ADcio-Circular+055/2016-CGJ&ie=UTF-8&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&site=legisInternaFeed&access=p&oe=UTF-8&caba=pa Acesso em 26/04/2017.

informalmente, como destacam os precedentes abaixo²⁰:

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO. LEGALIDADE. Mostra-se legítimo o decreto de prisão motivado no inadimplemento da dívida alimentar. Eventuais pagamentos parciais, efetuados no decorrer da execução, não elidem a prisão do devedor. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO. A prisão civil decorrente de dívida alimentar deve ser cumprida em regime aberto, podendo o devedor sair para exercer sua atividade laboral. Recomendação da Circular nº 21/93 da Corregedoria-Geral da Justiça e Precedentes desta Câmara. Habeas corpus concedido em parte. (TJRS, HC nº 70067314104, 7ª CC, rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 16/12/2015, DJ 17/12/2015)²¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO E EM HORÁRIO DIFERENCIADO. 1. A prisão civil decorrente de dívida alimentar deve ser cumprida em regime aberto, devendo o devedor ser autorizado para sair a fim de exercer a sua atividade laboral, independentemente do estabelecimento carcerário onde se encontrar recolhido. Recomendação da Circular nº 21/93 da Corregedoria-Geral da Justiça. 2. O devedor deve se recolher à prisão, sendo-lhe facultado sair durante o dia para exercer o seu labor, caso esteja trabalhando, ainda que sem relação formal de emprego. RECURSO PROVIDO. (TJRS, AgInstr nº 70065985988, 8ª CC, relª. Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 06/08/2015, DJ 12/08/2015)²²

Bem se vê que apenas em hipótese onde restar caracterizada a recalcitrância do alimentante é que se justificaria a aplicação da constrição da liberdade pessoal em regime fechado e desde que separado dos presos comuns agindo, desse modo, com acerto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao possibilitar o cumprimento da prisão civil preferencialmente em regime aberto, justamente para que o devedor possa trabalhar e cumprir com o seu dever de assistência familiar, acolhendo recomendações da sua Corregedoria Geral de Justiça.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo apontou que sem embargo das divergências, a prisão civil do devedor de alimentos deve ser considerada ao exame de cada caso concreto diante dos direitos fundamentais em jogo, o que poderá justificar a flexibilização das normas, por meio da adoção do cumprimento da coerção pelo regime aberto.

Com relação à prisão em regime fechado, além dos obstáculos citados para a sua execução, a pesquisa revelou a existência de divergências na legislação quanto ao prazo para o cumprimento da coerção, uma apresentando o período de 60 (sessenta) e outra de 90 (noventa) dias, sendo que o primeiro é o que se adequa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

20 Em igual modo: AgInstr nº 70064958143, 7ª CC, j. 26/05/2015, DJ 29/05/2015; AgInstr nº 70066932492, 7ª CC, j. 13/10/2015, DJ 14/10/2015; AgInstr nº 70072076334, 7ª CC, j. 26/04/2017, DJ 02/05/2017; HC nº 70072517782, 7ª CC, j. 26/01/2017, DJ 01/02/2017; AgInstr nº 70072076334, 7ª CC, j. 26/04/2017, DJ 02/04/2017.

21 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 26/04/2017.

22 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 26/04/2017.

À luz do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, dentre outros argumentos, o cumprimento da prisão civil em regime aberto, com a possibilidade de o alimentante trabalhar externamente, mesmo informalmente, desde que devidamente demonstrado ao juiz e ao parquet, deveria ser a regra e não a mera exceção, na medida em que tal impossibilidade inviabiliza a satisfação do débito alimentar pelo devedor.

Conclui-se, também, que o Enunciado 599 aprovado na VII Jornada de Direito Civil, que excepciona o cumprimento da prisão civil quando derivado de obrigação avoenga, deveria alcançar não apenas idosos, mas, também, outras pessoas que comprovem que a opção pelo encarceramento, naquela hipótese, não se afigura a melhor alternativa porque simplesmente impossibilitará o adimplemento da obrigação.

Com efeito, o direito a alimentos é o direito à própria vida, por isso, merece a proteção do Estado, prevista no ordenamento jurídico pela Constituição Federal, uma vez que envolve a dignidade da pessoa humana. Assim, nem mesmo a situação atual de desemprego do alimentante o isenta da obrigação alimentar perante o seu filho (STJ, RHC 29.777/MG, 3ª T. rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05/05/2011, DJe 11/05/2011), pois ao ser sopesado os valores relativos à sobrevivência do alimentando de um lado e, de outro, à liberdade do alimentante, optou o legislador por prestigiar os primeiros. Entretanto, para que o alimentando possa usufruir plenamente da pensão o juiz deverá deferir ao alimentante excepcionalmente o cumprimento da sanção em regime diferente do fechado possibilitando o exercício da atividade laborativa, mesmo informalmente, propiciando a obtenção do numerário suficiente visando ao adimplemento da obrigação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. Poder Judiciário – STJ. Revista Eletrônica de Jurisprudência. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31968232&num_registro=201302010813&data=20131024&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 21/01/2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, v. 6: Direito de Família.. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil esquematizado. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil Comentado. 10 ed. Barueri, SP: Manole, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIREITOS HUMANOS E HISTORICIDADE

Daniele Ferron D'ávila ²³

RESUMO

O presente artigo científico tem por finalidade apresentar ao leitor a evolução histórica dos direitos humanos no cenário nacional e internacional, como forma de propiciar uma maior aproximação deste com esse tema de real importância para a atualidade, a fim de chamar o leitor à uma reflexão sobre o assunto proposto. Desta forma, o trabalho apresenta as diversas fases históricas dos direitos humanos no cenário da humanidade, começando pelo período axial, passando pela idade média e idade moderna, analisando as gerações de direitos humanos e, por fim, tratando da proteção internacional e da situação dos direitos humanos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Historicidade, Aplicabilidade.

²³ Advogada, especialista em Processo Civil e Constituição pela UFRGS, mestranda em Direito pela FMP e doutoranda pela UBA. E-mail: daniele_ferron@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A problemática que versa sobre a efetivação da proteção dos direitos humanos é matéria de bastante debate na atualidade, haja vista a dificuldade de se conceituar os direitos humanos, uma vez que estes se modificam com o tempo e com o pensar de cada sociedade.

Assim, deve-se buscar a mais ampla construção do conceito de dignidade da pessoa humana, pois o ser humano necessita e deve ter garantias efetivas de proteção; as quais devem ser amparadas por normas, tratados e convenções internacionais.

E neste sentido é o estudo da temática que se pretende abordar neste artigo, como forma de trazer toda a evolução histórica dos direitos humanos até a atualidade.

2. CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

A questão que envolve os direitos humanos ganhou importância na evolução da sociedade e com o passar do tempo, pois seus princípios são imanentes à proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos humanos são uma espécie de direitos e, assim, suscetíveis de respeito e proteção.

Segundo Herkenhoff (1994, p. 30), direitos humanos são “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”.

Os direitos humanos passaram por diversos períodos históricos até chegarem à atualidade, conforme será apresentado em seguida.

2.1 PERÍODO AXIAL

A partir do período axial o ser humano passa a ser visto pela primeira vez na história como um ser dotado de liberdade e de razão.

Segundo Comparato (2005, p.11), “[...] é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais”.

Desta forma, o ser humano passa a ser visto de forma individual, como um ser de valor próprio e único. O ser humano passa a ser tratado de forma que possa satisfazer suas próprias necessidades em busca de sua felicidade.

2.2 PERÍODO DA IDADE MÉDIA

Este período foi marcado pelo sistema feudal, no qual a riqueza era caracterizada pela quantidade de terras; havia dois grupos sociais que eram: o dos senhores e o dos servos, sendo que estes últimos trabalhavam na terra e não possuíam perspectiva de mudança de classe social.

Nesta época, surgiram documentos a fim de que os direitos humanos fossem efetivados, mas os mesmos eram apenas contratos feudais nos quais o rei se comprometia a respeitar os direitos dos súditos, até que foi promulgada a Magna Charta Libertatum, outorgada por João-Sem-Terra, em 15 de maio de 1215, a qual impedia o exercício do poder absoluto do rei.

Ao final da Idade Média, surge Santo Tomás de Aquino, alegando que o fundamento dos direitos humanos era a vontade de Deus, condenando as violências e discriminações e aduzindo que o ser humano

possui direitos naturais, os quais devem ser respeitados.

2.3 PERÍODO DA IDADE MODERNA

Neste período os proprietários de terras haviam perdido o poder e o feudalismo, que caracterizou a idade média, foi deixando de existir, surgindo, agora, a sociedade moderna baseada no capitalismo.

Este período foi de extrema importância social e nele surgiram diretrizes para os Direitos Humanos, como a Petition of Rights de 1628; o Habeas Corpus Act de 1679; a Bill of Rights de 1689 e a Declaração de Virgínia de 1776, que serão tratados pontualmente agora.

2.3.1 PETITION OF RIGHTS DE 1628

Trata-se de uma das declarações de direito do séc. XVIII, a qual foi escrita em 07 de junho de 1628 e assinada por Carlos I; que tinha como base a Magna Charta Libertatum.

Segundo Sarlet (2002):

[...] há que referir o pensamento de Lord Edward Coke (1552 - 1634), de decisiva importância na discussão em torno da Petition of Right de 1628, o qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de fundamental rights dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade, que se incorporou ao patrimônio do pensamento individualista burguês. (SARLET, 2002, p. 43)

Conforme a Petition of Rights, não poderiam haver prisões ilegais e arbitrárias, além de outras coisas.

2.3.2 HABEAS CORPUS ACT DE 1679

O habeas corpus já existia na Inglaterra, como writ para o caso de prisão arbitrária, mas possuía pouca eficácia, em face da inexistência de regras processuais; assim, a lei de 1679, como um mandado judicial para o caso de prisão arbitrária, surgiu novamente com o parlamento inglês representado por protestantes, os quais tentavam de todas as formas possíveis limitar o poder do rei, que consistia em prender opositores políticos sem a instauração de processo criminal.

Segundo Comparato (2013, p. 100), “[...] o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial própria para a sua defesa. É da criação desta ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário”.

O habeas corpus como uma garantia judicial, a qual surgiu como forma de proteção de liberdade de locomoção, tornou-se a base para as demais garantias que surgiram posteriormente, como proteção de outras liberdades de ordem fundamental.

2.3.3 BILL OF RIGHTS DE 1689

O Bill of Rights extinguiu o regime da monarquia absoluta, no qual o poder se centralizava nas mãos do rei; assim, o poder de legislar e tributar não cabia mais ao monarca, mas ao Parlamento.

O documento foi proposto à aceitação do príncipe de Orange, que o outorgou em face da abdicação do Rei Jaime II, o qual teve extrema importância, uma vez que restringia o poder estatal e fortalecia o princípio da legalidade.

O Bill of Rights trouxe consigo o direito de petição, a liberdade de eleição, a imunidade parlamentar e vedou a aplicação de penas cruéis e incomuns.

Apesar de não se tratar de uma declaração de direitos humanos, o Bill of Rights criava uma forma de organização Estatal com a função de proteger os direitos fundamentais.

Comparato (2013) leciona que:

Ademais, o Bill of Rights veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (cruel and unusual punishments). (COMPARATO, 2013, p. 108)

2.3.4 DECLARAÇÃO DE VIRGÍNIA DE 1776

A Declaração dos Direitos da Virgínia faz parte do contexto da luta pela Independência dos Estados Unidos, possui dezoito artigos e trata dos direitos que pertencem ao ser humano, os quais devem ser o fundamento e a base do governo.

A declaração traz os fundamentos da democracia, como direitos da pessoa humana, conforme consta no art. 1º da Declaração de Virgínia²⁴.

2.4 DIREITOS HUMANOS APÓS 1776

Em 1776, surgiram escritos e teorias que deram a devida importância acerca da dignidade da pessoa humana, foi quando os direitos humanos começaram a ganhar espaço e importância.

Conforme Kant (2004), a dignidade humana é uma atribuição do ser humano, conforme pode-se observar:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade. (KANT, 2004, p. 65)

24 Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.” (WIKIPEDIA. Declaração de Direitos de Virgínia. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia>. Acesso em: 16 jul. 2016.).

A dignidade da pessoa humana possui conceito abrangente, pois tem ampla definição e delimitação, uma vez que seu conceito foi surgindo historicamente de acordo com a evolução da sociedade.

Em face da passagem do Estado absoluto para o Estado liberal, existia preocupação com relação aos limites do poder político e Sarlet (2004, p. 44-45), aduz que “John Locke, no final do século XVIII, se preocupava em defender os interesses individuais em face dos abusos do Estado e foi considerado o pioneiro no reconhecimento de direitos naturais e do homem”.

Sarlet (2004) continua:

Os direitos trabalhistas surgiram depois da Revolução Francesa de 1789, e até o início do século XX, os direitos humanos e fundamentais eram vistos de forma individualista, havendo a necessidade de intervenção estatal para a realização da justiça, ficando caracterizada a transição de Estado Liberal para o Estado Social (SARLET, 2004, p. 44-45).

Somente após o pós-guerra, em face das violações praticadas pelos nazistas, é que houve um movimento internacional acerca dos direitos humanos, havendo a união entre as nações através da ONU, tanto que Bobbio (2000) afirma que “o início da era dos direitos é reconhecido com o pós-guerra, já que somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”. (BOBBIO, 2000, p. 49),

2.5 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é documento marco na história; elaborada por representantes de origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em data de 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217, A (III) da Assembleia Geral, como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, sendo estabelecida, pela primeira vez na história da humanidade, a proteção universal dos direitos humanos.

Era composta de 30 artigos e tratava de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais; sendo que também elaborou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigor em 23 de março de 1976 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 03 de janeiro de 1976.

A dignidade da pessoa humana consta no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos, sendo reafirmada em toda a declaração, o que denota a importância que versa sobre este assunto.

Considerando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consta de forma clara e expressa, a preocupação existente com os direitos humanos, conforme se pode verificar:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo

do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,
Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,
Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,
Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,
Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso;
Agora, portanto,
A Assembléia Geral,
Proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivas tanto entre as populações dos próprios Estados-membros como entre os povos dos territórios colocados sob a sua jurisdição.²⁵

2.6 DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE VIENA

A declaração de direitos humanos de Viena surgiu para atribuir mais efetividade aos princípios da Declaração de 1948. Desta forma, foi realizada em Viena, em 1993, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, onde mais de 180 dos Estados-membros reafirmaram os termos da Declaração dos Direitos Humanos de do Homem de 1948.

A declaração possui em seu preâmbulo garantias para o progresso na observância universal dos direitos humanos, derivados da dignidade e do valor da pessoa humana, e pugna para que os povos e os Estados-membros das Nações Unidas se dediquem a proteger os direitos humanos, para que estes sejam garantidos na sua plenitude e universalmente.

A efetividade universal dos direitos humanos encontrou maior amplitude com a Declaração de Viena, a qual surgiu após a Declaração universal dos direitos humanos.

25 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. UNIC/Rio/005.Janeiro 2009. (DPI/876). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

3. GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Em face das modificações históricas, os direitos humanos passaram por várias gerações e, no Brasil consolidaram-se de forma positivada na Constituição Federal de 1988.

As gerações de direitos humanos compreenderam na 1ª Geração: direitos de liberdades (civil e pública); na 2ª Geração: direitos sociais, econômicos e culturais; na 3ª Geração: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; e, na 4ª Geração: direitos da bioética e direito da informática. Cada um deles será tratado em tópicos separados em seguida.

3.1 DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Os direitos de primeira geração correspondem aos direitos de liberdade (civil e política), com cunho individualista e se sobrepondo aos direitos do homem perante o Estado, limitando o poder público em prol do indivíduo.

Estes direitos, também chamados de direitos de oposição ou de resistência; “devendo o Estado servir ao indivíduo e não ao contrário” (BITTAR; ALMEIDA, 2002, p. 526).

Consistem em direitos de primeira geração os direitos à vida, liberdade, propriedade e à igualdade perante a lei, os quais foram complementados posteriormente pela liberdade de expressão e pelos direitos de participação política (direito a voto); direitos estes que surgiram para estreitar os laços entre os direitos fundamentais e a democracia; fazendo parte, também, desta geração de direitos, o habeas corpus, o direito de petição e o devido processo legal.

3.2 DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Advindos do princípio da igualdade, surgiram os direitos sociais, econômicos e culturais no decorrer do século XIX, através de movimentos do proletariado, em busca da efetivação destes direitos; sendo que apenas no século XX e no segundo pós-guerra tais direitos passaram a constar nas constituições.

Os direitos sociais de segunda geração se diferem dos de primeira geração porque estes necessitam da prestação estatal positivada para que as necessidades econômicas, sociais econômicas e culturais do cidadão sejam concretizadas e equiparam-se no sentido de que ambos os direitos de primeira e de segunda geração se referem à pessoa de forma individual e não a direitos coletivos.

Como mencionado, os direitos de segunda geração tratam da liberdade através do estado (saúde, educação, trabalho etc.), mas referem-se também a direitos de ordem social (direito à greve, direitos dos trabalhadores etc.).

3.3 DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Estes direitos visam a proteção da coletividade, tratam-se de direitos difusos e foram objeto de discussão ao final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, por esta razão, foram chamados de direitos difusos ou coletivos, pois tutelam a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural.

Com relação à normatização dos direitos de terceira geração, com exceção ao direito ao meio ambiente, os demais direitos ainda não encontraram respaldo no direito interno, mas estão iniciando

consagração no direito internacional. Inobstante a este problema, os direitos de terceira geração encontram dificuldade de efetivação, necessitando de esforços do poder público, bem como a nível mundial.

3.4 DIREITOS DE QUARTA GERAÇÃO

Estes direitos resultam da globalização dos direitos fundamentais e compõem-se pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Bonavides (2009) conceitua os direitos de quarta geração nos seguintes termos:

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-lo no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir [...]. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. (BONAVIDES, 2009, p. 571)

Alguns doutrinadores entendem pela tendência de direitos de quarta geração, os quais ainda não possuem proteção constitucional interna, mas já possuem alguns entendimentos na esfera internacional.

4. PROTEÇÃO INTERNACIONAL

Diversos tratados e convenções surgiram em prol dos direitos humanos, mas a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a de maior importância, apesar de tantos outros instrumentos normativos terem tido papel de relevo, tais como: a Carta das Nações Unidas (1945); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); e, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Em busca de uma maior proteção dos direitos humanos surgiram sistemas de proteção dos referidos direitos na esfera internacional, os quais foram organizados em níveis, como o sistema em nível global, também chamado de Sistema Universal ou Sistemas da ONU. Este sistema integra a estrutura da Carta das Nações Unidas de 1945, pois na mesma consta que os Estados devem promover a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais exigindo, assim, a necessidade de efetivação dos mesmos direitos.

No Sistema Global existem os instrumentos normativos gerais e os especiais, sendo que o primeiro deles se refere àqueles que integram a Carta Internacional de Direitos Humanos (formada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e o segundo deles se refere às diversas Convenções Internacionais.

Para fiscalizar o cumprimento dos instrumentos normativos, visando uma maior proteção aos direitos humanos; foram criados os mecanismos convencionais e extraconvencionais; assim, os convencionais possuem a finalidade de obrigar os Estados contratantes e os extraconvencionais tem por finalidade vincular os membros de determinada organização²⁶. Desta forma, o Sistema Global, integrado

26 Pode-se citar como principais mecanismos extraconvencionais e convencionais: a Comissão de Direitos Humanos da ONU; os comitês de Direitos Humanos o novo Conselho de Direitos Humanos da ONU; os Relatores Especiais e os Grupos de Trabalho.

por seus diversos organismos e mecanismos, tem como finalidade buscar sempre, de forma efetiva e com credibilidade, a garantia dos direitos humanos.

5 DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Somente após a primeira assembleia Universal dos Direitos do homem que a sociedade mundial passou a possuir alguns valores em comum, de modo que os direitos do homem deixaram de ter o problema filosófico, como fundamento de discussão acerca dos direitos humanos, e passaram a ter o problema jurídico de proteção, uma vez que nunca serão direitos absolutos ou imutáveis, pois sofrerão mutações de acordo com as necessidades sociais.

Por estar razão é que os direitos do homem são heterogêneos, pois um direito que é fundamental em um local pode não o ser em outro, razão pela qual se torna fácil criar direitos humanos, mas difícil protegê-los, pois variam de acordo com o local e a sociedade.

Atualmente, a dignidade da pessoa humana faz parte do rol de direitos que se encontram positivados, passando a integrar o texto constitucional dos países que seguem o regime democrático. E, no Brasil, a dignidade da pessoa humana está consagrada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1, inciso III, juntamente com os princípios da soberania; da cidadania; dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e do pluralismo político²⁷.

O avanço que o direito apresenta resulta de forma parcial da positivação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, assim como do fato de que a Constituição Federal é o meio correto para positivar normas que asseguram os direitos humanos.

A Constituição, como lei maior e força vinculativa máxima, resguarda os direitos humanos como os valores de maior importância, com proteção contra momentos flutuantes sociais, que de certa forma poderiam prejudicar os direitos humanos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

A partir da Constituição Federal de 1988 é que os direitos fundamentais tiveram avanço significativo e passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está intrinsecamente ligado à ideia de democracia, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, torna-se o elemento de referência para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Assim, o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base da Constituição e a paz é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos humanos.

Para Bobbio (2004, p. 5), “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos fundamentam o estado democrático e a dignidade da pessoa humana é

27 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Lex: Emendas Constitucionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jul. 2016.)



de extrema importância ao estado democrático, de forma que se deve sempre buscar novos mecanismos de efetivação, pois os direitos humanos modificam-se e moldam-se com o tempo e com os costumes da sociedade, de maneira que sua interpretação e aplicabilidade devem ser modificadas ao longo dos tempos, sob pena de restar sem eficácia.

Desta forma, não basta apenas reconhecer os direitos humanos como fundamentais, pois se faz necessário que estes direitos sejam efetivos, de forma que o problema encontrado atualmente é na aplicação dos direitos humanos e não no seu reconhecimento, razão pela qual se faz necessário um maior esforço social e também por parte do Estado, para que os direitos humanos sejam realmente efetivos.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____, Norberto. A era dos direitos. 6.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Lex: Emendas Constitucionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jul. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4.ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8.ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

WIKIPEDIA. Declaração de Direitos de Virgínia. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia>. Acesso em: 16 jul. 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. UNIC/Rio/005.Janeiro 2009. (DPI/876). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

HERKENHOFF, João Batista. Curso de Direitos Humanos. v.I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988. 2.ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3.ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AS DIFERENÇAS ENTRE NAMORO SIMPLES, NAMORO QUALIFICADO E A UNIÃO ESTÁVEL

*Everson Alexandre de Assumpção*²⁸

RESUMO

O presente artigo científico buscou analisar as distinções acerca dos conceitos que envolvem o namoro simples, namoro qualificado e a união estável. Da mesma forma o texto procurou analisar o instituto do namoro qualificado, tendo em vista a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto que envolve o Direito Constitucional, ao lado do Direito Civil e especificamente o Direito de Família. Concluiu-se, portanto, que para determinar se um relacionamento se configura como simples namoro, namoro qualificado ou união estável, faz-se necessário a presença da *affectio maritalis* e do elemento subjetivo do *animus* de constituir família com o pleno compartilhamento da vida, apoio moral e material. O presente trabalho foi baseado no método explicativo e descritivo, fundamentado em referências bibliográficas que envolvem material publicado, bem como literatura científica, a legislação e a jurisprudência que são aspectos relevantes para a abordagem aqui proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Namoro Qualificado, *Affectio Maritalis*, Elemento Subjetivo do *Animus*.

²⁸ Doutorando em Direito pela Universidad Argentina Kennedy e aluno do Programa para o Doutorado da Universidad de Buenos Aires. (aposenti@gmail.com).

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objetivo definir e distinguir, segundo o ordenamento brasileiro, o que é namoro simples, o que é o namoro qualificado e a união estável.

Grandes mudanças ocorreram no conceito de família. As relações familiares foram diretamente atingidas pelas necessidades econômicas cada vez maiores. O fator econômico-social fez com que desaparecesse a figura central do patriarca. A mulher passou a exercer atividades fora do lar, adiando cada vez mais a maternidade.

Atualmente, tanto as tarefas domésticas como as despesas são divididas entre marido e mulher. A mulher divide com o marido o governo da família. O poder marital deixou de existir. O desaparecimento da concepção patriarcal de família fez surgir a denominada família moderna.

Os relacionamentos passam por diversas etapas, entre estas o namoro, o namoro qualificado, a união estável, chegando ao casamento. Anteriormente, o casamento seria a única forma de constituição da família legítima. A única até há pouco tempo protegida por lei.

A família não decorre somente do casamento, mas sim, da junção livre entre pessoas, que permanecendo juntas, buscam o mesmo objetivo do casamento. O Estado, no entanto, passou a reconhecer e a proteger, a partir de 1988, a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Assim, o direito de constituir livremente uma família, quer oriunda do casamento ou fora dele, se encontra hoje, protegida pela Constituição.

2. DIREITO DE FAMÍLIA

O conceito de Direito de Família está intimamente atrelado ao de família, visto ser esta justamente seu objeto. E, para conceituar família sempre se deve levar em conta a própria sociedade, tal qual estruturada no momento histórico, econômico e cultural que se avalia. A família “influencia e sofre influência, altera e é alterada em uma eterna reação sem fim, refletindo e atribuindo os valores fundamentais da sociedade humana”.²⁹

Assim é que a família apresenta, hoje, contornos muito diferentes daqueles existentes, quando da promulgação do Código Civil, e foram tão importantes as modificações sofridas por este instituto que a seara jurídica não pôde se manter alheia, tanto que o texto constitucional de 1988 reconheceu como família não só a decorrente do matrimônio, comumente chamada de família legítima (art. 226, §§ 1.º e 2.º), como também aquela advinda de união estável (art. 226, § 3.º) e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º), por serem realidades que não mais poderiam passar à margem do direito³⁰.

O termo família, conforme explicação de Maria Helena Diniz³¹, em um enfoque jurídico apresenta três enfoques. O primeiro aplica o sentido considerado amplíssimo, no qual o termo abarca todas as pessoas que possam estar ligadas em vínculo de consangüinidade ou afinidade, mesmo sendo pessoas estranhas, conforme se pode depreender do artigo 744 do Código Civil, em que se entende que

29 OLIVEIRA, José Sebastião. A evolução do conceito de família no direito brasileiro. In: Simpósio Brasileiro de Direito Civil, n. 3, 1999, Maringá. Revista de Eventos. Maringá: UEM, 1999. Ano 2, n.º 1, p. 82-83.

30 CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; FORTES, Fernanda Netto Tartuci Lorenzi. Os institutos do casamento, da união estável e do concubinato. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25867/os-institutos-do-casamento-da-uniao-estavel-e-do-concubinato>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

31 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 5, p. 8-9

a as necessidades da família compreender também pessoas que sejam envolvidas por meio de serviço doméstico. Ao lado deste entendimento se tem também como exemplo desta abordagem a Lei nº 8.112 de 1990, denominada de Estatuto dos Servidores Públicos Civis³², na qual o artigo 241 considera como família do funcionário, além do cônjuge e dos filhos as demais pessoas que vivam sob seus cuidados e constem em cuidados individuais.

Na significação *lata*, abrange além dos cônjuges e de seus filhos, os parentes na linha reta ou colateral e os afins (os parentes do outro cônjuge). Tal entendimento se obtém dos artigos 330 e seguintes do Código Civil, do Decreto-Lei nº 3.200/41 e da Lei nº 883/49.

No entanto, antes da Constituição Federal de 1988 aplicava-se uma concepção restrita de família, assim considerada como família legítima segundo os artigos 70 e seguintes e 233 do Código Civil, sendo este entendimento relacionado com a percepção de que família é vista apenas por aquela relação constituída por laços de matrimônio e da filiação desta situação decorrente. Por meio da inovação, apresentada pela Carta Magna, houve uma ampliação da significação do termo família, que passou a ser também entendido em união estável ou mesmo em comunidade mono parental, formada por um dos pais e seus descendentes, mesmo sem existência de vínculo conjugal, segundo os registros do artigo 266, parágrafos terceiro e quarto da Carta Constitucional.

Nesse sentido, o direito brasileiro passou a não mais aplicar o termo em aspecto restrito, porque esta passa a ter atenção especial e proteção do Estado, segundo preconiza o artigo 226, caput do texto constitucional, o que faz com que a família possa ser oriunda de uma união estável entre homem e mulher ou mesmo a reunião que se estabelece pelo laço biológico da paternidade ou mesmo liame civil de adoção, tendo em vista que também se passou a ter um impedimento em designação discriminatória aplicada para filiação, aspecto que também se identifica no texto constitucional em seu artigo 226, parágrafo sexto³³.

Dessa forma, se pode expor que o termo família passa a ter sentidos diversos que, segundo Caio Mário da Silva Pereira³⁴, tem o aspecto biológico e genérico, podendo ser entendido como pessoas integrantes de um grupo que vem de um mesmo tronco, sendo nesse sentido mais estrito o grupo que é formado por pais e filhos.

Assim, entendendo-se a conceituação de família se pode seguir com o entendimento do que o direito de família envolve, tendo em vista que este regula as relações que se constituem entre os diversos membros e as influências em pessoas e bens, segundo Arnold Wald³⁵.

Nessa mesma linha de entendimento, explica Orlando Gomes³⁶ que o direito de família envolve o conjunto de regras, que se aplicam aos relacionamentos desenvolvidos pela afinidade que se aplica por casamento, por parentesco e por adoção.

Ao analisar este conceito fica clara a evolução do direito de família no sistema jurídico, pois tendo sido elaborado pelo emérito jurista anteriormente à Carta Constitucional de 1988, quando o direito apenas reconhecia a família legítima, oriunda do casamento, não incluiu na conceituação o instituto da “união estável”, muito embora já fizesse críticas ao sistema vigente, considerando a lei injusta por não

32 LIRA, Penélope Aryadne Antony; CHAGAS, Yonete Melo das. A viabilidade do casamento civil entre os pares homoafetivos. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/viabilidade-do-casamento-civil-entre-os-pares-homoafetivos>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

33 GOMES, Orlando. Direito de família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36.

34 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 14.

35 WALD, Arnold. Curso de direito civil brasileiro. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 4, p. 19.

36 GOMES, op. cit., p. 31.

amparar o que denominou de família extra matrimonial³⁷.

No Direito de Família, o que prevalece são as relações que acontecem devido ao casamento, sendo esta a fonte única da legítima família. A família extra matrimonial também é decorrente de relacionamentos, que estão descritos no direito de família, pois muitas vezes podem resultar em filhos de maneira natural. Diversos preceitos são aplicados à família ilegítima, pois o grau de parentesco é resultado não de sua legitimidade, mas sim de sua consangüinidade³⁸.

Assim, atendendo à atual ordem constitucional se pode conceituar o direito de família como o ramo do direito civil concernente às relações de pessoas unidas pelo matrimônio, pela afinidade, pelo parentesco, pela união estável e pela adoção.

O direito de família engloba ainda os institutos da curatela e da tutela, que embora não de origem para relações familiares têm, em consequência de sua finalidade, conexão com o direito de família, conservando-se neste campo como institutos complementares de direito protetivo ou assistencial.³⁹

Dessa forma, o entendimento que se tinha acerca do grupo, que era decorrente do casamento em designação de família, até o ano da promulgação da Carta Magna implicava aspectos que se relacionavam com moralidade e estabilidade, que se esperava em função social⁴⁰.

A concepção de família que se apresentava até aquele momento implicava o conceito de família legítima composta por marido, mulher e filhos, com base no casamento. Dessa forma, a legislação apenas se aplicava em efeitos jurídicos de relações patrimoniais relativos à família que se fundava no matrimônio, e todas as demais relações constituídas fora do casamento, mesmo tendo semelhança com este não eram acatadas e não podiam receber proteção estatal.

Diante das alterações sociais ocorre também evolução no conceito de família, que altera a primazia da família legítima que passa a também a ser vista em reconhecimento de outras formas de entidades familiares, que passam a gozar de legitimidade, sendo esta entendida como família matrimonial⁴¹.

A Constituição de 1988 transformou, de maneira singular, o conceito de tutela da família. Não extinguiu o casamento como uma maneira certa de regulamentação, mas também não colocou, de forma marginalizada, a família natural, como realidade social digna de tutela jurídica. Sendo assim, a família que faz parte da sociedade e tem sua função social, tendo uma “atenção especial de proteção do Estado”, é aquela oriunda tanto do casamento, como também do resultado da união estável, bem como aquela que é estabelecida entre qualquer dos pais ou de seus descendentes, mesmo que não exista o casamento entre as partes genitoras.

Esta preferência se verifica pela solenidade que a lei exige para a celebração do casamento. Somente o ato solene do casamento é capaz de conferir absoluta segurança às relações patrimoniais e não patrimoniais resultantes da união, seja quanto aos filhos, seja quanto aos cônjuges e as relações que estes mantêm com terceiros⁴². Com o intuito de tornar também as relações oriundas da família natural mais

37 Ibidem, p. 32.

38 FRAZÃO, José Enéas Barreto de Vilhena. A dignidade da pessoa humana como pilar fundamental do estado democrático de direitos e as suas implicações no direito das famílias. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-dignidade-da-pessoa-humana-como-pilar-fundamental-do-estado-democratico-de-direitos-e-as-suas-implicacoes-no-direito-das-familias/44327>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

39 DINIZ, 2001, p. 8-9.

40 GOMES, 1998, p. 34.

41 VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: Temas atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

42 PESSOA, Maurício. O casamento no direito civil constitucional. In: Temas atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 221.

segura, a Constituição impôs ao legislador ordinário o dever de facilitar a conversão do concubinato em casamento (art. 226, § 3.º).

2.1 O NAMORO

O namoro evoluiu com o passar do tempo, pois antigamente era usada a expressão cortejo, ou seja, o tratamento delicado que as mulheres recebiam dos homens, os quais faziam parte da corte, ensejando assim o início de um relacionamento ou de uma simples paquera, a qual poderia resultar em noivado e casamento. Contudo, o namoro também serviu e ainda continua servindo para que o ser humano possa se relacionar e procriar.

A legislação brasileira não tem regulamentação para o namoro, sendo este não conceituado, uma vez que não existem requisitos a serem observados em formação desta relação, excetuando-se os aspectos morais que se aplicam pela própria sociedade e por costumes, conforme explica Ravache⁴³.

A autora explica que os costumes de moral remetem a idéia de que para uma relação ser considerada um namoro, alguns requisitos devem existir como: a fidelidade recíproca, a constância na relação e os familiares devem fazer parte e conhecer os namorados e os mesmos apresentarem seus amigos de forma mútua⁴⁴.

Não existem normas legais previstas, que regulamentem e descrevam o que é o namoro. Para que a mesma exista, é necessário que duas pessoas iniciem um relacionamento amoroso, abrangendo encontros casuais e até relacionamentos mais sérios.

Isaque Soares Ribeiro⁴⁵ menciona que a partir do que foi exposto, não se pode considerar namoro como uma entidade familiar, porém apenas uma expectativa futura de se formar uma família.

Euclides de Oliveira⁴⁶ descreve que o namoro é visto como uma escalada do afeto, sendo assim, é o processo crescente de convivência entre as pessoas, que podem levá-las a constituição familiar.

Isaque Soares Ribeiro⁴⁷ colabora com a idéia de que não existem requisitos legais que conceituem o que é o namoro, no ordenamento jurídico brasileiro, a não serem os requisitos morais, já impostos pela sociedade e pelos costumes de cultura de determinado lugar ou época. Como exemplo disso, a diversidade de sexos, tendo em vista a crescente forma de aceitação de casais homossexuais na atual sociedade moderna.

No entendimento de Olga Inês Tessari⁴⁸, o objetivo do namoro é o mesmo de anos atrás, ou seja, conhecer mutuamente os parceiros, para que no futuro se constitua um matrimônio e, posteriormente, uma família. As mudanças atuais envolvem a forma pela qual os casais se relacionam e o grau de intimidade que possuem, o namoro é mais aberto, as pessoas viajam, dormem e conversam muito, de maneira que o convívio acaba proporcionando o conhecimento mútuo mais profundo, e que pode se transformar em

43 VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: Temas atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

44 RAVACHE, op. cit.

45 RIBEIRO, Isaque Soares. O Contrato de namoro no ordenamento jurídico Brasileiro. 2014. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3723>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

46 OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

47 RIBEIRO, op. Cit.

48 TESSARI, Olga Inês. Existem diferenças no namoro atual? Mai. 2005. Disponível em: <<http://ajudaemocional.tripod.com/id230.html>>. Acesso em: 24 jun. 2017

casamentos mais estáveis.

2.1.1 NAMORO QUALIFICADO

O denominado namoro qualificado, segundo exposição de Flávia Teixeira Ortega⁴⁹, se apresenta como característica na considerada união estável, uma vez que este tipo de relacionamento não se constitui com foco em composição de família, mesmo que todos sejam maiores de idade e que apreciem a companhia uma da outra, tendo um relacionamento amoroso e sexual, situação que envolve inclusive permanecer com o namorado.

Assim, configura-se uma diferença entre o que se caracteriza como namoro qualificado e união estável, tendo em vista que no namoro não ocorre intenção de constituição de família, condição que se mostra presente na condição de união estável.

Segundo Dharana Vieira da Cunha⁵⁰, também colabora com a idéia de que o namoro qualificado possui peculiaridades vistas na união estável, pois ambos possuem cunho romântico-afetivo, que são vistos publicamente pela sociedade, podendo ser duradouro, o que leva a estabilidade, forte vínculo e compromisso entre as partes envolvidas. O namoro qualificado não gera a obrigação de prestação de alimentos, muito menos a divisão patrimonial de bens.

Nesse sentido, os planos vinculados com a constituição de família e projetos relativos ao futuro fazem diferença entre a união estável e o namoro qualificado, uma vez que a família deve ser constituída para o momento presente em uma mensagem que se espera externe a configuração de um casamento⁵¹

A diferença principal entre o namoro qualificado e a união estável é que as partes envolvidas no namoro qualificado não possuem a intenção da construção no futuro de ter uma família, o que é evidente na união estável, a expectativa no futuro da constituição familiar por ambos os participantes.

O Supremo Tribunal de Justiça aplicou a expressão namoro qualificado em situação de análise de um processo em condição de compra de um apartamento que seria aplicado para futura moradia e na condição de posterior casamento em regime de comunhão parcial de bens, deixando expresso que tal reconhecimento não teria efeitos familiares e patrimoniais, conforme registro do RESP N° 1454643, que teve como relator: Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, J. 10/03/2015⁵².

Diferente da união estável, o namoro qualificado não produz qualquer efeito patrimonial, pois neste caso, o casal adquiriu bens e até mesmo poderia ter em comum acordo, uma conta conjunta no banco, porém mesmo que estas pessoas classifiquem seu relacionamento de união estável, perante a lei, o que fica evidente é a acumulação de bens financeiros, para um futuro casamento, ou até mesmo a aquisição de um imóvel próprio para construir sua vida juntos, neste caso, pode ser enquadrada na modalidade de namoro qualificado, pois existe apenas um projeto futuro de construção de uma família⁵³.

49 ORTEGA, Flávia Teixeira. O que consiste o “namoro qualificado”? Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/449526864/o-que-consiste-o-namoro-qualificado>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

50 CUNHA, Dharana Vieira da. União estável ou namoro qualificado: como diferenciar? 2015. Disponível em: <<https://dharana.jusbrasil.com.br/artigos/186911947/uniao-estavel-ou-namoro-qualificado-como-diferenciar>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

51 Ibidem.

52 ORTEGA, 2017.

53 CUNHA, op. cit.

Segundo Ministro Belizze⁵⁴, em seu entendimento, no caso acima, não existiu união estável, porém um namoro qualificado, em que por causa do estreitamento do relacionamento, as pessoas acabaram projetando, para o futuro, e não para o presente, a intenção de construir uma família ou uma entidade familiar. O Ministro afirmou que mesmo que o casal tivesse coabitado a mesma residência, isso era insuficiente para provar a união estável, pois a convivência no imóvel ocorreu devido aos interesses individuais de cada um na época.

2.2 UNIÃO ESTÁVEL

Ao lado da família legítima, constituída exclusivamente pelo casamento, sempre existiu uma outra modalidade de grupo familiar que, nada obstante ser frequente na vida social dos brasileiros, não encontrava respaldo no mundo jurídico, tal família é a ora denominada de união estável.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a união estável era abordada pelas disposições referentes ao concubinato. O concubinato era a junção da mulher e do homem, ou seja, a união de ambos, porém não existia o casamento. Seria impuro quando um dos concubinos ou ambos não podiam se casar, porque já eram casados e, puro, quando constituídos por um homem e uma mulher que eram livres para se casar, mas não o faziam. E, embora a jurisprudência tivesse boa vontade em relação aos concubinos, a situação dos envolvidos era sempre delicada e precária, já que o Estado não os protegia como união de cunho familiar.⁵⁵

Diante da condição finalística da dignidade da pessoa humana, em busca de igualdade jurídica para homens e mulheres, bem como para os filhos oriundos de relacionamentos se tem na nova carta Constitucional de 1988, o reconhecimento de entidade familiar como a união estável entre homem e mulher, conforme o artigo 226, parágrafo terceiro, de forma que a lei procura facilitar esta relação em conversão de casamento⁵⁶.

Maurício Pessoa⁵⁷, ao escrever sobre “a família no direito civil constitucional”, sintetizou a evolução normativa do concubinato, desde a promulgação do Código Civil de 1916, em três fases, assim descritas: em um primeiro momento o Código Civil rejeitou de forma absoluta o concubinato, estigmatizando-o como uma relação adulterina, cabendo à jurisprudência assimilá-lo no âmbito do direito obrigacional, dando origem à sociedade de fato, pautando-se igualmente na vedação ao enriquecimento ilícito e na disposição inculpada no artigo 1.363 daquele mesmo diploma legal – em que se registra que celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

Em um segundo momento, o legislador atribuiu ao concubinato uma relevância especial, não mais o restringindo ao direito obrigacional, mas admitindo-o como vida lícita em comum, atribuindo-lhe efeitos jurídicos na esfera previdenciária, na locação, e em outros aspectos da vida civil. Em um terceiro momento, o atual, a Carta Constitucional reconhece como entidade familiar as uniões perfeitas fora do âmbito do casamento, consideradas como as uniões fáticas, que originam as famílias naturais.

54 BELIZZE apud CUNHA, 2015.

55 GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. *União estável no ordenamento jurídico brasileiro*. 2013. Disponível em: <<https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 jun. 2017

56 PESSOA, 2000, p. 212.

57 *Ibidem*, p. 213.

Tratando de definir o concubinato, Edgard de Moura Bittencourt, ainda que anteriormente ao texto constitucional, mas em perfeita sintonia com a atualidade, elaborou a seguinte explicação:

O termo concubinato tem sentido duplo. Um comparável à ‘união livre’, resultado da união de uma mulher ou um homem fora do casamento, ou seja, visto como mancebia, amásia, amigação, entre tantos outros nomes populares. No sentido específico, tal condição é designada como semi-matrimônio, ou seja, uma união de duas pessoas ou o casamento de fato. Leva-se em conta a convivência *more uxoria*, ou seja, o convívio duradouro de duas pessoas de sexos diferentes, que vivem sob o mesmo teto, como se fossem casadas⁵⁸.

Verifica-se, assim, que não é qualquer tipo de relação entre uma mulher e um homem para qual existirá a tutela do Estado e que caracterizará a entidade familiar, mas somente aquela união, em que ambos estiverem com *animus de viverem* como se casados fossem.

Nesse sentido, são requisitos essenciais para a existência da união estável: diversidade de sexos, pois como a legislação brasileira não admite casamento de pessoas do mesmo sexo, e a Constituição fala que facilitará a conversão da união estável em casamento, esta união deverá ser composta por pessoas de sexos diferentes. Entre pessoas de sexos iguais se constituirá tão somente uma sociedade de fato; publicidade do relacionamento consiste na apresentação pública como marido e mulher. Essa publicidade não precisa ser ampla, podendo ser somente dentro do círculo mais restrito dos amigos ou da vizinhança; durabilidade do relacionamento, a Lei n.º 8971/94 determinou o prazo de cinco anos, mas a atual Lei n.º 9278/96 apenas falou em relação duradoura, não estabelecendo um prazo certo e, também, não necessitando a ocorrência de filhos.

Entre os demais aspectos é importante a ausência de um matrimônio civil válido que seja visto como impedimento entre os parceiros, sendo a coabitação visto como outro aspecto em requisito, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento, visto que a situação expressa em matrimônio pode propiciar separação material dos envolvidos diante de doença, de viagem ou mesmo de profissão, aspecto em que o concubinato pode ocorrer mesmo em vivência em locais distintos, entretanto, sendo notório que esta vida deve ser equiparada a de pessoas casadas civilmente, segundo a Súmula 382⁵⁹.

A união estável, reconhecida como entidade familiar, aproxima seus integrantes da posse do estado de casados, entretanto, não se confunde com o casamento, pois a própria Constituição deixou bem claro que “a lei facilitará a sua conversão em casamento”. Se as duas figuras fossem iguais, não haveria como converter uma em outra.

A diferença que existe entre o casamento e a união estável é que, nesta há uma união real entre uma mulher e um homem, não sendo exigidas as formalidades concernentes ao casamento, enquanto que no casamento, necessita-se de um ato formal, só tendo efeito após a sua celebração e preenchidos todos os requisitos legais.

A união estável é provada através de sua existência, que pode ser, por exemplo, pela verificação da vida em comum ou pela dependência em plano de saúde, já o casamento prova-se pela Certidão de Casamento, por tratar-se de ato solene. A união estável é uma relação de fato, pois de fato existe, enquanto que o casamento é um ato jurídico, tendo as regulamentações em lei.

58 GONDRAN, Maria Cecília Amorin Medeiros. Os efeitos jurídicos patrimoniais da união estável no código civil vigente. São José-SC, 2004. Monografia (Bacharel em direito) – Universidade do Vale do Itajaí, p. 22.

59 PRETEL, Mariana Pretel e. Da (im) possibilidade de caracterização de união estável plúrima e o princípio da boa-fé objetiva. 2009. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/da-im-possibilidade-de-caracterizacao-de-uniao>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Neste sentido, elucidativas são as argumentações de Humberto Theodoro Júnior⁶⁰ : a Constituição colocou sob proteção singular do Estado, tanto a família natural e, principalmente, a legítima, a mesma não se preocupou em igualar de maneira inteira as duas figuras jurídicas, ou seja, reconhecendo para os efeitos de tutela do Estado, a “união estável”, o fez sob a advertência de que a lei deverá “facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3.º). Revelando que o modelo ideal de família é a sujeição ao regime civil do casamento, neste modelo os membros familiares encontram melhor definição, maior segurança perante o controle adequado dos vínculos oriundos pelo status familiae.

Dessa forma, a união estável é preconizada pelos artigos 1.723 ao 1727 do Código Civil, e destes um segue transcrito: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.⁶¹

Inclusive existe a Lei nº 9.278, considerada “Lei da União Estável”, que regulamenta o §3º do Artigo 226 da Constituição Federal, cujo texto do Artigo 1, adiante identificado, de referida lei é semelhante ao Artigo 1.723 do Código Civil, citado anteriormente:

“Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.⁶²

Porém, as consequências de “querer” uma seriedade no relacionamento pode complicar a situação patrimonial de ambos, por exemplo, um casal que assume a união estável de forma pura e simples, sem contrato pré-nupcial, mas não compreende que tal termo jurídico acarrete em comunhão parcial de bens, e eles adquiriram um imóvel depois de assumir a união estável e, posteriormente, rompam o relacionamento, tal imóvel é de ambos, por mais que o bem seja de um apenas, pois o regime de referida comunhão importa na comunicação dos bens, após a estabilidade da relação, ou seja, de boa-fé há a necessidade de efetuar partilha caso haja a dissolução da união estável, mesmo porque não é obrigatório o pacto antenupcial, visto o Artigo 1.658, o inciso I do Artigo 1.660 e o Artigo 1.725, todos do Código Civil:

Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1.660. Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens⁶³.

Sendo assim, a parte que se sentir prejudicada, por não receber o que lhe era justo por direito, do ato da dissolução da união estável, pode reivindicar o bem, mesmo posteriormente ao ato, desde que faça prova da titularidade de referido direito, efetuando dessa forma uma espécie de sobrepartilha, mesmo porque tal outorga uxória não tem previsão extrajudicialmente legal. Caso o bem tenha sido adquirido por força de escritura pública ou contrato, mesmo não sendo registrados no Serviço de Registro de Imóveis competente, comete um erro gravíssimo a parte que omitiu a aquisição, tanto que tal omissão favorece a parte prejudicada a cobrar indenizações e danos morais, além da adjudicação dos direitos que tinha sobre

60 THEODORO JÚNIOR apud GONDRAN, 2004, p. 45.

61 BRASIL, 2002.

62 BRASIL, 1996

63 BRASIL, 2002.

o bem.

Nesse sentido, a evolução do direito propicia aproximar os atuais modelos familiares da sociedade moderna, não mais sendo exigida que a união ocorra com a residência de ambos os conviventes no mesmo imóvel, de acordo com o registro de Dharana Vieira da Cunha⁶⁴.

Esse mesmo autor acima citado expressa que o Direito não aplica um tempo mínimo em consideração de constituição de família, bem como existência de filhos para que esta seja vista como uma modalidade de família que mereça proteção do Estado.

Nessa linha de raciocínio, a união estável se apresenta conceituada como a relação afetiva e amorosa que ocorre de maneira duradoura e pública, entre pessoas de sexos diferentes, que residam no mesmo teto ou não, envolvendo o *affectio maritalis* com ânimo de constituição de família.

Foi reconhecida por unanimidade, em 2011, pelo Supremo Tribunal Federal, a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Em 2013, foi aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, a obrigatoriedade dos cartórios de todo o país, em celebrar o casamento civil, convertendo a união estável homo afetiva em casamento.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É plausível mencionar que existem diferenças significativas e peculiares entre namoro simples, namoro qualificado e união estável.

O namoro propriamente dito não é regulamentado pelas leis brasileiras e acontece quando duas pessoas possuem um relacionamento amoroso, com aproximação tanto psíquica quanto física, com atração mútua e aspirando à continuidade. Este relacionamento não é considerado uma entidade familiar, porém é apenas uma expectativa futura de se formar uma família.

Para a relação amorosa que se estabelece entre pessoas maiores de idade e capazes, mas que não aspiram constituir família, mesmo em condição duradoura e pública, se tem a denominação de namoro qualificado, mesmo que ainda estejam presentes diversos aspectos da união estável.

As diferenças entre namoro simples ou qualificado e união estável estão na forma como é conduzido o relacionamento através dos indícios de intenção de constituir família, independente do tempo de relacionamento, por exemplo: a) um casal que, por cerca de alguns meses, resolveu morar junto; b) um casal que, mesmo morando cada um em sua própria residência, acaba tendo um filho; c) um casal que, mesmo morando cada um em sua própria residência, continua se relacionando durante alguns anos consecutivos e não têm intenção de por fim ao relacionamento; d) um casal que adquire um imóvel em conjunto; e) um casal que demonstra afeto em público e até mesmo trocam cartas de amor, ensejando constituir uma família; enfim, existem várias situações, nas quais se podem comprovar a existência da união estável, seja através de prova testemunhal ou documental, inclusive pode ser produzida prova até mesmo por Declaração de União Estável, lavrada por Tabelião.

Concluiu-se, portanto, que para determinar se um relacionamento se configura como simples namoro, namoro qualificado ou união estável, faz-se necessário a presença da *affectio maritalis* e do elemento subjetivo do *animus* de constituir família com o pleno compartilhamento da vida, apoio moral e material.

64 CUNHA, 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 10 maio 1996.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jan. 2002.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; FORTES, Fernanda Netto Tartuci Lorenzi. Os institutos do casamento, da união estável e do concubinato. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25867/os-institutos-do-casamento-da-uniao-estavel-e-do-concubinato>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CUNHA, Dharana Vieira da. União estável ou namoro qualificado: como diferenciar? 2015. Disponível em: <<https://dharana.jusbrasil.com.br/artigos/186911947/uniao-estavel-ou-namoro-qualificado-como-diferenciar>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 5, p. 8-9.

FRAZÃO, José Enéas Barreto de Vilhena. A dignidade da pessoa humana como pilar fundamental do estado democrático de direitos e as suas implicações no direito das famílias. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-dignidade-da-pessoa-humana-como-pilar-fundamental-do-estado-democratico-de-direitos-e-as-suas-implicacoes-no-direito-das-familias/44327>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. União estável no ordenamento jurídico brasileiro. 2013. Disponível em: <<https://washingtongaiotto.jusbrasil.com.br/artigos/111589809/a-uniao-estavel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

GOMES, Orlando. Direito de família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONDRAN, Maria Cecília Amorin Medeiros. Os efeitos jurídicos patrimoniais da união estável no código civil vigente. São José-SC, 2004. Monografia (Bacharel em direito) – Universidade do Vale do Itajaí.

LIRA, Penélope Aryadne Antony; CHAGAS, Yonete Melo das. A viabilidade do casamento civil entre os pares homoafetivos. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/viabilidade-do-casamento-civil-entre-os-pares-homoafetivos>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: Ficar, namorar, conviver, casar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/13.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

OLIVEIRA, José Sebastião. A evolução do conceito de família no direito brasileiro. In: Simpósio Brasileiro de Direito Civil, n. 3, 1999. Maringá. Revista de Eventos. Maringá: UEM, 1999. Ano 2, n. 1, p. 82-83.

ORTEGA, Flávia Teixeira. O que consiste o “namoro qualificado”? Abr. 2017. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/449526864/o-que-consiste-o-namoro-qualificado>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PESSOA, Maurício. O casamento no direito civil constitucional. In: Temas atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRETEL, Mariana Pretel e. Da (im) possibilidade de caracterização de união estável plúrima e o princípio da boa-fé objetiva. 2009. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/da-im-possibilidade-de-caracterizacao-de-uniao>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

RAVACHE, Alex Quaresma. Diferença entre namoro e união estável. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,diferenca-entre-namoro-e-uniao-estavel,30630.html>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

RIBEIRO, Isaque Soares. O Contrato de namoro no ordenamento jurídico Brasileiro. 2014. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3723>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

TESSARI, Olga Inês. Existem diferenças no namoro atual? Mai. 2005. Disponível em: <<http://ajudaemocional.tripod.com/id230.html>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: Temas atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WALD, Arnold. Curso de direito civil brasileiro. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 4.

LIMITES PENAIS DO AGENTE INFILTRADO: A PROPORCIONALIDADE NA ATUAÇÃO DO AGENTE

Gabriella de Siqueira Cardoso⁶⁵

Paulo Henrique de Campos Lopes Ferreira⁶⁶

RESUMO

O crime organizado é uma preocupação atual no mundo globalizado devido a crescente atuação das organizações criminosas, o que exige uma resposta das autoridades competentes. A infiltração policial em organizações criminosas está presente na Lei 12.850 de 2013 e é um importante meio de obtenção de provas nesta luta contra a criminalidade organizada. O presente trabalho tem por objetivo central estudar os limites impostos ao agente que se infiltrará no meio criminoso e como ocorrerá a sua atuação e responsabilização por eventuais crimes que poderão ser cometidos durante a investigação. Para a construção desse trabalho foi utilizado o método de pesquisa hipotético-dedutivo e também consulta a doutrina e legislação pertinente. Inicialmente se verá uma evolução acerca das organizações criminosas e as principais organizações conhecidas no mundo. Após veremos quais as modalidades de prova existentes no combate ao crime organizado, como ocorre a infiltração de agentes especificamente, seus requisitos e o procedimento que será utilizado. Por último será visto como funcionam os limites e exigências para atuação do agente infiltrado e a proporcionalidade na atuação deste. Com a leitura é possível perceber que o estudo sobre os a atuação do agente infiltrado alcançou seus objetivos.

PALAVRAS - CHAVE: Organização criminosa; Investigação; Agente infiltrado; Limites; Proporcionalidade.

65 Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2013. E-mail: gabisqueiracard@gmail.com

66 Mestrando em Educação (UDE - Universidad de La Empresa). Pós-Graduando em Neuroaprendizagem (FSB - Faculdade São Braz). Especialista em Práticas Trabalhistas (Facnopar - Faculdade do Norte Novo de Apucarana). Bacharel em Direito (Facnopar - Faculdade do Norte Novo de Apucarana). Advogado (OAB-PR). Professor Universitário (Facnopar - Faculdade do Norte Novo de Apucarana). Secretário da Comissão da Advocacia Pública (OAB/PR - Subseção de Apucarana - PR). Professor na Instituição de Ensino Superior Facnopar. E-mail: campos@freiremunizcampos.adv.br

I INTRODUÇÃO

Atualmente o crime organizado é uma das maiores preocupações das autoridades do nosso país, pois seu crescimento acelerado traz temores a toda a sociedade.

A lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, conhecida como Lei de organizações criminosas, trouxe considerável contribuição ao nosso ordenamento jurídico, pois tipificou penalmente o crime de organização criminosa. Também dispôs sobre alguns meios de obtenção de prova, entre eles, a conhecida colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes, sendo este o tema que iremos falar no decorrer deste trabalho.

O agente infiltrado é um agente de Polícia Judiciária que é inserido no seio de uma organização criminosa para que agindo como um dos integrantes do grupo consiga angariar provas que, em um processo criminal, auxiliarão no desmanche da organização criminosa.

A busca pela verdade não pode servir de justificativa para cometimento de crimes de forma descontrolada, desta forma a utilização do agente infiltrado deve ser cercada de limites, até pelo motivo de que o agente pode vir a cometer algum ilícito no curso da investigação.

A infiltração de agente em organização criminosa, feita em total conformidade com a lei e os limites impostos é um ótimo meio de obtenção de provas, que pode auxiliar no curso de processos criminais de forma que outros meios probatórios não conseguiriam.

O método de pesquisa que foi utilizado na confecção deste trabalho é o hipotético-dedutivo, juntamente com consultas a legislação e doutrinas que discorrem acerca do assunto abordado.

No primeiro capítulo a seguir será exposto o surgimento das organizações criminosas por todo o mundo, quais são as organizações criminosas mais conhecidas na história e atualmente; no capítulo seguinte estudaremos as modalidades de prova que poderão ser utilizadas no combate ao crime organizado, também como ocorre a infiltração de agentes assim como seus requisitos e o procedimento que é utilizado e, por fim, no último capítulo veremos os como são impostos os limites e exigências para a atuação do agente e a proporcionalidade que este deve utilizar em sua atuação.

2 SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O crime organizado não é um fenômeno recente e é inerente à socialização humana, ou seja, quando os homens se reúnem há uma comunhão de esforços para alcançar o objetivo. Tem origem antiga, entretanto pode-se dizer que é muito atual. A criminalidade organizada é um dos maiores problemas do mundo globalizado e vem se desenvolvendo significativamente e de maneira paralela à sociedade. O crescimento dessas organizações criminosas pode representar uma grave ameaça tanto para a sociedade quanto para o Estado Democrático de Direito, pois além do alto grau de lesividade também há a influência que é exercida pelas organizações dentro do próprio Estado, Renato Brasileiro traz em sua obra uma pequena explanação sobre o assunto:

Produto de um Estado ausente, a criminalidade organizada é um dos maiores problemas no mundo globalizado de hoje. Apesar de não se tratar de fenômeno recente, o crescimento dessas organizações criminosas representa uma grave ameaça não apenas à sociedade, mas também ao próprio Estado Democrático de Direito.⁶⁷

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4.ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016. pag. 479.

Não se consegue precisar exatamente quando foi que surgiu a primeira organização criminosa, o que se sabe é a atuação das mais famosas, como a Máfia Italiana que foi dividida em várias máfias como poderá ser visto mais a frente, a Máfia Russa (dividida em varias organizações também) e a chamada Yakuza, de origem japonesa.

Praticamente não existe lugar que esteja livre da ação das organizações criminosas atualmente, pois elas possuem habilidades de adaptação a qualquer modernidade. Muitas vezes sua estrutura é altamente capacitada e organizada, sempre com o objetivo de lucros altos. Não raramente há o emprego de violência na prática de seus delitos, e algumas organizações possuem o poderio bélico até superior ao da força policial local (um exemplo seria o próprio Comando Vermelho, na capital do Rio de Janeiro), que será abordado com mais profundidade no item 2.1.

A evolução natural da humanidade, decorrente da modernização dos meios de comunicação, equipamentos tecnológicos de toda natureza, dos meios de transporte e de processamento de dados, trouxe também a reboque o incontornável incremento da criminalidade, mas, em especial, da criminalidade organizada.⁶⁸

Os lucros altos obtidos com crimes desta natureza e a necessidade de investimento para dar continuidade à conduta fez com que ocasionasse alianças entre criminosos profissionais e pessoas com interesses em ganhos mais rápidos e fáceis que possuíam algum capital para investir.

Todas as organizações criminosas que se desenvolveram não ficaram limitadas aos seus territórios, ou seja, seus países. Elas estão sempre modificando seu modus operandi e variando suas atividades criminosas, fazendo com que muitas vezes essa criminalidade seja mais organizada até que o próprio Estado por não contar com meios técnicos ou burocracias em sua atuação.

2.1 PRINCIPAIS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO MUNDO E NO BRASIL

As organizações criminosas mais conhecidas mundialmente já foram bastante vistas em filmes e documentários, podendo citar novamente algumas como: a Máfia Italiana, que utilizava em sua estrutura um sistema quase que familiar. Formaram-se diversas máfias na Itália, entre as mais conhecidas estão a “Cosa Nostra”, a “Camorra” e a “N’drangheta”. Essas máfias inicialmente agiam restritas a contrabando e extorsão, porém posteriormente passaram a atuar no tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.

Também mundialmente conhecida está a Yakusa, uma organização criminosa de origem japonesa que tem como característica uma formação exclusivamente masculina por considerarem mulheres fracas e incapazes de lutar. Atuam no tráfico de drogas, principalmente anfetaminas, também prostituição, pornografia, jogos de azar, extorsão e tráfico de pessoas. Possuem um código interno baseado na justiça, lealdade, fidelidade, fraternidade e dever com a organização.

Existe, além disso, a chamada Máfia Russa, que foi criada a partir de um período muito conturbado por parte do governo, quando os altos funcionários do governo, aproveitando do momento frágil do Estado passaram a ser a classe dominante e detentora do poder econômico, e logo após a extinção da URSS iniciaram em atividades ilícitas, principalmente contrabando de armas e tráfico de drogas.

68 MENDRONI, Marcelo Batlouni: Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. pag. 5.

São inúmeras as organizações criminosas que existem atualmente. Cada uma assume características próprias e peculiares, amoldadas às próprias necessidades e facilidades que encontram no âmbito territorial em que atuam. Condições políticas, policiais, territoriais, econômicas, sociais etc. influem decisivamente para o delineamento destas características, com saliência para umas ou outras, sempre na conformidade das atuações que possam tornar mais viável a operacionalização dos crimes planejados e com o objetivo de obter maiores fontes de renda.⁶⁹

Portanto, entende-se que cada organização tenha seus próprios modos de “trabalhar”, conforme seu território e seus objetivos, desde as primeiras que surgiram até as que existem atualmente.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato afirmam que “a criminalidade organizada é o centro das preocupações de todos os setores da sociedade. Na verdade ela é o tema predileto da mídia dos meios políticos, jurídicos, religiosos, das entidades não governamentais, e, por conseguinte é objeto de debate da política interna”.⁷⁰

Não é difícil ouvir sobre organizações criminosas no Brasil, corriqueiramente estão nos jornais. Ainda mais com a explosão da crise penitenciária e a morte de centenas e presidiários sendo noticiado a cada telejornal apresentado desde o primeiro dia o ano de 2017.

Sabe-se que durante as rebeliões ocorridas no Brasil no corrente ano estão envolvidas pelo menos três organizações criminosas grandes (chamadas de facções criminosas mais corriqueiramente), o Primeiro Comando da Capital (PCC), o Comando Vermelho (CV) e a chamada Família do Norte (FDN).

Em meados da década de 70, o Comando Vermelho teve seu início na cidade de Ilha Grande, no Rio de Janeiro, no Instituto Penal Cândido Mendes. Local onde presos políticos de extrema esquerda eram colocados nas mesmas celas de criminosos de alta periculosidade e também criminosos comuns, o resultado disso foi que os presos acabaram por aprender sobre as doutrinas da esquerda e ter noções de organização e técnicas de guerrilha e assim foram se formando os pilares do Comando Vermelho. Já na década de 90 a organização dominava o ramo da criminalidade no Brasil. Como disse Carlos Amorim em seu livro “[...] o que realmente é o Comando Vermelho: um filhote da ditadura militar.”⁷¹

Ainda, na década de 90 surge então o Primeiro Comando da Capital, nascida da parceria entre oito presidiários que estavam no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, como resposta aos abusos no sistema prisional. Desenvolveu-se com um código de honra rígido, organizações de rebeliões e atividade criminosas intimidatórias e, chegou ao ponto de se tornar a maior de mais organizada facção do País.

Atualmente também se conhece a chamada Família do Norte, hoje apontada como a terceira maior facção criminosa no Brasil. Surgiu da união de dois grandes traficantes, Gelson Lima Carnaúba (Mano G) e José Roberto Fernandes Barbosa (Pertuba). Ainda pode-se atentar para mais algumas existentes no Brasil, como o Terceiro Comando e Amigos dos Amigos.

69 MENDRONI, Marcelo Batlouni: Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. pag. 28.

70 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa. São Paulo: Saraiva, 2014. pag. 21.

71 AMORIM, Carlos. Comando Vermelho: A história do Crime Organizado. Disponível em: < <https://lelivros.pro/book/download-comando-vermelho-a-historia-secreta-do-crime-organizado-carlos-amorim-em-epub-mobi-e-pdf/>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

2.1.1 HISTÓRICO E DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Existem alguns autores que afirmam não ser possível definir exatamente o que seja uma organização criminosa, mesmo com conceitos ou exemplos. Foi criada uma lei, após algum tempo de discussão, na qual deixa clara a definição de organização criminosa e também cria um tipo penal referente.

O primeiro texto legal que tratou de organização criminosa no Brasil foi a Lei 9.034 de 1995, essa Lei dispôs sobre meios de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, contudo não trouxe uma definição do tema e nem uma tipificação. Quando essa lei veio à tona o ordenamento jurídico brasileiro punia a associação criminosa e a formação de quadrilha ou bando, porém nada dizia sobre organização criminosa em si.

Os ensinamentos sobre o tema foram mudando com a inserção da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, muito conhecida também como Convenção de Palermo. Seu texto foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 231 de 29 de maio de 2003, ele trouxe um conceito de organização criminosa, entretanto não a tipificou. Da mesma forma, a Lei posterior 12.694 de 2012, que falou sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, conceituou, mas não tipificou as organizações criminosas.

Por último entrou em vigor a lei 12.850 de 2013, esta revogou a antiga lei 9.034 de 1995, trouxe uma definição de organização criminosa, onde consta no primeiro artigo da lei que é considerado organização criminosa quando se associam quatro ou mais pessoas, com estrutura organizada e com divisão de tarefas, além de algumas outras características.⁷²

O Autor Guilherme Souza Nucci trouxe em seu livro uma definição de organização criminosa, qual seja:

[...] é associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido com divisão de tarefas, embora visando objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre seus integrantes.⁷³

A lei também dispõe sobre investigação e procedimento criminal, os meios de obtenção de prova, além de tipificar condutas como “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”.⁷⁴

Também é importante fazer uma pequena diferenciação entre associação criminosa e organização criminosa, pois são termos muito parecidos e que podem trazer certa confusão. Deixando claro que esse não é o objetivo do trabalho e sim uma pequena explicação para que não haja confusão. O termo associação criminosa esta presente no art. 288 do Código Penal Brasileiro, enquanto que o termo organização criminosa está descrito na Lei 12.850/2013. Pode-se definir segundo o autor Marcelo Batlouni Mendroni:

72 Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. IN BRASIL. Lei 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

73 NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pag.16.

74 BRASIL. Lei 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

A diferenciação entre ambas as situações jurídicas se aclara. Enquanto na primeira, associação criminosa, constata-se apenas uma “associação”, com solidariedade entre os seus integrantes, no caso da segunda, Organização Criminosa, verifica-se uma verdadeira “estrutura organizada”, com articulação, relações, ordem e objetivo, com intenso respeito às regras e à autoridade do líder.⁷⁵

Portanto houve um esclarecimento sobre os termos, excluindo assim qualquer confusão que pudesse ocorrer.

Por muito tempo existiu uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro sobre o quesito organização criminosa, o que levava a utilizar como base para o assunto a Convenção de Palermo, que definia até então o que seria organização criminosa e suas decorrências legais. Porém, sua utilização nunca fora pacífica, por se tratar de crimes transnacionais os elencados na convenção.

No dia 2 de Agosto de 2013 foi publicada a chamada nova lei de organizações criminosas, a Lei 12.850. Ela trouxe em seu texto uma definição atual de organizações criminosas além de meios de obtenção de provas, procedimento criminal e algumas infrações penais correlatas.

Essa lei revogou a antiga Lei 9.034 de 1995 e alterou os artigos 288 e 342 do Código Penal brasileiro.

A lei trouxe em seu artigo primeiro os requisitos para considerar uma organização criminosa, iniciando pelo fato de ser necessário quatro ou mais pessoas, e a precisão de estarem “organizadas de maneira ordenada, de forma escalonada, permitindo ascensão no âmbito interno, com chefias e chefiados”, como atenta Ricardo Zanon Kuiawinski em seu artigo.

O bem jurídico tutelado pela Lei 12.850/2013 é a paz pública e o sujeito passivo da mesma é a sociedade. O crime tipificado na lei é grave o suficiente para apenar severamente aquele que o comete.

Nos mesmos moldes que a nova figura delituosa de associação criminosa inserida no art. 288 do Código Penal, cuida-se, o crime de organização criminosa, de infração penal contra a paz pública, ou seja, o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica, que, pelo menos em tese, se veem atingidos pela *societas criminis*.⁷⁶

Renato Brasileiro trata de forma didática em seu livro que a lei não tem aplicação apenas em organizações criminosas, que podem também ser utilizadas em infrações penais previstas em tratados ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido fora dele, também quando as organizações terroristas internacionais, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo e atos preparatórios ou de execução ocorram em território brasileiro.

Sobre os quesitos investigação e os meios de obtenção de prova, eles serão abordados no próximo capítulo com uma profundidade maior, portanto, não se faz necessário a abordagem desses temas imediatamente, pois terão um tópico específico.

75 MENDRONI, Marcelo Batlouni: Crime Organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais. 6. Ed. Rev., atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. pag. 9

76 LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 4 Ed. Salvador: Jus PODVM, 2016 pag. 488.

3. MODALIDADES DE PROVAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Os crimes cometidos por aqueles que fazem parte de uma organização criminosa não podem ser comparados com aqueles que são incumbidos a criminosos “comuns”. O modo como operam são exageradamente diversos. O criminoso pertencente a uma organização é submetido à certa hierarquia. Há uma típica divisão de tarefas, podendo-se dizer que possui poucas atribuições. Não existem amadores nas organizações. Já um criminoso comum, além de cometer seus crimes em locais supervisionados pelo Estado, locais públicos, não tem apenas uma atribuição, ele executa todo o crime.

Para que realmente exista a instrução processual ou a investigação, ponto crucial é a obtenção de provas. Como se sabe a investigação de uma organização criminosa pode não obter êxito ao ser feita de modo comum, justamente pelo fato de que há uma “engenharia” no modo como os integrantes executam os crimes, como o nome diz, é tudo muito organizado.

Desta forma, Cleber Masson e Vinícius Marçal sustentam que “[...] é impensável cogitar a possibilidade de utilização exclusiva dos tradicionais métodos de investigação (p. ex.: requisição de documentos, oitiva de testemunhas, busca e apreensão etc) para o desvendar de uma organização criminosa”.⁷⁷

À medida que o estudo sobre organizações criminosas vai se aprofundando, juntamente com o crime organizado, entendeu-se que as provas comuns poderiam não ser o suficiente para a elucidação dos casos. Houve então a adoção de métodos especiais de obtenção de provas, esses foram elencados pela Lei 12.850 de 2013.

Assim, o art. 3º da acima mencionada trouxe que em qualquer fase da persecução penal pode-se utilizar meios especiais de obtenção de provas, sendo eles: a colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de banco de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, afastamentos dos sigilos financeiros, bancário e fiscal, infiltração, por policiais em atividade de investigação, cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.⁷⁸

A utilização desses meios de prova especiais deve obedecer as regras tanto legais quanto constitucionais, até pelo motivo de algumas delas ultrapassarem a esfera privada do investigado, assim garantindo constitucionalmente direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

3.1 INFILTRAÇÃO DE AGENTE E SEUS REQUISITOS

A infiltração de agentes é o meio especial de obtenção de prova que vai ser o foco deste trabalho.

consiste em uma técnica de investigação criminal na qual um ou mais agentes de polícia, que sejam judicialmente autorizados para o trabalho, ingressem em uma organização criminosa.

O instituto da infiltração de agentes destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar legalmente, no âmbito da organização

77 MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado, 3º ed. Método. pag. 107.

78 BRASIL. Lei 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades, conhecendo sua estrutura, divisão de tarefas e hierarquia interna.⁷⁹

O agente que é infiltrado se introduz dissimuladamente no seio da organização criminosa, assim passando a agir como se criminoso fosse, ocultando sua verdadeira identidade, com o único objetivo de identificar fontes de prova, obter elementos suficientes para desarticular a organização.

Como a infiltração envolve tanto a busca de provas quanto a testemunha (o próprio agente), é considerado um meio de prova misto.

Para atuar como um agente infiltrado, primeiramente é necessário que seja um agente policial federal ou estadual, conquanto que seja integrante de polícia que possua poder de investigação criminal, não o sendo pode-se caracterizar como prova ilícita, conforme menciona Renato Brasileiro em sua obra⁸⁰.

O agente deve estar em tarefa de investigação, não pode ocorrer a infiltração em investigação informal, é fundamental que haja um inquérito em caráter sigiloso. Cabe ao juiz que estiver acompanhando o caso a autorização ou não da infiltração. Devem existir indícios de materialidade, isto é, necessário prova mínima de existência da organização e indícios de crimes por ela praticados.

A infiltração é utilizada como última hipótese. Quando foram utilizados todos os métodos possíveis ou quando não puder ser produzida de outra forma, utiliza-se essa. O período inicial máximo no pedido de infiltração de agentes é de seis meses prorrogáveis por outros períodos de seis meses cada um, sem haver um limite máximo. A cada final destes períodos a autoridade policial deve tecer um relatório minucioso com todos os detalhes de diligências prestadas até o momento.

Como destaca Guilherme de Souza Nucci “o relato é fundamental para o magistrado ter subsídio para, eventualmente, prorrogar o pedido de infiltração, mas também para tomar conhecimento do andamento da atividade, pois constrangedora a direitos individuais”.⁸¹

A operação de infiltração policial pode ser dividida em fases: recrutamento, que é quando se escolhe o agente que irá desempenhar o papel; formação, na qual o agente é submetido a treinamento de capacitação para se infiltrar; imersão, fase em que estabelece, configura e implanta a identidade psicológica falsa do agente; especialização da infiltração, acontece o aprimoramento da fase anterior; infiltração propriamente dita, é quando o agente tem os primeiros contatos com a organização criminosa; seguimento, quando o agente começa a coletar as provas obtidas, pós-infiltração, busca-se as melhores alternativas para a saída do agente acerca da organização e a última fase é a reintegração, quando o agente volta a sua vida de pré-infiltrado. Portanto existem oito fases na infiltração.

3.1.1 PROCEDIMENTO UTILIZADO NA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A nova lei de organizações criminosas, a Lei 12.850 de 2013 trouxe um rol de pessoas/órgãos que podem requerer a infiltração de agentes policiais, assim possibilitando um controle nas possibilidades de autorização. O Poder Judiciário, Ministério Público e Autoridade Policial devem debater intensamente sobre o assunto e a possível aplicação da técnica.

79 NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pag. 80.

80 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4 ed. Salvador: Jus PODVM, 2016. pag. 569.

81 NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pag. 83.

Há uma busca pela regulamentação da técnica descrita na lei, as etapas que serão necessárias, procedimentos que devem ser respeitados, além de elementos necessários para fazer o pedido de infiltração e do prazo de duração.

O art. 10 da Lei nº 12.850/2013⁸² diz que a infiltração de agentes será representada pelo Delegado de Polícia ou requerida pelo Ministério Público, além de estabelecer que caso o Ministério Público requeira a infiltração durante a vigência do inquérito policial deverá o Delegado de Polícia se manifestar previamente. Caso haja manifestação contrária por parte da Autoridade Policial caberá ao juiz decidir se a infiltração policial é viável ou não.

Tratando sobre o tema Renato Brasileiro Lima esclarece que “Em relação à autoridade policial, seu pedido só é pertinente durante as investigações criminais. [...] o órgão do Ministério Público pode requerer a infiltração na fase investigatória e durante o curso da instrução processual”.⁸³

O requerimento será feito pelo Ministério Público ou a representação pelo Delegado de Polícia. Para autorizar a infiltração deverão especificar a necessidade da adoção desta medida, o alcance das tarefas que serão realizadas pelos agentes e, caso seja possível, os nomes ou apelidos dos investigados e o local que acontecerá a infiltração, conforme explica o art. 11 da Lei⁸⁴. Portanto, a representação ou o requerimento para a autorização da infiltração deve conter: a demonstração de indícios de materialidade, demonstração da necessidade da medida, indicação do alcance das tarefas, definição dos nomes ou apelidos dos investigados e o local da infiltração.⁸⁵

Além desses elementos já elencados, os pedidos deverão conter também a descrição de forma minuciosa de todo o histórico das investigações que tenham relação com o caso, que resulte em entendimento que não resta outro meio de obtenção de prova que não seja a infiltração de agentes.

A respeito do controle interno, o §5º do art. 10 da Lei 12.850/2013⁸⁶ estabelece que no curso do inquérito policial o Delegado de Polícia poderá determinar aos agentes, bem como o Ministério Público, relatório da atividade que está sendo desempenhada. No entanto, pode-se perceber que não ficou clara a relação que o agente terá com as Autoridades Policiais superiores nem com o Ministério Público. Não está explícito se haverá contato contínuo ou ininterrupto.

Nesse sentido o doutrinador Marllon Souza afirma que “[...] a infiltração policial em organizações criminosas deveria ser monitorada em tempo integral pela equipe responsável por dar o suporte necessário

82 “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”. IN: BRASIL. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

83 LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 4 ed. Salvador: Jus PODVM, 2016. pag. 579.

84 “Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração”. IN BRASIL. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

85 NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pag.85-86.

86 “§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração”. IN: BRASIL. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

ao agente infiltrado [...].”⁸⁷

Portanto, entende-se que, mesmo não estando previsto em lei, o controle interno deve ser realizado a todo o momento do curso da operação, para proteger e dar suporte ao agente infiltrado.

4. LIMITES E EXIGENCIAS PARA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

A atuação do Estado esta intimamente ligada ao princípio da legalidade. Princípio este que é indispensável para o bom andamento de um Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que para toda atividade estatal que se realizará, incluindo a infiltração de agentes na investigação criminal, deve existir uma previsão legal. Da mesma forma, os Estados e seus agentes somente podem atuar em conformidade com aquilo que está especificado na lei.

No que diz respeito a atuar em conformidade com a lei Marcelo Alexandrino assevera que “[...] a legalidade traduz a ideia de que a Administração Pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que o determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária), devendo obedecer estritamente ao estipulado na lei [...]”⁸⁸

Os requisitos exigidos na lei para que ocorra a infiltração de agentes estão elencados nos artigos 10 e 11 da Lei 12.850 de 2013⁸⁹ e serão mais detalhados no decorrer deste capítulo.

Entende-se com o artigo 10 da lei 12.850 de 2013 que, caso haja necessidade da utilização da infiltração deverá primeiramente acontecer a representação do Delegado de Polícia ou então um requerimento do Ministério Público. Também, o Delegado de Polícia deverá se manifestar sobre a viabilidade técnica do uso desse meio.

Ainda, a infiltração policial deve ser precedida de autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa; autorização essa que estabelecerá os limites da infiltração.

A produção de provas por meio de infiltração policial somente será admitida caso não se tenha conseguido de outro modo a produção desta prova. Entende-se então, ser medida de caráter excepcional pois existem vários riscos que carrega acerca da integridade física daquele que irá desempenhar o papel.

A infiltração somente poderá ser concretizada por um agente de cargo das forças estatais com atribuição de polícia judiciária⁹⁰. Já no ordenamento jurídico Norte Americano não há uma especificação de qual agente policial poderá desempenhar o papel, visto que a polícia do país não é composta pela mesma divisão que ocorre na polícia brasileira, uma vez que não há separação entre a polícia civil ou militar, cabendo a somente um órgão os papéis de patrulhamento ostensivo e investigação criminal.⁹¹

O agente tem direito a recusa ou fazer cessar sua atuação, conforme exposto no artigo 14, I, da Lei n.12.850/13. Assim, é possível entender que, apesar de não expresse, a infiltração deverá ser voluntária, uma vez que o policial pode oferecer sua recusa.

Sobre a segurança do agente infiltrado, os artigos 12 e 14 da lei acima mencionada dispõem sobre o sigilo da operação e preservação da identidade do agente. O artigo 12 expressa que a infiltração será

87 “§ 5o No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração”. IN: BRASIL. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

88 ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. Rio de Janeiro. Método. 2012. pag. 192

89 SOUZA, Marllon. Crime Organizado e Infiltração Policial. São Paulo, Atlas. 2015. pag. 97.

90 SOUZA, Marllon. Crime Organizado e Infiltração Policial. São Paulo, Atlas. 2015. pag. 93.

91 SOUZA, Marllon. Crime Organizado e Infiltração Policial. São Paulo, Atlas. 2015. pag. 58

sigilosa e não conterà informações de quem seja o agente.

O agente poderá ter sua identidade alterada, e se utilizar de medida de proteção a testemunhas. Suas características, como nome, imagem, voz e outras informações serão preservadas, salvo decisão judicial em contrário.⁹²

Portanto, resumidamente a infiltração poderá acontecer quando houver primeiramente o requerimento do Delegado de Polícia ou requerimento do Ministério Público, com a manifestação técnica do Delegado de Polícia caso seja solicitada no curso do inquérito policial. Devendo ser precedida de autorização judicial que estabelecerá os limites do agente. O pedido será feito de forma sigilosa, de modo que não reste claro qual a operação que será efetivada ou quem será o agente que ira se infiltrar.

4.1 PROPORCIONALIDADE NA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO.

O artigo 13 da Lei do Crime Organizado⁹³ diz que caso o agente não atue com a devida proporcionalidade, ele responderá pelos excessos que praticar.

Contudo, a grande interrogação acerca deste ponto é a falta de clareza com que foi exposta a atuação do agente, seus limites não estão nítidos, o que faz a atuação ser arriscada do ponto de vista pessoal.⁹⁴

No que tange a atuação do agente o doutrinador Eduardo Luiz Santos Cabette aduz que “o grande problema, não somente da legislação brasileira como da internacional ao regular a infiltração é a falta de clareza sobre os limites de atuação dos agentes, o que torna sua atividade não somente arriscada sob o ponto de vista dos criminosos mas também sob o aspecto administrativo e de responsabilidade criminal pessoal”.

A falta de uma legislação que imponha limites claros no que diz respeito à infiltração de agentes torna a utilização da atividade arriscada, uma vez que o agente atuará com receio de ser descoberto pelos criminosos e também de sofrer punições administrativas e responsabilização por crimes cometidos.

A ausência de limites expostos acerca do instituto é diretamente ligada à natureza e à complexidade da infiltração, de modo que não seja possível o legislador estabelecer com precisão limitações ou autorizações para qualquer ato.

No que diz respeito sobre a possibilidade de prática de ilícitos penais durante a infiltração, entende-se que devem ser respeitados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da adequação social.

No caso de o agente praticar o ilícito, faz-se necessário primeiramente a diferenciação de duas categorias de delitos, quanto à organização criminosa, e quanto a outros delitos. No que diz respeito a delitos cometidos dentro da organização criminosa o agente poderá não responder por eles, devido a incidência de uma excludente de ilicitude, o chamado estrito cumprimento do dever legal, presente no

92 BRASIL. Lei 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013. Art. 14, III.

93 Art. 13. O agente que não guardar em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. IN: BRASIL. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013

94 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crime organizado: nova lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26586/crime-organizado-nova-lei-12-850-13-e-o-problema-da-conduta-dos-agentes-infiltrados-no-cometimento-de-infracoes-penais> Acesso em 08 abr. 2017.

art. 23, III do Código Penal⁹⁵. Fernando Capez conclui dizendo que a “causa de exclusão de ilicitude que consiste na realização de um fato típico por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei.”⁹⁶

Foi incluída na legislação pertinente, a lei 12.850/13, em seu art. 13, parágrafo único, uma excludente de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa, que não afasta a tipicidade e nem antijuridicidade dos crimes que forem praticados pelo agente durante a operação, ou seja, o risco de punição do agente que cometer ilícito penal não são afastados, fica a critério de o julgador entender se os atos foram ou não desproporcionais ou excessivos.

Com essa solução, sendo o agente infiltrado induzido, instigado ou auxiliado a praticar um crime no âmbito da organização, respeitando a proporcionalidade e sem extrapolar a finalidade da investigação, sendo dele inexigível conduta diversa, exclui-se apenas a culpabilidade do injusto por ele praticado, permanecendo típico e ilícito [...] ⁹⁷

A infiltração policial é ferramenta importante para o combate ao crime organizado, porém não se pode falar ou utilizá-la de forma indiscriminada. A utilização deve ser de forma rígida, com um denso controle judicial, respeitando a legislação e os princípios para que sejam respeitados os direitos e garantias tanto do agente quanto dos investigados.

Para exemplificar mais concretamente como está sendo feita a utilização da infiltração de agentes é possível citar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 47188/RJ. Tal recurso julgou a legalidade de provas utilizadas na Operação “Monte Perdido”, provas essas que foram obtidas por meio da atuação de um agente infiltrado, pois o referido agente era de origem Portuguesa. A alegação seria de que não houve uma autorização judicial para que o agente atuasse no Brasil. Logo, o pedido era para que fosse declarada a ilicitude e ilegitimidade da prova obtida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade organizada se faz conhecer por todos. Um fenômeno com origem antiga e com diferentes raízes, que ocorre em todo o mundo. Vem acontecendo sua expansão de modo cada vez mais rápido e aprimorado, do mesmo modo sendo progressivamente aperfeiçoado. As estruturas das organizações criminosas foram sendo refinadas, o que fez com que se tornassem verdadeiras empresas do crime. O que certamente afeta toda a sociedade.

Como existiam muitas lacunas a respeito, tanto de organização criminosa quanto dos seus meios de prova na legislação, foi editada a Lei 12.850 no ano de 2013, que trouxe uma maior clareza quanto à definição de organização criminosa e os meios especiais de obtenção de provas, entre eles o uso do instituto da infiltração de agentes.

95 Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: III- em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. BRASIL Decreto-lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 7 dez. 1940.

96 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts 1º a 120). 20 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pag. 310.

97 CUNHA, Rogério Sanches. A Figura do Agente Infiltrado e sua responsabilidade penal. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

Entende-se que para utilizar a infiltração de agentes, os requisitos necessários são: a prévia autorização judicial, existência de indícios da ocorrência da organização criminosa e demonstração da real necessidade da utilização da infiltração. A lei também especificou quem terá legitimidade para requerer o uso da infiltração, sendo eles o Ministério Público e a Autoridade Policial, que farão pedido posteriormente analisado por um magistrado que deferirá ou não o desenvolvimento da infiltração.

Também, a lei trouxe aspectos fundamentais, tais como o procedimento que vai ser utilizado para autorizar a infiltração, os elementos que devem estar contidos quando o Delegado de Polícia ou o Ministério Público apresentar o requerimento, o prazo da medida, entre outros aspectos relevantes.

No que diz respeito à figura do agente infiltrado, resta entendido que somente poderá executar a tarefa o agente da Polícia Judiciária.

O agente fará parecer com um real integrante da organização criminosa para que consiga colher as provas necessárias para derrubar o grupo criminoso. O agente deve sempre agir com proporcionalidade para cada ato que executar no decorrer da infiltração, nunca podendo instigar a prática de crimes, pois deste modo a produção de provas estará comprometida e não poderá ser utilizada no processo criminal. Isto porque a lesão a direitos fundamentais nunca pode servir de base para a busca da verdade, não há sentido em fazê-lo.

Um dos pontos mais interessantes e importantes sobre o tema é o cometimento de crimes por parte do agente infiltrado. É possível entender que se caso fosse extremamente proibida a prática de qualquer crime durante a infiltração, ela poderia não ter eficácia alguma. Determinadas práticas são extremamente necessárias, a primeira dela sendo justamente a possibilidade de o agente se tornar membro da organização criminosa.

Todavia, resta evidente que o agente policial infiltrado não terá “passe livre” para a prática dos delitos, caso ele venha a agir com excessos. Não respeitando a proporcionalidade devida, será responsabilizado, pois não há como se falar na não responsabilização criminal pela prática do crime. Porém, caso seja inexistente conduta diversa por parte do agente, o crime não será punível. Do mesmo modo, poderá caber uma excludente de ilicitude em alguns atos praticados, como o estrito cumprimento do dever legal.

Portanto, atuando o agente conforme as limitações que lhe foram impostas, ciente dos atos que não pode praticar e atuando com a proporcionalidade em seus atos, não há maneiras de questionar o valor probatório das provas colhidas durante tal investigação.

Sendo o agente devidamente preparado e instruído com base em todas as informações já obtidas sobre o grupo criminoso, sua atuação será imprescindível para o desmanche da organização criminosa.

As ferramentas de investigação do Estado devem ser sempre atualizadas, de modo que o combate ao crime organizado seja cada vez mais eficiente fazendo com que haja pelo menos um nivelamento com a modernização sempre crescente dos grupos criminosos.

Caso a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas comece a ser utilizada com mais frequência, pode se tornar um meio muito eficiente de obtenção de provas e um ótimo instrumento de combate ao crime organizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. Rio de Janeiro. Método. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 7 dez. 1940.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 3 out. 1941.

_____. Decreto-Lei n. 5.015, de 12 de Março de 2004. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 mar. 2004.

_____. Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017

_____. Lei 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Lei de Organizações Criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 ago. 2013.

_____. Lei 10.217, de 11 de Abril de 2001. Utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 abr. 2001.

BRASILIA, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em habeas corpus nº 47.188-RJ (2014/0086267-9), provas obtidas por meio de agente infiltrado. Discussão acerca da licitude das provas. Ministro Rogerio Schietti Cruz. 19 março de 2015. Revista eletrônica da jurisprudência. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45763079&num_registro=201400862679&data=20150330&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 10 mai. 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts 1º a 120). 20 Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Curso de Direito Penal. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crime Organizado: nova lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13707 . Acesso em : 08 abril2017.

CARVALHO NETO, Pedro Alves de. A responsabilidade penal do agente infiltrado em organizações criminosas como o advento da lei 12.850/13. 2014. Monografia para Graduação em Direito. Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, Goiás.

CUNHA, Rogério Sanches. A Figura do Agente Infiltrado e Sua Responsabilidade Penal. Carta Forense. São Paulo, 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-figura-do-agente-infiltrado-e-sua-responsabilidade-penal/14745> . Acesso em: 08 abr. 2017.

DELBEN, Ana Cleusa; GONÇALVES, Bruno Augusto Monteiro; BERTOLAZO, Ivana Nobre. Manual Para Elaboração e Apresentação de Trabalhos Acadêmicos Científicos da FACNOPAR. Disponível em < <http://www.facnpar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-01-23-14851863446421.pdf> > Acesso em 20 fev. 2017

GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luis Flavio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mod e=print> Acesso em 08 mar. 2017

JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. Agente Infiltrado: reflexos penais e processuais. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7360/agenteinfiltrado>> Acesso em: 21 abr. 2017

JOHN, Lucas. O Agente Infiltrado à Luz do Direito Processual Penal Brasileiro. 2014. Monografia para Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

JOSÉ, Maria Jamile. A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 121. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010144008/publico/Infiltracao_policial_Maria_Jamile_Jose.pdf>. Acesso em 08 abr. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 4 ed. Salvador: Jus PODVM, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 2.ed. São Paulo: Método, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à lei de Combate ao Crime Organizado. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Da figura do agente infiltrado nas organizações criminosas. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12582> Acesso em: 21 abr. 2017.

PEREIRA, Filipe Martins Alves; SILVA, Rafael de Vasconcelos. Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/180461053/ANALISE-JURIDICA-DA-NOVA-LEI-DE-ORGANIZACOES-CRIMINSOSAS>> Acesso em: 21 abr. 2017.

PEREIRA, Flavio Cardoso. Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Crime Organizado e Sua Infiltração nas instituições Governamentais. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Marllon. Crime Organizado e Infiltração Policial. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VICTORIA, Artur. Criminalidade Organizada - Origem e evolução. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/arturvictoriaartigoseensaios/Home/criminalidadeorganizada---origem-e-evolucao>> Acesso em: 08 abr. 2017.

ZANIN, Viviane Afonso. A infiltração de agentes policiais como meio de obtenção de provas contra o crime organizado: uma análise à luz da lei nº12.850/2013. 2015. Monografia para Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

CORRESPONSABILIDADE SOCIAL NA FORMAÇÃO DO DELINQUENTE

*Giuliano Henrique Wendler de Mello*⁹⁸

RESUMO

O presente artigo busca apresentar a teoria da co-culpabilidade, utilizada por países da América Latina que vivenciam um caos social parecido com o do Brasil, e ainda que de forma discreta, encontra previsão em nosso ordenamento. Na contramão do ideal pregado pelo abolicionismo penal, a teoria objeto do presente estudo reconhece a ineficiência Estatal, e por conta disso orienta a redução da reprovabilidade da conduta do agente criminoso, quando da dosimetria da pena. Tal orientação exalta ainda mais a observância do princípio da individualização da pena, tornando a sua aplicação muito mais humanitária, além de obrigar o Estado a implementar políticas criminais realmente eficientes à nossa sociedade, atacando assim o problema social da criminalidade, em seu nascedouro.

PALAVRAS-CHAVE: Co-culpabilidade, Política criminal, Aplicação da Pena, Criminologia, Responsabilidade Social.

98 Giuliano Henrique Wendler de Mello, giuliano@wmello.adv.br, Advogado Criminalista

INTRODUÇÃO

A sociedade atual sente-se cada vez mais prisioneira de seus muros altos e largos, e refém dos sistemas de segurança, blindagem de veículos, sem falar no medo e tensão do cidadão que sai às ruas, sempre atento a aproximação de um possível algoz.

Enquanto a população carcerária aumenta de forma alarmante, o temor social e a sensação de impunidade não recua, e, justamente ao contrário, aumenta cada vez mais. Isso é sinal de que a política repressiva de encarceramento não cumpriu a função a qual se destinava. Isso demonstra que a problemática extrapola o mero investimento no combate ao crime (o que se diga, é ínfimo em nosso país), ou então na criação de novos tipos penais ou aumento no rigor das penas impostas aos crimes já previstos.

A problemática nasce desde a formação social da criança, passa pela educação e estruturação das famílias, aumenta diante da ausência da presença do Estado em zonas literalmente esquecidas, colocadas à mercê de organizações criminosas que impõem suas leis, e assim, além de afastar por completo o Estado da vida daquela micro sociedade, seduz os mais novos a ingressar em uma vida de crimes.

Assim sendo, o artigo apresenta posicionamentos doutrinários, e fundamentação quanto à possibilidade de aplicação da co-culpabilidade no Direito Penal Brasileiro como forma de reconhecimento e apuração da ineficiência estatal, para quem sabe, em um futuro próximo, a criminologia possa integrar efetivamente o pensamento e elaboração da legislação penal, tudo em busca de uma sociedade mais equilibrada, justa e perfeita.

DESENVOLVIMENTO

Fala-se de corresponsabilidade quando determinada obrigação compete a mais de um indivíduo, ou de uma análise absolutamente abstrata, sobre toda a sociedade. O exemplo da criminalidade segundo a teoria da corresponsabilidade social na formação do delinquente.

O homem constrói armas e destrói reservas naturais, portanto gera mais riscos do que até mesmo as catástrofes naturais, e por esse motivo deve ser controlado. Nessa linha de pensamento, Germán Aller (2006) afirma que o domínio sobre as massas exercido pelo poder governamental por intermédio da mídia, age para domesticar a massa rebelada, com foco na fabricação do consenso, cita ainda Chomsky (2010), “quando atacamos e destruímos alguém, estamos na verdade protegendo e defendendo nós mesmos dos piores monstros e agressores e coisas do tipo” e, por fim, contextualiza a atual realidade social, “os cidadãos são constantemente manipulados pelas agências sociais como instrumentos musicais, para que juntos executem o soneto”.

É evidente que a criminalidade vem alterando sensivelmente a dinâmica social, e o seu aumento reflete a perda de valores familiares, de honestidade e sinceridade dentre outros, inclusive de postos de trabalho. Em virtude disso, e na busca por um controle social, escolas incluem matérias como Ética e Moral, Ensino Religioso, contudo, sem que tais medidas ainda não mostraram eficácia nos dias de hoje.

A teoria da corresponsabilidade social considera modelos deficitários de socialização, ou seja, o cidadão que se sente à margem da sociedade e, portanto apto a praticar crimes, seja para sobreviver na realidade social em que se encontra inserido, ou como forma de protesto contra a própria sociedade que o marginalizou. Ao falar de sobreviver à realidade social, a ideia reflete uma sociedade cada vez mais desigual, em que o consumo desenfreado se contrapõe à desigualdade na distribuição de renda, e corrobora com o

aumento da prática de crimes, em especial os patrimoniais.

De qualquer forma, o delito se apresenta como consequência da falência social muito mais do que a pessoal, sem desconsiderar é lógico todos os fatores pessoais que interferem na formação das pessoas criminosas, mas aqui a abordagem é geral. Como evidencia Émile Durkheim (1.971), em outras palavras, o todo social influencia e determina a vida pessoal.

De uma análise mais detida, crítica e pessoal, a teoria ora apresentada tem aplicação apenas no modelo de sociedades complexas, a exemplo da sociedade orgânica exposta pelo próprio Durkheim, uma vez que em sua definição de modelo social mecânico (aquele em que a máquina que funciona como engrenagens que se encaixam perfeitamente, a exemplo de um Monastério, onde nesse tipo de sociedade, a hierarquia encontra-se muito bem delimitada e respeitada.), não há motivos para a ocorrência de delitos, o que demonstra que a problemática da criminalidade reside muito mais no âmbito das políticas sociais do que no penal punitivo.

Um exemplo disso é a adoção da política de repressão às drogas com o endurecimento das leis, equiparação à crime hediondo, dentre outros, que não colaboraram para a redução e o enfraquecimento do tráfico. Segundo dados estatísticos, o tráfico aumenta cada vez mais, mata cada vez mais, e continua seduzindo usuários e os chamados “mulas” de traficantes. Segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional (Depen) em abril de 2016, no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), o Brasil é o quarto país no mundo que mais prende, e viu sua população carcerária aumentar em 267,32% nos últimos quatorze anos. Fica claro, portanto, que a política repressiva por si só já se mostrou ineficaz e nociva, se não acompanhadas por políticas sociais efetivas e pensadas com inteligência.

A teoria da co-culpabilidade tende a não olvidar-se de tal realidade e passaria a exigir principalmente dos poderes Legislativo e Judiciário o reconhecimento da ineficiência estatal. E como se diz, reconhecer é o primeiro passo para mudar.

modalidades de crimes, enquanto outros delitos são comumente praticados, fazendo-se “vista grossa” quanto à punição.

Moura define co-culpabilidade como:

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal. (MOURA 2006, p. 41).

O entendimento de co-culpabilidade na América Latina é influenciado por Marat (1.790), um médico que viveu em uma França marcada por fortes diferenças sociais, e elaborou seu Plano de Legislação Criminal contendo o que se chamava de legislação penal justa. Nela considera que o delinquente que se encontra às margens da assistência estatal, não estaria obrigado a respeitar as suas leis.

Numa terra em que tudo é possessão de outro e na qual não se pode apropriar-se de nada, resta apenas morrer de fome. Então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei? Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se

oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino ... Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, em abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidade e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza. (MARAT apud MATTE, 2008).

O autor acredita em um modelo de sociedade ideal, onde a lei a ser aplicada seria a Talião (lei de Talião, que consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena), mas isso apenas ao se atingir a máxima excelência no assistencialismo estatal, onde a pessoa não se inclinasse ao delito como forma de sobreviver ao meio social ao qual se encontra inserido.

É dever do poder público efetivar o controle da criminalidade, mas nem sempre suas medidas são eficazes e asseguram os direitos do homem. Por este motivo a co-culpabilidade surge de um garantismo penal como forma de adaptar o sistema penal por conta da omissão estatal quanto ao fornecimento de recursos que garantam uma vida digna a todos os membros da sociedade, guardando sensíveis relações com a teoria abolicionista, que considera o sistema penal como violento que priva a liberdade do homem colocando-o no cárcere que considera um verdadeiro inferno, e prega que “do inferno não sai nada de bom”.

Parafraseando o pensador Dante Alighieri, em La Divina Commedia, poema épico e teológico, obra-prima iniciada por volta de 1.307, “No inferno os lugares mais quentes são reservados àqueles que escolheram a neutralidade em tempo de crise.”

Aqui, é necessário esclarecer que a teoria da corresponsabilidade não prega um verdadeiro abolicionismo penal, mas sim que, pelo reconhecimento de problemas sociais e a apreciação da condição do delinquente caso a caso, seja possível identificar se o mesmo delinuiu ou não por alguma falha ou inadimplência estatal, e caso positivo, deve reduzir a reprovabilidade de sua conduta. Nada além da aplicação do princípio da individualização da pena, apenas feito de forma mais humanitária e correta

A sistemática equipara-se a um cálculo aritmético, em que o delinquente como credor do Estado, ao delinquir, passa a ser devedor desse, equacionando a pena, caso a caso, ao encontrar o quantum devedor entre as partes. Nas palavras de Grecco:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. (GRECCO 2002 p. 469)

Ressalte-se que não se pretende isentar o delinquente em detrimento da culpa do Estado ou da Sociedade tampouco incitar a impunidade, pois o juiz apenas deverá ajustar a pena de acordo com o resultado da equação entre créditos e débitos da relação delinquente versus Estado, respeitando assim princípios como o da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Brasileira, de 1988, em seu artigo 1º, III e da individualização da pena art. 5º, XLV e XLVI.

Juarez Cirino dos Santos contextualiza brilhantemente a aplicação da teoria da coculpabilidade na realidade brasileira:

Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da co- culpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. (SANTOS, 2004 p. 265-266)

Demais países da América Latina, que enfrentam uma realidade de desigualdade social muito parecida com a brasileira, favorecendo o elevado número de crimes patrimoniais, já utilizam em seus ordenamentos a co-culpabilidade, a exemplo da Argentina, que dá dosimetria da pena, prevê que o magistrado deve levar em conta “... la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos” (Artículo 41, 2º Código Penal de la Nación Argentina), ou ainda o Peru, onde para aplicação da pena o juiz deve em primeiro lugar observar “Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente” (Código Penal Del Peru, Capítulo II: Aplicación De La Pena, Artículo 45, 1.)

No Brasil, tanto a legislação quanto os tribunais abordam o assunto de forma bastante tímida, mas ao analisarmos a legislação, verificamos que a referida teoria encontra-se presente, ainda que de forma implícita, em alguns princípios, dentre os quais o da individualização da pena, ou ainda no texto legal como no artigo 59 do Código Penal, que determina a observação da personalidade do agente e os motivos do crime para a aplicação da pena e 187 § 1o do Código de Processo Penal, que afirma que o interrogatório será sobre a pessoa do acusado, incluindo perguntas sobre oportunidades sociais e a vida do interrogado.

Porém, ainda que possível à aplicação da teoria por previsão implícita, sua aplicação seria praticamente inócua, eis que a legislação nos moldes atuais obriga sua operação na primeira fase da dosimetria da pena, e isso em nada alteraria a pena fixada no mínimo legal, a solução, portanto seria a inserção expressa no texto legal de uma causa de diminuição de pena nos termos da co-culpabilidade.

Neste diapasão, Moura (2006) propõe quatro possibilidades, sendo que as duas primeiras encontram o obstáculo da vedação de redução da pena aquém do mínimo legal:

A primeira opção da positivação da co-culpabilidade é a sua inserção no art. 59 do Código Penal como uma circunstância judicial que incidiria na primeira fase da aplicação da pena. É a proposta do anteprojeto de reforma do código, sendo a mais tímida entre as demais, visto que será inócua o reconhecimento da co-culpabilidade se a pena base for fixada no mínimo legal, pois é cediço que as circunstâncias judiciais não podem trazer a pena aquém do mínimo legal. (...)

A segunda hipótese seria sua positivação no art. 65 do Código Penal, que trata das atenuantes genéricas, o que poderia ser feito com a previsão de mais uma alínea no inciso III do citado art. 65 do Código Penal. É uma proposta mais audaz, uma vez que a previsão

expressa da co-culpabilidade como atenuante genérica reforçaria a necessidade de sua aplicação, bem como limitaria o poder de liberdade e interpretação do magistrado, tão amplo quando da análise do art. 59 do mesmo diploma legal. Porém, mesmo o legislador fazendo a opção ora mencionada, segundo a maior parte da doutrina e da jurisprudência, ainda assim não poderia trazer a pena aquém do mínimo legal. (...)

Reconhecidos os obstáculos acima mencionados, Moura continua em feliz citação:

A terceira hipótese seria mais ousada e consistiria em acrescentar um parágrafo ao art. 29 do Código Penal, dizendo que “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de um terço (1/3) a dois terços (2/3), desde que estas condições tenham influenciado e sejam compatíveis com o crime cometido”. Assim, quanto pior as condições elencadas no supracitado parágrafo, maior seria a redução da pena. É a nosso sentir, a melhor hipótese para a positivação da co-culpabilidade, pois é a mais consentânea com o Direito Penal democrático e liberal, na esteira do garantismo penal, uma vez que permite a maior individualização da pena aplicada, além de poder reduzir a pena aquém do mínimo legal, dirimindo qualquer dúvida nesse aspecto, com incidência na terceira fase de sua aplicação. (...)

Na quarta hipótese, Moura beira o abolicionismo penal, vez que em suas palavras, a teoria seria aplicada como uma excludente de culpabilidade, porém como mencionado pelo próprio autor, seria uma hipótese por demais audaciosa.

A quarta e última hipótese, que, diga-se de passagem, não exclui a proposta feita no item anterior, também é um tanto audaciosa. A coculpabilidade seria positivada como uma causa de extinção da culpabilidade, visto que o estado social de miserabilidade e vulnerabilidade do cidadão é tão caótico, proeminente e elevado, que sobre o agente não incidiria qualquer reprovação social e penal, já que seu comportamento, além de ser esperado pelos seus co-cidadãos, é uma consequência exclusiva da inadimplência do Estado. Poderíamos dizer que a hipótese sob comento culminaria na eleição de mais uma causa de exclusão da culpabilidade além das previstas no Código Penal brasileiro. Seria uma espécie de inexigibilidade social da conduta calcada na falta de expectativa de comportamento, não surgindo daí o direito a ser tutelado. Vale ressaltar que, mesmo com a positivação da co-culpabilidade pelo legislativo pátrio, o interprete deve ter em mente que deve haver compatibilidade entre o estado de miserabilidade e o crime cometido para que haja sua aplicação no caso concreto, ou seja, o estado de miserabilidade do agente deve ser uma das causas determinantes do crime (MOURA, 2006, p.94, 95 e 96).

A melhor previsão seria nos moldes da inclusão de um parágrafo, no artigo 29, prevendo um intervalo entre fração mínima e máxima para redução da pena, caso “se o agente estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais, num estado de hipossuficiência e miserabilidade”. O óbice reside no ferimento da arquitetura do código, eis que o artigo 29 encontra-se disposto no Título IV, Do concurso de Pessoas.

Portanto, resta evidente a necessidade de um estudo aprofundado e a união de esforços, para equacionar um modelo legislativo ideal, que comporte em sua estrutura processual a aplicação da teoria da co-culpabilidade em toda a sua abrangência, evitando assim, mais um “remendo” legislativo em nosso

ainda defasado Código de Processo Penal.

Tal proposta visa a incorporação de um sistema legislativo que reconheça os problemas sociais enfrentados no momento da prática do delito, tornando assim as penas mais eficazes, sociais e humanitárias

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, a teoria da co-culpabilidade no mundo do “dever ser” tem grande valor por considerar e valorizar a dignidade da pessoa humana e individualização da pena, porém, no mundo do “ser” encontra diversos obstáculos à sua aplicação, primeiro porque o aparelhamento judicial impossibilitaria a análise individual de cada caso, é latente que hoje vivemos a era do “copia e cola”, e ainda, de denúncias, defesas e sentenças cada vez menos humanizadas. Sem falar na necessidade de uma reforma legislativa, justo em nossa realidade, de um direito penal inchado e um processo legislativo moroso.

Em que pese a necessidade de reconhecimento da falência estatal e sua contribuição para o aumento dos índices de criminalidade, a efetiva implantação legislativa da teoria da co-culpabilidade mostra-se oportuna, mas exige a adoção de políticas públicas que elevem a eficiência do Estado, desestimulando a prática criminal e trate verdadeiramente o delinquente. O foco, portanto deve recair sobre o nascedouro do problema, e a aplicação da lei penal, como *última ratio*, deve operar apenas quando tudo mais falhou, quando a paz social foi atingida e torna-se impossível o retorno ao *status quo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLER, Germán. Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo. Montevidéo. Carlos Alvarez, 2006.

CHOMSKY, Noam. Como nos vendem la moto, Icaria Más Madera, 2001.

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. Ed. Companhia Nacional, 1.971.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 2016.

MARAT, Jean Paul. Plano de Legislação Criminal. São Paulo: Quartier Latim, 2008 [1790].

MATTE, Natalia Allet. O princípio da co-culpabilidade e a sua (in) aplicabilidade no direito penal brasileiro. 2008. 79 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Biguaçu, 2008.

Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional (Depen)

MOURA, Grégoire. Do princípio da co-culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Curitiba: Forum, 2004.

O DIÁLOGO DOS PRINCÍPIOS ENTRE O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Josinaldo Leal de Oliveira*⁹⁹

RESUMO

Este trabalho visa despertar seus leitores para a necessidade de compreender o diálogo dos princípios entre o Código Civil brasileiro de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor a partir de uma análise da funcionalidade dos princípios e da hermenêutica imperativa do sistema jurídico brasileiro. Sem dúvida, para uma adequada compreensão do Direito Civil e do Direito do Consumidor, faz-se necessário perceber, de forma nítida, que esses dois ramos do direito estão estruturados em uma base principiológica. O operador moderno do direito não pode fechar os olhos para os ensinamentos históricos que levaram a evolução da proteção e defesa do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo, Princípios, Direito Civil, Direito do Consumidor.

⁹⁹ Advogado, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA), Pós Graduado em Direito Civil, Pós Graduado em Direito do Consumidor, Pós Graduado em Docência do Ensino Superior, Professor Universitário (UNEB), Professor de Pós Graduação e de Cursos Preparatórios para Concurso Público. E-mail: naldo@josinaldoleal.com.br

1. INTRODUÇÃO

Para um entendimento adequado do sistema jurídico do direito civil e da defesa do consumidor é necessário que o operador do direito compreenda, inicialmente, a estrutura principiológica que o norteia. A importância que o estudo dos princípios tem demonstrado, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, revela a imperiosa necessidade de se obter uma reflexão sobre o tema no âmbito do direito civil e do direito do consumidor.

O presente escrito tem o propósito de permitir ao leitor uma compreensão inicial a respeito do sistema principiológico, entendendo como os princípios ganharam destaque e função no âmbito da norma civil e consumerista. Para um melhor entendimento, o trabalho foi estruturado em tópicos gerais e específicos.

Na primeira parte do trabalho buscou-se um entendimento sobre os princípios, apresentando uma concepção geral e jurídica com uma abordagem da funcionalidade principiológica no ordenamento jurídico. No segundo momento, enfrentou-se a hermenêutica principiológica, analisando a interpretação dos princípios no sistema jurídico. Nessa abordagem, foram apresentadas as técnicas interpretativas utilizadas para se alcançar a devida dimensão e alcance dos princípios.

Noutra quadra, foram traçados os contornos do diálogo principiológico existente entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, sob a perspectiva do tripé principiológico da eticidade, sociabilidade e operabilidade, permitindo uma compreensão com as referidas normas, no campo principiológico, que devem coexistir no ordenamento.

2. A CONCEPÇÃO DOS PRINCÍPIOS

O estudo do Direito, como ciência, tem se apresentado, nos mais diversos sistemas jurídicos, como um processo de compreensão e desenvolvimento decorrente de um arcabouço principiológico.

Entender os princípios, suas características, espécies e funções exigem do operador do direito o devido entendimento a respeito da sua concepção. A partir de uma abordagem apenas etimológica verifica-se que princípio delinea a ideia de início, começo, ponto inicial de algo. Os dicionários apresentam idênticas definições, tais como o “momento ou local ou trecho em que algo tem origem”. (Ferreira, 2004, p.576). É cediço que o vocábulo princípio origina-se do latim “principium” (origem, começo), significando algo que dá origem ou permite expandir alguma coisa.

No universo jurídico, a definição não destoa desse referencial na medida em que é pelos princípios que se verifica e compreende o ordenamento jurídico, bem como se evidencia os contornos da sua dimensão. Nesse sentido, já ponderou De Plácido e Silva (2002, p. 639):

Princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostra-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas. E, nessa acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal.

Porém, para uma devida compreensão da concepção dos princípios, faz-se necessário visualizar como o

Direito foi estruturado ao passo do seu processo evolutivo com as diversas contribuições teóricas.

A origem dos princípios está atrelada, evidentemente, à essência do convívio em sociedade. No processo primitivo evolutivo, não se detinha normatizações com regulações jurídicas, de forma que o convívio em sociedade era possível por conta de direcionamentos de figuras expressivas que permitiam delinear as condutas, os caminhos a serem seguidos.

Do convívio em sociedade, tornava-se inevitável o controle dos conflitos que naturalmente surgiam. A resolução de conflitos decorreu da necessidade do próprio homem estabelecer caminhos a serem observados. Como não se dispunha de um conjunto normativo, os princípios ganharam extrema relevância no âmbito da organização social, servindo de diretriz para as condutas a serem estabelecidas em sociedade. É a partir dessa concepção que os princípios começam a ganhar destaque, principalmente, no cenário jurídico.

A doutrina desenvolve a concepção dos princípios, em regra, a partir de três fases distintas da juridicidade. A primeira fase, jusnaturalista, os princípios efetivamente não eram normatizados, eles decorriam do próprio ordenamento jurídico com o propósito de preencher os espaços vagos da lei, reconhecendo e valorizando a importância do Direito Natural.

Nessa fase, por se buscar um direito mais justo, que protegesse o homem dos abusos e arbitrariedades dos governantes, tinha-se uma ligação com o Direito Natural. Porém, com ele não se pode confundir.

Os princípios na fase jusnaturalista representavam apenas um ponto de verificação do que poderia ser compreendido como justo ou não, por decorrer de processo de valoração do Direito tendo uma atuação suplementar. No estudo do pensamento jusnaturalista é muito frequente o entrelace entre o Direito Natural e o Direito Positivo, que contribuiu para a utilização dos princípios. O próprio Norberto Bobbio (1995) desenvolveu teses apontando a superioridade do Direito Natural em face do Direito Positivo.

Na segunda fase, juspositivista, há um contraponto do jusnaturalismo. Enquanto esse desvaloriza uma norma que careça do ideal de justiça, para o outro, só será justa se atender a preceitos de validade, ou seja, se decorrerem do sistema jurídico constituído. Nessa concepção, os princípios gerais de direito serviriam como norte principiológico para a aplicação do direito positivo. Nessa fase, o ordenamento jurídico era suprido quando das ocorrências de lacunas pelos próprios princípios obtidos no próprio sistema, em caráter de autossuficiência.

Nesse cenário, os princípios passaram a ocupar um papel mais consistente no ordenamento jurídico. No entanto, os princípios eram reconhecidos como a produção do próprio sistema jurídico.

A terceira fase, identificada como pós-positivista, com a receptividade nas Constituições de um arcabouço principiológico, permitiu uma modificação da concepção dos princípios no cenário jurídico, ganhando um caráter normativo valorativo.

Da nova leitura da atuação principiológica, no sistema jurídico, torna-se necessário, ainda que brevemente, traçar a compreensão entre normas, regras e princípios. A doutrina aponta que os princípios e as regras são espécies do gênero norma.

Cumpramos ressaltar o pensamento de Robert Alexy, destacado na obra de Bonavides (2002, p. 249), que promove distinção entre princípios e regras, a partir de uma concepção axiológica. Do trabalho do referido autor sobre a Teoria dos Princípios visualiza-se que as regras estão ligadas às questões de validade enquanto os princípios estão ligados a valores que sejam juridicamente previstos no ordenamento jurídico. Entre as principais distinções entre regras e princípios apresentadas por Alexy (1997, p.87) podemos destacar a generalidade, o mecanismo de solução de conflitos de regras e colisão de princípios.

Destaque também deve ser dado ao trabalho desenvolvido por Ronald Dworkin em relação aos princípios, ao entender que o direito abrange regras e princípios, com funcionamentos inconfundíveis. Contudo, ressalta de igual forma que a colisão de princípios deve possuir solução, a partir de uma perspectiva valorativa, ao passo que o conflito de regras deveria ser solucionado sob a perspectiva da validade.

Por certo, Ronald Dworkin prestou grande serviço teórico a Teoria dos Princípios e ao sistema de normatização principiológica. Segundo Sarlet (2001, p.61), Dworkin contribuiu sobremaneira para que os princípios como normas, nos textos constitucionais atuais, sirvam de alicerce normativo valorativo. Gustavo Neves bem sintetiza o pensamento do referido teórico ao apontar que:

‘Para Dworkin, os princípios são standards, as ideias básicas do direito. Dividir-se-iam os standards entre diretrizes políticas e princípios propriamente ditos, devendo as primeiras ser respeitadas, e os segundo, implementados. Os standards se distanciariam das regras devido ao seu modo de aplicação: as regras são plicadas através de proposições disjuntivas – ou incidem, ou não. Já os princípios aceitam gradação em sua incidência, que deve ser regulada judicialmente. Seu método de aplicação é a ponderação de bens ou interesses, referindo-se especialmente à solução de antinomias e perplexidades (“hard cases”)’. (NEVES, 2002, p. 12-13).

Por certo, percebe-se que a normatização dos princípios apresenta-se de forma crescente da fase jusnaturalista, com uma mínima expressão normativa, para a fase juspositivista, com expressividade normativa perceptível, até desembocar na fase atual, denominada pela doutrina de pós-positivista, em que os princípios encontram-se como verdadeiras normas dotadas de supremacia no ordenamento jurídico.

3. A FUNCIONALIDADE DOS PRINCÍPIOS NO SISTEMA JURÍDICO

Faz-se necessário realçar a importância que os princípios exercem no sistema jurídico, uma vez que funcionam como verdadeiros alicerces de todo ordenamento, passando a exigir de todos a sua observância.

Tanto assim que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”, uma vez que a inobservância “implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos” (MELO, 1991, p. 300).

Os princípios podem ser representados, metaforicamente, como a base de um edifício. Tem-se na construção civil que a fundação é a parte mais importante do processo de construção de um edifício, tendo em vista que será ela que sustentará toda a estrutura, lhe prestando segurança e solidez.

Com os princípios jurídicos, não é diferente. O ordenamento jurídico está amparado em uma base principiológica e, no caso do sistema brasileiro, o legislador constituinte estabeleceu como princípio maior o da dignidade da pessoa humana.

Ainda nessa representação metafórica, pode se observar que além do princípio maior (dignidade da pessoa humana), cada sistema ou microsistema jurídico, como é o caso do Direito do Consumidor, possui princípios específicos, com funções relevantes, que devem ser observadas, sob pena de violar o referido sistema. Para tanto, torna-se relevante compreender a funcionalidade dos princípios jurídicos, de modo a permitir ao operador do direito a exata dimensão e aplicabilidade dos mesmos na concretude dos atos.

Os princípios desempenham múltiplas funções dentro do ordenamento jurídico, a partir de uma

vertente multifacetária. Dessa diretriz multifuncional, algumas funções se destacam, dentre elas, a função estruturante.

Na função estruturante, os princípios se prestam a dar unidade e harmonia ao sistema jurídico, formando uma verdadeira estrutura de sustentação, como uma viga ou coluna que ampara e promove solidez. Não é outra a razão que levou Miguel Reale a asseverar que os princípios estabeleciam “verdades estruturantes” de um sistema jurídico. (REALE, 1995, p.299).

Como será tratado adiante, na particularidade do Direito do Consumidor, a vulnerabilidade, a segurança, a informação e, principalmente, a boa-fé objetiva estruturam o microsistema consumerista, servindo de base e estrutura para todo o campo de proteção do consumidor, permitindo ao operador do direito compreender a filosofia protetiva.

No Direito do Consumidor, a função estruturante dos princípios se destaca, principalmente, em decorrência das luzes constitucionais que estabeleceram o vetor da proteção como um direito fundamental, impondo um ônus ao Estado de proteger e defender o consumidor. Com propriedade, Celso Antônio Bandeira de Melo ao discorrer sobre os princípios do direito bem ressaltou a função estruturante ao aduzir que:

‘Princípios é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo’. (MELLO, 1998, p. 629-630).

Ao lado da função estruturante, os princípios se prestam ainda a condicionar a atividade do intérprete, servindo como linha mestre do sistema jurídico. Os princípios enaltecem o papel do operador do direito, lhe atribuindo um norte a ser seguido na missão de interpretar normas, institutos, regras e permitindo apresentar soluções para as querelas jurídicas.

O operador do direito no âmbito do sistema de consumo deverá utilizar os princípios consumeristas como vetores interpretativos. Assim, o intérprete da norma consumerista deve se guiar pela essência da vulnerabilidade do consumidor, princípio basilar do sistema de consumo. Geraldo Ataliba bem descreve os rumos dessa função dos princípios, asseverando que:

‘Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos de governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências’. (ATALIBA, 1985, p. 617).

Destarte, os princípios determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir. Discorrendo de igual forma sobre o tema de igual forma sobre o tema, Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes reafirmam a importância dos princípios em um ordenamento jurídico, ponderando que:

[...] os princípios exercem uma função básica, qual seja a de serem os padrões teleológicos do sistema, com base nos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras, como peças integrantes de uma engrenagem jurídica que é posta em ação pelas diretrizes maiores

que dão movimento ao todo (BONATTO; MORAES, 2001, p. 28).

Vale ressaltar que a função condicionante do intérprete apresenta-se de forma dúplice, posto que além de instrumentar o intérprete com um vetor interpretativo, lhe impõe restrições na aplicabilidade, condicionando o intérprete aos limites do balizamento decorrente do princípio.

Por certo, a função interpretativa dos princípios ganha destaque na doutrina, principalmente, pelo caráter relevante na atuação do operador do direito. Destaque-se por oportuno o pensamento de Joaquín Valdés:

‘Las ideas fundamentales que la comunidade forma sobre su organización jurídica están llamadas a cumplir la triple función fundadora, interpretativa y supletoria. Supone esta nota característica que tales ideas básicas, por ser fundamento de la organización jurídica, asumen una misión directiva en el desarrollo legislativo necesario para la regulación de todas sus relaciones interindividuales y colectivas. Como igualmente cumplen un papel crítico (axiológico) capaz, en último término, de invalidar o derogar toda norma positiva que irreductiblemente muestre tajante oposición a aquellos principios. Y tanto una como otra función la realizan en virtud del denominado, en nuestro Derecho positivo, carácter informador, que también justifica su misión interpretativa, en relación a las demás fuentes jurídicas. Y residualmente podrán ser utilizados como fuente autónoma, de directa aplicación, para resolver o regular concretas situaciones jurídicas, en defecto de ley o costumbre, asumiendo así el carácter de fuente supletoria e integradora del ordenamiento jurídico’. (VALDÉS, 1990, p. 78-79).

Nessa concepção, os princípios teriam uma atribuição suplementar. Contudo, a função interpretativa deve ser vista em um caráter diferenciado, ao passo em, para um entendimento doutrinário contemporâneo e expressivo, os princípios figuram como verdadeiras normas jurídicas, devendo ser utilizados como fonte imediata do direito, de aplicação direta e não supletiva.

Por essa essência, os princípios são parte integrante e relevante do ordenamento jurídico, integrando um arcabouço único. O próprio legislador constituinte de 1988, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, destacou no texto constitucional brasileiro que os princípios, por ela consagrado, fazem parte do sistema jurídico. Oportuna é a transcrição do art. 5º, §2º da Constituição Federal Brasileira:

‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.

Como afirma Sérgio Cavalieri Filho, “os princípios servem para impor uma leitura normativa sistêmica, tanto na constituição quanto na interpretação das regras” (2011, p.35).

4. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

Como alhures aduzido, quando da verificação da função dos princípios, estes desempenham relevante papel no ordenamento jurídico. Porém, faz-se necessário compreender efetivamente a hermenêutica principiológica, para bem compreender o diálogo existente âmbito do Direito Civil e do Direito do Consumidor.

É cediço que a interpretação é tarefa precípua do operador do Direito. Este vive em constante processo interpretativo, posto que em seu labor habitual interpreta normas, regras, condutas, expressões

e, principalmente, princípios.

Nesse sentido, sustenta Jerz Wróblewski:

‘la interpretación legal juega un papel central en cualquier discurso jurídico. En el discurso jurídico-práctico se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales. En el discurso teórico-jurídico, en el nivel de la dogmática jurídica, la llamada la interpretación doctrinal se utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos. Las reglas legales se interpretan también en la actividad legislativa cuando el legislador tiene que determinar el significado de un texto legal ya existente y cuando considera las posibles interpretaciones que, en situaciones futuras, puedan tener las reglas que él va promulgar’. (WRÓBLEWSKI, 1998, p.17).

Porém, é preciso constatar que os princípios não podem ser interpretados em fatias, em pedaços, o processo interpretativo exige uma compreensão do todo, da estrutura nuclear valorativa do princípio. A interpretação em si, deve ter como propósito sempre atender ao interesse social a que a norma ou princípio se destina. Nesse particular, o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que na aplicação da lei, leia-se também dos princípios, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ponderando de forma relevante, Miguel Reale assevera que:

‘Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares’. (REALE, 1996, p. 285).

Assim, a hermenêutica jurídica oferece diversas técnicas para orientar o processo interpretativo, sendo doutrinariamente classificadas em: gramatical, sistemática, histórica, sociológica e teleológica.

Deve observar o operador do direito que as mais diversas técnicas interpretativas não devem ser aplicadas isoladamente. O campo de aplicação é o da efetiva integração, posto que não se excluem, mas dialogam entre si. Nesse sentido, sustenta Gonzalo Mourullo (apud SOARES, 2007, p. 32):

‘En realidad la interpretación de la norma jurídica es siempre pluridimensional, no unidimensional, y se va desarrollando desde diversas perspectivas. Se habla, como de todos es sabido, de una interpretación histórica, sistemática, gramatical y teleológica.

Cada una de estas interpretaciones nos ofrece distintos puntos de vista para comprender el sentido último de la norma’.

A técnica de interpretação gramatical, da qual o intérprete exerce a sua atividade analisando as expressões normativas, com uma perspectiva etimológica, tem se mostrado pobre e superada na contemporaneidade. No âmbito da análise de um princípio sob essa perspectiva se percebe que o núcleo não é atingido, face às restrições do hermeneuta.

Em outra dimensão, a técnica sistemática, para alguns doutrinadores, denominada de lógico-sistemática, a atuação do intérprete é ampla, ultrapassando os contornos limitativos da norma ou do

princípio. Nessa técnica, o hermenauta analisa o princípio considerando todo o sistema, bem como a ordenamentos paralelos que sejam com eles compatíveis. No que toca ao Direito do Consumidor, por exemplo, o princípio da boa-fé objetiva deve ser visto de forma a atender a diretriz protetiva do consumidor.

Nesse particular, abre-se porta para o diálogo de fontes normativas diversas. Assim, os princípios também devem se comunicar, emanar luzes e receber luzes. Com essa técnica interpretativa, o operador do direito habilita-se a iniciar um processo de ponderação para solucionar eventual conflito de aplicação principiológica.

Com campo relevante para o Direito do Consumidor, a técnica interpretativa histórica permite ao hermenauta analisar os antecedentes do preceito normativo vigente, perquirindo as razões, motivos e fatos que levaram ao surgimento do comando normativo ou principiológico analisado. No caso do princípio da vulnerabilidade, imperativo no sistema de consumo, o hermenauta deve constatar que o consumidor, historicamente, foi alvo de práticas abusivas e que ao interpretar o referido princípio deverá compreender as razões de um sistema protetivo.

A outra técnica interpretativa é a sociológica, que tem como escopo promover efetividade à norma jurídica e ao princípio analisado. O princípio passa a ser interpretado em reflexo às necessidades sociais, aos fins sociais. Nesse mesmo sentido, o processo teleológico procura a finalidade da norma e do princípio no ordenamento jurídico, os fins a que ele se destina, servindo de parâmetro para os demais processos interpretativos.

No âmbito do sistema de consumo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) brasileiro, com estrutura e diretriz principiológica, deve ter seus princípios interpretados a partir de uma atuação harmônica do intérprete, prestigiando a essência protetiva, em razão da vulnerabilidade do consumidor. Por certo, os princípios no CDC precisam ser interpretados sob a perspectiva de dois outros princípios: dignidade da pessoa humana e vulnerabilidade.

Assim, efetivamente, no aspecto hermenêutico, não apenas as regras jurídicas devem ser interpretadas em favor do consumidor, como inclusive dispõe o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, mas, principalmente os princípios, posto que são eles que conduzem a atuação do operador do direito no sistema jurídico.

5. O DIÁLOGO DOS PRINCÍPIOS ENTRE O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Faz-se necessário visualizar o mapeamento principiológico que norteia o sistema privado e as vertentes que seguiram para o Direito do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, editado no início da década de 90, inaugurou o sistema normativo brasileiro como um microsistema específico voltado à defesa do consumidor. Antes da Lei 8.078/90 – CDC – as relações de consumo eram reguladas pelo Código Civil de 1916, normatização de estrutura nitidamente ideológica.

O Código Civil anterior guardava na sua concepção um referencial ideológico voltado para a valorização do patrimonialismo, individualismo e por uma estrutura patriarcal. A essência era a preocupação com a propriedade, tendo o homem como o centro da tutela jurídica, em detrimento das mulheres.

Esse modelo jurídico já não mais atendia aos interesses sociais, que buscavam por uma efetividade e melhor regulação de temáticas específicas. Desta forma surge a necessidade de se instituir movimentos

pela reformulação ou elaboração de um novo Código, que veio posteriormente, de fato, a surgir.

Iniciou-se no ordenamento jurídico brasileiro um processo de descentralização jurídica, com a criação dos microsistemas jurídicos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, normas com vertente principiológica acentuada. Nesse sentido, o ordenamento jurídico privado passou a valorizar efetivamente o campo principiológico.

Com a edição do Código Civil de 2002, ficou bastante nítido o modelo principiológico adotado: tripé principiológico. A nova codificação passou a ser estruturada pelos princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade.

A eticidade, como princípio, proporciona uma valorização do comportamento lastrado na boa-fé, na sua concepção objetiva. Assim, o princípio emana luzes indicativas de proteção e tutela para quem atua corretamente e sanção e responsabilização para quem atua de má-fé. A eticidade no Direito do Consumidor exige que o consumidor atue no mercado de consumo de forma honesta e correta, não se utilizando do sistema protetivo para obter fins indevidos.

O princípio da sociabilidade, por sua vez, valoriza os aspectos sociais, trazendo para o direito privado as luzes da funcionalidade social. A própria função social da propriedade é um exemplo de materialização do referido princípio. A sociabilidade pode ser facilmente representada pela expressão proeminência do coletivo em detrimento do individual. Não que as normatizações privadas não tenham em sua essência a proteção do indivíduo, mas passaram a ter que exercer uma funcionalização.

Por outro lado, o princípio da operabilidade apresenta duas dimensões, na medida em que busca facilitar o acesso do operador à norma, aproximando o campo de manuseio e de aplicação de institutos jurídicos. Outrossim, busca enaltecer o papel do operador do direito com a inserção de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, retirando do operador a mera função de reproduzidor da lei, lhe emprestando agora a condição de agente atuante no processo de aplicação normativa.

Pois bem, esse tripé principiológico, embora nítido no Código Civil de 2002, também se fez presente no Código de Defesa do Consumidor. A partir dessa identificação é que se percebe que os princípios das referidas codificações devem se comunicar. O diálogo principiológico também se faz necessário, como deve ocorrer, por exemplo, em relação à boa-fé objetiva que possui registros específicos nos dois diplomas legais.

Ao passo em que a boa-fé objetiva se faz presente expressamente nas referidas codificações, outros princípios não se apresentam da mesma forma, exigindo do operador do direito o verdadeiro diálogo principiológico, como é o caso do princípio da informação, transparência, função social, dentre outros. Somente com o diálogo principiológico será possível aplicar adequadamente os princípios existentes no ordenamento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visualizar a importância dos princípios no sistema jurídico habilita o operador do direito a compreender a base e o horizonte de um ordenamento. Assim, por todo o exposto no presente escrito percebe-se que os princípios percorreram um processo evolutivo para alcançar o caráter e força de norma, com relevante atuação nos mais diversos sistemas jurídicos.

Identificar a funcionalidade dos institutos tem-se apresentado como uma das grandes missões do operador do direito contemporâneo. Nessa perspectiva, os princípios apresentam uma função relevante no

sistema jurídico de defesa do consumidor na medida em que viabiliza ao operador do direito destinar uma essência protetiva eficiente para um sujeito de direito especial, o consumidor.

A doutrina e os teóricos se debruçaram no campo da Teoria dos Princípios de forma a nortear os operadores do direito a devida adequação e aplicação dos princípios no ordenamento jurídico. Na tarefa de destinar a melhor aplicação dos princípios no ordenamento jurídico como um todo e em especial no Direito do Consumidor, a função interpretativa dos princípios apresenta-se de fundamental importância.

No direito do consumidor e no direito civil, as respectivas normas apresentam-se como normas principiológicas, posto estarem estruturadas e lastreadas em princípios que balizam o sistema protetivo do consumidor e o sistema civil privado. Nesse particular os princípios desenvolvem papel relevante na estrutura protetiva do consumidor, permitindo ao operador do direito uma compreensão e aplicação adequada da norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 2.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARRIGHI, Jean M. Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina. In, Gabriel A. Stiglitz, *Derecho del Consumidor 1*. Argentina: Editora Juris, 1991.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. Revista dos Tribunais, 1985.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *Constituição Federal Vista pelo STF, 2a edição*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Novo Direito Constitucional Brasileiro, Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del derecho*, 3a edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*, 3a edição, São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Compendio de Introdução à Ciência do Direito*. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais. 2002.

FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da comunicação social. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa. 6ª ed. Ver. Amp. Curitiba. 2004.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN; Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos matérias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Lições preliminares de direito. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 1995.

MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos fundamentais das relações jurídicas privadas, in Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado. Salvador, 2002.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os Princípios entre a teoria Geral do direito e o Direito Civil. In: Gustavo Tepedino ET alii. (org.). Diálogos sobre o Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor: com exercícios. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINHEIRO, Jorge Augusto de Medeiros. Protección del consumidor en Argentina y Brasil. Buenos Aires: Editorial, JAMP, 2005.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, 22. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

RUSCONI, Dante. Manual de derecho del consumidor. 1ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A nova interpretação do Código brasileiro de Defesa do Consumidor.

São Paulo: Saraiva, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito civil e do Direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORRES, Silvia Faber; TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. Dicionário de Princípios Jurídicos, Rio de Janeiro, editora Campus Jurídico, 2011.

VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. Los principios generales del derecho y su formulación constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCEDIMENTO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Lívia Quintão Pimenta¹⁰⁰

RESUMO

O presente artigo tratará do direito a prestação jurisdicional de forma tempestiva prestada em procedimento de duração razoável, livre de dilações indevidas, delimitando seus liames frente ao Estado Democrático de Direito. Atualmente, não é permitido pensar em Direito Processual sem adequações às suas bases constitucionais e, por isto, far-se-á a aproximação entre Processo e Constituição, especificamente à garantia da razoável duração do procedimento no Direito Constitucional Brasileiro. Ademais, um processo célere não quer significar necessariamente um procedimento com razoável duração, ou seja, efetivo. A função jurisdicional é poder-dever do Estado, sendo direito fundamental do povo a obtenção de um provimento legítimo, obtido em procedimento sem dilações indevidas, que respeite o devido processo legal. O direito ao procedimento com duração razoável é imposterável, devendo ser respeitado sob pena de responsabilização do Estado pelo seu não cumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Processo, Duração Razoável dos Procedimentos, Responsabilidade do Estado, Estado Democrático de Direito.

100 Pós-Graduada em Direito Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal e Direito Administrativo. Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. E-mail: livpimenta@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A inserção do inciso LXXVIII ao rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição da República de 1988, operada pela emenda constitucional n. 45, de dezembro de 2004, assegurou ao cidadão o direito-garantia fundamental de razoável duração do procedimento. Em outras palavras, por força do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, os cidadãos passaram a ter não apenas o direito jurisdição, como também de que esta seja exercida dentro de um lapso temporal razoável.

O objeto central do presente artigo consiste na análise teórica desse princípio constitucional e de seus desdobramentos quanto à aplicabilidade e operacionalidade no Direito Processual Democrático, já que na atualidade, a morosidade judicial é severamente repudiada.

Contudo definir a duração razoável do procedimento, bem como quais seriam os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, e ainda especialmente, no âmbito do direito processual civil não é uma tarefa fácil. Trata-se de um princípio constitucional e por isso deve ser primeiramente analisado sob o aspecto do direito constitucional como uma garantia fundamental.

Após tais ponderações, far-se-á necessário especificar os limites da responsabilidade civil do Estado na aplicação do princípio da duração razoável do procedimento dentro de um Estado Democrático de Direito, bem como, analisar se a efetividade da prestação jurisdicional é uma obrigação, especialmente para aqueles a quem delegamos a importante missão de solucionar os conflitos.

2. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCEDIMENTO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL CONJUGADA COM OUTROS PRINCÍPIOS DO TEXTO CONSTITUCIONAL

O princípio da duração razoável do procedimento surgiu expressamente, entre as normas constitucionais, apenas com o advento da emenda constitucional de n. 45/2004. Contudo, a busca por procedimentos sem dilações indevidas, ou a razoável duração do procedimento não é uma novidade na esfera jurídica. O primeiro texto supranacional que tratou sobre o assunto foi a Convenção Européia¹⁰¹ para salvaguarda das liberdades fundamentais e o direito do homem, a qual foi assinada em 04 de novembro de 1950.

Em seu artigo 6º, inciso I, prescreve: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela¹⁰²”. Com isso, o direito da duração razoável passou a constar expressamente nos textos supranacionais.

101 Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci ressaltam que foi a partir deste diploma legal que “o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo, de carácter autónomo, de todos os membros da coletividade à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da proibição do non liquet.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria). Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 103)

102 Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais>.

Após essa Convenção, em 22 de novembro de 1969, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, que foi realizada em São José da Costa Rica, aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica. Vale ressaltar que, no Brasil, o pacto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, sendo promulgado pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Neste sentido, o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8º, inciso I, estabeleceu que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formalizada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza ¹⁰³.

Desta forma, foi a primeira vez que a expressão duração razoável do procedimento se incorporou em uma normatização brasileira. Sendo assim, percebe-se que a EC 45 não trouxe um preceito novo ao ordenamento jurídico.

A propósito da denominação dessa garantia, é preciso alertar para uma incorreção terminológica adotada repetidamente nos textos legais e doutrinários. Não se pode conceber uma duração razoável do “processo”, mas tão somente do procedimento. O processo é uma instituição constitucionalizada¹⁰⁴ e, nessa condição, ele é encarado como um verdadeiro direito-garantia fundamental da pessoa. Com isso, é inconcebível uma duração razoável do “processo”, por não ser possível ser mensurado no tempo, e tão somente na sua estrutura procedimental. Ao se cogitar então o princípio da duração razoável do “procedimento” tem-se a denominação correta dentro do contexto democrático do processo constitucionalizado.

Após importantes considerações, a grande inovação que a emenda constitucional 45/2004 trouxe foi a constitucionalização do preceito da duração razoável, elevando-o a direito fundamental, pertencente às cláusulas pétreas. Nessa qualidade, a garantia da duração razoável do procedimento passa a ser intangível, sendo “garantia de permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais ¹⁰⁵”.

Comporta aduzir que, se determinada norma jurídica tiver algum vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana e sendo esta reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, se enquadrará nos preceitos de um direito fundamental.¹⁰⁶

Nessa enseada, a duração razoável do procedimento vista como garantia fundamental, disciplinada

103 Convenção Americana de Direitos Humanos, disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/biblioteca-virtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 06 de julho 2017.

104 Conforme preconiza Rosemiro Pereira Leal. Teoria geral do processo: primeiros estudos, 2004, p. 95-96: “O processo, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico). A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional

105 De acordo com João Paulo dos Santos Melo. Duração Razoável do Processo, 2010, p. 69.

106 George Marmelstein. Curso de direitos fundamentais, 2009, p. 21: “Falar que os direitos fundamentais são normas constitucionais significa, por exemplo, aceitar a sua supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos direitos fundamentais), bem como realça a sua força normativa, elemento essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos...”.

na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXXVIII¹⁰⁷, apresenta características específicas que facilitam extremamente a sua proteção e efetivação judicial.

Com fulcro, no §1º, do artigo 5º¹⁰⁸ da CR/88, as normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais tem eficácia plena e imediata, portanto, são diretamente vinculantes e exigíveis. Tem-se então um reforço constitucional, que vem com o objetivo de evitar o esvaziamento da eficácia normativa dos direitos fundamentais. Essencial dizer que, mesmo não tendo uma lei que regule a sua aplicabilidade, devem ser aplicados imediatamente de forma efetiva.

Contudo, apesar de ter a eficácia plena e imediata, os direitos e garantias fundamentais não podem ser vistos de forma absoluta. Ao interpretar as normas que os tratam deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, pois é através dele que são feitas ponderações e harmonizações de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, em vista das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso situação problema que se apresente. Nestes termos, o princípio da proporcionalidade constitui um instrumento indispensável ao aplicador das normas, especialmente àquelas que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais, para assim, estabelecer limites e dirimir conflitos diante de casos concretos.

À luz das disposições anteriormente referidas, a razoável duração do procedimento deve estar atenta ao preceito do devido processo legal¹⁰⁹. Assim, os legisladores e operadores do direito devem criar mecanismos que consigam repartir de maneira igualitária o fator tempo do procedimento, sem, no entanto, prejudicar as garantias já existentes. A cláusula do devido processo legal, para Cândido Rangel Dinamarco, “prossegue sendo repositório sintético de todas as garantias em particular, de modo que, não será legítimo, por violação a ela, o processo que não atenda a qualquer uma delas”¹¹⁰.

O princípio do devido processo legal exige que o processo seja julgado por um Tribunal competente, com possibilidade de ampla defesa, produção de provas, em um procedimento de duração razoável. No Estado Democrático de Direito, é o devido processo legal que permite que os destinatários das normas fiscalizem a eficácia dos direitos e o seu conteúdo normativo que, se “exercíveis a seu tempo e de modo ininterrupto (ao longo de uma fiscalidade processual difusa e irrestrita), teriam efeito preventivo das infracionalidades e da miséria social”¹¹¹.

Nesse contexto, a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável garante o efetivo acesso à justiça, ou seja, o direito a prestação jurisdicional dentro de um tempo aceitável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva. Ensinam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico de todos os direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar o direito de todos¹¹²”. Nota-se, então, que a duração razoável do procedimento é manifestação do direito fundamental ao acesso à justiça.

Novamente, Cappelletti e Garth, demonstram que “O acesso não é apenas um direito fundamental,

107 “Art. 5º, LXXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004)”

108 “Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

109 Conforme Ronaldo Brêtas C. Dias. Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2005, p. 232: “[...] o devido processo legal desponta como um bloco aglutinante e compacto de várias garantias fundamentais, a saber: o amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; do juízo natural; do contraditório; da plenitude de defesa e os meios a ela inerentes; da fundamentação racional das decisões jurisdicionais; e de um processo sem dilações indevidas”.

110 Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, 2001, p. 181.

111 Rosemiro Pereira Leal, Processo e Democracia – A Ação Jurídica como Exercício da Cidadania, p. 6-7.

112 Mauro Cappelletti e Bryant Garth, Acesso à Justiça, 1988, p. 11-12.

crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”¹¹³.

A Constituição da República de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV¹¹⁴, “não quer apenas dizer que todos tem direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos tem direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”¹¹⁵.

É neste diapasão que a duração razoável do procedimento incide de forma clara e profunda no princípio do acesso à justiça, ampliando a tutela jurisdicional, tornando-o mais efetivo. Assevera Ronaldo Brêtas:

[...] o direito fundamental do povo de acesso a jurisdição (CF, art. 5º, inc. XXXV), envolve o direito de obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável. Se descumprida esta recomendação, a função jurisdicional do Estado se qualifica, como inacessível ao povo, por não apresentar solução decisória em tempo útil, no processo que a provocou, em aberto desrespeito ao texto da Constituição (art. 5º, inc. LXXXVIII), impondo ao Estado a obrigação de reparar os danos causados, se o prejudicado a requerer em processo próprio¹¹⁶.

Destaca-se também, o princípio da eficiência, sendo este outro princípio de envergadura constitucional que embasou a garantia da razoável duração do procedimento no âmbito interno da nossa ordem jurídica, inserido no artigo 37, caput: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”. O princípio da eficiência constitui dever jurídico do Estado e “pressupõe por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização de meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, qual seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo¹¹⁷”.

Por todo o exposto, não resta dúvida que a duração razoável do procedimento seja uma norma de direito fundamental, mas ela deverá ser conjugada com outros postulados fundamentais previstos no texto constitucional. Além disso, o Estado Democrático de Direito assenta sua base especialmente no amplo rol de direitos e garantias fundamentais que estão consagrados constitucionalmente, não sendo admissíveis então pretextos para violar esses direitos e garantias.

3. O VAGO CONCEITO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO TRÂMITE PROCEDIMENTAL

No que tange a duração razoável do procedimento, torna-se necessário esclarecer terminologicamente o que vem a ser e qual seria o alcance da expressão “duração razoável” inserida no texto constitucional, pois o caráter de um procedimento sem dilações indevidas deve ser apreciado conforme várias circunstâncias dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito.

Para a análise desse preceito, é importante fazer ilações a respeito do alcance e real sentido da norma. José Emilio Medauar Ommati nos ensina:

113 Mauro Cappelletti e Bryant Garth, Acesso à Justiça, 1988, p. 13.

114 Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

115 Luiz Guilherme Marinoni. Novas Linhas do Processo Civil, 2000, p. 28.

116 Ronaldo Brêtas C. Dias. Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2005, p. 232-233

117 Ronaldo Brêtas C. Dias. Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2005, p. 235.

Segundo o paradigma do Estado Democrático de Direito, o Direito é não somente um conjunto de regras, mas regras e princípios que concorrem entre si para a solução do caso concreto. Com a perspectiva principiológica, abre-se a perspectiva de que as normas servem exatamente para regular o caso concreto e que, no processo de aplicação do Direito são as situações fáticas que determinarão a norma adequada para regular o caso¹¹⁸.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “as regras e princípios são duas espécies de normas jurídicas¹¹⁹”. Podemos dizer então que, para este autor tanto os princípios quanto as regras são espécies do gênero maior denominado de normas.

Verificando-se determinados pressupostos, como a exigência, a permissão ou a proibição de algo em termos definitivos, teremos as regras; já os princípios, exigem a realização de algo da melhor maneira possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, não se exigindo, proibindo ou permitindo algo, o que os diferem das regras, mas ambos são considerados normas. Têm-se as normas jurídicas como um gênero, do qual fazem parte os princípios e as regras.

Podemos indicar alguns parâmetros para avaliar a razoabilidade da duração do procedimento, valendo-se da jurisprudência firmada pela Corte Européia dos Direitos do Homem, embora algumas vezes seja chamada para autores franceses e italianos de Corte de Estrasburgo (Cour de Strasbourg; Corte di Straburgo)¹²⁰. A Corte “vem impondo aos Estados signatários a obrigação de pagar indenização por danos materiais e morais aos prejudicados, pelo descumprimento das normas do seu artigo 6º¹²¹”.

Foi a partir de reiteradas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que se chegou aos parâmetros objetivos para se verificar a violação ou não da garantia da razoável duração. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, a Convenção Européia representa um mecanismo judiciário, “(...) criado com o objetivo de assegurar a garantia coletiva de certos direitos, considerados como fundamentais a toda sociedade democrática¹²²”.

Para a maioria dos doutrinadores, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise de três critérios: “a complexidade das questões de fato e de direito discutidas no processo, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação dos órgãos jurisdicionais no caso concreto¹²³”.

O primeiro critério a ser analisado pela Corte no caso concreto é a complexidade da causa. Essa complexidade se deve a circunstâncias como: inquirição de varias testemunhas, expedição de carta rogatória para o estrangeiro, pluralidade de litisconsortes, necessidade de nova produção de provas, dentre outras. Já o segundo critério, comportamento das partes, sendo um elemento objetivo, deve ser levado em consideração se ocorrer excesso de prazo na razoável duração do procedimento. E o terceiro critério é a atuação dos órgãos jurisdicionais. Com esse último critério, a Corte ao determinar que os Estados estructurem seus órgãos jurisdicionais de forma a evitar a excessiva duração do procedimento, faz com que a lentidão do Estado seja uma das maiores causas de violação da garantia de um pronunciamento jurisdicional sem as dilatações indevidas.

118 José Emilio Medauar Ommati. Paradigmas Constitucionais e Inconstitucionalidade das Leis, 2003, p. 26.

119 José Emilio Medauar Ommati. Paradigmas Constitucionais e Inconstitucionalidade das Leis, 2003, p. 26.

120 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional. 2004, p. 199

121 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional. 2004, p. 199.

122 José Alfredo de Oliveira Baracho, A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (A Convenção Européia dos Direitos do Homem), 1998, p. 11/23.

123 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional. 2004, p. 200.

Nessa mesma seara, a inércia dos órgãos jurisdicionais entendida como causadora das dilações indevidas abrangeria a ineficiência em impulsionar atos do processo nas suas diversas fases, bem como atrasos causados pela ausência de cumprimento de prazos estabelecidos nos ordenamentos processuais, os injustificados prolongamentos das chamadas etapas mortas do processo que separam a realização de um ato processual de outro imediatamente seguinte, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado na lei¹²⁴.

Também poderá ser considerada como dilação indevida pela Corte, a hiperatividade desordenada dos órgãos jurisdicionais nos processos, quando de maneira tumultuária, de provas desnecessárias, por exemplo, inquirição de testemunhas e prova inócua, verifica-se mais tarde que ao ser proferida a decisão, que aquelas provas não solucionaram a demanda¹²⁵.

Por tais razões, a expressão “dilações indevidas” tem como significado o alargamento das etapas ditas mortas do processo, representando, pois, todas as situações de inércia absoluta dos órgãos jurisdicionais ou o descumprimento de prazos previamente fixados na lei¹²⁶. Nesse mesmo diapasão, José Rogério Cruz

Tucci ensina que:

os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal fixado, e, sempre sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários¹²⁷.

Quando se fala em duração razoável do procedimento vem em nossa mente a palavra tempo¹²⁸. Só que a relação entre o tempo e o procedimento é uma (in)constante¹²⁹, podendo ter diversas variações, dependendo assim de cada caso concreto. Afirma Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini que se pode definir prazo razoável como o direito de se obter uma decisão dentro de prazos legais estabelecidos previamente, ou, não havendo tal fixação temporal, seja o prazo proporcional e adequado à complexidade de cada caso¹³⁰.

O que se busca realmente é conseguir delinear qual seria o tempo razoável para a duração de um procedimento dentro de um Estado Democrático de Direito. E conforme o que já foi exposto, podemos constatar que para obtermos procedimentos sem dilações indevidas há que se buscar por meio do ordenamento jurídico vigente, uma prestação jurisdicional de forma eficiente.

124 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 201.

125 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 201.

126 Nesse mesmo sentido: Ronaldo Brêtas C. Dias. A reforma do Judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº. 80, ano XXXV, p. 113-123, janeiro/junho de 2005.

127 José Rogério Cruz e Tucci. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas (Responsabilidade do Estado pela intempetividade da prestação Jurisdicional). In: César Augusto de Castro Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá, Ronaldo Brêtas C. Dias (Coord). Temas atuais do Direito Processual Civil, 2001, p. 172-173.

128 Segundo José Rogério Cruz e Tucci. Tempo e Processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), 1997, p. 14: “resolve-se numa sucessão de determinações temporais, a permitir harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando dessa forma o proceder rítmico do fenômeno, elemento de fundamental importância para a organização do procedimento”.

129 Conforme Fernando Horta Tavares, Bruno Ferreira Bini de Mattos, Êrico Vinícius Prado Casagrande e Zamira de Assis, Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2008, p.147.

130 Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, 2003, p. 15.

4 OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS DILAÇÕES INDEVIDAS DO PROCEDIMENTO

Após a publicação da Emenda Constitucional 45/04, a população brasileira não tem só o direito fundamental à função jurisdicional, mas que essa atividade devida pelo Estado, seja prestada em um tempo razoável, sem as dilações indevidas.

Só que a noção de Estado é determinante, pois é tida como um pressuposto a todo estudo de Direito Público de maneira geral e, no caso do Direito Constitucional, em particular. Ao se construir essa noção, evidencia-se uma conexão entre duas idéias: de poder e de direito. Dessa forma, José Alfredo de Oliveira Baracho pode observar que a conceituação de poder, apesar de apresentar-se de diversas maneiras e características, aparece de extrema importância para a teoria do direito, pois o modo de exercitá-lo pode afetar toda a ordem jurídica¹³¹.

Conforme Canotilho, o Estado é “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades”, dentre essas, “a qualidade de poder soberano, que tem como destinatários os cidadãos nacionais”¹³². Para ele, a função do estado aflora nos textos jurídicos como “exercício de poder”. Assim, as três funções atribuídas ao Estado atualmente: a legislativa, a administrativa e a judiciária são funções jurídicas a ele concedidas, pois se destinam a uma permanente observância do direito pelo Estado¹³³.

Nessa abordagem, Jorge Miranda constata que “todas as funções do Estado e todos os actos em que se desdobram não podem deixar de ser funções jurídicas”¹³⁴. Com isso, o Estado deve ser concebido como uma ordenação de diversas funções atribuídas a diferentes órgãos, onde não se deve considerar como separado o poder, mas sim a atividade jurisdicional, não existindo assim a existência de vários poderes do mesmo Estado¹³⁵. Rosemiro Pereira Leal oportunamente critica ao dizer que:

O que já se acha envelhecida, em nosso quadro histórico, é a expressão ‘poderes’ largamente usada nos meios acadêmicos jurídicos, filosóficos, sociológicos, econômicos,

como unidades místicas de comandos que podem mais do que a lei, do que o povo, do que o sistema jurídico constitucionalmente criado. Nas democracias, poder e tutela são conteúdos de legalidade devidamente produzida e não modos pessoais, judiciais, funcionais, corporativos ou organicistas de atuação do justo e do bom¹³⁶.

Com isso, embora a nossa Constituição Federal de 1988 mantém referência aos considerados arcaicos três Poderes do Estado - Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário - só podem ser compreendidos como complexos de órgãos, aos quais, as normas da Constituição Federal atribuem competências para o exercício das funções essenciais do Estado¹³⁷.

Dessa forma, superada se mostra a idéia de separação de poderes, com divisão absoluta de funções,

131 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 61.

132 José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1999, p. 85-86

133 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 62.

134 Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional, t.V, 1997, p. 9-11.

135 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 70.

136 Rosemiro Pereira Leal. Processo, Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático, 2001, p. 25.

137 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 74.

equivocadamente atribuída a Montesquieu que sempre apontou a necessidade de equilíbrio entre os poderes, resultando entre os ingleses e norte-americanos, o sistema de check and balances ou de freios e contrapesos, em que um poder limita o outro. Ilustra Chiovenda em sua obra que “à separação conceitual das funções não é possível corresponder uma separação absoluta de poderes. É de modo aproximativo que se opera a distribuição, no interesse do livre andamento da coisa pública”¹³⁸.

Em linhas gerais, essas funções fundamentais do Estado: jurisdicional, bem como as funções legislativa e administrativa, são inerentes a ele e todas elas são exercidas por intermédio de órgãos criados pela estruturação jurídica constitucional e nos limites das normas que compõem a ordem jurídica instituída. Conforme Aroldo Plínio Gonçalves, “O Estado exerce a função jurisdicional sobre o mesmo fundamento que o legitima a exercer, no quadro de uma ordem jurídica instituída, as funções legislativa e administrativa”¹³⁹.

A jurisdição para Oscar Von Bülow é a atividade pessoal do juiz sábio, intérprete sensitivo de leis sociais e humanas e não uma função do Estado de ditar o direito. Tal concepção, em muito influenciou o desenvolvimento da escola instrumentalista do processo, em que as partes são apenas meros expectadores da construção do provimento judicial. Nessa seara, fundou-se a denominada escola paulista de direito, ou melhor dizendo, a teoria instrumentalista do processo, composta por seguidores de Bülow. De acordo com esta teoria, o processo representa relação jurídica formada entre juiz, autor e réu, sendo instrumento da jurisdição.

A partir de tais premissas, conclui-se que o processo, segundo essa corrente, possui escopos metajurídicos (éticos, políticos e sociais) e ao juiz são atribuídos amplos poderes. Todavia, há muito já está superado o conceito de que a jurisdição é a atividade de ditar o direito, representando ato isolado do juiz no exercício de suas atribuições. Tal definição advém da escola instrumentalista, e segundo tal corrente, a função jurisdicional constitui, em verdade, uma expressão do poder estatal que, por natureza, é uno e indivisível.

Há, portanto, grande subjetivismo e imparcialidade do juiz na Escola Instrumentalista do Processo, já que o próprio processo apresenta escopos metajurídicos. Cândido Rangel Dinamarco defende que:

A descoberta dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação¹⁴⁰.

Feitas tais considerações, não há como afirmar a existência de escopos do processo, eis que cabe ao juiz, após participação das partes que irão sofrer os efeitos do provimento a ser emanado, apenas aplicar o direito conforme previsão do ordenamento jurídico, dentro do qual se acomodam as regras e os princípios. O magistrado, no exercício de sua função, deve colocar-se entre as partes de forma imparcial, ouvindo ambos os litigantes, conferindo-lhes a possibilidade de expor suas razões, de apresentarem suas provas.

O processo, sendo procedimento em contraditório¹⁴¹, com a participação das partes em seu

138 Giuseppe Chiovenda. Instituições de direito processual civil, 2000, p. 14

139 Aroldo Plínio Gonçalves. Técnica processual e teoria do processo, 1992, p. 50

140 Cândido Rangel Dinamarco. Instituições de direito processual civil, 2005, p. 145-146.

141 Ensina Rosemiro Pereira Leal. Teoria geral do processo: primeiros estudos, 2004, p. 92: “Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é o instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicio-

ínterim, irá permear a reconstrução dos fatos e a escolha da mais adequada interpretação da norma material a ser aplicada ao caso concreto. Com isso, o juiz não poderá vagamente invocar a lei ou exigências do bem comum quando da aplicação do ordenamento jurídico, pois tendo em vista o princípio do Estado Democrático de Direito, deve-se conceder aos cidadãos a possibilidade de participação discursiva em todas as fases processuais, assim como deve haver a submissão do Estado-Juiz à vontade popular.

No exercício de suas funções, se o juiz, proceder com dolo ou fraude e/ou se recusar, omitir, ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, o ordenamento jurídico brasileiro¹⁴² contém preceitos impondo à responsabilidade pessoal do juiz, obrigando-lhe o pagamento de perdas e danos às partes prejudicadas. Além disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.744¹⁴³, impõe a responsabilidade do juiz em situações mais específicas. Ocorre que, o sistema jurídico brasileiro, seguindo os cânones do Direito moderno, consagra tradicionalmente o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos danosos e ilícitos causados pelos agentes públicos aos particulares. Sendo assim, o Estado será solidariamente responsável nas situações de responsabilidade pessoal do juiz, podendo ajuizar uma ação de regresso contra qualquer agente público julgador em casos de dolo ou culpa.

Reconhecida normativamente a responsabilidade do Estado pelo funcionamento intempestivo do serviço público jurisdicional, há uma discussão entre os doutrinadores sobre a natureza dessa responsabilidade, se objetiva ou subjetiva. De acordo com Paulo Hoffman, estar-se-ia diante de hipótese de responsabilidade objetiva

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado - autor, réu, interveniente ou terceiro interessado -, independentemente de sair-se vencedor ou não na demanda, pelos prejuízos materiais e morais.¹⁴⁴

A prestação do serviço público de forma omissa tem levado à aplicação da teoria que possui origem francesa, da culpa do serviço público (*faute du service*). É a culpa não individualizada, anônima, pois o dano não decorre de uma atuação do agente público julgador, mas da omissão do Estado. Neste diapasão, distinguem-se três hipóteses: a) o serviço público funcionou mal; b) o serviço público não funcionou; c) o serviço público funcionou defeituosamente¹⁴⁵.

Se o dano é causado por omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou mal ou de maneira defeituosa), aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, pois não haveria nexo de causalidade entre o dano causado e o comportamento do Estado, conforme entendimento majoritário da doutrina¹⁴⁶. O

nal. É o contraditório conquista histórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional do Processo”.

142 Código de Processo Civil art. 133, incisos I e II e Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 49, incisos I e II.

143 Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será: I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.

144 Paulo Hoffman. Razoável duração do processo, 2006, p.99.

145 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 196.

146 Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2006, p. 967

Estado não agiu, não poderia, logicamente, ser o autor do dano, sendo assim, só caberia responsabilizá-lo caso estivesse obrigado a impedir o dano. Logo,

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva¹⁴⁷.

A violação ao direito fundamental à razoável duração do procedimento decorre do funcionamento defeituoso do serviço público, mais especificamente das situações de funcionamento tardio, vale dizer, “retardo da prestação do serviço público jurisdicional causado por dilações indevidas do processo, ou seja, atos jurisdicionais nele proferidos fora de um tempo razoável”¹⁴⁸.

Portanto, uma vez que a Constituição de 1988 é clara a respeito do direito fundamental do cidadão à razoável duração do procedimento, basta demonstrar que o prazo no qual foi solucionada a demanda não observou os preceitos do ordenamento jurídico vigente. Comprovando que os prazos previstos nas normas procedimentais não foram cumpridos pelo órgão jurisdicional, e que com isso surgiram prejuízos, será assegurado o direito à indenização, aplicando-se a responsabilidade objetiva do Estado, não obstante se falar em falta de serviço.

Em suma, a responsabilidade do Estado será objetiva, se o agente público julgador causar prejuízos a alguém, cometendo ato ilícito comissivo, agindo com dolo ou fraude, com embasamento na teoria do risco. Por outro lado, se o juiz, atua de forma culposa, deixando, por exemplo, de determinar providências que o ordenamento jurídico lhe impõe, praticando ato ilícito omissivo, causando assim prejuízos às partes,

a responsabilidade do Estado é subjetiva. Dessa forma, em qualquer das hipóteses do qual resulte prejuízo ao particular, haverá responsabilidade do Estado, que terá direito a regresso em relação ao agente público julgador.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição tem papel preponderante na satisfação dos direitos e garantias fundamentais, sendo que estes são auto-aplicáveis. Não obstante a isso, afirma-se que o princípio de direito fundamental à duração razoável do procedimento, antes mesmo da inserção do inciso LXXVIII ao rol do art. 5º, da Constituição de 1988, fora incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa, em razão da adesão do Estado brasileiro ao Pacto de São José da Costa Rica, em 1992.

Com isso, o princípio da duração razoável do procedimento foi elevado à plataforma constitucional brasileira já em 1992. Sua reconstitucionalização, por meio da emenda constitucional n. 45/2004, permitiu que o cidadão exerça controle de constitucionalidade das leis, atos normativos e atividades estatais (jurisdicional, legislativa e administrativa) que de alguma maneira se contraponham à aplicabilidade do referido princípio.

Vale ressaltar que, o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988 positivou os

147 Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 2006, p. 967.

148 Ronaldo Brêtas C. Dias. Responsabilidade do Estado pela função Jurisdicional, 2004, p. 196-197.

princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa e por isso o processo não pode afastar-se do modelo constitucional, e a construção deste deve ser feita pelas partes. A duração razoável do procedimento mostra-se relacionada ao conceito constitucionalmente ampliado de devido processo legal, de modo que a efetividade processual também passa pela sua concretização. Portanto, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e as demais garantias fundamentais devem ser conciliadas ao direito-garantia da duração razoável do procedimento, como forma de tornar o processo efetivo, legitimar a jurisdição e dar efetivação aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

A expressão “dilações indevidas” significa o alargamento das ditas etapas mortas do processo, representando, pois, todas as situações de inércia absoluta dos órgãos jurisdicionais ou o descumprimento de prazos previamente fixados na lei. O processo deve ter uma duração razoável, sob pena de se tornar inócua uma decisão tardia. Caso isso aconteça, os danos causados às partes litigantes e a terceiros em decorrência da demora do serviço público jurisdicional enseja a responsabilidade do Estado e, em alguns casos, responsabilidade pessoal do agente público julgador.

O direito fundamental do povo de acesso à jurisdição envolve o direito de se obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável, sem qualquer supressão ou diminuição de garantias processuais constitucionais. Por isso, o direito fundamental do cidadão à razoável duração do procedimento tem aplicabilidade plena e imediata, sendo esta impostergável, tendo em vista o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Andréa Alves. A efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira et. al. (Coord.). Estudos Continuados de Teoria do Processo vol. IV: A pesquisa jurídica no Curso de Mestrado em Direito Processual. Porto Alegre: Síntese, 2004.

ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reforma da lei processual civil. In: Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (A Convenção Européia dos Direitos do Homem). Brasília: Editora Revista dos Tribunais, v. 749, ano 87, p. 11-45, março de 1998, p. 11/23.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A crise no poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Síntese, ano III, v. 3, n. 15, jan/fev. 2002, p. 5-15.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3, ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Brian, Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. Trad. Ellen Gracie Northfleet.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual. [Instituzioni di diritto processuale civile]. 2. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º semestre. 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A reforma do Judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 80, ano XXXV, p. 113-123, janeiro/junho de 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A responsabilidade do estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito a jurisdição eficiente e garantia da duração razoável do processo na reforma do Judiciário. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 8, nº. 15, p. 230-240, 1º sem. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5. ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIÚZA, César Augusto Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de., DIAS, Ronaldo Bretás C., Temas Atuais de Direito Processual Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

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

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S.. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos da Liquidez e certeza na constitucionalidade econômica. In: Cássio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. São paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002, p. 748-754.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo, Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira et. al. (Coord.). Estudos Continuados de Teoria do Processo vol. II: A pesquisa jurídica no Curso de Mestrado em Direito Processual. Porto Alegre: Síntese, 2001, p.13-25.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense,

2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil. 4ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=508> Acesso em: 05 dez. 2011.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELO, João Paulo dos Santos. Duração razoável do processo. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, t.V. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Prazo razoável – direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 22, p.14-29, março/abril de 2003.

OLIVEIRA, Luiz Flávio de. A Razoável Duração do Processo na Perspectiva dos Direitos Humanos. In: ALMEIDA, Jorge Luiz de (Coord). A Reforma do Poder Judiciário, Campinas: Millennium, 2006.

TAVARES, Fernando Horta., MATTOS, Bruno Ferreira Bini de., CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado., ASSIS, Zamira de. Urgência das Tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado Democrático. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 11, nº. 21, p. 145-162, 2º sem. 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Constituição, Direito e Processo. Princípios Constitucionais do Processo. Curitiba: Juruá, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto no Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do Processo sem Dilações Indevidas (Responsabilidade do Estado pela intempetividade da prestação Jurisdicional). In: FIÚZA, César Augusto de Castro., SÁ, Maria de Fátima Freire de., DIAS, Ronaldo Bretás C. (Coord). Temas atuais do Direito Processual Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e Processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Convenção Americana de Direitos Humanos - Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 06 julho 2017.