

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 06 | 2012.2





Cadernos de Iniciação Científica

Nº 06 | 2012.2

Salvador, Bahia

2013

ISSN: 2176-0039

Capa:

Amanda da Silva Gonçalves

Editoração eletrônica:

Mariucha Ponte

(mariuchasp@gmail.com)



*Rua Visconde de Itaborahy, 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 | Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br*

Sumário

Capítulo I

DIREITO DE NÃO PERMANECER CASADO: UM DIREITO POTESTATIVO 9

Camila Sá Teles Oliveira

1. Introdução	12
2. Evolução Histórica do Casamento e do Direito de Não Permanecer Casado	13
2.1. O instituto família.....	13
2.2. Casamento e União Estável.....	16
3. Direito de Não Permanecer Casado.....	20
3.1. Separação X Divórcio: Sistema Binário de Dissolução do Casamento	22
3.2. EC nº 66/10: Efetivação do Princípio da Facilitação da Dissolução do Casamento	24
4. Conclusão.....	27
5. Referências	29

Capítulo II

A DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS E A *FLUID RECOVERY* 31

Flávia Araújo da Silva

1. Introdução	33
2. Direitos essencialmente coletivos: interesses ou direitos difusos e coletivos em sentido estrito	36
3. Direitos acidentalmente coletivos: interesses ou direitos individuais homogêneos	39
4. Liquidação e execução: direitos difusos ou coletivos em sentido estrito	44
5. A <i>fluid recovery</i>	47
6. Considerações finais	52
7. Referências	53

Capítulo III
PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME
DE ESTUPRO: A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE
AS IDADES PREVISTAS NO CÓDIGO PENAL E NO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... 57

Gabriella Portugal Benevides

1. Introdução.....	60
2. A dignidade sexual como bem jurídico penal.....	63
2.1. Noção de bem jurídico penal.....	64
2.2. Conceito de dignidade sexual.....	67
2.2.1. A Liberdade Sexual e a Integridade Físico-	
-Psíquica da Vítima Como Bem Jurídico	
dos Crimes Sexuais.....	69
3. A lei 12.015/2009: Verdadeira reforma do título VI... 72	
3.1. A fusão dos tipos: estupro e atentado violento	
ao pudor.....	74
3.2. Efeitos práticos da mudança.....	76
4. O estupro de pessoa vulnerável. Desaparecimento da	
presunção de violência.....	78
4.1. Questões especiais relativas à condição de vul-	
nerável.....	82
4.1.1. Idoso como Vulnerável.....	82
4.1.2. Liberdade Sexual do Alienado Mental.....	83
4.1.3. Embriaguez X Capacidade de Consenti-	
mento.....	84
4.2. Reflexos sociais.....	86
5. Unificação da capacidade com o ECA.....	88
6. Conclusão.....	95
7. Referências.....	97

Capítulo IV
A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO
FORMA DE EFETIVAR A SEGURANÇA JURÍDICA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 99

Joselma Tavares B. C. Baptista

1. Introdução.....	102
--------------------	-----

2. Sistemas <i>civil law</i> , <i>common law</i> e o <i>stare decisis</i>	103
3. Conceito de precedente	107
4. Elementos essenciais	109
5. Classificação dos precedentes quanto a eficácia e conteúdo.....	115
6. Aplicação, distinção e revogação dos precedentes	121
7. A confiança no precedente formado.....	127
8. Conclusão.....	129
9. Referências	130

Capítulo V

O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E SUAS DIFERENÇAS NO BRASIL E PORTUGAL..... 133

Lídia Lisboa Fernandes

1. Introdução.....	136
2. Filiação e os tipos de filiação.....	137
3. Princípios atinentes à filiação	140
3.1. Da dignidade humana.....	140
3.2. Da igualdade	142
3.3. Do melhor interesse do menor.....	144
3.4. Da paternidade responsável	145
4. Reconhecimento de paternidade voluntária e oficiosa..	145
5. A ação de investigação de paternidade	149
6. Da presunção de paternidade	155
7. Do exame de DNA (ADN) como meio de prova dada a sua certeza científica na determinação da filiação	158
8. Conclusão	161
9. Referências.....	163

Capítulo VI

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E A INADIMPLÊNCIA DO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO: A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO DE ENTREGA DO IMÓVEL..... 165

Maria Aparecida Silva de Menezes

1. Introdução	168
2. A moradia como direito fundamental.....	169

3. A incorporação imobiliária	175
4. A execução específica no âmbito da incorporação imobiliária	181
5. Considerações finais	192
6. Referências	193

Capítulo VII

O DIVÓRCIO COMO UM DIREITO POTESTATIVO AOS CÔNJUGES 199

Potyra Weill Velozo

1. Introdução	202
2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em sede familiar.....	203
2.1. A dignidade da pessoa humana junto ao Princí- pio do Não Retrocesso	203
2.2. O conceito tradicional de família	207
2.3. O direito de casar e não permanecer casado.....	210
3. O divórcio e a extinção do vínculo conjugal	215
3.1. Conceito de divórcio.....	215
3.2. A extinção do vínculo conjugal pelo exercício da autonomia da vontade	218
3.4. O divórcio como exercício do direito potestativo.	221
4. O novo sistema de divórcio.....	223
4.1. A Emenda Constitucional 66 de 2010	223
4.2. A eliminação do Instituto da Separação Judicial.	227
4.3. A facilitação da dissolução do casamento	231
5. Conclusão.....	234
6. Referências	236

Capítulo I

Direito de não permanecer casado: um direito potestativo

Camila Sá Teles Oliveira

Graduanda em Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: camila.sateles@hotmail.com



Direito de não permanecer casado: um direito potestativo

Resumo: O presente artigo trata de uma pequena análise da mudança trazida pela Emenda Constitucional 66/10 para o direito de casar e de não permanecer casado. Essa emenda operou uma série de mudanças e revoluções no Direito de Família, o que levou muitos a afirmar que a mesma gerou a banalização casamento. Mas, essa é uma visão extremamente limitada, conservadora e mal informada sobre a atual realidade brasileira. Vivemos em um país que se intitula Democrático, mas para tanto, é necessário renunciar a imposição de prazos longos e extremamente desgastantes físico-psiquicamente para todos envolvidos na relação, seja o casal, seja os filhos provenientes dessa união. Somente assim, é possível ao país propiciar a felicidade do seu povo.

Palavras-chave: Casamento. Separação. Divórcio. Direito. Família.

Sumário: 1. Introdução — 2. Evolução Histórica do Casamento e do Direito de Não Permanecer Casado: 2.1. O instituto Família; 2.2 Casamento e União Estável — 3. Direito de Não Permanecer Casado: 3.1. Separação X Divórcio: Sistema Binário de Dissolução do Casamento; 3.2. EC nº 66/10: Efetivação do Princípio da Facilitação da Dissolução do Casamento — 4. Conclusão — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É importante reconhecer o perfil evolutivo da família. Esta muda a sua estrutura na mesma medida em que novos acontecimentos históricos, culturais, temporais e espaciais surjam dentro da sociedade. Não se pode olvidar as significativas mudanças sofridas pela sociedade brasileira e mundial nas últimas décadas, tanto por conta dos seus valores, quanto por conta da economia, do aspecto psicológico ou socio-cultural. Os novos valores que inspiram a sociedade de hoje rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A sociedade moderna impõe um modelo de família democrática, igualitária, descentralizada, que preserva o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e que visa o respeito e a consecução da felicidade de todos os seus integrantes. O afeto passa a ser, então, a mola propulsora para a formação das atuais relações familiares. Com a velocidade com que as informações são transmitidas no tempo atual, as relações seguiram o mesmo caminho. A velocidade com que os relacionamentos amorosos começam e extinguem, não justifica a preservação de um sistema que inviabiliza a formação de novos arranjos familiares. Sem amor e felicidade não há por que se manter um casamento. Com isso, não faz sentido a aplicação de obstáculos altamente burocráticos pelo Estado para regular se quebra ou não o vínculo matrimonial de um casal. Não interessa a ninguém, mas somente ao casal, se a sua relação amorosa chegou ou não ao fim. Nesse sentido, surte grande efeito a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/10, por ser imprescindível para o sistema no qual a sociedade atualmente está inserida.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO E DO DIREITO DE NÃO PERMANECER CASADO

2.1. O instituto família

Antes de iniciarmos o processo histórico de desenvolvimento do casamento até os dias atuais, é importante fazermos algumas considerações do instituto família.

Na história dos agrupamentos humanos, a família é o que precede a todos os demais, tanto como fenômeno biológico, bem como fenômeno social. O ser humano já nasce no seio familiar, o qual irá, à primeira vista, desenvolver as potencialidades e o caráter de cada indivíduo para a sua convivência em sociedade, assim como desenvolver inicialmente o projeto pessoal de busca da felicidade. O âmbito familiar é o lugar no qual será possível integrar sentimentos, esperanças, valores e onde irão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a sua morte. Segundo nota Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 02):

“é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela sua suscetibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.”

Entretanto, a ideia da família não nasceu e se desenvolveu sempre nessa ótica. Essa é uma visão moderna e contemporânea. *Família* vem da língua dos *oscos*, povo do norte da península italiana, que em sua etimologia, significa *servo ou conjunto de escravos*

pertencentes ao mesmo patrão. Assim, observamos que na sua origem a mesma apresenta uma conotação patrimonial, devido ao que de fato se reconhecia era o patrimônio que tinha como titular o *pater familias*. Quando este falecia, desmembrava-se a família. Isso se dá em vista de que as pessoas se uniam visando a formação e ampliação dos seus patrimônios para a posterior transmissão aos seus herdeiros, sem se importar com a afetividade entre os envolvidos. Decorre daí, a impossibilidade da dissolução do casamento, pois a desagregação da família é a própria desagregação da estrutura na qual a sociedade se organizava (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 44-51).

Nota-se assim, que a instituição família tinha superioridade sobre os membros que a compunham. Era mais importante a manutenção da família desestabilizada e fracassada do que a preservação do respeito e da felicidade na relação entre os sujeitos nela inseridos. Como assim afirma Leila Donizetti (2007, p. 09):

“Nessa época, a mulher e os filhos ocupavam uma posição de inferioridade na esfera familiar, uma vez que deviam respeito e obediência ao marido e chefe da sociedade conjugal. Como desdobramento dessa concepção unívoca da família, o casamento tinha o condão de moralizar as relações sexuais entre homem e mulher, uma vez que só por meio dessas é que era possível conceber filhos legítimos. A igreja corroborando essa concepção, enxergava o casamento como instituição consagrada destinada à procriação”.

No entanto, não se pode olvidar que, em cada sociedade, a família assume diferentes funções através da influência sofrida pelo tempo e lugar. Pode-se as-

sim dizer que, a família está em constante processo de evolução. Por conta disso, com as novas necessidades da coletividade, devido ao aumento da demanda de mão de obra, o alto custo de vida, a formação de grandes centros urbanos, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um lar, a família avançou adaptando à nossa realidade. Assim, a família deixa de ser núcleo econômico e reprodutivo imprescindível para o progresso da sociedade e se torna o ambiente propício para o desenvolvimento da felicidade de seus integrantes. Como assim expressa Rosana Fachin (2001, p. 132):

“A família já não é mais a mesma, reunindo marido e mulher. Cada um deixa de ter um papel específico dentro do grupo, e o número de filhos se reduz. Paralelamente, vão ganhando molduras de valorização os seus membros, surgindo um novo tipo de família, a ‘nuclear’”.

Avança-se, deste modo, para uma compreensão socioafetiva, ou seja, a família, núcleo transmissor de costumes e experiências que passam de geração em geração, deixa de ter um aspecto econômico e patrimonial para ter uma compreensão igualitária, a qual visa promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, pautada fundamentalmente no afeto. Como consequência desse avanço, observamos o surgimento de novos arranjos familiares, como a união homoafetiva, a família monoparental e a união estável. Em suas sábias palavras, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, concluem que “Talvez, sim, fosse o início do fim, não da família, em si, mas da concepção uniforme e conservadora de um único formato de família” (2011, p. 51)

A Carta Magna em seu art. 226 incluiu o conceito de entidade familiar, reconhecendo novos modelos que desfrutam da proteção estatal e constitucional. Vejamos, portanto, a concretização da democratização da estrutura familiar, ao passo de que é “a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada.” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 06)

Conclui-se que, hodiernamente, não há mais a proteção à família pela família, senão em razão do ser humano, isto é, a família contemporânea busca a felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros tanto no âmbito da realização existencial, quanto dentro da sociedade. O ganho patrimonial, outrora imprescindível para a formação da família, abre espaço para o surgimento de novas modalidades familiares, que buscam acima de tudo a felicidade de todos os seus integrantes. Além disso, o amor e o afeto passam a ser a peça chave indispensável para mantê-los unidos.

2.2. Casamento e União Estável

O Código Civil de 1916 possuía a ideia da constituição da família apenas por meio do casamento e somente por pessoas de diferentes sexos. Por considerá-lo um sacramento, o casamento era insolúvel. O mesmo era representado pela máxima “O que Deus uniu o homem não separa”. A indissolubilidade do casamento representava o interesse do Código Civil da época, pois ao se dissolver o casamento, teria que ter a partilha dos bens. Isso ocorria devido às ideias patrimonialistas e patriarcais que inspiravam o Código Civil de 1916. O máximo que o Direito Canônico admitia era o *desquite*, que significava “o não quite com as obri-

gações”. Esta era uma espécie de alforria parcial, pois após a implantação a sua implantação, tudo o que a vítima do desquite adquiria era apenas dela. Entretanto, o que o antigo conjugue obtivesse pertencia aos dois.

O mesmo se dava com relação ao concubinato, o qual era refutado, principalmente pela Igreja, para assim preservar o casamento. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, “a união prolongada entre homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato” (2011, p. 602). A união livre (sinônimo de concubinato) difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a este inerentes. Vale lembrar que a união afetiva e informal sempre existiu e sempre existirá. No âmbito do Brasil, nunca a união informal entre homem e mulher foi tratada como crime ou ato ilícito. Entretanto, o concubinato era uma sociedade de fato, que produzia efeitos tão somente obrigacionais, afastando amparo no Direito de Família, isto é, havia um volumoso contingente de pessoas que, embora convivesse há muito tempo com alguém com a intenção de viver em família, não estavam protegidas pelo Direito das Famílias. Segundo Savatier citado por Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 603):

“A união livre significa a deliberação de rejeitar o vínculo matrimonial, a propósito de não assumir compromissos recíprocos. Nenhum dos amantes pode queixar-se, pois, de que o outro se tenha valido dessa liberdade”.

Nesse sentido, O Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar. Entretanto, com o passar do tempo, essa realidade pas-

sou a seguir novos rumos. A ruptura de um longo concubinato unilateral ou por mútuo consentimento trouxe à percepção do magistrado brasileiro da criação de uma situação extremamente injusta para um dos concubinos, em vista de que, os bens provenientes durante a relação de concubinato, por meio do esforço de ambas as partes, acabavam sendo registrados em nome de apenas um dos concubinos, restando a outra parte com a angústia de não ter parte do bem conseguido também por sua ajuda. Nesse sentido, algumas jurisprudências foram criadas nesse período para tutelar o direito dos concubinos, como ilustrou Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 604):

“Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência ‘more uxorio’, contribuição do patrimônio consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da asa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência de sociedade de fato e consequente direito à partilha proporcional (REsp 183.718-SP, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 1º-10-1998)”.

Nessa ótica, o grande passo a ser dado surgiu com o art. 226, §3º da Constituição de 1988 ao afirmar que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Assim, a Carta Magna prestou juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento, que passou a ser denominada de *união estável*. Contudo, esse reconhecimento não foi facilmente aceito pela sociedade, devido ao modo da organização familiar tradicional concebida desde os primórdios. Senão, vejamos:

“Tal o conservadorismo, que difícil foi ampliar os direitos que já vinham sendo reconhecidos na Justiça, chegando a questionar-se inclusive acerca da auto-aplicabilidade do dispositivo. Só em 29 de dezembro de 1994 é que surgiu a primeira lei, de nº 8.971, regulando a previsão constitucional, mas que se revelou tímida. Reconheceu como estável só a união com vigência de 5 anos ou com filhos, permanecendo à margem de sua incidência as relações em que havia vedação de casar. Conferiu direito a alimentos, incluiu o companheiro na ordem de vocação hereditária, concedendo-lhe o usufruto da metade ou da quarta parte dos bens, a depender da existência de prole. Também deferiu direito à meação exclusivamente quando a herança resultou da colaboração do companheiro.

Em 10 de maio de 1996, surgiu a Lei nº 9.278, com maior campo de abrangência, já que não quantificou prazo de convivência e albergou as relações entre pessoas somente separadas de fato, gerando a presunção de que os bens adquiridos são fruto do esforço comum. Define como união estável a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família” (DIAS, 2001).

A partir dessa mudança, hoje, a expressão “concubinato” é utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade.

Observa-se assim, que o intervencionismo estatal levou à instituição do casamento, sob a justificativa de estabelecer padrões de moralidade e regulamentar a ordem social. No entanto, a partir do momento histórico em que o formato conservador de família cedeu

espaço à sua democratização, “não mais existem razões que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas” (DIAS, 2002). Assim passou a ter espaço para o reconhecimento da família monoparental, da união estável e mais recentemente, da união homoafetiva. Bem como foi possível a desconstituição dessa unidade familiar insolúvel, em prol da manutenção da felicidade comum de todos os indivíduos deste instituto.

3. DIREITO DE NÃO PERMANECER CASADO

Muito mais importante que a manutenção de um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges é o respeito às liberdades e garantias individuais. Surge nesse ambiente o divórcio como medida jurídica para promover a cessação de uma comunidade de vida. Como assim afirma Pablo Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 516):

“o reconhecimento do divórcio... é imperativo para um Estado que se proponha a consagrar um sistema jurídico efetivamente democrático e propiciador de uma necessária ambiência de promoção da dignidade da pessoa humana”.

O motivo do fim do projeto afetivo e amoroso do casal não interessa nem a terceiros, nem ao Estado. Assim, qualquer impedimento ou empecilho à ruptura da vida conjugal não fará mais do que convalidar estruturas familiares em crise, eu prejudiquem a sanidade física e psíquica tanto do casal, quanto dos possíveis filhos oriundos da relação.

Não se está aqui pregando o incentivo ao divórcio, mas sim a possibilidade de escolha aos cônjuges para

que, em momento oportuno, tenham a liberdade de escolha entre continuar na relação ou partir para a busca de um novo amor ou até mesmo de uma nova família. Segundo Laurent citado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 349), “o divórcio não é um mal para a sociedade, mas verdadeiramente, o remédio para um mal”. Não é benefício algum para a sociedade manter casamentos enfermos com a imposição de privações aos cônjuges e a violação dos direitos da personalidade. Ao contrário, é um bem à própria sociedade a concessão da extinção desses casamentos, trará assim um pouco mais de tranquilidade, felicidade e harmonia nas relações travadas no cotidiano. No ambiente de trabalho, por exemplo, muitas pessoas não trarão seus problemas conjugais para seus exercícios laborais. Pode-se assim dizer que, nessas situações, a dissolução do casamento é um favor que se está fazendo a sociedade.

Nessa mesma linha, Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho concluem (2011, p. 517):

“Hoje em dia, a velocidade com que os relacionamentos começam e acabam, incrementada, sobretudo, pela velocidade da informação e dos meios, em geral, de interação social, não justifica mais um modelo superado de fossilização do casamento falido, impeditivo da formação de outros arranjos familiares. Somos, nesse diapasão, defensores do constitucional direito à busca da felicidade, na perspectiva eudemonista de um Direito de Família que efetivamente respeite o princípio matricial da dignidade da pessoa humana.”

Assim, entraremos agora na área central do presente estudo. Faremos uma análise do antigo sistema de dissolução do casamento e do atual sistema.

3.1. Separação X Divórcio: Sistema Binário de Dissolução do Casamento

Como já constatamos, a dissolução do casamento não nos persegue desde os primórdios do surgimento da família, o mesmo era insolúvel. O primeiro passo a ser dado em sentido contrário, apesar de maneira intimista, foi com a criação do desquite. Entretanto, este apenas dissolvia o vínculo existente entre marido e mulher.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 09, de 28 de junho de 1977, proposta por Nelson Carneiro, que foi aprovada após uma dura discussão com a Igreja Católica, deu-se nova redação ao art. 175, §1º, da Constituição Federal de 1967, permitindo-se o divórcio em caráter excepcional. Foi adotado em caráter excepcional pela crença de que se o Direito Brasileiro admitisse o divórcio, o casamento estaria esfacelado. Deste modo, o divórcio era concedido da seguinte forma: Somente era possível um divórcio por pessoa. Isso implicava na estranha situação de que, se um homem divorciasse e casasse com outra mulher que nunca havia se divorciado, este novo casamento não poderia ser cancelado, pois só era admitido apenas um divórcio por pessoa, mesmo que aquela mulher nunca houvesse se divorciado. Além disso, o divórcio só poderia ser concedido depois de 5 anos de separação, ou seja, primeiramente, o casal tinha que buscar a separação e, após decorrido o lapso temporal, retornavam ao juiz para obter o divórcio (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 352-353).

Este foi reconhecido como o Sistema Binário de Dissolução do Casamento, devido ao fato de que para se chegar ao fim almejado, era necessário passar por duas etapas distintas. O casamento estabelece, ao

mesmo tempo, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Na explicação de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 201-202), a sociedade conjugal “é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”. Já o vínculo matrimonial “somente é dissolvido pelo divórcio e pela morte de um dos cônjuges, tanto a real como a presumida do ausente”. Sendo assim, a separação dá fim aos deveres recíprocos do casamento (como a fidelidade e a coabitação) e ao regime de bens, mas não ao casamento. A separação não terminava, mas acabava com o casamento. Somente o divórcio e a morte acabavam com o casamento. A separação não é instituto fim, mas sim instituto meio. É por isso que uma pessoa divorciada pode se casar novamente e uma pessoa separada não pode.

Apesar de ser considerado um avanço para a sociedade daquele tempo, a separação significava apenas a dissolução da sociedade conjugal. Deste modo, após ser decretada a separação para os cônjuges, tanto pelo consenso, quanto litigiosamente, as pessoas envolvidas na relação continuavam vinculadas legalmente, o que implicava na impossibilidade da constituição de novos vínculos conjugais. Além disso, os separados deveriam esperar o decurso do tempo de 5 anos para só aí sim, com a decretação do divórcio, ser extinto o vínculo matrimonial. Portanto, essa nova mudança ainda não satisfazia aos anseios sociais (FACHIN, 2001, p. 79)

Por conta disso, a Constituição Federal de 1988 avançou ao conceber o Princípio da Facilitação da Dissolução do Casamento. Esse princípio representa o fato de que casar e não permanecer casado constitui um direito, como assim explicita Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 350), “o ato de

casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de autodeterminação afetiva”.

A mudança trazida diminuiu o lapso temporal para um ano apenas para a obtenção do divórcio por conversão, isto é, aquele precedido da separação judicial. Além disso, inovou ao conceber a nova modalidade dissolutiva de casamento, o divórcio direto, que necessitava de apenas dois anos de separação de fato, independente de prévia separação. Outro avanço conseguido para a facilitação da dissolução do casamento foi com a Lei nº 7841/89 ao extinguir a situação de que somente poderia ser concedido um divórcio por pessoa, limite previsto no art. 38 da Lei nº 6515/77 (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 353).

3.2. EC nº 66/10: Efetivação do Princípio da Facilitação da Dissolução do Casamento

A Proposta de Emenda Constitucional nº 66, também denominada de “PEC do Amor” ou “PEC do Divórcio”, foi promulgada pelo Congresso Nacional em 13 de julho de 2010. O projeto foi de iniciativa do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que teve como objetivo eliminar os prazos que existiam no § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988. Deste modo, constituiu assim o divórcio direto.

Os parlamentares perceberam, durante a tramitação da PEC 33/07, a necessidade de alteração da sua redação, que enunciava: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”, para uma redação mais objetiva e direta: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divór-

cio”. Essa mudança foi de extrema relevância. Caso fosse aprovada em sua redação original, correríamos o sério risco de minimizar a mudança pretendida, ou, o que é pior, torná-la sem efeito, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a proposta queria impedir. Portanto, com a eliminação da expressão “na forma da lei”, surgiu um obstáculo para o argumento da necessidade de criação de uma norma infraconstitucional para que o novo sistema de dissolução do casamento pudesse surtir efeitos. Deste modo, essa supressão implicou na imediata e direta aplicação da Emenda Constitucional nº 66/10.

Assim, EC nº 66/10 incorporou de uma vez por todas o Princípio da Facilitação da Dissolução do Casamento. A nova mudança implicou nas seguintes consequências: foram eliminados os prazos para o divórcio, não tendo diferenças entre o diverso direito e o por conversão; a culpa se torna um elemento estranho ao casamento, ou seja, apurar se quem é o culpado é o traído ou quem traiu não é mais discutido para a dissolução; além disso, houve a superação do instituto da separação, pois esta se tornou inócua e vazia. Cumpre salientar que essa medida produzirá significativo desafogo do Poder Judiciário, pois todos os processos de separação se transformarão em ação de divórcio. Lembrando que, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas não se tornariam imediatamente divorciadas. Deste modo, torna-se necessário o pedido de decretação do divórcio, entretanto não há mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo.

Como dito anteriormente, eram impostas restrições à concessão do divórcio. O casal precisava espe-

rar o decurso do prazo de um ano de separação judicial, ou então, dois anos de separação de fato, para assim ser convertida a separação em divórcio. Com a nova emenda, o sistema evoluiu, facilitando para os cônjuges a eliminação do vínculo matrimonial. Assim, o divórcio cabe ser concedido sem prévia separação e sem o implemento dos prazos. Basta o casal ou um dos cônjuges querer para que o divórcio seja decretado imediatamente. É o reconhecimento do divórcio como exercício de um direito potestativo. Além disso, eventuais controvérsias referentes a causa e culpa deixam de integrar o objeto da demanda da ação dissolutória do casamento (FERRAZ; LEITE, George; LEITE, Glauber, 2011, p. 97-98).

Isso tudo levou a uma série de discussões na área jurídica. Dentre elas, como foi mantido o verbo “pode” há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuar no Código Civil dispositivos regulando a separação. Outros defendem existir uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. Para estes, com a mudança da norma constitucional, restarão revogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional. Para aqueles, os cônjuges que querem dar um tempo na relação, mas não podem se divorciar, tem como solução a separação de fato e a separação de corpos. Observa-se também que essa nova Emenda Constitucional trouxe polêmica na sociedade, por acreditar que essa facilitação implicaria na banalização do instituto casamento. Isso não banaliza o casamento, pois se não há prazo para casar, não deverá ter prazos para divorciar. A pessoa casa-se até morrer ou até en-

contrar a pessoa ideal. Ninguém casa para divorciar, mas é necessário entender que o divórcio é necessário para a vida de uma pessoa, garantindo a felicidade e dignidade da pessoa humana dos entes envolvidos na relação. A mudança é significativa principalmente para as pessoas presas em relações já dissolvidas pelo fim do afeto, que buscam resgatar a liberdade de decidir sobre suas vidas, sem ter a imposição do Estado de mantê-las dentro dessas uniões.

Segundo o último levantamento do IBGE, desde 1984 (início das estatísticas do Registro Civil), em 2010, a taxa geral de divórcio atingiu o seu maior valor, 1,8 divórcios para cada mil pessoas de 20 anos ou mais. Foi um acréscimo de 36,8% no número de divórcios em relação a 2009. Em contrapartida, a taxa geral de separação teve queda significativa, sendo o menor índice da série, que foi de 0,5 separações para cada mil pessoas de 20 anos ou mais. Em sentido contrário, constatou-se um aumento de 4,5% no número de casamentos em relação a 2009. Já os recasamentos (casamentos em que pelo menos um dos cônjuges era divorciado ou viúvo) totalizaram 18,3% das uniões.

4. CONCLUSÃO

O que observa diante dos dados apresentados não é que a emenda se tornou um fator crucial para a mudança e conseqüente extinção da família e do casamento, mas sim que foi uma conseqüência de um processo começado anteriormente com a mudança da própria ideia de família como, por exemplo, o surgimento das famílias monoparentais, as uniões homoafetivas e a união estável. Com a concepção moderna de famí-

lia eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros, faz com que a dissolução do casamento seja a melhor alternativa para aquelas uniões enfermas e casamentos malogrados. Portanto, a facilitação da dissolução do casamento é indispensável para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade. Facilitar o divórcio não é banalizar o instituto do casamento. No mesmo sentido, afirma Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 540), “o que se busca, em verdade, é a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que os integrantes da relação possam, de fato, ser felizes ao lado de outras pessoas”. Deste modo, a EC nº 66/2010 foi uma grande conquista na modernidade para sociedade.

Toda discussão anteriormente relatada nos leva a entender que a Emenda Constitucional nº 66/2010 é apenas o resultado de um longo e árduo trajeto percorrido pela sociedade, decorrente da evolução do instituto família. Sem sombra de dúvidas, quem se beneficiou foram os casamentos encerrados pelo anseio comum de viver junto para a busca da felicidade dos integrantes da família. Como assim explicita Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 137), “o casamento tem que servir às pessoas. Ele é meio, instrumento, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade”. Portanto, detectado o fim do afeto que unia o casal, não há qualquer sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustenterá mais. Cabe à lei tão somente estabelecer condições ou requisitos necessários para a disciplina das relações afetadas pelo fim do casamento, e a ninguém é dada a decisão do término do vínculo

conjugal, senão ao próprio casal. A aprovação da referida emenda significou a obtenção menos burocrática da dissolução do casamento, facilitando assim que novos arranjos familiares sejam formados, em vista da consecução da felicidade de todos os integrantes.

Não é papel do Estado criar obstáculos inúteis na busca da felicidade a que se lança todo ser humano em sua jornada terrena. É importante entendermos que as questões do coração devem ser julgadas pelas próprias pessoas envolvidas na relação, e não pelo Estado. A nova emenda abraça, mais do que nunca, a perspectiva socioafetiva e eudemonista do Direito de Família, para permitir que os integrantes de uma relação frustrada possam partir para outros projetos de vida. Devido a não mais exigência de um lapso temporal mínimo, o divórcio hoje é um Direito Potestativo, extintivo das partes, pois basta que um queira, que o mesmo deverá ser concedido. É preciso somente estar casado para a sua obtenção.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao67.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. *Emenda Constitucional n 09, de 09 de novembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. *Lei n 7841, de 17 de outubro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7841.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

BRASIL. *Lei n 6515, de 26 de dezembro de 1977*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

CÓDIGO Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 maio 2012.

DIAS, Maria Berenice. *As famílias de hoje*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=21>>. Acesso em: 20 maio 2012.

DIAS, Maria Berenice. *A estatização do afeto*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=58>>. Acesso em: 20 maio 2012.

DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FACHIN, Amara Girardi. *Em Busca da Família no Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. *O Novo Divórcio no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2011.

GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.

IBGE. *Registro Civil 2010: Número de divórcios é o maior desde 1984*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2031&id_pagina=1>. Acesso em: 27 maio 2012.

Capítulo II

A defesa dos direitos coletivos e a *fluid recovery*

Flávia Araújo da Silva

Aluna do 9º semestre da graduação da Faculdade Baiana de Direito.



A defesa dos direitos coletivos e a *fluid recovery*

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo fundamental analisar o instituto da *fluid recovery* à luz do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, abordando a sua aplicação prática e sua relação com os direitos coletivos.

Palavras-chave: *Fluid recovery*. Direitos coletivos. Direitos difusos. Direitos individuais homogêneos. Acesso à justiça. Efetividade. Metaindividual. Transindividuais. Restituição integral. Liquidação. Execução. Código de Defesa do Consumidor. Ação civil pública.

Sumário: 1. Introdução — 2. Direitos essencialmente coletivos: direitos ou interesses difusos e coletivos — 3. Direitos acidentalmente coletivos: interesses ou direitos individuais homogêneos — 4. Liquidação e execução: direitos difusos ou coletivos em sentido estrito — 5. A *fluid recovery* — 6. Considerações finais — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado social foram surgindo numa terceira geração dos direitos fundamentais, os direitos de natureza difusa ou coletiva, sendo concebidos para proteção da coletividade, de grupos e não do homem individualmente considerado. Segundo Bruna Lyra (2005, p. 25), “nesse período

surgem os interesses de massa que passam a exigir do Estado maior intervenção, passando a existir também novos instrumentos jurídicos destinados a garanti-los”.

Desse modo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no ordenamento jurídico brasileiro, é um dos instrumentos legislativos que asseguram um maior ple-xo de direitos visando tutelar esses direitos de massa.

O CDC estabelece no art. 81, parágrafo único¹, o conceito de direito difuso e de direito coletivo *stricto sensu*. Ocorre que, o legislador brasileiro foi além, tendo em vista que criou uma terceira categoria denominada direito individual homogêneo, uma ficção jurídica, antes desconhecida na seara jurídica (GIDI, 2009).

Dessa forma, resta evidente a necessidade de se criar mecanismos de defesa para a tutela dos direitos ou interesses coletivos, visto que os mecanismos tradicionais de solução de conflitos revelam-se dessa feita muita vez inadequados e insuficientes. Isso porque “da ocorrência de um mesmo fato (origem comum) podem originar-se pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras,

1. Art.81 [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo do direito material” (GIDI, 1995, p. 20).

Observe-se que o CDC assim como o Código Modelo de Processos Coletivos adotou a expressão interesses ou direitos, a fim de “evitar dúvidas na interpretação dessas espécies de pretensões transindividuais e individuais homogêneas, preferiu-se estrategicamente, adotar-se alternativamente as expressões “interesses” ou “direitos” (VENTURI, 2009, p. 35)”. Não há, contudo, qualquer distinção entre as expressões interesses e direitos, vez que ambas revelam-se como o objeto da tutela jurisdicional coletiva.

É nesse sentido que José Carlos Barbosa Moreira (1976, p. 57), faz importante distinção acerca dos interesses ou direitos coletivos em obra dedicada ao tema:

A possibilidade de tutela do “interesse coletivo” na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”.

Prossegue o ilustre autor na distinção supra com relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos:

Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida [...]. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do “impacto de massa”.

Para distinguir do anteriormente descrito este gênero do fenômeno, falaremos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos” (MOREIRA, 1976, p. 57).

Insta salientar que os direitos essencialmente coletivos são aqueles conformados numa estrutura metaindividual, os quais englobam os direitos ou interesses difusos e os coletivos em sentido estrito. Enquanto os acidentalmente coletivos são aqueles que originariamente não são direitos ou interesses coletivos, mas por questões circunstancias tornaram-se coletivamente tuteláveis, ou seja, direitos coletivos, quais sejam os direitos ou interesses individuais homogêneos.

2. DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS: INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO

Muito se discutiu a respeito do surgimento dos direitos difusos, sendo certo que “interesses difusos ou coletivos existiram sempre, desde que o homem passou a viver em grupo, em sociedade, uma vez que são conaturais a esta. A sociedade moderna, entretanto, colocou-os em maior evidência” (FERRAZ; MILARÉ; NERY JR, 1984, p. 54).

Considera-se direitos difusos os transindividuais, ou seja, aqueles pertencentes a uma coletividade, de natureza indivisível, vez que somente são considerados como um todo, no qual os sujeitos são indeterminados, mas que são ligados por circunstâncias de fato, não havendo, portanto, qualquer vínculo de natureza jurídica (DIDIER JR, 2010).

Impende destacar o conceito de direitos difusos trazido por Rodolfo de Camargo Mancuso (1997, p. 124-125), em obra dedicada ao tema:

São interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores).

Os interesses e direitos difusos referem-se a bens indivisíveis que, por sua vez são aqueles que não há viabilidade para uma forma diferenciada de gozo ou utilização, ou seja, vislumbra-se os interesses coletivos de forma qualitativa e quantitativamente iguais nesse aspecto, sendo assim é fácil concluir que esses bens são insuscetíveis de apropriação exclusiva (ALVIM, 1997).

Rodolfo de Camargo Mancuso (1997, p. 79), com relação as características dos direitos difusos, leciona que estes “apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contigencial”.

Já os direitos coletivos *stricto sensu*, aqueles previstos no art.81, parágrafo único, II, do CDC², são classificados em sede doutrinária como sendo os transin-

2. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...]

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

individuais, de natureza indivisível, do qual seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Veja-se que estes sujeitos inicialmente são indeterminados, porém determináveis enquanto grupo, categoria ou classe (DIDIER JR, 2010).

O elemento que irá diferenciar o direito difuso do direito coletivo em sentido estrito é, segundo Fredie Didier Júnior (2010, p. 75) “a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior a lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos”.

Nesse sentido, é importante destacar as lições do mestre Kazuo Watanabe (2004, p. 625):

A determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola, etc).

O elo que une determinados sujeitos em torno da pretensão coletiva, no caso de direitos coletivos em sentido estrito (relação jurídica base), deve ser anterior aos fatos que de forma potencial os prejudiquem, ou seja, deve-se verificar preexistente à ocorrência de lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe. Destarte, se esta ligação decorrer de forma circunstancial da lesão ou ameaça de lesão atribuídas por um evento que os atinja com a devida homogeneidade, então se tratará de direitos ou interesses individuais homogêneos (VENTURI, 2007).

3. DIREITOS ACIDENTALMENTE COLETIVOS: INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os interesses ou direitos individuais homogêneos nada mais são do que um instrumento processual criado para tutelar coletivamente direitos individuais. Bruna Lyra (2005, p. 30) discorre que “pode ocorrer que a mesma conduta cause dano numa esfera coletiva e também individual. Se a conduta lesiva causa lesão a vários interesses individuais que, por decorrerem de um fato comum, são homogêneos”.

Ressalte-se que essa classe de direitos coletivos são interesses metaindividuais em seu aspecto processual, ou seja, somente para fins de sua proteção é que são considerados como coletivos em sentido amplo, entretanto, quando materialmente considerados, possuem natureza de direitos individuais (GERA, 2005).

Na verdade, são direitos divisíveis e com titulares certos, mas ainda assim, a lei admite a tutela coletiva, presumindo que ela seja mais conveniente e adequada. Contudo, se a presunção não se confirmar, a ação coletiva não deverá ser admitida, tão logo porque não estarão presentes os seus pressupostos: origem comum e homogeneidade (BARROSO, 2006).

Faz-se mister destacar as lições de Antônio Gidi (1995, p. 30), acerca do conceito de direitos individuais homogêneos:

Os direitos individuais homogêneos se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas, mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direito.

Perceba que a homogeneidade decorre única e exclusivamente da origem comum dos direitos, que não precisam, contudo, ser iguais quantitativa ou qualitativamente. Assim, do mesmo modo que o *quantum* dos prejuízos individuais são algo peculiar e irrelevante para que reste caracterizada a homogeneidade desses direitos, esses prejuízos individualmente sofridos podem ser das mais variadas espécies sem comprometer a referida homogeneidade, pois esta se refere a um núcleo comum que permita um tratamento universal e globalizante para todos os casos (GIDI, 1995).

Observe-se que as características dos direitos individuais homogêneos são basicamente três: a) as pessoas titulares desses direitos são determinadas ou determináveis; b) os prejuízos são divisíveis e; c) os prejuízos são decorrentes de origem comum, oriundos, portanto, de uma mesma situação de fato (GERA, 2005).

Frise-se que a origem dessa garantia coletiva decorre das *class actions for damages* do sistema americano do *common law*, pela qual um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, são as chamadas ações de reparação de danos à coletividade.

No entanto, a diferença entre a *class action* e a ação civil pública para defesa dos direitos individuais homogêneos reside no fato de que enquanto na *class action* qualquer interessado pode ingressar com a ação, representando os demais e obrigando a todos a decisão, na ação civil pública para a tutela dos direitos individuais homogêneos somente estão legitimados aqueles que estão previstos no rol do art. 82, do CDC, entre os quais não se inclui o lesado

individualmente, e no que diz respeito a extensão negativa da sentença e a respectiva autoridade da coisa julgada suscetível de se formar no plano da ação coletiva, não virá essa a afetar a esfera individual (Fernades; Guimarães, 1996, p. 698).

A doutrina considera a Lei nº 7.913/89 como sendo a origem dos interesses ou direitos individuais homogêneos em nosso ordenamento jurídico positivo. Essa Lei trata da ação civil pública proposta pelo Ministério Público para reparação dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

Ocorre que, trata-se de legislação específica dos investidores no mercado de valores mobiliários, por isso tem-se que na verdade os direitos subjetivos individuais passaram a ser defendidos isoladamente, classicamente, ou reunidos em demandas coletivas, desde que presente a homogeneidade. Com a publicação da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, que passou a disciplinar a matéria (FERNANDES; GUIMARÃES, 1996).

Essa classe de direito coletivo representa uma ficção jurídica criada pelo legislador brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). No qual sem essa expressão autorização legal, restaria vedada a possibilidade de defesa coletiva desses direitos individuais (GIDI, 1995).

Existem diversos instrumentos de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, a exemplo da substituição processual, nos quais os legitimados adequados vão litigar em nome próprio a defesa de interesse alheio, excepcionando, portanto a regra

contida no art. 6º, do CPC³, devendo ser interpretado restritivamente, vez que se trata de regra de exceção. Esse caráter excepcional da substituição processual é decorrente do art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988⁴, que atribui legitimidade as entidades associativas para atuar em juízo em defesa de seus associados. Existe ainda o litisconsórcio ativo facultativo, pois como se trata de direitos oriundos de origem comum, são sem dúvidas direitos com afinidade fática ou jurídica. Há ainda, novos instrumentos, por substituição processual, a fim de tornar mais simples, rápida, efetiva e acessível a prestação jurisdicional, restarão amparados esses novos direitos sendo tutelados por meio da ação civil pública, que a partir de 1988 ganhou status constitucional, prevista no art.129, III, da Carta Maior⁵ (ZAVASCKI, 1995).

Impende ressaltar que resta evidente o benefício alcançado com o tratamento unificado, das pretensões conjuntas, para obtenção de um provimento genérico. Tendo em vista que as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material (DIDIER JR, 2010).

Veja-se que o tratamento legislativo que consagrou os direitos individuais homogêneos tem em

3. Art.6. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.
4. Art.5. [...] XXI – As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.
5. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

si uma função teleológica, qual seja, a de propiciar uma maior efetividade no acesso a justiça, tendo em vista que os métodos tradicionais no mais das vezes são de índole puramente individualista (FERNANDES; GUIMARÃES, 1996).

A garantia do acesso a justiça, prevista no art.5, XXXV, da Constituição Federal⁶, traz em si duas finalidades fundamentais que, segundo Carlos Henrique Ramos (2004, p. 13), “devem permear todo e qualquer ordenamento jurídico, tendo em vista que este deve ser igualmente acessível a todos e, posteriormente, deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos”.

Impende destacar que o acesso à justiça é visto pela doutrina em ondas, como sendo o aspecto extrínseco deste princípio. A primeira onda seria a noção de garantia de assistência judiciária aos pobres, a segunda onda é a defesa dos direitos coletivos, seria um novo enfoque, voltado a mudança na concepção de justiça (RAMOS, 2004). A que nos interessa é a segunda onda do acesso à justiça. Sob o ponto de vista da segunda onda do acesso a justiça, que está ligada a representação dos interesses coletivos em sentido amplo, a qual acaba por trazer novas regras concernentes a legitimidade, aos procedimentos e aos institutos jurídicos capazes de tornar efetiva essa tutela.

O acesso à justiça é um argumento de racionalidade prática, é um valor porque é aquilo que as pessoas

6. Art. 5. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

esperam da sociedade, ou seja, é permitir o acesso das pessoas a uma estrutura que assegure a resolução do conflito. O acesso à justiça é jurisdicionado através do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que torna o argumento de razão prática dentro do sistema jurídico. O princípio da inafastabilidade da jurisdição garante não só o acesso ao aparato estatal de resolução de conflitos, mas também impõe que essa tutela decorra do acesso a uma tutela que seja efetiva, tendo em vista que o processo coletivo é pautado no interesse público.

Os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, sendo que voltarão a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito, eis então que surge o instituto da execução fluída, ou seja, a *fluid recovery*.

4. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO: DIREITOS DIFUSOS OU COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO

A liquidação tem por escopo “o de integrar a decisão liquidanda, chegando a uma solução acerca dos elementos que faltam para a completa definição da norma jurídica individualizada, a fim de que essa decisão possa ser objeto de execução (DIDIER JR, 2010, p. 382).

No que tange a liquidação e execução das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, a lógica é a mesma do processo individual, conforme art. 11⁷, LACP e

7. Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cassação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

art.84⁸, CDC. Nesses artigos está previsto exatamente a primazia da tutela específica juntamente com a atipicidade dos meios de execução, unido a isso o poder geral de cautela do magistrado.

Desse modo, deve-se utilizar todos os meios que sejam adequados a efetivação desses direitos, podendo, inclusive o juiz se utilizar dessa atipicidade e criar as técnicas processuais para dar concretização a tutela coletiva.

A grande dificuldade está na tutela das obrigações pecuniárias, tendo em vista que essa execução está dividida em duas fases: liquidação e execução propriamente dita ou cumprimento de sentença.

8. Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

A liquidação, além de identificar o que é devido e o quanto é devido, precisa verificar também a quem se deve, é necessário identificar quem é o titular do direito certificado no processo. No processo coletivo, em razão do grau de indeterminação dos titulares dos direitos coletivos, será na fase de liquidação que serão identificados os titulares desse direito.

A execução é requerida por algum dos co-legitimados, sendo que não existe a imposição de que o mesmo legitimado na ação coletiva seja aquele que irá executar a ação coletiva, uma vez que há prevalência do princípio da obrigatoriedade da execução da demanda coletiva (DIDIER JR, 2010).

Essa noção resta evidente a partir da leitura do art. 15 da Lei Federal nº 7.347/1985 “decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”.

Os valores decorrentes da execução serão direcionados ao fundo de defesa dos direitos coletivos que será gerido por um conselho com a participação obrigatória do Ministério Público. Esse fundo tem por finalidade garantir o ressarcimento/reparação das lesões sofridas pelos direitos coletivos, podendo o produto desta arrecadação ser direcionada aquela lesão especificamente tutelada na ação coletiva.

Veja-se que existe a primazia da reparação individual dos danos sobre a reparação dos danos coletivos. Há de ser primeiro garantido a reconstituição de um direito individualmente lesado, para posterior-

mente reparar a lesão a direito coletivo, é que denota da leitura do art.99⁹, do CDC.

Se tratar de direitos individuais homogêneos primeiro caberá aos sujeitos individuais a liquidação e execução, e eventualmente os co-legitimados poderão propor liquidação e execução desses direitos coletivos.

Existe primazia da reparação individual em detrimento da reparação coletiva. Entretanto, se não existir sujeitos que individualmente assumam a liquidação e execução no período de um ano, para garantir a reparação integral do dano sofrido competirá aos legitimados coletivos de forma supletiva promover a liquidação e execução dessa condenação coletiva que será direcionada ao fundo de tutela dos direitos difusos e coletivos.

Desse modo, é fácil concluir que a sentença coletiva, decorrente de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, poderá ser executada tanto coletivamente, a fim de dar efetividade ao direito coletivo certificado, assim como individualmente, para concretizar o direito individual daquele que se beneficiou com a extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva (DIDIER JR, 2010).

5. A *FLUID RECOVERY*

A *fluid recovery* é um instituto que foi criado baseado na idéia de efetividade, visando não permitir que

9. Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

o indivíduo fique impune pela prática de ato violador a direito coletivo. Seu fundamento encontra respaldo no princípio do acesso a justiça, na efetividade da tutela coletiva e no princípio da *restitutio in integrum* e encontra-se consagrada a sua previsão no art.100, CDC¹⁰.

Nesse diapasão, vale ressaltar as precisas lições de Fredie Didier Júnior (2010, p. 369):

Os direitos individuais homogêneos são uma ficção jurídica para possibilitar a tutela coletiva, constituídos de três fases na sua tutela: a) direitos coletivos em sentido amplo até a sentença no processo de conhecimento; b) direitos individuais para fins de liquidação e execução; c) direitos coletivos em sentido amplo caso não ocorra a liquidação e execução em número compatível com a gravidade do dano (*fluid recovery*).

Ressalte-se que a *fluid recovery* está intimamente ligada com os direitos individuais homogêneos, sendo certo que somente ocorrerá tal fenômeno jurídico diante de liquidações incompatíveis com a gravidade do dano quando se trate de direito acidentalmente coletivo.

A liquidação coletiva da sentença anunciada na ação em defesa de direitos individuais homogêneos, a qual tem previsão no art.100, do CDC, diz-se que se trata de liquidação residual, tendo em vista que esta somente será efetuada se decorrido o prazo de um ano, a partir do trânsito em julgado da procedência da sentença de condenação genérica, não houver a

10. Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

devida habilitação dos interessados ou no caso desta sentença não ser objeto de liquidação e execução pelas vítimas em número compatível com a gravidade do dano (NOLASCO, 2005).

É nesse sentido que deve-se fazer ampla divulgação acerca da sentença condenatória a fim de cientificar as vítimas ou a seus sucessores, com o escopo de possibilitar a habilitação e execuções individuais, é o que dispõe o art.94, do Código de Defesa do Consumidor¹¹.

Nesse diapasão, impende destacar o posicionamento de Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p.466), sobre a *fluid recovery*:

Em razão do fato de que a reparação fluida prevista no art.100 do CDC deriva de uma ação coletiva originariamente veiculada para a tutela de direito individual homogêneo, não pugnamos pela possibilidade de que seja possível a utilização da reparação fluida (art. 100 do CDC), quando as liquidações individuais sejam oriundas da coisa julgada *in utilibus*. [...] Dessa forma, caso fosse possível a reparação fluida resultante dos prejuízos não reclamados a título individual, haverá duplamente a proteção dos interesses difusos, só que um nascido da violação de uma norma jurídica cujo objeto tutelado seria um bem difuso (que deu origem à coisa julgada *in utilibus*), e outra resultante do resíduo deixado pela ausência de liquidações individuais, quando comparado à gravidade do dano sob o ponto de vista de indivíduos lesados.

11. Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

O art. 100 do CDC prevê uma legitimação extraordinária subsidiária, na qual somente será permitido ao ente coletivo instaurar a liquidação coletiva, após um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica. No entanto, esse prazo de um ano não implica perda do direito de a vítima liquidar e executar os créditos individuais. Esse prazo na verdade compõe o suporte fático do surgimento da legitimidade extraordinária coletiva para pedido de liquidação da *fluid recovery* (DIDIER JR, 2010).

Insta salientar que a *fluid recovery* encontra sua razão de ser na idéia de não permitir que o causador do dano fique impune, pois o dano sofrido analisado individualmente no mais das vezes é irrisório e, por conseguinte é provável que o titular do direito não entre com o processo de liquidação e/ou execução. É nesse instante que surge a figura da reparação fluida, na qual os legitimados à propositura da tutela coletiva vão buscar a reparação integral do direito coletivo lesado, não permitindo, portanto, que o causador do dano não fique impune.

A liquidação e execução coletiva será promovida por qualquer dos legitimados previstos no art.82¹², do

12. Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados con-
correntemente:

(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um

CDC, no qual o produto arrecadado na execução coletiva reverterá ao fundo de defesa dos direitos difusos visando à reconstituição dos bens lesados, conforme dispõe o art.13¹³ da Lei nº 7.347/1985, Lei de Ação Civil Pública.

O fundo de direitos difusos é um fundo público, a ser criado e gerido pelo Poder Público. Sua administração deve ser feita por um conselho multilateral, com composição democrática, que seriam os principais agentes da tutela de interesses coletivos. A gênese representada nesse comando é de fazer com que o dinheiro possa ser direcionado aos interesses coletivos (ARENHART, 2009).

Frise-se que, não se deve fazer uma interpretação literal do art. 13, da LACP, razão por que a reversão em favor do Fundo obviamente não poderá compreender os valores pagos anteriormente aos que individualmente tenham se habilitado tempestivamente, nem os devidos aos interessados que tenham promovido a ação de cumprimento no prazo legal (ZAVASCKI, 1995).

Desse modo, resta evidente que os sujeitos que pleitearem somente a ação de cumprimento é porque

ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§1º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. [...]

esperaram o resultado do processo para fazer uso dos efeitos *in utilibus* da coisa julgada coletiva.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos difusos e coletivos em sentido estrito são considerados como essencialmente coletivos, sendo os primeiros transindividuais, indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas, enquanto estes últimos são também transindividuais, indivisíveis, de que são titulares grupo, categoria ou classe ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Já os direitos individuais homogêneos são assim considerados como acidentalmente coletivos, vez que trata-se de direitos que podem ser tutelados individualmente, mas que por conta desta homogeneidade que dele decorre e por expressa previsão legal são tutelados coletivamente, visando o acesso a justiça, economia processual e isonomia da prestação jurisdicional.

A liquidação e execução dos direitos essencialmente coletivos quando se trata de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro segue a lógica do processo individual, mas quando se trata de obrigação pecuniária, além de identificar o que é devido e o quanto é devido, precisa verificar também quem é o titular do direito certificado no processo de conhecimento, essa execução deve ser proposta por um dos co-legitimados.

A *fluid recovery* somente ocorrerá quando diante de direito individual homogêneo, e de forma subsidiária, pois somente após decorrido o período de um ano qualquer dos legitimados poderão propor a liquidação

e execução quando as liquidações e execuções individuais forem incompatíveis com a gravidade do dano.

O produto da arrecadação das liquidações e execuções coletivas serão revertidas ao fundo de defesa de direitos coletivos que terão participação obrigatória do Ministério Público e de membros da comunidade.

Ressaltando que os valores revertidos ao fundo de defesa dos direitos coletivos não poderão englobar os valores pagos anteriormente aos sujeitos que pleitearam individualmente o seu direito ou que se beneficiaram dos efeitos *in utilibus* da coisa julgada coletiva, entrando somente com a ação de cumprimento de sentença.

7. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública. *Revista de Processo*, n. 87, ano 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1997, p. 149-165.

ARENHART, Sérgio Cruz. Comentário ao art. 8º do Código Modelo de Processo Coletivo. *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos – Um Diálogo Ibero-Americano*, Salvador: JusPodivm, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class Action Norte-americana. *Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas*, v. 7, n. 1, jan./jun. 2006, Manaus: CEAf, p. 63-94.

- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.4, 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- FERNANDES, Tycho Brahe; GUIMARÃES, Angela Silva. A legitimação do Ministério Público na Tutela dos Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, ano 5. ed. Curitiba, set./dez. 1996, p. 696-711.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JR., Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das ondas de acesso à justiça. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005.
- GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos – Um Diálogo Ibero-Americano*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- _____. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LYRA, Bruna. Os direitos metaindividuais analisados sob a ótica dos direitos fundamentais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Coord.). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação de Agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *Revista de Processo*, n. 39, ano 10, jul./set. 1985, São Paulo: Malheiros, 1976, p. 40-77.

RAMOS, Carlos Henrique. Acesso à Justiça e Efetividade do Processo: Novos Caminhos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 21, dez. 2004, São Paulo: Dialética, p. 11-27.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NO-LASCO, Rita (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdiccional dos direitos difusos, coletivos e individual homogêneos no Brasil*. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista de Processo*, n. 78, ano 20, abr./jun. 1995, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 32-49.



Capítulo III

Presunção de vulnerabilidade no crime de estupro: A (in)compatibilidade entre as idades previstas no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente

Gabriella Portugal Benevides

Aluna do 10º semestre da graduação da Faculdade Baiana de Direito.



Presunção de vulnerabilidade no crime de estupro: A (in)compatibilidade entre as idades previstas no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente

Resumo: O presente artigo tem como foco principal a (in)compatibilidade entre as idades daquele considerado vulnerável no Código Penal Brasileiro, ou seja, o menor de 14 (catorze) anos e a criança, aquele sujeito até 12 anos, consagrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Para tanto, o caminho trilhado percorrerá pontos e conceitos fundamentais, como, por exemplo, a questão da *dignidade sexual* e da *liberdade sexual*; uma noção de *bem jurídico*; além das mudanças advindas da reforma ocorrida do ano de 2009. Assim, o presente esforço traz considerações acerca das implicações práticas derivadas do diploma alterador do tipo, a Lei nº 12.015 de 2009, tais como, os sujeitos que são efetivamente protegidos pela norma descrita no tipo, nos termos do art. 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro. Diante do decorrido durante o artigo, certifica-se que o mundo e a sociedade estão evoluindo cada vez mais rápido, e o Direito tem que ser capaz que acompanhá-lo.

Palavras-chave: Dignidade sexual. Bem jurídico. Sujeito vulnerável. Presunção de violência. Estupro.

Sumário: 1. Introdução — 2. A Dignidade Sexual Como Bem Jurídico Penal: 2.1. Noção de Bem Jurídico Penal; 2.2. Conceito de Dignidade Sexual; 2.2.1. A Liberdade Sexual e a Integridade Físico-Psíquica da Vítima Como Bem Jurídico dos Crimes Sexuais — 3. A Lei 12.015/2009: Verdadeira Reforma do Título VI: 3.1. A Fusão dos Tipos: Estupro e Atentado Violento ao Pudor; 3.2. Efeitos Práticos da Mudança — 4. O Estupro de Pessoa Vulnerável. Desaparecimento da Presunção de Violência: 4.1. Questões Especiais Relativas à Condição de Vulnerável; 4.1.1. Idoso como Vulnerável; 4.1.2. Liberdade Sexual do Alienado Mental; 4.1.3. Embriaguez X Capacidade de Consentimento; 4.2. Reflexos Sociais — 5. Unificação da Capacidade com o ECA — 6. Conclusão — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O mundo é circunscrito por diversas realidades culturais. E o Direito, como fenômeno cultural e fruto, também, dos costumes, deve estar pronto para atender às necessidades da coletividade. Principalmente o tão famoso e “temido” Direito Penal. Assim, este, por se prestar a tutelar os bens jurídicos mais relevantes, deve acompanhar as mudanças sócio-culturais de cada momento histórico e espaço territorial.

Tomando por base o pensamento Kelseniano, o Direito assume a função de permitir a realização de fins

sociais que não podem ser atingidos a não ser por meio dessa forma de controle social. O Direito, assim sendo, não pode ser tido como um fim, mas como um meio.¹

Diante desse sistema que enquadra o Direito, há certo tempo já se vinha questionando a impropriedade da nomenclatura dada ao Título VI da Parte Especial do Código Penal. O contexto no qual este fora criado admitia a construção de um diploma que tivesse como um dos seus objetivos resguardar; preservar os ditos “bons costumes”. E assim o foi.

A década de 40 era, então, permeada por uma mentalidade conservadora. Preconceitos vários cerceavam a sociedade de tal época. Um desses preconceitos, muito visível nesse momento histórico, se relacionava à figura da mulher.

A figura feminina desse período estava ligada àquela chamada “mulher honesta”. Mas questiona-se, o que significa a expressão “mulher honesta”? Em linhas gerais, honesta era a mulher virgem ou aquela casada, fiel ao marido, presente na relação e que assumiu a função de servi-lo.

Diante desse singelo quadro, é perceptível que tal forma de pensar, tanto a realidade, como a sociedade, não mais poderia ser admitida dentro de um diploma legal, ainda mais quando este trazia a expressão “*Dos Crimes Contra o Costume*”. Com este, o Código Penal tutelava situações não mais condizentes com a realidade prática da atualidade.

1. NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. *O artigo 244-A do ECA e o gravíssimo erro do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2189, 29 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13054>>.

A mulher, no entanto, assumiu um novo “papel” na sociedade – no meio político, no ambiente familiar e no mundo profissional. Além do que, os meios de comunicação, como o telefone móvel, a internet e a televisão, evoluíram, a ponto de veicularem as informações em frações de segundo, reduzindo as distâncias e aproximando as pessoas. Isso tudo permitiu uma flexibilização, cada vez maior, da moralidade sexual, como também o esvaziamento, gradativo, da dita “inocência” dos jovens da década de 40. Ou seja, vários obstáculos e paradigmas foram quebrados e ultrapassados.

Assim, diante da sustentada inadequação quanto ao que vinha sendo expresso e tutelado pelo antiquado Código Penal de 1940, a sociedade brasileira reagiu, clamando por um maior rigor no trato dos, até então denominados, “crimes contra os costumes”, principalmente motivada pelo sentimento de repugnância que as condutas “sexualmente” ilícitas acarretam.

Sendo assim, como poucas coisas mudaram tanto, socialmente falando, quanto os hábitos e os comportamentos sexuais, faz-se importante mencionar a Lei, que foi editada e entrou em vigor no ano de 2009, enumerada 12.015, a qual surgiu e tomou forma a partir da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Exploração Sexual (pedofilia). Esta Lei apareceu com o objetivo de limpar e clarear parte da legislação penal brasileira, enfrentando problemas e questões atuais. E como nos lembrou Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 24), “a disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época da edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais se compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988”.

Diante dessa breve introdução, o presente trabalho irá discorrer sobre a figura da vulnerabilidade dentro do atual art. 217-A, do Código Penal Brasileiro, discutindo a necessidade de se compatibilizar as idades da criança do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, aquela disciplinada como a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e do vulnerável daquele diploma penal. Para tanto, elementos e conceitos indispensáveis serão trabalhados no desenvolver desse artigo.

2. A DIGNIDADE SEXUAL COMO BEM JURÍDICO PENAL

Antes de adentrar na temática proposta neste capítulo, é válido ressaltar a importância do princípio regente do nosso Estado Democrático de Direito, qual seja, o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Este princípio conduz à uma verdadeira interpretação dos demais princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, além dos direitos e garantias lá previstos.

A dignidade da pessoa humana encontra-se em sintonia com as liberdades fundamentais, estas sendo instrumentos imprescindíveis para o crescimento e amadurecimento de todo e qualquer indivíduo na sua vida privada, educação, laços afetivos, entre outros, além da vida sexual. Ultrapassando o âmbito do mero indivíduo, o princípio em tela é, sem dúvidas, guia para a formação de toda uma sociedade pautada em valores superiores que devem ser sempre seguidos.

Dentre as “ramificações” da dignidade da pessoa humana, terá destaque no decorrer do trabalho a *dignidade sexual*. Esta pode ser tomada no sentido do de-

sejo e da liberdade sexual. Tais pontos, como outros, serão estudados na perspectiva da vítima de um crime sexual, tomando a dignidade sexual como bem jurídico a ser tutelado pelo atual Título VI do Código Penal.

2.1. Noção de bem jurídico penal

Servindo também como princípio orientador, a dignidade da pessoa humana atua como base para a seleção dos valores e interesses mais importantes para a sociedade e que devem ser tutelados pelo ordenamento.

Diante disso, tem-se que “bem” representa algo dotado de grande valor para um indivíduo, isto é, algo, seja material ou imaterial, apto a satisfazer, em algum sentido, o ser humano. Como bem lembrou Fühler, quando expôs pensamentos de Von Liszt, “[...] estes bens jurídicos tutelados pela norma penal eram bens da vida, interesses humanos concretos, individuais ou coletivos [...]”.

Assim, na tentativa de proteger tais bens, surge o Direito com sua função, também, garantística. Fala-se em “tentativa”, pois, como o Direito é dinâmico, este configura, no Brasil, um sistema aberto. É difícil a conceituação da expressão “bem jurídico”, na medida em que esta decorre da própria natureza atribuída ao Direito. Assim, o conceito de bem jurídico não é um conceito estático, estando aberto às mudanças sócio-culturais².

Entretanto, de forma singela, conceitua-se os bens jurídicos, assim como fez Nucci, como “os ob-

2. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O Bem Jurídico e a Constituição Federal*. Jus. Navigandi, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>.

jetos e interesses tutelados pelo direito, capazes de serem legitimamente possuído, protegidos, utilizados e guardados por alguém”. Portanto, quando algo passa a ser valioso, torna-se um bem. Cria-se, então, a necessidade de proteger esse bem, tutela essa que é feita pela sua normatização através do Direito³.

Tendo em vista o exposto, é de fácil percepção que nem todo bem existente é bem jurídico, já que para obter a proteção do Direito é necessário um mínimo de relevância e interesse social. Além disso, nem todo bem juridicamente tutelado é assim tutelado pelo Direito Penal, já que para possuir o resguardo deste ramo do Direito é imprescindível que o bem revele a necessidade de “proteção específica e especial”, levando-se em consideração que os outros ramos do Direito não se mostraram aptos para assumir tal papel⁴. Ou seja, diante das várias teorias para seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela, o caminho que vem sendo percorrido é, ou pelo menos deveria ser, no sentido de obter um sistema que proteja a sociedade, individual ou coletivamente, *por meio do* Direito Penal e *ante* o Direito Penal⁵.

Então, levando-se em conta o princípio da intervenção mínima, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são aqueles efetivamente importantes para o convívio harmônico e saudável em sociedade, ultrapassando o âmbito da simples esfera individual.

3. ALLEGRO, Romana Affonso. *Bens Jurídicos. O interesse estatal de tutelar bens jurídicos através de sua normatização. Jusnavigandi*, 2005.
4. ALLEGRO, Romana Affonso. 2005. Loc. Cit.
5. FUHER, Maximiliano R. Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 106. Apud ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, p. 28.

Fazendo-se referência à Nucci

“Doutrinariamente, o princípio da intervenção mínima é incentivado e enaltecido, como elemento propulsor das reformas legislativas no campo criminal, porém ainda está distante de ser efetivamente acolhido pelo Poder Legislativo no Brasil. Alguns passos têm sido dados na direção correta. Outros ainda estão por vir. É preciso evoluir e abandonar o foco paternalista do Direito Penal, buscando tipificar toda e qualquer conduta lesiva a direito de outrem; não é meta da lei penal punir banalidades ou infrações menores, que outros ramos do direito podem cuidar e tutelar”.⁶

Como mais uma consideração acerca dos bens jurídicos, Luiz Flávio Gomes⁷ ensina que a missão do Direito Penal não é a de proteger todos os bens jurídicos considerados relevantes; e tampouco diante de todos os ataques a tais bens. A única tutela proporcional e admissível é a de *natureza fragmentária e subsidiária* – o Direito Penal considerado como *ultima ratio*. Esse fundamento quanto a tal finalidade desse ramo do Direito encontra-se pautado no princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Guiando-se pela linha adotada por Fühler, entende-se que o critério mais apropriado para a seleção daqueles interesses humanos pelo ramo jurídico do Direito Penal é um triplo critério (axiológico, histórico e social). Primeiramente, faz-se necessário que o bem ou o interesse seja verdadeiramente valioso, isto é, que

6. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

7. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 381.

tal bem seja circunscrito por valores naturais absolutos. Já no que diz respeito ao critério histórico, esses valores devem ter certa permanência e eficácia no tempo, o que leva a necessidade de demasiado cuidado no processo de criação e efetivação de novos tipos penais. Por fim, tem-se o fator social influenciando fortemente na verificação da qualidade e da dignidade de tais bens, na medida em que a ofensa ao bem faz surgir um sentimento social de aversão, indignação e repulsão.⁸

Tendo por base a teoria supracitada, os crimes cometidos contra a vida de alguém, como no caso do homicídio, acarreta grande repugnância na sociedade como um todo. Mas não é somente contra tal bem jurídico que a comunidade deixa explícito todo o sentimento de recusa. Isto também irá ocorrer quando o bem atingido for a dignidade sexual de outrem, como no caso do tipo penal estabelecido como estupro.

2.2. Conceito de dignidade sexual

Inicialmente, é de grande valia expor o posicionamento acolhido por Maximiliano Fühler no que tange ao bem jurídico dos crimes sexuais. Na visão de Fühler, *a transgressão sexual tem como objeto jurídico a dignidade da pessoa humana*. Como expressa o autor, a ilicitude da atividade sexual é atingida quando o ato é cometido de maneira a transpor os limites da humanidade do outro “parceiro”, isto é, quando este “assume” um papel de animal ou coisa na relação.⁹

8. FUHER, Maximiliano R. Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 108-109.

9. *Ibid.* p. 129.

Frente a essa posição, é de se concordar que a dignidade da pessoa humana é, de fato, tutelada no caso dos crimes sexuais, representando princípio indiscutivelmente relevante, que guia o ordenamento jurídico como um todo e atua como escudo protetor para situações diversas. No entanto, é preferível assumir uma linha de raciocínio diga-se um pouco mais estrita ou específica, na medida em que se entende que o objeto jurídico tutelado nos casos envolvendo crimes sexuais seja, efetivamente, *a dignidade sexual* (que está englobada na dignidade da pessoa humana).

Como bem lembrou Nucci:

“A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e à vida privada (...). Por óbvio, a satisfação sexual deve dar-se em âmbito de estrita legalidade, vale dizer, sem afronta a direito alheio ou a interesse socialmente relevante”.¹⁰

Além disso, insta salientar que a formação e o amadurecimento da moral sexual das crianças e adolescentes é um outro bem jurídico a ser protegido¹¹, principalmente quando se está em pauta os crimes sexuais contra vulnerável.

Assim sendo, o que deve ser levado em consideração é que relação sexual alguma pode ser considerada lícita quando invade a intimidade de outrem sem o seu consentimento.

10. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

11. NUCCI, Guilherme de Souza. 2010. Loc. Cit.

Diante desse quadro e retomando aspecto já apresentado, o que falar da liberdade sexual e da integridade física e psíquica da vítima? Como enxerga Maximiliano Fühler (2009, p. 119) *é no mínimo discutível a influência ou a existência do livre-arbítrio em uma atividade tocada por paixões violentas, fantasmas, fetiches...* E no que tange à integridade físico-psíquica do indivíduo violentado é assertivo afirmar que certamente o aspecto psíquico desta será gravemente atingido, o que não possível de ser fielmente declarado quando se trata do aspecto físico da vítima.

2.2.1. A Liberdade Sexual e a Integridade Físico-Psíquica da Vítima Como Bem Jurídico dos Crimes Sexuais

A sexualidade constitui-se como um dos pontos fundamentais da vida humana. Apesar disto, ou seja, mesmo que a liberdade sexual seja considerada enquanto condição existencial do próprio sujeito, deve ela observar as balizas da licitude de seus feitos, na medida em que se almeja manter a sua tutela intacta.

No que concerne ao enfraquecimento da moral social, esta está ligada a um aspecto religioso que de fato enfraqueceu e, por conta disso, a liberdade sexual tem se afirmado como parte integrante da autodeterminação do indivíduo, como também se tornou um componente indispensável do direito para garantir o respeito à vida privada.

Segundo Angélique L., em passagem do seu artigo *La Vie privée et La Liberté Sexuelle* (2007):

“Ainsi, le respect du droit à la vie privée est confronté aux mœurs de la société dans le domaine de la liberté

sexuelle. Le droit inspiré par la morale a donc connu une certaine évolution relative à l'évolution des mœurs. Il s'agit donc d'envisager l'évolution de la liberté sexuelle à travers des situations juridiques concrètes”.

Frente a esse cenário, que se possa afirmar revolucionário, quando comparado com os costumes passados, é facilmente perceptível a crise jurídica que sofreu o termo *bonnes mœurs* (moralidade; boa moral). É por isso que certos comportamentos sexuais são, na atualidade, juridicamente aceitos, como é o caso do adultério e da homossexualidade. Entretanto, outras condutas são consideradas ilícitas, quais sejam, aquelas que não são consentidas, ultrapassando os “limites do humano”, como é o caso do estupro.¹²

É inegável que a moralidade perdeu espaço no ramo do direito. De acordo com os ensinamentos de Borrillo e de Lochak (*La Liberté Sexuelle*, 2005), não se pode afirmar que a ética, por meio de um discurso intervencionista, não esteja presente quando o tema é prostituição ou pornografia, por exemplo. Que pese isso recaia na fragilidade do princípio da neutralidade ética do Estado (“*fragilité du principe de neutralité éthique de l'État*”), tudo isso é em nome da dignidade da pessoa humana e da igualdade dos sexos.

No entanto, apesar de a liberdade sexual está inscrita na vida privada, e esta ser protegida pelo Direito, é essencial e válido lembrar que tal liberdade deve sofrer certas limitações. De tal maneira que pode-se concluir que grande parte dos crimes contra a digni-

12. BORRILLO, Daniel; LOCHAK, Daniele. *La Liberté Sexuelle*. Paris: Puf, 2005.

dade sexual resulta na mitigação da vontade da vítima, lesionando, assim, a sua auto estima¹³.

Como afirma Fühler, não obstante a falta de consentimento formal da vítima acarretar demasiada simpatia e obstar determinados percalços, ele declara que:

“Sabemos todos que em tema de sexualidade o “não” pode significar um “sim”, e muitas vezes o “sim” está confuso dentro do “não”, e vice-versa. Fazer o crime sexual depender exclusivamente de declarações formais é desconsiderar esta característica especial da pulsão sexual e se afastar da vida real”.¹⁴

Já no tocante à integridade física e psíquica da vítima é sabido que efetivamente o psicológico dela estará bruscamente atingido, o que não se pode afirmar em relação ao seu aspecto físico.

Se para um adulto já é complicado lidar com uma lesão, qualquer que seja, à sua dignidade sexual, que em regra já encontra-se construída, o que não dizer das crianças e adolescentes, que possuem a sua moral social e seu amadurecimento sexual em formação?

Como diria Maximiliano Fühler:

“É inegável que o crime sexual em regra atinge a moralidade, a família, o sentimento de liberdade e a integridade física e psíquica”.¹⁵

De fato, ser sexualmente violentado é um trauma para qualquer indivíduo.

13. FUHER, Maximiliano R. Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119.

14. Ibid. p. 121.

15. Ibid. p. 122.

3. A LEI 12.015/2009: VERDADEIRA REFORMA DO TÍTULO VI

Alterações proporcionais aos crimes contra a dignidade sexual foram estabelecidas com o advento da Lei 12.015. A maioria pertinente, como pôde ser percebido com a mudança do antigo e impróprio Título IV “*Dos Crimes Contra os Costumes*” para “*Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*”, como também com a fusão dos tipos penais *estupro e atentado violento ao pudor*.

O Código Penal Brasileiro de 1940 trazia vestígios de uma maneira de pensar e agir ainda bastante conservadora, o que o tornou impróprio ou incompatível com a atualidade. Assim, as inquietações da década de 40 eram outras que não as que hodiernamente se apresentam.

Então, tendo em vista a função de tutela que o Direito represente para a sociedade, esta esperava e clamava por mudanças que adequassem a realidade à formalidade das normas. Só assim o ordenamento jurídico cumpriria o seu papel.

A Lei nº 12.015 de 2009 foi o meio pelo qual a sociedade teve o seu reclamo acolhido, de forma não completamente satisfatória e acertada, mas claramente considerável e pertinente. Entre outras alterações, essa Lei buscou compatibilizar o Título VI do diploma penal à realidade dos dias correntes que não mais se pautava na moralidade dos chamados “bons costumes”.

O autor Fernando Capez, no seu artigo “*A Objetividade Jurídica nos Crimes Contra a Dignidade Sexual*”, examinou apropriadamente a alteração do Título IV:

“Sob a epígrafe “*Dos crimes contra os costumes*”, tutelava o Código Penal a moral social sob o ponto de

PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO...

vista sexual. A lei penal não interferia nas relações sexuais normais dos indivíduos, mas reprimia as condutas anormais consideradas graves que afetassem a moral média da sociedade. [...] Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores ético-sociais que primava, sobretudo, pela moralidade sexual e seus reflexos na organização da família...”

A década de 40 era, então, circunscrita por uma mentalidade bastante conservadora. Preconceitos vários cerceavam a sociedade de tal época. Um destes, muito visível nesse momento histórico, relacionava-se à figura da mulher, bastante reprimida, com um papel submisso tanto no âmbito familiar, como frente à sociedade.

“O Título VI, com as modificações operadas pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, passou a tratar dos delitos contra a dignidade sexual, substituindo a expressão “Dos crimes contra os costumes”. Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual”.

Agora, o verdadeiro bem jurídico protegido neste título do Código Penal é a *dignidade sexual*.

Tantas outras mudanças decorreram da Lei 12.015/09. No entanto, uma que despertou considerável atenção foi a revogação do antigo art. 214, o que não consistiu em *abolitio criminis*, havendo, sim, uma incorporação daquele tipo ao conceito de outro delito¹⁶. Veremos a seguir esse artigo e alguns dos seus desdobramentos.

16. ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

3.1. A fusão dos tipos: estupro e atentado violento ao pudor

De primeiro, como leciona Nucci (2010, p. 901), *Stuprum, no sentido próprio, significa desonra, vergonha.*

Uma das mudanças advindas da Lei 12.015 de 2009 foi a fusão dos tipos penais *estupro e atentado violento ao pudor*. A redação atual do Código Penal Brasileiro consta apenas do art. 213, restando revogado o art. 214.

Assim, a esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento do autor Paulo Queiroz, no seu artigo “*Estupro e atentado violento ao pudor na Lei n.º 12.015/2009*” (Revista Jus Vigilantibus, 2009):

“Apesar de revogado o art. 214, não houve abolição do crime de atentado violento ao pudor, que agora passa a fazer parte do crime de estupro. Não há cuidar, pois, de *abolitio criminis*, mas de simples mudança do nomen juris da infração, como convinha, aliás, visto que realmente não fazia sentido a velha distinção entre estupro e atentado violento ao pudor”.

Desse modo, o estupro, art. 213 do CP, passa a ser tipificado pela seguinte redação: *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.*

Como é de fácil percepção, a revogação do antigo art. 214, que tratava do *atentado violento ao pudor*, não acarretou o instituto da *abolitio criminis*. Este consiste na modificação de um fato típico em atípico. A supressão da tipicidade ocorre por conta de nova lei que torna o comportamento, antes carac-

terizado enquanto delito, fato atípico. Assim, como dispõe o art. 107, III do Código Penal: “extingue-se a punibilidade: III – pela retroatividade de lei que não mais considere o fato como criminoso”, fala-se em fato jurídico extintivo de punibilidade. Por fim, vale ressaltar que a *abolitio criminis* extingue os efeitos penais, mas não os efeitos civis, de acordo com o art. 2º do Código Penal.

“Vê-se, pois, que, comparada à anterior a atual redação é bem mais ampla a ponto de compreender, por inteiro, o tipo de atentado violento ao pudor previsto no art. 214 do CP”. Então, “não há cuidar, pois, de *abolitio criminis*, mas de simples mudança do *nomen juris* da infração”.¹⁷

É forçoso salientar, ainda, que não somente mudanças de comportamentos da sociedade acarretaram as modificações trazidas pela Lei 12.015, mas entendimentos doutrinários, angustiados com o desnível de sensibilidade do legislador, que não eram compatíveis com a antiga redação dos arts. 213 e o antigo 214.

Assim, como ensina Maximiliano Fühler, na prática, mediante o texto anterior à Lei 12.015/09, *quem utilizasse todos os meios à sua disposição para consumir um estupro estaria sujeito a uma pena mínima de 2 anos de reclusão; já aquele que voluntariamente desistira de prosseguir na execução, aproveitando o benefício da desistência voluntária, ficaria sujeito a uma pena mínima de 6 anos de reclusão... Ou seja, pelo regime anterior, quem se arrependesse*

17. QUEIROZ, Paulo de Souza. Estupro e atentado violento ao pudor na Lei nº 12.015/2009. *Revista Jus Vigilantibus*, ago. 2009.

*receberia pena três vezes maior do que aquele que não se arrependesse.*¹⁸

Por fim, cabe fazer ressalva ao art. 224 (Presunção de Violência) que fora expressamente revogado. Esta mudança trouxe grandes impactos para a aplicabilidade prática do art.217-A, este também incluído no diploma penal brasileiro pela Lei 12.015. Entretanto, tratar-se-á da questão da *presunção de violência* em momento oportuno.

3.2. Efeitos práticos da mudança

Primeiramente, é válido fazer menção, novamente, que o presente crime de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal, abrange, além do estupro em si, isto é, aquele expresso na sua redação anterior à entrada em vigor da Lei 12.015/09, compreende ainda o crime configurado como atentado violento ao pudor. Desse modo, tem-se que o tipo previsto naquele artigo é bastante abrangente; amplo se comparado com o anterior. Além disso, houve o aumento da pena base.

Já no que concerne ao momento consumativo do delito previsto no art. 213 do Código Penal, dispõe Julio F. Mirabete (2010, p. 392):

“(...) ocorre a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher, não sendo necessário o orgasmo ou ejaculação. (...) Com relação à conduta de constrangimento à prática de ato libidinosos diverso da conjunção carnal, que configurava antes o

18. FUHER, Maximiliano R. Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 143.

PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO...

delito de atentado violento ao pudor, o momento consumativo do estupro coincide com a prática do ato”.

É admitida a tentativa em ambas as condutas, seja conjunção carnal seja qualquer outro ato libidinoso, isto porque o agente pode dar início ao cometimento do ato criminoso e ter as suas intenções e desejos frustrados por fatos externos à sua vontade.¹⁹

Além disso, a redação primitiva trazia que o crime consistia em *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*. Enquanto que a atual não menciona que o sujeito passivo será a mulher, e sim “alguém”. Como também, não dispõe somente sobre conjunção carnal, mas, além disso, o ato libidinoso diverso (o que envolve o revogado art. 214).

Assim, é fácil perceber que agora tanto o homem quanto a mulher podem se encontrar no pólo ativo ou no pólo passivo do tipo penal em tela. Outrossim, não somente a cópula pênis-vagina é considerada como estupro, mas qualquer outro ato libidinoso (sexo anal ou sexo oral, por exemplo) configurará tal conduta; tipo.

Resta claro o tamanho tabu que fora quebrado com a alteração do crime de estupro, principalmente quando não somente a mulher pode ser vítima do crime, mas também o homem. O fato deste sujeito antes não poder ser tido como vítima de tal comportamento criminoso configurava, de certo modo, um preconceito, fruto da sociedade paternalista brasileira.

Com isso, é de fácil percepção que o legislador incluiu a dignidade sexual do homem dentro de um

19. ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41-42.

rol de proteção antes discriminatório, isso porque era impensável a sua tutela mediante o crime em tela. Agora, ambos os sexos foram, nesse ponto, colocados em pé de igualdade.

4. O ESTUPRO DE PESSOA VULNERÁVEL. DESAPARECIMENTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

A reforma de 2009 criou a categoria dos vulneráveis, compreendendo as pessoas previstas no antigo art. 224, do Código Penal, hoje revogado, que tratava da presunção de violência em relação ao menor de 14 (catorze) anos, ao alienado ou débil mental e aquele que, por qualquer causa diversa, não pode oferecer resistência.

Como descreve Luís Agudo (2009), o sujeito tido como vulnerável integra um *conjunto de pessoas que por questões ligadas a gênero, idade, condição social, deficiência e orientação sexual, tornam-se mais suscetíveis à violação de seus direitos. Para efeito didático esse grupo pode ser classificado em seis categorias: mulheres, crianças e adolescentes, idosos, população de rua, pessoas com deficiência física ou sofrimento mental e a comunidade LGBTT*. Como observação, esta sigla significa a comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

Diante do anteriormente exposto, aquele indivíduo classificado como vulnerável pelo Direito Penal integra, como pode ser compreendido, um grupo composto por sujeitos merecedores de um tratamento especial. Suas condições os tornam diferenciados de algum modo e em algum aspecto. Por isso eles são cuidados com atenção redobrada. Isto porque, determinadas características os fazem mais frágeis,

quer seja pela idade, quer seja pelo sexo ou ainda por condições psico-físicas.

A questão da condição de vulnerável em razão da idade é o foco principal do presente trabalho, porém será debatida mais fortemente em momento mais oportuno. Diante disso, destaca-se a seguinte redação do art. 217-A, *caput*:

“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

No entanto, além dos menores de 14 (catorze) anos serem considerados vulneráveis, a reforma de 2009 trouxe a hipótese prevista no § 1º em que “(...) alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. Dessa maneira, incorre no mesmo crime (estupro de vulnerável), como também na mesma pena prevista no *caput* do art. 217-A, aquele que pratica o ato com sujeito portador de deficiência mental ou que por alcoolização (involuntária) ou por uso de drogas, por exemplo, não tenha condições de discernimento.

Como afirma ainda Luís Carlos Agudo:

“As hipóteses anteriormente estabelecidas pelo artigo 224 (presunção de violência) integram os novos tipos penais. O legislador estabeleceu expressamente nos novos tipos penais as causas de presunção de violência constantes no antigo artigo 224 do Código Penal. Não mais podem ser usadas para aumento de pena, pois ocorreria inegável *bis in idem*”.²⁰

20. AGUDO, Luís Carlos. *Considerações sobre a Lei 12.015/09 que altera o Código Penal*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, ago. 2009.

A tutela penal, sexualmente falando, desenvolve-se, com um nível maior de cautela, direcionadamente às pessoas incapazes de expressar sua concordância racional e segura de forma plena e capaz.²¹

Diante disso, impossível não fazer referência à questão da presunção de violência, esta relativa quando se tinha como parâmetro a redação do já revogado art. 224 do CP, sendo a menoridade um elemento do crime.

Já o novo artigo 217-A manteve a violência, esta sob a nomenclatura de “vulnerabilidade”, tendo por finalidade proteger o menor de 14 (catorze) anos (apesar de um mundo liberal para o ensinamento sexual) que não tem condições para dar seu consentimento. No entanto, com a reforma de 2009, aquela presunção de violência não é mais relativa, mas ao contrário, *absoluta*.

A presunção de violência sempre foi fonte de muita polêmica no âmbito do Direito Penal. Antes da reforma de 2009, então, falava-se em presunção de violência: *absoluta* (a qual não comportava prova em contrário) ou *relativa* (a qual havia a possibilidade de apresentar prova em contrário). A discussão girava em torno da questão da idade. Isso porque, quando a vítima da relação sexual era menor de 14 (catorze) anos, caso a presunção fosse absoluta não cabendo prova em contrário, aquela teria efetivamente sido vítima de estupro, caso contrário, ou seja, fosse relativa a presunção de violência, dependeria de prova. Já quanto aos alienados mentais e pessoas com ca-

21. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 99.

pacidade reduzida, se a enfermidade fosse apurada, a presunção era absoluta.²²

Essa presunção de violência trazia consigo grande divergência doutrinária, o que acarretou a formação de algumas teorias no que se referem a sua forma. No presente artigo, destacar-se-ã 3 (três) delas. Então, ilustrativamente, a primeira delas é a *teoria absoluta*, a qual não admitia a prova em contrário, ou seja, bastaria apenas que o sujeito fosse menor de 14 anos. A segunda é a *teoria relativa*, para a qual é admissível a prova em contrário, isto é, leva-se em consideração a vida do agente, podendo-se, por tal análise, excluir a presunção. Por fim, a terceira teoria é a *teoria mista*, a qual admite, em situações que envolvam menores de 12 anos, a presunção absoluta para a maioria dos casos, enquanto que a presunção relativa seria analisada em hipóteses especiais, estas voltadas para os jovens entre 12 e 14 anos.²³ A teoria mista, como descrita, é a que melhor se aplica à realidade atual.

Entretanto, no que concerne ao que antes era tido como uma presunção de violência, hoje não há mais presunções, levando-se em conta a construção penal autônoma do art. 217-A. Assim, obsta-se; proíbe-se o envolvimento sexual com os considerados vulneráveis pelo artigo em tela.

22. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 100-101.

23. BARROS, Francisco Dirceu. Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais. Carta Forense. 2010. Apud MIRABETE, Júlio Fabbrine. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999; NUCCI, Guilherme de Souza. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 841; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Estupro: violência presumida. *RJ*, n. 228, out. 1996, p. 44.

Não obstante, como afirma Nucci (2010, p. 102), *a proteção conferida aos menores de 14 anos (...) continua a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. (...) Agora, submetida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma forma como sendo absoluta ou relativa.* No tocante a este ponto, abrir-se-á discussão em momento apropriado.

Por todo o cuidado que merecem os tidos como vulneráveis, a pena referente ao art. 217-A do Código Penal é maior do que a pena que diz respeito ao estupro comum.

4.1. Questões especiais relativas à condição de vulnerável

4.1.1. Idoso como Vulnerável

Perquirindo um caminho um pouco mais além, é válido analisar a questão do idoso como vítima do crime de estupro.

Não é difícil imaginar que uma pessoa idosa, por suas características claramente mais frágeis do que a de um adulto, em regra, por conta da sua idade, deveria estar enquadrado no rol daqueles considerados vulneráveis pelo ordenamento penal brasileiro. Todavia, não é isso o que ocorre.

Dessa maneira, se no caso concreto, um idoso que não tinha capacidade de resistir é considerado vulnerável, porém não por ser idoso. Ou seja, não é a questão da idade que levará a identificar o idoso como sujeito vulnerável nos crimes sexuais. Diferentemente do que acontece com os menores de 14 anos, que são

vulneráveis em razão da sua idade em principalmente, por se entender que estes não têm a capacidade de consentir com qualquer ato de cunho sexual. A idade de tal menor é o fator que desencadeia as outras questões ligadas à sua *vulnerabilidade*.

Diante desse quadro, é de se perceber a falta de sensibilidade e de compatibilidade do legislador. Resta questionar: por que o idoso, assim como acontece com os menores de 14 anos e os enfermos mentais, não são, desde já, enquadrados como pessoas vulneráveis na legislação penal?

4.1.2. Liberdade Sexual do Alienado Mental

Outra questão preocupante relativa aos crimes sexuais, quanto à situação dos vulneráveis, é a que circunscreve a liberdade sexual do alienado.

Pelo que dispõe o Código Penal Brasileiro, o alienado mental, isto é, aqueles que não têm o discernimento necessário para a prática do ato, não tem mais direito a ter vida sexual ativa. Ou seja, de acordo com a redação do art. 217-A, § 1º, aqueles com enfermidade ou deficiência mental, de qualquer espécie e que não possuam discernimento suficiente, que mantenham relação sexual com sujeito maior de idade, se encontrarão na posição de vítima do crime em tela. Mas, até que ponto pode o legislador estabelecer o que seria um “discernimento suficiente” para um sujeito possuidor de enfermidade mental, de modo a restringir a sua liberdade sexual a tal ponto?

Assim, diante desse quadro, pergunta-se: até que ponto é possível permitir que o Estado, por meio do seu Poder Legislativo, possa interferir na liberdade

sexual de alguém? Será mesmo que qualquer indivíduo portador de deficiência mental, qualquer que seja, não tem capacidade de consentir livremente sobre seus atos e de guiar sua vida sexual?

A sexualidade, como já antes afirmado, é uma das válvulas propulsoras da vida. Obviamente que as limitações de cada sujeito devem ser respeitadas e tuteladas. No entanto, esse impedimento sexual imposto pelo Código Penal aos alienados mentais deve ser flexibilizado, não devendo o legislador considerar um ilícito toda vez que aquele se envolver num relacionamento. Todo cuidado é pouco. Restringir aleatoriamente do direito dessas pessoas à sua sexualidade não é o melhor e mais correto caminho para tutelar sua dignidade sexual.

4.1.3. Embriaguez X Capacidade de Consentimento

Como é sabido, o ordenamento brasileiro é composto por cláusulas abertas. Assim, pode-se fazer referência ao termo “oferecer resistência”. Esta expressão remete à questão da embriaguez.

É claro que se alguém for involuntariamente embriagado, não podendo oferecer resistência, e for submetido à prática de atos sexuais sem a emissão do seu consentimento, aquele será por óbvio vítima do crime previsto no art. 217-A, do Código Penal. Entretanto, questiona-se a legalidade desta redação, pois, a pessoa pode, voluntariamente, se embriagar e alegar que não era capaz de consentir.

Como é perceptível, a situação é bastante controversa. E para ilustrar isso, singela análise será reali-

zada sobre o atual caso ocorrido no *Big Brother Brasil 12*, programa televisivo (*reality show*), exposto, entre outros, pela página virtual do Terra (www.terra.com.br), transmitido pela emissora *Rede Globo*, no qual um total de 16 participantes são confinados numa casa e têm sua rotina filmada e assistida por todo Brasil.

O programa oferece aos participantes festas temáticas durante determinados dias da semana. Nessas festas, a emissora oferece bebidas alcoólicas à vontade aos participantes. A polêmica teve início na madrugada do dia 15 de Janeiro (domingo), quando Monique, 23 anos, ficou embriagada no decorrer da festa de sábado (14) e foi para cama com o participante Daniel, 31 anos. Em vídeo é possível ver o *brother* em movimentos suspeitos, como se estivesse praticando sexo com a *sister*, que parecia estar dormindo. A confusão teve seu ápice quando telespectadores expressaram-se em rede social na internet afirmando que Monique poderia ter sido vítima de estupro. A *sister* afirmou, antes de conversa com diretor-geral do programa, J.B. Oliveira, não ter tido relação sexual com o modelo Daniel. Após conversa, a participante demonstrou estar confusa: “Será que fiz [sexo]?”.

Diante desse quadro, que encontra-se em estado de investigação, e pelas gravações expostas na internet, é forçoso guiar-se pela vertente de que o *brother* Daniel não cometeu o ilícito de estupro contra vulnerável, previsto do art. 217-A, do Código Penal. Isto porque ambos estavam embriagados, voluntariamente; Monique foi para cama com o modelo ainda acordada e lá manteve atos de cunho sexual; e depois que acordou deu beijos no *brother*. Será mesmo que a participante foi vítima daquele ilícito penal?

Resta um outro questionamento: por que a Rede Globo não ordenou que o Daniel terminasse imediatamente com seus atos quando percebeu que a *sister* encontrava-se em estado profundo de sono, e, pelo contrário, deixou que ele fosse até o fim? Se o *brother* for responsabilizado pelo crime em tela, a Globo deverá responder conjuntamente por omissão, quando tinha o poder de pôr fim à situação e assim não o fez.

Após breve análise de um caso real, polêmico e atua, vale ressaltar que o parágrafo primeiro, do art. 217-A, trata da pessoa que, no caso concreto, não tinha capacidade de consentir, sendo ela também vulnerável. Desse modo, é possível e sustentável a ideia de que aqueles que se encontram alcoolizados, e atingiram esse estado de forma voluntária, não poderão alegar, a depender do fato concreto, terem sido vítimas de estupro na condição de vulneráveis.

4.2. Reflexos sociais

O crime de estupro sempre acarretou bastante perplexidade e desgosto na sociedade como um todo. Inclusive, é válido lembrar que dentro de um complexo carcerário; uma penitenciária quem mais sofre são os estupradores. Ou seja, dentro daquele “mundo à parte”, os próprios detentos repreendem aquele sujeito que veio a delinquir por meio do crime do estupro, ainda mais se este fora cometido contra um(a) vulnerável.

Então, se todo esse sentimento de repugnância está presente quando o fato envolve o ilícito de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, o que não falar quando o caso envolve o art. 217-A deste mesmo diploma legal? O dissabor; a amargura; a aversão são

maiores ainda. A sociedade se une por sentimentos de desaprovação à conduta daquele agente. Sentimentos esses que se estendem, ganhando dimensões maiores quando, exemplificativamente, o fato típico envolve um pai e uma filha.

Entretanto, mesmo vivendo sentimentos de repulsa e de ódio, não se pode deixá-los “subir a cabeça” a ponto de querer fazer justiça com as próprias mãos. Assim, não é incomum assistir a casos de pais que matam ou pelo menos tentam matar o estuprador do seu filho ou filha, como bem retrata o filme *Tempo de Matar*, com direção de Joel Schumacher.

Esse filme conta a história de um pai (*Carl Lee*), negro, que teve sua filha de 10 anos (*Tonya*) estuprada, quando voltava para casa, por dois jovens arruaceiros (*Billy Ray e J. Willard*), brancos (posteriormente ao fato foram presos) alcoolizados. Esse pai, sob domínio de violenta emoção, vai a procura de um advogado (*Jake Brigance*), branco, com o qual tinha uma relação de amizade. Carl Lee, sabendo da grande possibilidade daqueles sujeitos serem inocentados, mata-os no prédio do tribunal – na presença dos familiares dos jovens, de policiais e curiosos. O caso vai a júri e provoca uma discussão racial no condado.

O controle dos sentimentos é de extrema importância numa situação como a supracitada. Sabe-se que é difícil, ainda mais quando, por vezes, os agentes não recebem a punição devida, isso quando recebem. Mas, o mais importante, é lutar para que a justiça brasileira continue evoluindo e que seja capaz de alcançar, de fato, todos aqueles que atuam contra ela. Os três poderes devem sempre caminhar conjuntamente no intuito de alcançar a tutela daquele bens mais preciosos.

5. UNIFICAÇÃO DA CAPACIDADE COM O ECA

Inicialmente é extremamente relevante apresentar o pensamento de Nucci quanto à absoluta presença de violência psicológica no caso do crime de estupro contra vulnerável, quando ele afirma que:

“As pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado”.²⁴

É preciso concordar em parte com a afirmação do autor. Está correto entender que existe, de fato, violência psicológica num crime como o previsto do art. 217-A, mas é preciso discordar quando Guilherme Nucci traz que isso ocorre por conta da falta de compreensão da tamanha seriedade quanto ao ato que fora cometido.

Os jovens da atualidade, entre 12 e 14 anos, não são os mesmos da década de 40. Hoje, aqueles dispõem de toda e qualquer informação a todo momento, principalmente pela tamanha difusão que os meios de comunicação, como a televisão e a internet, oferecem.

Outro ponto que destoa daquela época de 1940 e anos seguintes, é o fato de o círculo familiar estar cada dia mais disposto e propenso à todo tipo de diálogo. Falar em sexo tornou-se fato da normalidade do cotidiano do brasileiro.

As crianças e adolescentes, desde cedo, têm acesso a informações variadas sobre sexualidade, seja no am-

24. NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 99.

biente escolar ou familiar. Discutir sobre as mudanças do corpo ou sobre a puberdade, como também sobre doenças sexualmente transmissíveis, já virou rotina. E esse é o caminho seguro e necessário para que os jovens estejam prevenidos dos tormentos de uma sociedade cada vez mais globalizada. Os pais e educadores devem estar prontos e dispostos a orientar e ajudar na formação dos pequenos cidadãos brasileiros.

Porém, toda essa difusão de informações recai na questão da incompatibilidade entre as idades previstas de um lado pelo Código Penal Brasileiro e, de outro, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Aquele dispõe que uma das categorias de vulnerável é o indivíduo até 14 (catorze) anos, isto é, abaixo desta idade. De outro lado, o ECA prevê que o sujeito é considerado criança até os seus 12 (doze) anos incompletos; assim como está disposto no seu art. 2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

É preferível seguir a linha de que há uma disparidade entre o que está estabelecido entre aqueles diplomas legais.

Assim, tendo em vista a realidade de um jovem brasileiro, entre 12 e 14 anos, perquire-se o raciocínio de que este não deve ser tido como vulnerável no caso do estupro. Isto em razão da não fragilidade quanto à ciência do que seja a sexualidade e seus pontos cruciais, mas pelo contrário. Um jovem nessa faixa etária já possui discernimento para fazer opções sexuais. E o Código Penal, como os outros diplomas legais, deve estar pautado *na regra*, e não na exceção.

E isso é o que se vive nos dias de hoje. Uma vivência da sexualidade é cada vez mais precoce.

Dessa forma, é preferível entender que deve haver uma compatibilidade entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que aquele venha a considerar como vulnerável sujeitos até 12 anos incompletos, isto é, aquele tido como criança no ECA.

Perante a presente redação do Código Penal Brasileiro, se um casal, digamos a jovem ter 14 anos e o rapaz 18 anos, por livre e espontânea vontade, decidem amadurecer seu relacionamento e a partir de então estabelecerem um laço de intimidade maior, mantendo relações sexuais, aquele estará comento o crime de estupro previsto no art. 217-A, do Código Penal, devendo a vulnerabilidade do indivíduo ser considerada relativa, devendo ser analisada diante de cada caso concreto.

Diante do caso apresentado anteriormente, será que diploma penal brasileiro está realmente tutelando corretamente e seguindo a realidade prática os bens merecedores de proteção? Será que aquele sujeito realmente está cometendo algum crime, ainda mais o crime de estupro contra vulnerável? E será que a jovem deve ser colocada na posição de vítima do art. 217-A?

Assim, tem-se que a questão da vulnerabilidade, atualmente trazida com a reforma de 2009, é faticamente polêmica.

Em outra passagem do seu livro, Nucci (2011, p. 102-103) expressa-se:

“É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento

PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO...

para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção será e seu correlato princípio da ofensividade. (...) Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais”.

Não entrando no mérito tratado neste capítulo, defendendo a inconstitucionalidade da presunção absoluta, Maximiliano Füleher traz argumentos que devem ser expostos e servem como fundamentos para o propósito deste trabalho.

Com efeito, esclarece Füleher o diploma penal, na quele Título VI, proíbe o relação amorosa dos considerados vulneráveis com os imputáveis, mesmo que esta seja a sua vontade e desejo, o que vitimiza cada vez mais aqueles. Como expõe o autor, “na aplicação da nova lei, deve o julgador verificar com esmero se houve realmente um estupro ou apenas um inocente namoro”. E finalizando, afirma ele que “[...] a atenção deve se voltar única e exclusivamente para o *necessário discernimento* e para a *capacidade de resistência* da vítima, vez que a conduta sexual do agente é objetivamente típica”.²⁵

25. FÜHER, Maximiliano R. Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176.

Um ponto de extrema importância a ser tratado é a questão de o princípio penal da *intervenção mínima* vem sendo mitigado. O legislador precisa ser bastante cuidadoso no que está pretendendo proteger para não terminar por se utilizar erroneamente e excessivamente do Direito Penal, aquele existente para proteger os bens jurídicos de forma mais firme e “repressora”.

Assim, como explicita Greco²⁶, “o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a descriminalização”. Ou seja, Rogério Greco quer afirmar que como é pautado nesse princípio penal que o legislador elege os bens que são merecedores de proteção naquele período histórico, é também, baseado nele, que o mesmo legislador irá retirar do ordenamento jurídico tipos penais incriminadores que não são mais condizentes com a realidade da sociedade em que se vive. Dessa maneira, como preleciona Greco²⁷, aquele princípio é um limitador do poder punitivo do Estado.

Depois disso, é de se convir que a discussão quanto a relativização da vulnerabilidade parece manter-se viva. O que é indiscutível, nesse ponto, é a devida proteção absoluta aos menores de 12 anos.

26. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 12. ed. v. 1. São Paulo: Impetus, 2010. p. 45. Apud CAPARRÓS, José E. Sáinz-Cantero. *La Codelinquencia en los Delitos Imprudentes en el Código Penal de 1995*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 73.

27. GRECO, Rogério. 2010. Loc. Cit. Apud MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires, p. 59-60.

PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO...

Como entende Francisco Dirceu Barros²⁸, o conhecimento da circunstância vulnerável deve ser inserido a todas as hipóteses de vulnerabilidade. Portanto, o novo artigo 217-A, do Código Penal, deve ser lido de tal maneira:

- a) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos (*conhecendo o agente ativo esta circunstância*).
- b) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato (*conhecendo o agente ativo esta circunstância*).
- c) Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (*conhecendo o agente ativo esta circunstância*).

Assim, ainda seguindo os ensinamentos de Bastos, em se considerando a vulnerabilidade no seu conceito absoluto, não haverá a possibilidade de se produzir provas em contrário, pois qualquer pessoa, em qualquer circunstância que mantiver relação sexual com menor de 14 anos virá a ser considerada presumidamente culpada. Fatos esses que infringem diretamente os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência, ambos descritos no art. 5º, incisos LV e LVII da CF, respectivamente.

28. BARROS, Francisco Dirceu. *A natureza Jurídica da Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2605, ago. 2010.

Estes incisos dispõem de tal modo:

a) Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *in verbis*: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

b) Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *in verbis*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Um outro aspecto considerável apontado por Francisco D. Bastos é que a vulnerabilidade absoluta conduz a dois grandes problemas, quais sejam atenta contra o princípio da *paternidade responsável* e contra o princípio da *harmonia familiar*, assim descreve:

Imagine que uma mulher com 13 anos esteja grávida e o pai negue a paternidade. Você acha que o suposto pai vai querer fazer o exame de DNA para depois ser condenado em uma pena que varia entre 8 e 15 anos de reclusão?

Tendo por base casos como este é que surge o embasamento para que notável parte da doutrina venha a entender que a presunção de vulnerabilidade deve ser relativizada, admitindo, assim, prova em contrário e vindo a considerar que a análise deve realizar-se caso a caso; casuisticamente. E, na tentativa de ilustrar a admissibilidade da relatividade da presunção de vulnerabilidade por parte da jurisprudência brasileira, veja-se²⁹:

29. Julgados selecionados de casos em que o debate envolvia a relatividade ou não da presunção de violência.

- a) **A vulnerabilidade é relativa:** “... cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade, erro este plenamente justificado pelas circunstâncias. (STF: HC 73:662, Segunda Turma; Rel. Min. Marco Aurélio, voto vencido)”.
- b) **A vulnerabilidade é relativa:** “... quando comprovada a experiência da menor na prática sexual. (RT: 678:345.)”.
- c) **A vulnerabilidade é relativa:** “... pois não basta a idade, exigindo-se que a vítima se “mostre inocente, ingênua e totalmente desinformada a respeito do sexo”. (RF: 285:350.)”.

6. CONCLUSÃO

Após a análise realizada sobre pontos essenciais ligados à reforma de 2009, assim como sobre alguns dos seus reflexos no cotidiano, conclui-se que de fato esta alteração acarretou vantagens indiscutíveis para o diploma penal brasileiro. Entretanto, pontos outros precisam ser revistos, mais cuidadosamente, pelo legislador brasileiro.

Um desses pontos, e foco do presente trabalho, é a (in)compatibilidade das idades daquele sujeito tido como vulnerável pelo Código Penal Brasileiro, no Título VI do mesmo, e o patamar de idade estabelecido para identificar uma pessoa como criança pelo Estatuto da Criança de do Adolescente. Essa incongruência deve ser analisada tomando por base a realidade sócio-cultural atual. A cada dia que passa, percebe-se uma maior maleabilidade da moralidade sexual, como também o afastamento, paulatino, da dita “inocência” dos jovens da década de

40. Ou seja, vários obstáculos e paradigmas foram quebrados e ultrapassados.

Como foi possível compreender com desenvolver desse artigo, o sexo não é mais visto e apresentado como um tabu na presente sociedade brasileira. E isso é claramente perceptível quando tornou-se natural falar sobre sexo, ou estudar as mudanças do corpo humano ainda na escola, como o fato de uma maior publicização no que se refere a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis através de meios de comunicação vários, além de se ter o ambiente familiar como um âmbito cada vez mais liberto para discussões acerca da sexualidade.

Assim, diante da realidade social contemporânea e dos comportamentos presentes nesta, entende-se que um(a) jovem por volta dos 12 ou 13 anos, hoje, como regra, tem capacidade para decidir sobre a sua vida sexual, não devendo ser considerado como vulnerável, como está atualmente previsto no diploma penal brasileiro. Esse indivíduo, em situação que envolva a conjunção carnal ou outros atos libidinosos, se for o caso, deve figurar como vítima do art. 213, do Código Penal. Isto porque, por exemplo, uma jovem de 14 anos que já passou por transformações corporais e que mantém um relacionamento com um sujeito de 18 anos, entendendo já estar pronta para viver uma vida sexual ativa, não pode ser enquadrada como vítima de estupro, ainda mais na modalidade “vulnerável”. Além do mais, seria errôneo punir o namorado da jovem como sendo agente ativo do art. 217-A, que dirá do art. 213 do diploma penal.

Diante dessa breve explanação, percebe-se que existe ainda um descompasso entre a realidade e a tu-

tela dos bens jurídicos em parte da legislação penal, gerando uma inflação do Direito Penal, como também o uso inconsequente do princípio da intervenção mínima. Isso deve ser revisto pelo legislador brasileiro, na tentativa de minimizar essas falhas, para que haja uma proteção mais efetiva e eficaz dos bens da vida que realmente mereçam e necessitem do escudo penal.

7. REFERÊNCIAS

- AGUDO, Luís Carlos. *Considerações sobre a Lei 12.015/09 que altera o Código Penal*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, ago. 2009.
- ALLEGRO, Romana Affonso. *Bens Jurídicos. O interesse estatal de tutelar bens jurídicos através de sua normatização*. Jusnavigandi, 2005.
- ANGÉLIQUE L. *La Vie privée et La Liberté Sexuelle*. 2007. Disponível em: <<http://droit-prive-et-contrat.oboulo.com/vie-privee-liberte-sexuelle-37709.html>>.
- BARROS, Francisco Dirceu. *A natureza Jurídica da Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2605, ago. 2010.
- BORRILLO, Daniel; LOCHAK, Daniele. *La Liberté Sexuelle*. Paris: Puf, 2005. Introduction.
- BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 1940.
- ESTEFAM, André. *Crimes Sexuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos Crimes Sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 12. ed. v. 1. São Paulo: Impetus, 2010.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. *O artigo 244-A do ECA e o gravíssimo erro do STJ*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2189, 29 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13054>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Estupro e atentado violento ao pudor na Lei nº 12.015/2009. *Revista Jus Vigilantibus*, ago. 2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O Bem Jurídico e a Constituição Federal*. Jus. Navigandi, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>.

Capítulo IV

A teoria dos precedentes
judiciais como forma de
efetivar a segurança jurídica no
ordenamento jurídico brasileiro

Joselma Tavares B. C. Baptista

Aluna do 6º semestre da graduação da Faculdade Baiana de Direito.



A teoria dos precedentes judiciais como forma de efetivar a segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo fundamental analisar a importância da Teoria dos Precedentes para a garantia da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, aborda aspectos teóricos fundamentais para a compreensão do que consiste a Teoria dos Precedentes Judiciais buscando demonstrar, ao final, a necessidade do desenvolvimento dessa teoria no sistema jurídico pátrio, como forma de efetivar princípios do Estado Democrático de Direito, mais precisamente a segurança jurídica.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Segurança Jurídica. *Common Law*. *Civil Law*. *Stare Decisis*. *Ratio decidendi*. *Obiter dictum*. *Distinguishing*. *Overruling*. Confiança nas decisões.

Sumário: Introdução — 2. Sistemas *civil law*, *common law* e o *stare decisis* — 3. Conceito de precedente — 4. Elementos essenciais — 5. Classificação dos precedentes — 6. Técnicas de aplicação, distinção e superação — 7. Precedente judicial e segurança jurídica — 8. Conclusão — 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A evolução mundial trouxe consigo transformações que repercutiram em todos os setores da sociedade. A complexidade das relações jurídicas, associada ao aumento significativo de demandas levadas ao judiciário, dentre outros fatores, reclamou dos operadores do direito, esforços no sentido de garantir a efetividade da jurisdição e a previsibilidade das decisões judiciais, imprescindíveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Pode-se afirmar que Teoria dos Precedentes Judiciais teve maior desenvolvimento nos países nos países anglo-saxônicos. Isso porque, nesses países, adota-se o sistema *common law*, nos quais os precedentes judiciais vinculam todo o judiciário nas suas decisões (DIDIER JR, 2010). Por isso sempre houve a associação de que precedente judicial é uma construção unicamente dos países que adotam esse modelo.

Vale ressaltar, porém, que, em que pese ser a aplicação dos precedentes uma criação dos sistemas *common law*, a nova realidade impõe comportamento diverso. A necessidade de respeito aos precedentes judiciais é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, tanto daqueles países que adotaram o sistema *civil law* quanto dos que adotaram o sistema *common law*. O que varia em relação a esses países, é o grau de eficácia que esses precedentes possuem (DIDIER JR, 2010).

O Brasil, não foge à regra. É preciso reconhecer, diante do contexto atual, a necessidade de desenvolver uma teoria própria de precedente judicial, em

conformidade com as características do ordenamento jurídico vigente.

2. SISTEMAS CIVIL LAW, COMMON LAW E O STARE DECISIS

Existem duas grandes formas de aplicação de jurisdição no mundo jurídico ocidental. Alguns países aplicam o sistema denominados *civil law* enquanto outros aplicam o sistema denominado *common law*. Classicamente, é forte a ideia de divisão entre os sistemas *common law* e *civil law*. A doutrina identifica várias diferenças entre esses métodos de aplicação do direito de modo que os institutos, apesar de não serem antagônicos, não se confundem.

Pelo fato de terem sido originados a partir de realidades políticas e culturais completamente distintas possuem esses sistemas tradições jurídicas diferentes sendo que cada um tem institutos e conceitos próprios (MARINONI, 2010). Nos sistemas de *civil law* a fonte principal do direito é a lei escrita e esta deve apenas ser aplicada pelo juiz ao caso concreto, já nos sistemas orientados pelo *common law* a fonte principal é o direito erigido pelo juiz no caso concreto a partir dos costumes vigentes naquela sociedade (GOMES, 2011).

Em outras palavras, aqueles que defendem essa divisão clássica afirmam que, no sistema *civil law* a principal fonte do direito é a lei escrita que deveria ser aplicada pelo juiz no caso concreto. Nesse caso o juiz não tem a função de “criar” o Direito, mas apenas o de aplicá-lo ao caso concreto numa subsunção deste à norma. Por outro lado, no sistema *common law*, o magistrado constrói o direito a partir dos costumes

existentes na sociedade exercendo uma função criativa a partir do método indutivo, ou seja, criando a norma a partir da análise do caso concreto.

Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 18) afirma que:

Segundo entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhe efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei efeito secundário. Nesse sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que as associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

Porém, esses dogmas clássicos de divisão desses sistemas não mais prosperam. Não se pode entender o sistema *civil law* com a perspectiva da Revolução Francesa, ou seja, que ao juiz caberia aplicar a lei e não interpretá-la. Trabalha-se hoje com a perspectiva de derrubar esses dogmas e reconhecer que o juiz, ao interpretar a lei ou qualquer outra fonte do direito cria sempre uma norma jurídica. A ideia atual é de conformidade desses dois sistemas no mundo ocidental inclusive no que diz respeito ao papel dos precedentes em cada um deles (GOMES, 2011).

A partir de uma visão comparada entre os sistemas *commom law* e *civil law*, é possível chegar a conclusão de que ambos foram criados com o objetivo fundamental de criar estabilidade e previsibilidade (WAMBIER, 2009). Não há que se afirmar, ao menos

no sistema jurídico atual, frente à sua complexidade e peculiaridade, que inexistia atividade interpretativa do operador do Direito mesmo no sistema *civil law*.

É preciso analisar atualmente o *civil law* sob a ótica de que, ao aplicar a norma, o juiz está a interpretá-la e, assim, a criar uma norma jurídica do caso concreto restando clara a convivência harmônica desses dois modelos jurídicos no mundo ocidental (GOMES, 2011). Os modelos jurídicos de *civil law* e *common law* seriam, dessa forma, aplicáveis em todos os ordenamentos jurídicos, inclusive naqueles que, essencialmente, adotaram como sistema o *civil law*, caso típico do ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, sempre foi forte o ideia acerca da impossibilidade da aplicação de uma teoria dos precedentes vinculante, pelo fato de ter adotado-se aqui, um modelo jurídico de *civil law*, o que não procede. Como exposto anteriormente, torna-se inviável interpretar, nos tempos atuais, o modelo *civil law* como aquele em que o juiz apenas declara o Direito, aplicando-o ao caso concreto sem realizar qualquer interpretação. Nesse caso ao aplicar uma norma o juiz estaria apenas a declará-la, uma vez que seria esta mera reprodução do texto da lei (GOMES, 2011). Negar, portanto, a aplicação de uma teoria de precedentes no Brasil seria negar o próprio Neoconstitucionalismo e toda a transformação ocorrida no sistema *civil law* (GARCIA, 2011).

Em que pese existir atualmente no Brasil um certo respeito aos precedentes, vale registrar que, nem sempre se tem conseguido alcançar suas finalidades precípua (WAMBIER, 2009). Sabe-se que os proble-

mas existentes no sistema judiciário brasileiro não estão adstritos, apenas, à ausência de respeito aos precedentes, de modo que não consiste ser a aplicação de uma teoria de precedentes a solução de todos os problemas do sistema judiciário brasileiro.

Não obstante ser comum a associação entre os sistemas *common law* e a teoria dos precedentes, é comum ainda a associação entre o *common law* e o *stare decisis*, o que também não prospera. O sistema *common law* existe há muitos séculos enquanto a teoria dos precedentes é recente. Se feita uma análise, verificar-se-á que a noção de precedente vinculante é mais recente ainda. Durante vários anos o *common law* existiu como um sistema de direitos e não apresentava os conceitos típicos da teoria dos precedentes como por exemplo a noção de *ratio decidendi* (MARINONI, 2010).

A expressão *stare decisis* na realidade é uma redução da frase latina “*stare decicis et non quieta movere*” que pode ser traduzida como “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto (Ramires, 2010). Nos sistemas *common law*, os *stare decisis* significa o dever, a obrigação que as cortes têm, de seguir os precedentes já criados pelos tribunais que, hierarquicamente, lhes são superiores. Dessa forma, o estudo sobre o conceito de precedente judicial além das definições sobre o seu grau de eficácia, ou seja, o seu âmbito de abrangência é questão central para o funcionamento do *stare decicis* (MELLO, 2008).

Costuma-se confundir, portanto, os conceitos de *common law* e *stare decisis*. O que se faz é associar esses dois conceitos de forma que se entende que o *stare decisis* é instituto inerente aos sistemas de *common*

law o que não é verdade. A ideia do *stare decisis* é muito mais recente do que a ideia do *common law*. Por ser o *common law* um sistema baseado na aplicação dos costumes, ou seja, de como os tribunais estão decidindo determinada questão, é comum fazer tal associação. Disso resultou a ideia que a teoria dos precedentes judiciais não poderiam ser aplicadas nos sistemas *civil law*, o que consiste numa ideia equivocada.

3. CONCEITO DE PRECEDENTE

Numa concepção ampla, precedente judicial seria o conjunto de decisões proferidas por qualquer órgão jurisdicional seja ele de primeira, segunda ou terceira instância, tendo ou não caráter vinculante (GOMES, 2011). O precedente surge como uma regra a ser aplicado num determinado caso concreto e a partir daí essa regra poderá ser aplicada a diversos casos semelhantes (TUCCI, 2004).

É importante ter em mente que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial é um precedente. Para sê-lo, exige-se a presença de algumas características. Essa decisão deve ter basicamente um grande potencial de se tornar protótipo de orientação para outros magistrados e jurisdicionados (MARINONI, 2010).

De acordo com as lições de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (2010, p. 381).

É de suma importância saber utilizar de forma adequada um precedente. Deve-se saber identificá-lo

como algo que orienta as pessoas e vincula os juízes e, ao mesmo tempo, não causa o engessamento das relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito em conformidade com a realidade e com os novos tempos (MARINONI, 2010).

É nessa perspectiva que deve ser focado o estudo da teoria dos precedentes judiciais. Deve-se ter um sistema de precedentes construídos para garantir a segurança jurídica e a isonomia substancial evitando decisões contraditórias em casos semelhantes. Por outro lado, deve-se ter um sistema eficiente, com membros do judiciário qualificados e, mais que isso, conscientizados sobre a necessidade da adequação dos precedentes à realidade e aos reclames sociais nesses tempos de profundas e rápidas transformações sociais, sob pena de se ter um sistema de precedentes ultrapassado, que não atende, no caso concreto, os seus objetivos primordiais.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível que se compreenda o significado de precedente, de forma a não confundir precedente com processo judicial enquanto instrumento por meio do qual se exerce a jurisdição com o objetivo de pacificação da sociedade, nem tampouco se pode confundir o precedente com o instrumento processual que o aplica. Um único processo pode dar origem a vários precedentes, como também, pode um precedente ser construído a partir de vários processos (TARANTO, 2010).

Outro aspecto importante a ser observado, consiste no fato de que o precedente decide questão de direito não englobando, portanto, a maioria das decisões judiciais que dizem respeito a questões de fato.

As decisões judiciais que se referem a questões de direito muitas vezes limitam-se a interpretar a lei não configurando exatamente uma decisão judicial acerca da questão de direito em comento. Vale ressaltar que essas decisões que interpretam a lei por si só não configuram um precedente. Para que seja um precedente não é necessário apenas o fato de ter sido a primeira decisão a interpretar a norma, faz-se imperioso que essa decisão tenha enfrentado todos os principais argumentos relacionados à questão de direito à luz do caso concreto em comento. Muitas vezes o precedente é construído a partir da solução judicial das questões de direito que surgiram a partir da análise de diversos casos (MARINONI, 2010).

4. ELEMENTOS ESSENCIAIS

É sabido que qualquer decisão judicial pode se tornar um precedente. No entanto, é preciso identificar, qual parte da decisão judicial funcionará como paradigma para casos futuros. Nesse contexto, torna-se imprescindível conhecer todos os elementos que formam um precedente para saber identificar, no caso concreto, qual parte da decisão formará o precedente. Isso porque o precedente será extraído de uma parte da decisão judicial uma vez que nem todos os elementos dessa decisão formará, de fato, o precedente judicial. Daí a imprescindibilidade em estudar esses elementos, para que se possa extrair, de uma decisão judicial, a parte que formará o precedente e aquela que, em que pese estar contida na decisão, não servirá como fonte para orientar decisões de casos futuros.

A essência do precedente é a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica acolhida pelo julgador no caso

concreto, também chamada pelos ingleses de holding. É a *ratio decidendi* que compõe o núcleo essencial do precedente que poderá servir como diretriz para casos semelhantes. (DIDIER JR, 2010). A *ratio decidendi* é a razão primeira da decisão. *Prima facie* configura-se na tese jurídica ou na interpretação que foi dada a determinada norma aplicada na decisão. A *ratio* está contida na fundamentação, mas com ela não se confunde (MARINONI, 2010).

O termo *ratio decidendi* é utilizado pelos ingleses para definir a parte da decisão que efetivamente produz um efeito vinculante. Constitui a *ratio decidendi* a proposição jurídica considerada necessária para a decisão, implícita ou explicitamente. Essas proposições jurídicas que formam o núcleo dos precedentes (*ratio decidendi*), é que devem ser obedecidas (WAMBIER, 2009). Difere a *ratio decidendi* da norma individual lançada no dispositivo da decisão cujo objetivo é reger a situação existente naquele caso concreto e que tem aptidão para fazer coisa julgada material (DIDIER JR, 2010).

Diz-se que apenas a *ratio decidendi* tem força obrigatória por constituir o núcleo do julgado. O problema é que, o julgador, ao prolatar uma decisão que configurará o precedente que servirá de paradigma, ou seja, que formará o modelo a ser aplicado em casos futuros que com ele guardem semelhança, não separa esses elementos, mais precisamente, não diz o que, naquela decisão, constitui o *ratio decidendi* e o que constitui *obiter dictum* (TARANTO, 2010).

O significado de um precedente, a sua razão de decidir, está presente essencialmente na sua fundamentação. Vale ressaltar, porém, que não se pode ig-

norar o relatório e o dispositivo quando se procura o significado de um precedente (MARINONI, 2010). É imprescindível a investigação da razão de decidir do precedente presente na sua fundamentação para que este possa ser utilizado (DIDIER JR, 2010).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, (2010, p. 222):

A *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo. O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial.

Tendo em vista a análise de um ordenamento que aplica a teoria dos precedentes judiciais, que respeita e atribui amplo valor aos precedentes, maior ainda é a exigência de que as decisões judiciais sejam bem fundamentadas uma vez que estas decisões terão o condão de produzir efeitos para além daqueles esperados de uma decisão judicial tradicional, qual seja o de produzir efeitos *inter partes*, de forma que, várias outras pessoas terão suas esferas jurídicas alcançadas por tal decisão.

Vale ressaltar que não é fácil a tarefa de identificar a *ratio decidendi*. Existe grande discussão doutrinária, inclusive na Inglaterra, sobre os métodos a serem usados para identificar, extrair a *ratio decidendi* de uma decisão judicial. Essa preocupação deriva justamente do fato de que, essa parte da decisão fará coisa julgada e será o precedente vinculante a ser obedecido pelos operadores do direito na resolução de casos futuros.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados” (2010, p. 222). O princípio do *stare decisis* informa que a decisão dada anteriormente cria direito. Disso resulta o aspecto que caracteriza a regra do precedente, que é o cunho fortemente coercitivo (TUCCI, 2004).

Tão antiga quanto à discussão sobre o significado do *ratio decidendi* é a discussão sobre o significado do *obiter dicta*. Isso se deve ao fato de serem conceitos totalmente vinculados (MARINONI, 2010). Os termos *obiter dicta* ou *grátis dicta* quer dizer, no sentido literal da palavra, o que é dito para morrer, o que é dito por nada, sem utilidade. Por isso diz-se que tudo que compõe, está presente numa decisão e não é *ratio decidendi*, terá um efeito meramente persuasivo por constituir *obiter dicta* (WAMBIER, 2009).

A *obiter dictum* constitui questão secundária, tem efeito persuasivo. Usa-se normalmente um critério negativo para a sua identificação qual seja aquele de considera *obiter dicta* tudo aquilo que não for *ratio decidendi*. A prática de correlacionar os elementos de um precedente é típico dos sistemas *common law* (TARANTO, 2010).

Dessa forma, o *obiter dictum* consiste num conjunto de argumentos que são expostos superficialmente, de passagem na motivação da decisão e que não tem força vinculante, pois não foram eles determinantes para que o juiz chegasse àquela decisão (DIDIER JR,

2010). Afirma-se, portanto, que *obter dictum* é tudo aquilo que não é *ratio decidendi*, ou seja, seriam todas aquelas questões suscitadas ao longo da decisão pelo magistrado, mas que não contribuíram para que fosse proferida aquela decisão final contida no dispositivo. Essa sim constitui a *ratio decidendi*.

No sistema *common law* há uma grande preocupação em diferenciar *ratio decidendi* de *obter dictum*. Isso é entendível à medida que nesse sistema importa destacar o que é parte vinculante, ou seja, o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe é essencial. Essa preocupação não se verifica nos sistemas *civil law* uma vez que, nesses sistemas, a fundamentação serviria apenas para fazer a ligação entre os fatos e a norma legal que foi aplicada naquele litígio em questão (MARINONI, 2010).

O legislador brasileiro já tem ciência sobre a necessidade de introduzir no ordenamento jurídico, vários dispositivos contendo técnicas que permita aos Tribunais a uniformização da jurisprudência. É que resta claro que não é saudável que os tribunais, eternamente, decidam a mesma questão de forma diferente e que, também não é saudável existir tribunais de “grandes viradas” (WAMBIER, 2009).

A despeito do legislador, que já introduziu vários dispositivos no código de processo civil atual, no intuito de criar condições para que haja a uniformização da jurisprudência, a doutrina também tem se debruçado sobre vários temas entre eles sobre a criação de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil. Como seriam as técnicas de identificação dos elementos essenciais utilizados nos outros países, principalmente

naqueles em que, tradicionalmente, aderiram ao *common law* e aplicá-la ao ordenamento jurídico pátrio, essencialmente adepto desse sistema.

Os órgãos judiciais já estão cientes de que, suas decisões podem solucionar não apenas aqueles casos *sub judice*, aquela lide específica. Poderão influenciar demandas posteriores com que guardem pertinência por conter com comando genérico. Por isso devem estar atentos quanto ao regramento no momento de fundamentar os seus julgados uma vez que dele partirá o precedente pelo Tribunal a partir da extração da *ratio decidendi* (CIRNE, 2009).

A *ratio decidendi* nos sistemas *common law* é construída a partir da decisão definitiva dada a um determinado caso concreto. No Brasil não há que se interpretar restritivamente o âmbito da *ratio decidendi*, ou seja, não apenas a decisão final dada a um determinado caso concreto deve constituir precedente a ser utilizado em casos futuros. Ao contrário, todas as questões que, de alguma forma forem suscitadas e envolvidas de alguma forma nos processos jurisdicionais devem ser contar com os benefícios da teoria dos precedentes. Dessa forma as questões preliminares, indispensáveis que se chegar ao exame do mérito ou do próprio caso também devem ser consideradas decisões com total capacidade de proporcionar um *ratio decidendi* a ser aplicado em casos futuros (MARINONI, 2010).

É importante lembrar que, em caso de julgamentos dos órgãos colegiados, é preciso que todos os julgadores enfrentem a causa de pedir para que se possa pensar em *ratio decidendi*. Se cada um dos julgadores chegarem à decisão de procedência ou improcedência

baseando-se cada qual em causas de pedir distintas, não terá essa decisão possibilidade de dar origem a uma *ratio decidendi* (LEAL, 2006).

É que no caso dos órgãos colegiados, a formação de um precedente é ainda mais completa uma vez que, para que a decisão proferida por um Tribunal se torne um precedente, todos devem estar orquestrados quando da análise da questão posta e que serviu de base para a construção da decisão, ou seja, diante de várias causas de pedir que possam estar presentes em uma demanda, diante de tantas possibilidades, todos devem ter analisada a questão que serviu de base para a formação da decisão.

A complexidade aumenta quando se trata de questões que, apesar de terem sido discutidas, enfrentadas no julgamento, não foram determinantes para a decisão proferida. Nesse caso não houve, na maioria das vezes, uma devida discussão da questão vez que não foi este o fundamento da decisão. Nesses casos, o mais comum é que se considere essa decisão como *obter dicta*. A questão se torna mais complicada quando, mesmo quando aquela questão não serviu de fundamento para a decisão ela foi amplamente discutida pelos juízes. Nesse caso torna-se mais difícil a identificação do que é *ratio decidendi* e o que é *obter dicta*. Eis a importância de extrair a *ratio decidendi* a partir de uma relação entre o fundamento e a decisão.

5. CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES QUANTO A EFICÁCIA E CONTEÚDO

Em que pese a teoria dos precedentes judiciais ter obtido, tradicionalmente, maior desenvolvimento

nos países anglo-saxônicos uma vez que, nesses países o sistema adotado é o *common law* informado pela teoria do *stare decisis*, é indiscutível o fato de que o precedente é uma realidade tanto nos sistemas *common law* quanto nos sistemas *civil law* variando apenas em relação ao grau de autoridade (eficácia) que possuem (DIDIER JR, 2010).

Os precedentes podem ser diferenciados a partir de diversos aspectos, dentre eles a sua eficácia e suas características. A aplicação de um precedente de determinada forma ou a determinação sobre o seu grau de eficácia irá variar de acordo com o modelo jurídico adotado por determinado ordenamento jurídico. É a partir dos ditames impostos pelas normas ou pelos costumes de determinado Estado, que será aplicado, ou não, um precedente. A partir disso, faz-se necessária uma análise acerca dos graus de eficácia e as principais classificações atribuídas a esses precedentes, dada a importância dessas informações para a correta compreensão do instituto.

Pode-se afirmar inicialmente que o precedente judicial é um fato e ocorrerá em qualquer lugar do mundo onde seja proferida uma decisão judicial, o que irá diferenciar é o tratamento jurídico dado a esse fato, pois este irá variar de acordo com o direito positivo que é produto da cultura de cada país. Disso resulta a situação em que um país atribui máxima relevância aos precedentes judiciais enquanto outros não lhe atribuem qualquer relevância (DIDIER JR, 2010).

O precedente pode ter diferentes graus de eficácia que podem variar desde um dever absoluto de respeito a um respeito que não enseja qualquer vin-

culação. Dessa forma, a garantia de respeito a esses precedentes é alcançada a partir de um dever judicial de respeitá-los (MARINONI, 2010). Existem, nesse aspecto, os precedentes judiciais com força obrigatória que devem incidir sobre todas as esferas do judiciário e dos órgãos administrativos. Trata-se do que se denomina de eficácia vertical do precedente que nada mais é do que a força vinculante que esse precedente exerce sobre os tribunais e órgãos que lhe são hierarquicamente inferiores.

Dessa forma, fala-se em eficácia horizontal do precedente que é a capacidade de determinado precedente vincular o próprio órgão que proferiu a decisão e os órgãos a ele vinculados, ou, mais precisamente, os órgãos que lhe são inferiores. É o que se denomina de eficácia vertical do precedente. Esse precedente é dotado de grande força, uma vez que obriga todos os órgãos do poder judiciário e da administração pública a aplicá-los. Trata-se, pois, dos precedentes vinculantes.

A doutrina costume ainda, classificar os precedentes de acordo com o seu grau de eficácia em precedentes obrigatórios ou persuasivos e em relação ao seu conteúdo podem ser declarativos e criativos. Cabe inicialmente, antes de falar sobre a obrigatoriedade ou não do precedente, diferenciar coisa julgada de *stare decisis*. A coisa julgada é o que confere a imutabilidade da decisão. Já o que confere ao jurisdicionado a estabilidade de dada interpretação jurídica é o respeito aos precedentes (MARINONI, 2010).

Não se nega a similitude entre o *stare decisis* e o efeito vinculante, todavia, não há que se confundi-las. Apesar de produzirem efeitos práticos análogos, dife-

rem não apenas pela origem histórica, mas por possuírem finalidade diversa. O *stare decisis* é compõe forma de coesão interna do poder judiciária enquanto os precedentes com efeito vinculante constituem norma impositiva externa o qual obriga os outros poderes tais qual o legislativo e o executivo (TARANTO, 2010).

Afirma-se que os precedentes obrigatórios, ou vinculantes, ou ainda como preferem outros autores, com eficácia normativa, criam uma situação de obrigatoriedade no que consiste na sua aplicação a casos análogos. Assim, não produz efeito apenas entre as partes de um caso concreto uma vez que estabelecem orientação que deve ser obrigatoriamente aplicado em casos semelhantes. Criam uma norma com aplicação para além daquele litígio que lhes foi submetido. Norma essa aplicável a todos os casos semelhantes e de forma permanente, sob pena de sofrer sanções tais quais aquelas que ensejam a desobediência a uma lei (MELLO, 2008).

Os precedentes absolutamente vinculantes obrigam os juízes a decidirem de acordo com o entendimento adotado pelo tribunal tendo obrigação de aplicá-lo naquele caso concreto salvo se demonstrar que a questão posta para julgamento ou que as questões de fato fazem com que as questões de Direito sejam diferentes (MARINONI, 2010).

Segundo Caio Márcio Gutterres Taranto: “Um dado precedente produz efeito vinculante quando, obrigatoriamente, deve ser aplicado como paradigma pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública, independente da força argumentativa do debate intraprocessual” (2010, p. 139).

Não há interesse público de que as decisões dos órgãos superiores como aquelas emanadas da Suprema Corte do país não tenham efeito vinculante quando se tratar de questões que demandam análise apenas jurídica, excluídas aquelas situações concretas, que demandam esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso (TUCCI, 2005).

O precedente com eficácia persuasiva consiste naquele em que há uma obrigação do órgão diante daquela decisão já tomada. Essa obrigação às vezes consiste na proibição da corte em ignorar os precedentes devendo sempre fundamentar a sua não aplicação (Marinoni, 2010). Dessa forma, o precedente persuasivo não tem o condão vinculante porque nenhum magistrado é obrigado a segui-lo. Apenas serve como norte, orientação do que seria uma decisão socialmente mais aceitável (DIDIER JR, 2010).

No Brasil, adotou-se em regra geral, o precedente persuasivo, ou seja, não há obrigação do órgão diante daquela decisão já tomada e nem tampouco a obrigatoriedade dos outros órgãos judiciais em seguir aquela orientação. Há na verdade, uma função norteadora, de orientação à medida que há uma tendência, principalmente dos juízes de 1º grau, decidirem de acordo com a decisão dos Tribunais aos quais são vinculados e dos Tribunais Superiores, assim como, há uma tendência dos Tribunais Regionais, decidirem em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores.

Em relação ao seu conteúdo, afirma-se que um precedente é declarativo quando apenas se baseia em um precedente anterior para solucionar um caso concreto, exemplo dessa situação é a aplicação de uma

“súmula vinculante” do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, o precedente é criativo quando cria e aplica a norma jurídica a exemplo do que ocorre quando o magistrado é chamado a preencher lacuna da lei ou quando se depara com a existência de cláusulas gerais oportunidade em que está autorizado a encontrar a partir da sua discricionariedade a solução para o caso concreto (DIDIER JR, 2010).

É preciso analisar a influência que os precedentes exercem sobre situações jurídicas análogas para compreender a eficácia que esses precedentes possuem. Essa eficácia é bastante variável. Apesar disso, pode-se classificar os precedentes em três grandes grupos no que se refere ao grau de eficácia que possuem, quais sejam: precedentes com eficácia normativa, precedentes com eficácia impositiva e precedentes com eficácia meramente persuasiva (MELLO, 2008).

Enfim, como já foi dito, os efeitos dos precedentes judiciais num determinado ordenamento jurídico depende da forma de construção do direito naquele país. Os efeitos podem ser os mais variados e a depender do contexto histórico-cultural podem ter maior ou menor força no sentido de vincular ou não outros órgãos na tomada de decisões.

O precedente vinculante como o próprio nome diz vincula o órgão julgador a decidir de igual forma, situações análogas ocorridas posteriormente à formação daquele precedente vinculante. Esse tipo de precedente é típico dos países que adotam o sistema “*common law*”. Diz-se que esses precedentes podem ser relativamente vinculantes quando houver possibilidade de afastá-los desde que motivadamente e são absoluta-

mente vinculantes quando não puderem ser afastados em nenhuma hipótese, ou seja, mesmo que incorretos deverão ser aplicados em casos futuros. No Brasil a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal é um exemplo de precedente vinculante (DIDIER JR, 2010)

Apesar da tendência do judiciário brasileiro em utilizar os precedentes como norte para suas decisões, há ainda uma ausência de respeito aos precedentes. Isso é resultado da presunção errônea de que a lei seria o suficiente para garantir a segurança jurídica e a certeza, ideias próprias do *civil law*. Para essa tradição a subordinação do juiz à lei traria a certeza jurídica e com isso seria garantida a segurança jurídica. Portanto é importante saber que a certeza jurídica adquiriu feições distintas no *civil law* e no *common law*. No *common law* ela serviu para fundamentar o *stare decisis* já no *civil law* foi utilizada para negar a importância das decisões tribunais e das suas decisões (MARINONI, 2009).

Dúvida inexistente, portanto, quanto à imprescindibilidade da aplicação da teoria dos precedentes judiciais no ordenamento pátrio, seja ele dotado de eficácia persuasiva, como ocorre na maioria dos casos, seja ele dotado de eficácia vinculante, sendo esse último ainda utilizado em menor escala no ordenamento jurídico pátrio.

6. APLICAÇÃO, DISTINÇÃO E REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES

Apesar da demonstração inequívoca quanto às vantagens da existência e aplicação de uma teoria de precedentes um ordenamento jurídico. Não se pode,

contudo, afastar-se da análise crítica do instituto e de como este deve ser aplicado na prática para que sejam alcançados os seus objetivos. É preciso cautela no que consiste à formação, aplicação e até revogação de um precedente para que não haja um “esvaziamento” do instituto e para impedir a ocorrência de possíveis efeitos negativos tais como o engessamento do sistema, violação à isonomia material e violação do acesso à justiça.

A obrigatoriedade da utilização de um precedente poderia ser vista como um fator equalizador de situações desiguais uma vez que a obrigatoriedade da aplicação de determinado precedente determinaria a situação na qual se teria que dar tratamento igual a situações que, pelas suas diferenças, reclamariam tratamentos desiguais (MARINONI, 2010).

A tarefa de determinar aquelas pessoas que estão em situações iguais e aquelas pessoas que estão em situações desiguais é uma atividade jurisdicional, ou seja, constitui uma atividade tipicamente jurisdicional aquela de igualar os iguais e desigualar os desiguais perante uma relação jurídica litigiosa (TARANTO, 2010).

Em se tratando da aplicação de um precedente, deve-se ter a clara noção de que respeitá-lo não significa obrigação de que se aplique forma automática. Ao contrário, os precedentes não podem, assim como as leis, serem vistos abstratamente, como modelos que se adaptam a qualquer situação concreta, mas sim como normas que devem ser aplicadas levando-se em conta as particularidades do caso concreto (MARINONI, 2010).

O juiz não deve ser a “boca da jurisprudência”, nem deve repetir ementas e trechos de julgamentos

anteriores para dar resolução a um determinado caso concreto. Respeitar os precedentes e a integridade do sistema constitui um ônus, e não uma facilidade ao juiz (RAMIRES, 2010).

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 197):

Na realidade, num sistema que respeita precedentes, a nenhum juiz é dada a possibilidade de aplicá-los a casos que têm particularidades que os tornam distintos, a repelir tratamento igualitário ou uniforme. Não há distinção entre aplicar mal precedentes e mal aplicar normas legais. As duas situações geram injustiças.

É nesse contexto que deve ser entendido o respeito aos precedentes judiciais. É árdua e difícil a tarefa a ser realizada pelo julgador no sentido de identificar os elementos de dado precedente e compará-lo a situação jurídica discutida no caso concreto, a fim de identificar se há pertinência em aplicar aquele precedente, sob pena de estar decidindo de forma igual, situações jurídicas diferentes.

Partindo-se da premissa de que o precedente uma vez fixado não pode ser alterado, concluir-se-ia, em uma análise antecipada, que a força obrigatória do precedente judicial constituiria um óbice ao desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, imobilizando o direito com o decorrer do tempo (MARINONI, 2010).

Isso porque é comum a ideia de imutabilidade e irrevogabilidade dos precedentes. Essa era uma tendência dos países que adotavam o sistema *common law* pois esse sistema, originalmente, era refratário à possibilidade de revogação dos seus precedentes. É antiga a ideia

de que não havia revogação de precedentes nos países cujos sistemas jurídicos adotados eram de *common law*.

O fato de ter força obrigatória, ou seja, de ter efeito vinculante não torna um precedente imutável. Não há atualmente, nem nos sistemas que tipicamente adotam o sistema *common law* a imutabilidade dos precedentes. Em todos os sistemas aceita-se a revogação desses precedentes desde que preenchidos alguns critérios. É fato, porém, que esses critérios variam sendo mais exigentes quanto maior for o efeito vinculante dado aos precedentes por cada ordenamento jurídico.

Apesar da possibilidade de revogação dos precedentes, ou seja, do reconhecimento de que esses não podem ser imutáveis, sob pena do próprio engessamento do sistema jurídico e de afronta à isonomia material, existem limites para que a sua revogação sob pena de descaracterizar o sistema de precedentes, pois só se pode falar em existência de precedentes vinculantes quando há obrigação de aplicá-los aos casos posteriores à sua formação.

Alguns critérios devem ser respeitados para que se revogue um precedente. O fato de poder revogar um precedente não dá a corte o poder para revogá-lo a não ser na presença de circunstâncias especiais como se a mesma questão jurídica pudesse ser revista a todo instante. Sentido inexistente no fato de poder criar um precedente e não ter o dever de respeitá-lo. A Suprema Corte americana tem amplos poderes para revogar seus precedentes, mas apesar disso, é cobrada toda vez que faz a revogação de um precedente sem utilizar critérios razoáveis para tal revogação (MARINONI, 2010).

Um precedente pode ser revogado de várias maneiras: Denomina-se *overruling* a revogação total de um precedente, *overriding* a restrição do âmbito de aplicação de um precedente em favor de uma regra posterior a sua criação e *transformation*, consiste na situação em que é dada uma interpretação tão diversa a um comando, que essa norma original será abandonada implicitamente, sem que isso seja assumido explicitamente (MELLO, 2008).

A verdade é que, apesar de não poder ser revogado por qualquer motivo, é certo que não existe precedente irrevogável, ainda que este seja dotado de eficácia vinculante. Nesse sentido, cumpre lembrar, que o precedente não é mais imutável nem mesmo na Inglaterra, país que é berço do *common law*, e onde já tiveram força absoluta. Hoje não se contesta o poder da Câmara no sentido de poder revogar seus precedentes a fim de atender às novas realidades e necessidades do Direito (MARINONI, 2010).

É verdade que, no sistema *common law* sempre houve uma maior resistência em aceitar a possibilidade de revogação dos precedentes. Por esse fato, sempre houve uma preocupação em não definir exatamente o escopo normativo desses precedentes, acreditando-se que, dessa forma, dar-se-ia maior flexibilidade ao sistema. A presença de certo grau de indeterminação era necessária para a sua preservação uma vez que lhe conferiria maior liberdade decisória, diante da situação em que não poderiam ser superados ou abandonados explicitamente, mas que já se encontravam obsoletos ou vistos como errados (MELLO, 2008).

Por outro lado, nos Estados Unidos, a revogação de um precedente sempre foi percebida como algo

não apenas normal, mas até mesmo indispensável para que a “justiça” funcionasse adequadamente. A Corte Americana revoga com frequência os seus precedentes utilizando os mais diversos fundamentos sendo os mais comuns, a inconsistência com os últimos precedentes e caso decidido de forma equivocada (MARINONI, 2010).

Isso é imprescindível para garantir a segurança jurídica e a própria legitimidade do precedente. Não há como conceber a existência de um ordenamento jurídico que confere força aos precedentes através da construção de uma teoria para que esses precedentes tenham força vinculante e proporcione a certeza jurídica e a isonomia se não for capaz de garantir a certeza do próprio precedente.

De acordo com André Luis Bittar de Lima Garcia (2011, p. 15):

Se é certo que o juiz da atualidade se depara com conceitos indeterminados, deixando de ser mero aplicador da lei, o sistema de precedentes se revela de grande importância a fim de se conferir segurança às partes e permitir que o advogado tenha condições de orientar seus clientes sobre como os tribunais estão decidindo determinada situação concreta.

Vale ressaltar, porém, que um precedente não pode ser revogado por qualquer razão, mas apenas excepcionalmente. É imprescindível que a doutrina demonstre equívoco indiscutível no precedente ou quando situações novas impõem sua redefinição seja por circunstâncias fáticas, seja pelo surgimento de novos valores. Jamais poderá ser revogado um precedente porque a corte não simpatiza com seus fun-

damentos ou acha que existem outros fundamentos mais adequados, ou estes fundamentos utilizados são inválidos ou impróprios (MARINONI, 2010).

7. A CONFIANÇA NO PRECEDENTE FORMADO

Se, de um lado, a utilização da teoria dos precedentes judiciais é imprescindível para que se concretize a celeridade processual, tão almejada nos tempos de hoje em que há um assoberbamento do judiciário resultante, dentre outros fatores, do grande número de processos, e, por outro lado não se deve perder de vista a importância confiança que o jurisdicionado deve ter nas decisões proferidas. A confiança nesse contexto, se traduz no princípio da segurança jurídica.

Assim, um dos motivos para que haja obediência aos precedentes judiciais é a segurança jurídica. Não se pode pensar num Estado Democrático de Direito que não garanta a segurança jurídica aos seus jurisdicionados. Pode-se afirmar, portanto que os precedentes são necessários num ordenamento jurídico por garantir a segurança jurídica e outros princípios basilares como a isonomia formal e material e a razoável duração do processo (BASTOS, 2011, a).

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p.122):

A função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. O direito, todavia, tem, também, em nosso sentir, de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo.

O direito à segurança jurídica tem previsão na Carta de 1988 no art. 5º, XXXVI¹, consistindo, em última análise, no fato de que esse direito encontra-se inserido em todos os direitos e garantias constitucionais que permitem uma previsibilidade tanto em face às relações jurídicas que ainda não se consolidaram, tornando-as previsíveis, quanto em relação àquelas relações jurídicas já consolidadas, por torná-las intocáveis, gerando assim, um clima de confiança e tranquilidade para os jurisdicionados (CUNHA JR, 2008).

As decisões díspares e até mesmo antagônicas, convivendo num mesmo sistema, é uma preocupação que extrapola a seara do direito processual, dizendo respeito à ciência jurídica como um todo. Independente da sua aplicação a um determinado ordenamento, tratando-se de um problema afeito à filosofia do Direito (BASTOS, 2011, b).

No Brasil, pode-se afirmar que a segurança jurídica e a certeza, têm a função de proteger o Estado de direito uma vez que são valores que norteiam todas as condutas jurídicas no sentido de evitar estados de surpresa no que se refere às relações jurídicas e sociais (NATAL, 2002).

Nesse diapasão, vale lembrar a lição de Tereza Arruda Alvim Wambier (2011, p. 725):

-
1. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

O fato de os tribunais brasileiros interpretarem diferentemente a mesma norma jurídica, decidindo casos idênticos de formas diversas, gera descrédito em relação ao Poder judiciário e uma indesejável sensação, no jurisdicionado, de que está sofrendo uma “injustiça”.

Compromete a segurança jurídica, sendo social e juridicamente negativa, a existência de decisões que dão finais opostos para situações jurídicas semelhantes devendo-se, portanto, evitá-las tanto quanto possível. Nesse sentido, a uniformização e a estabilização jurisprudenciais contribuem para o fortalecimento das entidades que integram o Estado Democrático de Direito uma vez que contribuem diretamente na solidificação de uma situação de paz entre as partes, sejam particulares ou o próprio Estado, vez que atribuem confiabilidade à interpretação e à aplicação do ordenamento jurídico, apresentando resultados positivos nos negócios jurídicos (BASTOS, 2011, b).

8. CONCLUSÃO

A necessidade de respeito aos precedentes judiciais consistem numa realidade mundial. É a necessário, porém, adequar a teoria dos precedentes à realidade de cada ordenamento jurídico não sendo possível aplicar, indiscriminadamente, os sistemas já adotados por outros ordenamentos. No caso do Brasil, a existência e aplicação de uma teoria dos precedentes é fato indiscutível, devendo-se, portanto, investir na discussão sobre o desenvolvimento e as peculiaridades na aplicação dessa teoria de forma que cumpra seus maiores objetivos tais quais a celeridade, isonomia e principalmente a segurança jurídica, sob pena de esvaziamento desse instituto.

Ante o exposto, resta clara a obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais também no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que, não mais será possível garantir a isonomia e a segurança jurídica senão a partir da criação desses paradigmas. Numa sociedade com demandas tão complexas, volumosas e, muitas vezes, repetitivas, faz-se imperiosa a criação e devida aplicação desses precedentes uma vez que, como já dito alhures, a partir dessas decisões já firmadas, poderá o advogado orientar seus clientes sobre o modo como devem proceder para não praticarem condutas contrárias a tais mandamentos ou ainda, em situação em que não foi possível prevenir a conduta, orientar o seu cliente se vale a pena ir a juízo pleitear determinado direito uma vez que, saberá o advogado como os tribunais se posicionam sobre aquele assunto.

9. REFERÊNCIAS

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. *Teses da Faculdade Baiana de Direito*. v. 3. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011 a, p.15-23.

_____. A Potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do Incidente de Resolução de Causas Repetitivas no Projeto do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). *O Projeto do Novo Código de Processo Civil – Estudos em homenagem ao professor José Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011 b, p.21-39.

CIRNE, Analu Paim. *Precedente Judicial no common law e no Brasil*. 2009. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

GOMES, Matheus Barreto. *Precedentes judiciais: legitimação pelo procedimento*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

_____. *Precedentes Vinculantes como Instrumentos de Efetivação do Direito Fundamental ao Tratamento Isonômico*. *Teses da Faculdade Baiana de Direito*. v. 3. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p.269-299.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes o Brasil*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, Ano 34, n. 172, jun. 2009, p. 175-232.

MELLO, Patrícia Perrone Campo. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial – autoridade e aplicação na jurisprudência constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

_____. Variações sobre Precedentes Judiciais Vinculantes e Persuasivos. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, n. 5, mar./abr. 2005, p. 13-23.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 34, n.172, jun. 2009, p. 121-174.

_____. Anotações sobre o projeto de Lei n. 166/2010, para um novo Código de Processo Civil. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva* – Estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011, p.724-727.

Capítulo V

O reconhecimento de paternidade e suas diferenças no Brasil e Portugal

Lídia Lisboa Fernandes

Graduanda do curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



O reconhecimento de paternidade e suas diferenças no Brasil e Portugal

Resumo: O reconhecimento de paternidade tanto no Brasil, como em Portugal, evoluíram conforme os preceitos básicos das Constituições, que trouxe consigo direitos fundamentais e princípios que regem este tema, como o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, melhor interesse do menor, dentre outros. A filiação pode ocorrer por diversas formas, seja ela biológica, socioafetiva ou mesmo adotiva.

O reconhecimento, ademais, pode acontecer de forma voluntária ou através de ação de investigação de reconhecimento de paternidade. Assim, a prova da paternidade pode ser feita de diversas formas, como por exemplo, o teste de DNA, que dá uma certeza de quase 100% de que determinado indivíduo é ou não filho do pai posto em questão no processo judicial.

Palavras-chave: Reconhecimento de paternidade no Brasil e Portugal. Tipos. Filiação. Princípios fundamentais. Reconhecimento voluntário ou oficioso. Ação de investigação de Paternidade. DNA.

Sumário: 1. Introdução — 2. Filiação e os tipos de filiação — 3. Princípios atinentes à filiação: 3.1. Da dignidade humana; 3.2. Da

igualdade; 3.3. Do melhor interesse do menor; 3.4. Da paternidade responsável — 4. Reconhecimento de paternidade voluntária e oficiosa — 5. A ação de investigação de paternidade — 6. Da presunção de paternidade — 7. Do exame de DNA (ADN) como meio de prova dada a sua certeza científica na determinação da filiação — 8. Conclusão — 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento de paternidade, direito de todo e qualquer indivíduo, é um ato, voluntário ou forçado, ao qual se estabelece o vínculo em primeiro grau na linha reta. Assim, o mesmo pode ocorrer de forma espontânea ou através da ação de investigação de paternidade.

No Brasil, no Código Civil de 1916, em que conceito de família se restringia na ótica do casamento, aos filhos nascidos da relação matrimonial, protegia apenas eles, que poderiam exercer com plenitude os direitos decorrentes da filiação. Era a chamada filiação legítima, esta que obtinha grande privilégio, uma vez que um pai não poderia reconhecer um filho dito ilegítimo (ou seja, fora do casamento) enquanto estivesse casado. Apenas em 1942 foi permitido o reconhecimento de filhos nascidos fora da relação conjugal.

Isso se deve à influência do Código Napoleônico, de 1804, valendo lembrar a malfadada frase de Napoleão Bonaparte: “A sociedade não tem interesse em que os bastardos sejam reconhecidos”. Frase totalmente discriminatória que foi combatida com a

Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, apesar de ter admitido a incidência da presunção de paternidade no casamento.

Assim, o princípio da igualdade dos filhos, previsto na Constituição Federal, significa que a relação jurídica determinada pela procriação não pressupõe vínculo familiar derivado ou não da existência de casamento entre os genitores.

Em Portugal, o art. 1796, n° 2, trata da matéria de paternidade, conforme a qual a paternidade é presumida em relação ao marido da mãe e, que, nos casos em que há filhos fora do casamento, o mesmo se estabelece através do reconhecimento. Desta forma, o reconhecimento de paternidade é objeto de tratamento pelos arts. 1847 e 1843, subseção II.

Contemporaneamente, por conta das diretrizes de averiguação e de reconhecimento da filiação, bem como por conta da primazia dos valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, torna-se ainda mais necessário, um direito mais sensível, aberto aos novos elementos que se descortinam na sociedade, conseqüentemente, um direito mais justo.

2. FILIAÇÃO E OS TIPOS DE FILIAÇÃO

A filiação nada mais é que a perpetuação da espécie humana decorrente de laços biológicos ou civis. É o vínculo jurídico que une o filho aos seus pais, a relação de procriação entre o ascendente, pai ou mãe, e seu descendente. Chama-se paternidade ou maternidade, quando em respeito ao pai ou a mãe, e filiação quando do filho para qualquer dos genitores.

No Brasil, O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) proporcionou as bases necessárias para a promoção e aplicação do direito à igualdade de filiação. Esta igualdade ocorre tanto em nível familiar como sucessório.

Em Portugal em 1976, a Constituição da República Portuguesa (CRP), consagrou semelhante princípio, o da não discriminação dos filhos fora do casamento, concretizado em 1977, com a Reforma do Código Civil. Desde então, foram feitas diversas modificações no regime de adoção, facilitando o vínculo de filiação, sendo as mais destacadas as introduzidas pela Lei nº 31/2003, de 22 de Agosto. Em 1998, modificações nos institutos que regem a ação de investigação de paternidade e maternidade ampliaram o rol de institutos para o reconhecimento judicial de filiação extramatrimonial (Lei nº 21/98, de 12 de maio).

Em 2006, foi declarada, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que previa o prazo-regra para a ação de investigação de paternidade. Em uma perspectiva social, cresce com grande relevância o direito de filiação e a proteção das crianças e jovens em Portugal, pois, não raro, ocorrem situações em que crianças passam por situações de perigo tendo desfechos trágicos. Sendo assim, conflitos ocorridos entre os pais do menor são decididos pelo juiz da forma que for de melhor interesse do filho.

Ainda, o art. 69, nº 1 da CRP, reconhece às crianças a proteção do Estado e da sociedade contra o abandono, bem como, da discriminação e opressão e contra o abuso da autoridade da família.

É em decorrência do interesse do menor que há um maior crescimento em determinar a relação de filiação, tendo uma maior importância que reflete na averiguação oficiosa de paternidade ou maternidade, a relação de perfilhação e o instituto da adoção. Impõe-se, pois, um aperfeiçoamento dos instrumentos de averiguação e reconhecimento da filiação, por conta das diretrizes constitucionais, reafirmando o primado dos princípios constitucionais; seja da dignidade humana, como o da igualdade.

Diante do exposto, a filiação, deve ser vista de forma a garantir a plena forma do desenvolvimento da personalidade humana, podendo ser, no Brasil, biológica, adotiva e socioafetiva, e, em Portugal, biológica, adotiva e por consentimento não adotivo.

No biológico, filho é aquele que possui os genes do pai, tendo direitos como a alimentos, herança e mesmo usar o nome do pai. Tal reconhecimento pode ser estabelecido através da presunção *pater isest quem nuptiae demonstrant*, bem como através de métodos científicos, como o exame de DNA (ADN), que possibilita à certeza de 99, 999% a relação entre pai e filho.

Assim, o Código Civil de 2002, do Brasil, respeitando as diretrizes constitucionais, concebe a filiação biológica, tanto decorrente da presunção (art. 1.597, I e II) quanto das comprovadas através de exame de DNA.

A filiação biológica subdivide-se em filiação por ato sexual e por procriação medicamente assistida.

Já a filiação adotiva é aquela que se constitui pelo processo de adoção (art.1973, n° 1 – CRP e art. 227, parágrafo 6- CRF do Brasil e art. 1626 do CC/02). As

condições e requisitos para a plena validade e eficácia da adoção constam nos artigos 1.618 ao 1.629 do CC/02 do Brasil.

A principal característica da adoção é que, a partir do momento da sua declaração, o adotado passa a ter deveres e direitos iguais aos filhos naturais do casal. Para tal, a adoção só produzirá a sua plena eficácia após a sentença transitada em julgado. Ainda, a adoção possui o caráter de irrevogabilidade.

A denominada filiação socioafetiva no Brasil, caracteriza-se pela relação de parentalidade que prescinde vínculo biológico, encontrando-se no artigo 1.593 do CC/02, ao dispor que serão considerados vínculos de parentesco resultantes de “outra origem”.

Em Portugal existe, ainda, a filiação por consentimento não adotivo, ao qual a parte assume a posição de pai antes mesmo da sentença transitada em julgado de adoção, independentemente dos laços de sangue.

3. PRINCÍPIOS ATINENTES À FILIAÇÃO

Os princípios destinados à filiação são aqueles denominados princípios fundamentais, são os necessários e imprescindíveis para uma boa convivência em sociedade. No direito de família os princípios eleitos pela Constituição aparecem fortemente, que consagrou como fundamentais os valores sociais dominantes.

3.1. Da dignidade humana

A dignidade humana, alçado como um princípio maior tem suma importância e relevância, vez que se torna impossível visualizar um mundo em que não

há um respeito e garantia às necessidades básicas do ser humano.

Conforme dito pelo ilustre professor brasileiro Cristiano Chaves de Farias, em seu livro Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade:

“Falar da dignidade humana é, por certo, falar de uma das maiores conquistas do ser humano, num processo longo e demorado. É, pois, a noção da mais alta relevância axiológica, pois jamais o ser humano poderá servir de meio para os outros, sendo um fim em si mesmo.”

Ainda;

A importância que a sociedade confere à dignidade da pessoa humana nas relações pessoais, privadas e de maneira mais ampla com o macrossistema da cultura social e jurídica, enfrentando a sua repercussão concreta e efetiva, está imbricada com a potencialidade que se atribui à capacitação de que compõe, em última análise, a sociedade.

O princípio da dignidade humana é facilmente percebido quando falamos da igualdade perante homens e mulheres, a igualdade entre filhos sejam eles frutos de uma relação conjugal ou não, da união homoafetiva, etc.

A constituição preconiza a dignidade humana como essencial, ao qual nenhum ser humano pode ser desprovido. Frise-se, que a vida e a liberdade são expressões mais extraordinárias da dignidade humana. Sendo assim, é um elemento jurídico incondicional, independente de prova ou qualquer tipo de demonstração.

No Brasil, a dignidade humana faz parte das cláusulas pétreas, ou seja, a mesma não pode ser alvo de reforma que diminua o seu valor ou mesmo que a retire da Constituição Federal. Apenas que aumente o campo de incidência, que a torne ainda mais efetiva. Este princípio tem sua fonte no art. 1, III, da CF/88.

A dada importância ao princípio da dignidade humana mostra que o pilar do Estado Democrático de Direito é o respeito aos princípios fundamentais da pessoa humana.

3.2. Da igualdade

O princípio da igualdade provocou grandes mudanças, transformações no direito da família, seja em relação ao homem e mulher, como na igualdade entre filhos. Ressalte-se que o princípio da igualdade também é elevada à condição de cláusula pétrea da CF/88 da República Federativa do Brasil, pois este princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Ademais, este princípio traduz o que há de mais fundamental e o que mais espera da sociedade, o tratamento justo a todos. Não é uma simples igualdade perante a lei, mas como também uma igualdade que veda qualquer discriminação entre mulher e homem, filhos, dentre outros.

No Brasil, o art. 227, *caput*, da CF/88 dispõe ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e co-

munitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Em Portugal, o art. 36 da Constituição da República dispõe: “nº 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação; nº 5. Os pais têm o direito e dever de educação e manutenção dos filhos.

Ademais, o art.1.596 do CC/02 do Brasil regulamenta “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A relação de igualdade nas relações familiares vai além da simples e pura igualdade entre iguais, pois deve ser pautada também pela solidariedade entre seus membros, como amor, compreensão, afeto, entre outros.

Com o princípio da igualdade, todo filho é filho, independente da natureza do relacionamento entre seus pais. Sendo assim, não poderia ser diferente o pensamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no seguinte acórdão proferido:

Direito de família. Filiação adulterina. Investigação de paternidade. Possibilidade jurídica.

I. Em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado.

II. Em se tratando de direitos fundamentais de proteção a família e a filiação, os preceitos constitucionais dever merecer exegese liberal construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica.

(STJ; RESP 7631; RJ; Quarta Turma; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Jul. 17/09/1991; DJU 0411/1991; p. 156888).

Entretanto, apesar do ideal de igualdade ainda não ter sido atingida, a supremacia dos interesses dos filhos, sua cidadania e dignidade humana, demonstram o cuidado em desfazer todas as discriminações anteriormente admitidas, intoleráveis no Estado Democrático de Direito, bem como na República Federativa do Brasil e na República de Portugal.

3.3. Do melhor interesse do menor

Conforme já exposto supra, o art. 227, *caput*, CF/88 do Brasil protege, buscando o que for melhor para a criança, situação que possui raízes desde as mudanças ocorridas na estrutura familiar nos últimos tempos.

Importante ressaltar que tal zelo tido na preservação dos interesses do menor encontra também fundamentado no Código Civil (arts. 1.583 e 1.584) e na Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente (arts. 3 e 4).

Conforme proferido pelo professor Cristiano Chaves, já destacado acima, “a preservação do melhor interesse do menor amolda-se, portanto, mesmo nos casos em que a vida em comum de seus pais se torne impossível, ficando estes com plenos direitos de manter uma

convivência sadia que possa acrescentar valores morais, religiosos e pessoais para que o menor forme seu caráter com a contribuição de ambos os genitores.”

3.4. Da paternidade responsável

A paternidade responsável possui o sentido de que aos pais compete o livre planejamento familiar, sobre a quantidade de filhos e como os mesmos serão criados e recebidos no seio da família.

É de destacar que ao Estado cabe o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para a implementação do planejamento familiar. Sendo assim, o artigo 1.565, parágrafo 2, do CC/02 do Brasil dispõe que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

Por fim, cumpre trazer à baila a edição do Enunciado 99, brasileiro, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, prevendo que “o art. 1.565, parágrafo 2, do CC/02 não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, *caput*, parágrafos 3 e 7, da CF/88, e não revogou o disposto na Lei nº 9.263/96.”

4. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VOLUNTÁRIA E OFICIOSA

Conforme já exposto sucintamente na introdução, o reconhecimento de filiação pode ocorrer tanto da for-

ma voluntária ou forçada, ao qual se estabelece a relação de parentesco na linha de 1º grau na linha reta.

O ato do reconhecimento contra a vontade do genitor ocorre através da Decisão proferida pelo Poder Judiciário, em uma ação de investigação de paternidade.

Assim, afirma-se que com o reconhecimento de filiação, seja ele espontâneo ou judicial, surge o vínculo jurídico de parentesco, autenticando a situação biológica. Ainda, não sendo caso de presunção *pater is est*, é possível a investigação largamente da paternidade.

Sendo assim, o reconhecimento voluntário da filiação ocorre de forma espontânea, ou seja, sem qualquer tipo de imposição para quem pratica o ato. Frise-se que para tal é necessário que as pessoas que estão praticando este ato não sejam casadas entre si, pois, se assim fossem, submeteriam à presunção de paternidade.

A declaração pode ser feita de forma simultânea entre os genitores, bem como sucessivamente. Ainda, pode também ser feito por um procurador com poderes específicos. Ressalte-se, que este ato é irrevogável, irretratável e livre, bem como possui efeito *erga omnes*, pois é uma declaração de uma situação fática pré-existente.

No Brasil, este ato, por ser de caráter personalíssimo, e pode, inclusive, ser feito por um relativamente incapaz, pois este pode exprimir sua vontade e tem consciência de seus atos, Apenas em casos em que o reconhecimento é feita por escritura pública deverá o relativamente incapaz ser assistido, por conta da solenidade essencial deste ato público.

No Brasil, ressalte-se que o reconhecimento voluntário poderá ser feito antes mesmo do nascimento da criança, bem como posterior ao óbito, desde que existam descendentes. Assinale-se que o reconhecimento de filho plenamente capaz depende do seu consentimento, conforme o artigo 4 da Lei nº 8.560/92 da Lei de investigação de paternidade.

Assim, no Brasil é possível o reconhecimento de filiação de diversas formas, sejam elas:

- a) No próprio registro de nascimento;
- b) Por escritura pública ou qualquer escrito particular que evidencie a intenção inequívoca de reconhecer o filho, a ser arquivado em cartório;
- c) Por testamento, em quaisquer de suas formas; e
- d) Por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não seja objeto principal e único do ato.

Em Portugal o reconhecimento voluntário (perfilhação) é disposto no artigo 1849 do CC que diz: “A perfilhação é ato pessoal e livre; pode, contudo, ser feita por intermédio de procurador com poderes especiais”. Contudo, tal ato pode ser anulado caso tenha ocorrido através de coação moral.

Entretanto, este ato não é facultativo, pois é dever do pai biológico reconhecer o filho, pois, caso contrário, pode gerar dever de indenizar perante o filho. Em Portugal, o ato da perfilhação consiste em um ato solene, visto que apenas pode ocorrer nas formas previstas do art.1853, do CC, que dispõe:

“A perfilhação pode fazer-se:

- a) Por declaração prestada perante o funcionário do registro civil;
- b) Por testamento;
- c) Por escritura pública;
- d) Por termo lavrado em juízo.”

Assinale-se que a perfilhação é um ato irrevogável, conforme o art. 1.858 do CC. Destaque-se o quanto proferido pelo professor português Jorge Duarte Pinheiro, em seu livro o Direito da Família Contemporâneo: “dado o caráter pessoal do ato, os menores de 16 e 17 anos, os interditos por causa distinta de anomalia psíquica e os inabilitados não necessitam, para perfilhar, de autorização dos pais, tutores ou curadores (art.1850, nº 2). Mas os menores de 16 e 17 anos, não emancipados, só podem perfilhar por normas distintas do testamento (cf. arts. 1853e 2189, AL a).”

Da mesma forma que no Brasil, o reconhecimento voluntário em Portugal poderá ser feita a todo o tempo, antes do nascimento da criança ou mesmo após a morte desta. Neste mesmo sentido, a perfilhação só produzirá efeitos ao filho maior ou emancipado se este der o seu consentimento.

Em relação à averiguação oficiosa de paternidade, o distinto professor Jorge Duarte Pinheiro, exposto acima, comentou que “a averiguação oficiosa da paternidade não constitui um modo de estabelecer a paternidade fora do casamento, mas uma atividade imposta por lei com o objetivo de conduzir a tal estabelecimento por um dos modos possíveis – a perfilhação ou o reconhecimento judicial.”

No Brasil, a Lei de Investigação de Paternidade, com o propósito de facilitar a declaração de filiação possibilitou a averiguação oficiosa da paternidade. Neste diapasão o professor brasileiro Thiago Felipe Vargas Simões: “descortinado do direito português, notadamente nos artigos 1.864 e 1.865 do CC lusitano, que, ao seu turno, buscou inspiração na legislação dinamarquesa (de 07 de maio de 1937), trata-se de procedimento administrativo, sem caráter judicial, mas com a presença do magistrado, iniciado pelo oficial do cartório do registro civil de pessoas naturais, tendendo a regularizar, de forma mais econômica e célere, o *status familiae* dos menores (e apenas eles, nos termos do *ca-put* do artigo 2 da Lei de Investigação de Paternidade) em cujo registro consta apenas a maternidade.”

Sendo assim, não é essencial a ação de investigação de paternidade na averiguação oficiosa. O procedimento começa com a remessa ao Juiz, pelo oficial do registro civil, da certidão integral do nascimento do menor ao qual apenas foi registrada a mãe. Entretanto, acompanha os dados do suposto pai. Este ato é obrigatório para o oficial.

Para tanto, é necessário o ato de vontade do interessado, ou seja, se a mãe, por exemplo, registrou o filho, pode claramente não querer declarar quem é o pai, pois a mesma não está obrigada a tal. Destarte, o oficial, apesar disto, remete ao juiz o processo para que sejam tomadas as devidas providências cabíveis.

5. A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de investigação de paternidade pode ocorrer quando não houver um reconhecimento espontâ-

neo de paternidade, até mesmo através da averiguação oficiosa. Assim, deve-se obter o reconhecimento forçadamente, através desta ação, dirigida contra o suposto pai ou os herdeiros deste, com o intuito de regularizar o *status familiae*, alimentos, nome, qualidade de herdeiro, etc.

Este reconhecimento coativo para ocorrer depende de uma sentença proferida em ação investigatória pelo Poder Judiciário. Esta ação é imprescritível, irrenunciável e inalienável.

Assim, foi proferido na decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás- BR numa ação de investigação de paternidade o que abaixo se transcreve:

Processo Civil. Investigação de paternidade. Exame de DNA comprobatório. Paternidade biológica comprovada. Ausente paternidade socioafetiva. Irrelevância. Direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Princípio da dignidade humana. Recurso improvido. Sentença mantida.

1. Desconstituir a paternidade biológica, sob alegação de ausência de paternidade socioafetiva vai de encontro a princípios constitucionais basilares, como a dignidade da pessoa humana, e normas de igual natureza.

2. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.

3. O reconhecimento da paternidade deve ser acessível a todos de uma forma equitativa, independente de qual seja o método utilizado, o que importa é que o individuo conheça suas raízes, a sua origem, sob

pena de ferimento frontal ao princípio basilar constitucional da dignidade da pessoa humana. Apelo conhecido e improvido.

(TJGO; AC 138266-8/188; Goiatuba; Rel. Des. Fausto Moreira Diniz; DJGO 27/05/2009; p.289).

Em Portugal, a ação de investigação de paternidade não poderá ser dada feita antes de ver reconhecida a maternidade, a não ser que venha a ser pedido conjuntamente, conforme o artigo 1869 do CC que diz: “A paternidade pode ser reconhecida em ação especialmente intentada pelo filho se a maternidade já se achar estabelecida ou for pedido conjuntamente o reconhecimento de uma e outra.”

Ademais, em Portugal a causa de pedir nas ações de investigação de paternidade é o caráter biológico do filho pelo suposto pai. Destarte, a prova da paternidade poderá ser feita de diversas formas, como o teste de DNA (ADN), conforme o artigo 1.801 do CC, bem como através das presunções legais, conforme o artigo 1871 do CC, quais sejam:

1. A paternidade presume-se:

- a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretenso pai e reputado como filho também pelo público;
- b) Quando exista carta ou outro escrito no qual o pretenso pai declare inequivocamente a sua paternidade;
- c) Quando, durante o período legal da concepção, tenha existido comunhão duradoura de vida em condições análoga ao dos cônjuges ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretenso pai;

d) Quando o pretense pai tenha seduzido a mãe, no período legal da concepção, se esta era virgem e menor no momento em que foi seduzida, ou se o consentimento dela foi obtido por meio de promessa de casamento, abuso de confiança ou abuso de autoridade.

e) Quando se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe durante o período legal de concepção.

2. A presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a paternidade do investigado.

Assim, ainda persiste atualmente posição adversa ao exame de DNA (ADN) ao suposto pai, visto que as presunções previstas no artigo supracitado ainda são estritamente valiosas e essenciais para a obtenção de uma sentença que reconheça a paternidade alegada.

Para tal, é necessário que o pedido seja fundamentado nessa (s) presunção (ões), sem necessariamente fazer prova direta da procriação. A prova dos fatos, bem com a alegação é suficiente para presumir-se a paternidade alegada.

Desta forma, recai sobre o hipotético pai o ônus de provar que não é ele o pretense pai. Em regra, a ação de investigação de paternidade só pode ser feita enquanto o autor ainda estiver na menoridade ou após os dois primeiros anos posteriores a maioridade ou emancipação (art. 1817, nº 1, conjugado com o art. 1.873). Ocorre que, tal regra, entra em confronto com a constitucionalidade das normas que prevêem prazos para propositura de ação para reconhecimento judicial da maternidade e paternidade.

Neste diapasão, o Tribunal Constitucional, em Portugal, proferiu acórdão nº 23/2006 em que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral do art. 1817, nº 1, que prevê a caducidade de dois anos após a maioridade do requerente da ação de investigação de paternidade, por infração as disposições dos arts. 26, nº 1, 36, nº 1 e 18, nº 2, da CRP.

A fundamentação do referido acórdão baseia-se no fato que a vedação após os dois primeiros anos da maioridade do investigante, infringiria os direitos fundamentais basilares, como o direito de saber quem é seu pai, a dignidade humana, a integração moral e à identidade pessoal, bem como o prazo poderia começar e terminar antes mesmo de ter fundamentações concretas e necessárias para propor uma ação de investigação.

O filho menor, interdito ou inabilitado tem direito a pensão alimentícia desde a propositura da ação, se for reputável os fundamentos para o reconhecimento da paternidade (art. 1821, adaptado no art. 1873). Ressalte-se, que se a ação for tida como improcedente não serão restituídas a pensão alimentícia dada a título de alimentos provisórios (art. 2007, nº 2).

No Brasil, o antigo Código Civil de 1916 tratava em seu art. 363 das presunções de paternidade, motivos que poderiam ensejar a ação de investigação de paternidade, como; concubinato entre a mãe do investigante e o suposto pai, da existência de rapto no período da concepção, da contemporaneidade das relações sexuais mantidas entre o suposto pai e a mãe do investigante com a concepção e da existência de escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Tais disposições foram reformuladas, estando, atualmente, no CC/02 tratadas como forma de reconhecimento voluntário em seu art. 1.609, bem como o art. 1 da Lei de Investigação de Paternidade demonstrada acima, seja ele:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I – no registro do nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

O malfadado artigo da Constituição de 1916, não teria como vigorar no novo Código Civil brasileiro, vez que viola os preceitos basilares da constituição, ou seja, os direitos fundamentais, com a proteção da dignidade da pessoa humana (art.1, III), a garantia da igualdade substancial (art. 5) e o amplo e irrestrito direito a perfilhação (art.227).

Sendo assim, hodiernamente, os fundamentos necessários para uma ação de investigação de paternidade são, conforme enunciado pelo professor brasileiro Cristiano Chaves de Farias:

a) concepção, seja decorrente de relações sexuais, seja oriunda de métodos científicos (tais como a inseminação artificial);

b) socioafetividade, possibilitando que os laços decorrentes do afeto e da convivência diária também são elementos que possibilitam o estabelecimento da relação parental.

Ademais, a ação de investigação não tem mais como finalidade atribuir apenas a paternidade e maternidade ao genitor biológico. Constitui mais fator a ser levado em consideração, sendo, atualmente, levado em conta o “estado de filiação”, que pode decorrer ou não da origem genética.

Assim, é possível considerar a “posse do estado de filho”, ou seja, projeção da teoria da aparência da relação parental que impõe perante todos. Com a “posse do estado de filho”, pode-se ser dada entrada na ação de investigação, podendo até mesmo ser declarada a paternidade.

Outrossim, admitem-se na ação de investigação de paternidade todos os meios de provas, legais ou moralmente cabíveis.

6. DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

A presunção de paternidade constitui um modo mais fácil de estabelecer a paternidade. Questiona-se se o mesmo viola o princípio da igualdade, tendo caráter discriminatório, entrando em confronto com as normas constitucionais fundamentais.

Em Portugal, o art. 1826 explicita as presunções de paternidade aplicáveis na relação de matrimônio, quais sejam:

Art.1.826

1. Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio da mãe tem como pai o marido da mãe.

2. O momento da dissolução do casamento por divórcio ou da sua anulação é o do trânsito em julgado da respectiva sentença; o casamento católico, porém, só se considera nulo ou dissolvido por dispensa a partir do registro da sentença proferida pelas autoridades eclesiásticas.

Ademais, entende-se que tal presunção não pode ser expandida por analogia a união estável. O fundamento da presunção funda-se na probabilidade da correspondência com a realidade, garantindo uma maior segurança à família e ao casamento.

Ainda, a presunção atinge os casamentos anulados, nulos (art. 1827), dos filhos concebidos antes do casamento (art. 1828), bem como após o mesmo (art. 1829), abaixo assinalados:

Art. 1827

1. A anulação do casamento civil, ainda que contraído de má fé por ambos os cônjuges, não exclui a presunção de paternidade.
2. A declaração de nulidade do casamento católico, transcrito no registro civil, também não exclui essa presunção.

Art. 1828

Relativamente ao filho nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento, cessa a presunção estabelecida no artigo 1826º se a mãe ou o marido declararem no ato do registro do nascimento que o marido não é o pai.

Art. 1829

1. Cessa a presunção de paternidade se o nascimento do filho ocorrer passados trezentos dias depois

de finda a coabitação dos cônjuges, nos termos do número seguinte.

2. Considera-se finda a coabitação dos cônjuges:

- a) Na data da primeira conferência, tratando-se de divórcio ou de separação por mútuo consentimento;
- b) Na data da citação do réu para a ação de divórcio ou separação litigiosa, ou na data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação;
- c) Na data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em ação de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida.

A presunção de paternidade advém da constância do casamento, no Brasil, ainda que anulado ou nulo (CC/16, arts. 1561 e 1.617). Desta forma, o casamento dos genitores deve ser anterior a própria concepção. O CC/02 dispõe no art. 1.597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Entretanto, cumpre ressaltar que a presunção é relativa ou *juris tantum*, cabendo prova em contrário. Presume-se que o nascimento de um filho é do casal, seja ele durante a relação matrimonial ou mesmo fora da relação matrimonial, entretanto, dentro dos prazos acima demonstrados.

Em relação à dupla paternidade presumida, o art. 1.598 do CC/02 desenvolveu-se da seguinte forma:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Em Portugal, este conflito de dupla paternidade foi resolvido pelo art. 1834 , n° 2, que prevê que renasce a presunção relativa ao anterior marido da mãe.

Cumpre trazer a baila, que o direito do marido de questionar a paternidade é imprescritível, podendo ser seguida até pelos herdeiros, caso o mesmo venha a falecer.

7. DO EXAME DE DNA (ADN) COMO MEIO DE PROVA DADA A SUA CERTEZA CIENTÍFICA NA DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO

Conforme já introduzido supra, admite-se na ação de investigação de paternidade múltiplas formas de meios de prova, legais ou moralmente legítimos.

Um dos meios de prova é a realização de perícia, ao qual abarcaria o exame de DNA, que vai aquém do

exame de sangue, pois abrange exame comparativo de papilas digitais, redemoinhos dos cabelos, proporções físicas, dentre outros.

Com o exame de DNA, os outros tipos de perícia ficaram em segundo plano, dada à certeza científica na determinação da filiação. A margem de erro do exame de DNA é mínima, vez que a sua certeza chega a 99,999%. Ou seja, a probabilidade de se encontrar duas pessoas com a mesma impressão digital é de 1 a cada 30 bilhões. Entretanto, como o Planeta Terra não possui 20% desta probabilidade, tal proporção acarreta numa impossibilidade de ocorrência.

Contudo, o exame de DNA não constitui única prova a ser auferida em um processo de investigação de paternidade. Deverá o juiz determinar a realização de todos os meios de prova, de forma que produza um correto juízo valorativo do caso em questão.

Com o avanço do exame de DNA, no Brasil, ocorreu um afastamento do sistema de presunções, bem como uma maior aproximação da decisão judicial à verdade fática.

Cumprе acrescentar a polêmica no que diz respeito à recusa injustificada do investigado em submeter-se ao exame de DNA, se este geraria ou não uma presunção de paternidade.

No Brasil, esta recusa injustificada, diante da quantidade de casos levados a justiça, questionando o princípio da proporcionalidade, ponderação de interesses, razoabilidade de que o direito ao reconhecimento da paternidade superaria, no plano material, ao direito à intangibilidade do corpo humano, fez com

que o pensamento da Corte Superior viesse a ser sumulado (nº 301), qual seja: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* da paternidade”.

Ademais, o exame de DNA é possível ser feito sem qualquer ofensa à integridade física, ou seja, sem qualquer ofensa à dignidade humana, pois existem outras formas para a concretização do exame que não necessita da retirada de sangue do suposto genitor.

Ainda, cumpre mencionar que no Brasil, a presunção em caso de recusa ao exame de DNA passou de ser puro entendimento sumular e passou a se tornar dispositivo legal. A Lei 12.4004/09 acresceu na Lei nº 8.560/92, art. 2-A e seu parágrafo único, dispondo que:

“Na ação de investigação de paternidade, todos os meio legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos; A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA – gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

Em Portugal, conforme proferido pelo professor Jorge Duarte Pinheiro “apesar de os exames de ADN permitirem um resultado praticamente certo sobre a paternidade biológica, não é desejável, na perspectiva do interesse da criança, que se introduza um fator adicional de indefinição, ainda que temporário, quanto à filiação dos filhos de mães casadas, fazendo depender o estabelecimento da paternidade de uma vontade de perfilhar ou do sucesso de uma ação de investigação.”

Sendo assim, uma recusa ao exame de DNA do suposto genitor não gera em si uma presunção de pa-

ternidade, inclusive, podendo o juiz com o resultado positivo do exame de DNA, desconsiderá-lo com base presunções já dispostas acima.

Por fim, partilho da opinião de que o exame de DNA não fere os princípios fundamentais, nem mesmo processuais como a ampla defesa, contraditório, devido processo legal, vez que o pai teve durante todo o processo a possibilidade de provar através do exame que a acusação feita não procedia. Entretanto, se a recusa ocorreu de forma unilateral, por vontade própria, deve o réu arcar com o ônus da presunção ficta de verdadeiro pai.

8. CONCLUSÃO

Em suma, diante de tudo quanto esposado, percebe-se que o reconhecimento de paternidade tanto no Brasil como em Portugal, regidos no âmbito do Direito da Família, evoluíram conforme os preceitos basilares da Constituição; os direitos fundamentais, como a igualdade, a dignidade humana, do melhor interesse do menor e da paternidade responsável.

Ademais, percebeu-se, que a filiação pode ocorrer de forma biológica, socioafetiva, por meio da adoção, bem como por consentimento não adotivo (em Portugal).

Ainda, o reconhecimento de paternidade passa por diversas modalidades, sejam elas através de presunções, dentro da relação matrimonial, antes dela ou mesmo após a dissolução da mesma, respeitando, contudo, os critérios existentes nas normas supracitadas. Acresça-se, que o reconhecimento de paternidade pode ocorrer de forma voluntária (perfilhação), ou através de uma averiguação oficiosa da paternidade.

Outrossim, quando não ocorre o reconhecimento de filiação de forma espontânea, inclusive pela averiguação oficiosa, deve o mesmo ser obtida através da ação de investigação da paternidade, ao qual o filho propõe uma ação contra o suposto pai ou os herdeiros deste, em busca dos direitos que lhe são assegurados na Constituição.

Importante ressaltar, que com a evolução da ciência, tornou-se mais efetiva a ação de investigação de paternidade, vez que com o advento do exame de DNA, pode-se ter por quase 100% de certeza a garantia de que determinada criança é filho ou não do pai posto em questão no processo de investigação. Assim, as decisões judiciais passaram ser ainda mais justas e mais próximas da realidade fática em confronto. Entretanto, apesar dessa garantia, não existe uma opinião unânime a respeito do exame de DNA.

Existem defensores que são a favor da sua obrigatoriedade, por uma questão de ponderação de valores e interesses, outros não, por achar que violaria o princípio da inviolabilidade da vida privada, entre outros.

Assim, no Brasil, recentemente foi aprovada uma Lei ao qual se presume pai quando o réu se recusa a se submeter ao exame de DNA, devendo a mesma ser analisada em conjunto com o contexto probatório. Já em Portugal, não existe esta presunção, sendo muitas vezes classificada como fator que atrapalharia o equilíbrio e segurança da família.

Por fim, impõe-se, cada vez mais novos instrumentos de averiguação e do reconhecimento de filiação, por conta das diretrizes constitucionais, vez que a supremacia dos valores como a dignidade humana,

aparece como verdadeiro exercício de cidadania, permitindo um direito mais sensível, aberto as novas situações que venham a surgir no dia-a-dia, tornando-o mais justo e humano.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. *Lei nº 12.004, de 29 de Julho de 2009*. Lei de Presunção de Paternidade.

_____. *Lei 12.004, de 29 de julho de 2009*. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília, DF, 29 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 01 maio 2010.

_____. *Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992*. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília, DF, 29 dez. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em: 05 maio 2010.

CEMIR. *Reconhecimento da Paternidade*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php?t=6792>>. Acesso em: 10 maio 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de família*. v. 5. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de Filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Carlos. *A recusa a submissão a exame de DNA em processos de investigação de paternidade*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3987/recusa-a-submissao-a-exame-de-dna-em-processos-de-investigacao-de-paternidade>>. Acesso em: 16 maio 2010.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PAGOTTO, Alisson Menezes. *Noções sobre o reconhecimento de paternidade*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1805/Nocoos-sobre-o-reconhecimento-de-paternidade>>. Acesso em: 15 maio 2010.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da Família Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2008.
- PIMENTA, J. da Costa, *Filiação*. 4. ed. Lisboa: Petrony, 2001.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 8. ed. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2010.

Capítulo VI

O direito fundamental à moradia
e a inadimplência do incorporador
imobiliário: a possibilidade de
execução específica da obrigação
de entrega do imóvel

Maria Aparecida Silva de Menezes

Aluna do 9º semestre da graduação da Faculdade Baiana de Direito.



O direito fundamental à moradia e a inadimplência do incorporador imobiliário: a possibilidade de execução específica da obrigação de entrega do imóvel

Resumo: A inadimplência do incorporador na entrega de imóveis residenciais, diante da perspectiva constitucional, não corresponde a um simples inadimplemento contratual, antes caracteriza-se em afronta direta ao direito fundamental à moradia, resultando, em suma, em violação da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, este artigo, ao trazer o arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial, demonstra a possibilidade de execução específica da obrigação de entrega do imóvel, como mecanismo de proteção a ser acionado pelo promissário-comprador, buscando se salvaguardar dos prejuízos decorrentes da não entrega do bem, no prazo pactuado.

Palavras-chave: Moradia. Direito fundamental. Incorporação imobiliária. Incorporador. Execução específica.

Sumário: 1. Introdução — 2. A moradia como direito fundamental — 3. A incorporação imobiliária — 4. A execução específica no âmbito da incorporação imobiliária — 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao colocar a moradia como um dos direitos sociais, vinculou o Estado a garantir o acesso do cidadão à habitação, por meio do fomento ao mercado imobiliário ou da construção direta de unidades residenciais.

Estimulada por incentivos estatais, a atividade empresarial da incorporação imobiliária encontra-se em pleno aquecimento de suas vendas, prometendo a conquista da casa própria. No entanto, verifica-se que boa parte dos empreendimentos, ao findar o prazo estipulado em contrato, com vista à conclusão das obras, não são entregues aos adquirentes.

É neste contexto que se insere esse artigo, cujo tema é o “O direito fundamental à moradia e a inadimplência do incorporador imobiliário: a possibilidade de execução específica da obrigação de entrega do imóvel”. Propõe-se, com o presente artigo, responder ao seguinte problema: em face à não entrega da unidade habitacional no prazo pactuado, qual a possibilidade de execução específica da obrigação de entrega do imóvel?

Com fins de alcançar tal intento, o presente trabalho foi sistematizado em cinco capítulos, sendo o primeiro destinado a esta breve introdução. No segundo capítulo, buscou-se apresentar a posição do direito a moradia como elemento de concretude da dignidade da pessoa humana, constituindo-se como um direito fundamental, inserido no capítulo dos direitos sociais. No terceiro capítulo analisam-se as linhas gerais que envolve a incorporação imobiliária, demonstrando as principais responsabilidades do in-

corporador e do adquirente. Em seguida, dedica-se um capítulo à busca do arcabouço jurídico em torno da execução específica no âmbito da incorporação imobiliária, apresentando alguns julgados sobre o tema. Por fim, no capítulo cinco, apresentam-se as considerações obtidas a partir do estudo, na esperança de contribuir, ainda que de forma incipiente, com a temática social, tão em voga na atualidade.

2. A MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana pressupõe, para sua concretude, atender uma série de necessidades mínimas de existência do homem.

Dentro do constitucionalismo democrático social contemporâneo, a dignidade da pessoa humana, conforme retrata Humberto Nogueira Alcalá (2011), é o valor jurídico supremo, cuja fonte decorre dos direitos humanos, com fins de afirmar não só garantias negativas de proteção às pessoas contra ofensas de todo tipo, mas também garantias positivas (prestacionais), através de direitos que busquem desenvolvê-las. Nesse contexto, a pessoa humana não é vista como instrumento, mas, por sua dignidade, reclama respeito de ser sujeito e não o objeto, atraindo o reconhecimento de sua personalidade jurídica e tudo que necessita para sobreviver. Para o citado autor “a dignidade da pessoa constitui uma realidade ontológica supraconstitucional, assim como os direitos que lhe são inerentes; o Estado e a Constituição somente os reconhecem e garantem, porém não os criam” (Alcalá, 2011, p. 610).

Os direitos fundamentais decorrem de escolhas da política interna e específica de cada país, que deci-

de quais serão os grupos de direitos humanos alçados pelo *status* de fundamentais. Tais escolhas dependem das condições políticas, sócio-econômicas e culturais de cada Estado soberano. Verifica Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 210), que, geralmente, “as Cartas Constitucionais estampam versículos prestigiadores dos mais nobres objetivos sociais e humanitários que integram o ideário avalizado pela cultura da época”.

Na Constituição vigente, avalia Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 646), “os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais”¹.

O direito à moradia, previsto no artigo 6º da Carta Magna², no capítulo destinado aos direitos sociais, é um dos direitos prestacionais que buscam proporcionar à pessoa humana o benefício da vida social, com significado de “garantir a todos um lugar para um abrigo, de modo permanente, pois a etimologia do verbo morar, do latim *morari*, significa demorar, ficar” (CANUTO, 2010, p. 169). Esse morar tem por fim proporcionar o desenvolvimento espiritual e material inerentes a dignidade do homem.

José Afonso da Silva (2010) afirma que o direito à moradia tem duas faces de condição de eficácia: uma

1. Ingo Wolfgang Sarlet (2011) reconhece que vários direitos fundamentais sociais podem ser considerados como de direitos negativos (de defesa) como ocorre com o direito de greve, portanto, não correspondente a um direito prestacional em sentido estrito.
2. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

negativa, que significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia, nem impedido, seja pelo Estado ou por terceiro, de conseguir uma; outra positiva, que consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, configurando um direito positivo de caráter prestacional a ser atendido pelo Estado.

Defende Elsa Maria Alves Canuto (2010), que o direito à moradia é cláusula pétrea, em virtude da sua inserção como direito social fundamental, o que impede, na forma do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal³, sua alteração por Emenda Constitucional, que tenha por objetivo abolir esse direito. Embora o art. 60, §4º, IV, trate, literalmente, de direitos e garantias individuais, o entendimento da autora baseia-se no §2º do art. 5º, da Carta de Outubro⁴, onde o conteúdo evidencia que aqueles direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros, por ela adotados, nem daqueles decorrentes de pactos internacionais consignados pelo Brasil.

Também reconhecendo os direitos sociais como direitos fundamentais, Alexandre de Moraes (2002, p. 468), afirma-os como “liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direi-

3. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.

4. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º 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.

tos, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social [...]”.

Esse entendimento também é defendido por Ingo Wolfgang Sarlet (2011), ao reconhecer que os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, cuja concepção é social e democrático de direito, visto que a igualdade material e a liberdade real não se concretizam por si só. Por sua vez, alerta José Joaquim Gomes Canotilho (2003), que há uma verdadeira imposição constitucional de transformações econômicas e sociais na medida que forem necessárias a efetivação desses direitos e, ainda, acrescenta que a estrutura da ordem constitucional⁵ voltado para os direitos econômicos, sociais e culturais tem por paradigma a liberdade igual, que significa, por exemplo, “não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 480).

Mas o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental, elemento de concreitude da dig-

5. Embora José Joaquim Gomes Canotilho faça referência à estrutura da ordem jurídico-constitucional portuguesa, o exemplo dado por ele se mostra compatível com a estrutura constitucional brasileira, como pode ser compreendido a partir da leitura integral do exemplo manifestado em sua obra: “A liberdade igual aponta para a igualdade real (art. 9º d), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas a inviolabilidade de domicílio, mas o direito de ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse do posto de trabalho” (2003, p. 480).

nidade da pessoa humana, não garante o seu cumprimento. Esse não é um fenômeno exclusivo do direito à moradia; observa Noberto Bobbio (1992, p. 25) “que o problema de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.” Para o autor “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são [...] mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los”.

Os programas voltados a construção de moradias é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos moldes do art. 23, IX, da Constituição Federal⁶. A partir do estudo da classificação das normas constitucionais quanto à imediata geração de direito para os administrados, proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2011), verifica-se que a norma disposta nesse dispositivo, embora composto de um direito cuja fruição pelo cidadão dependa de uma prestação alheia, ela se reveste de um “desfrute positivo”⁷, passível de ser exigido pelo poder jurídico se turbado por terceiro ou negado pelo Estado, a quem foi atribuído a responsabilidade de promover programas de construção de moradias. Isso ocorre porque a “norma indica

6. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

7. O “desfrute positivo” é a expressão utilizada pelo autor para caracterizar as regras constitucionais que confere ao administrado uma utilidade concreta, cuja consequência é a possibilidade de “exigir esta utilidade se for embaraçada ou perturbada por outrem” (MELLO; 2011; p.221).

quem é o obrigado e caracteriza, de modo suficiente, a conduta devida cujo implemento satisfaz o direito concedido” (MELLO, 2011, p. 221).

Cientes da responsabilidade de cumprir o texto fundamental e do déficit habitacional existente em todo país, os entes federativos vêm promovendo políticas públicas de fomento a construção habitacional. Dentre essas políticas, verifica-se o incentivo a concessão de crédito aos entes privados, com liberação de recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, e liberação aos bancos privados para manter linhas de financiamentos para construtores e adquirentes dos imóveis.

Alain Lipietz citado por Elsa Maria Alves Canuto (2010, p. 173), lembra que a habitação “ocupa um lugar importante no ciclo de rotação do capital, tanto privado quanto social: é um componente decisivo do famoso ‘consumo social médio’ que fixa o valor da força de trabalho”.

As políticas voltadas à construção de moradias criaram um nicho de mercado atraente às incorporadoras, que a todo instante promovem novos lançamentos imobiliários, expondo aos eventuais consumidores, por meio de *marketing* agressivo (folhetos, *outdoors*, jornais, televisão, rádio, cinema), seus produtos.

As vantagens divulgadas pelos incorporadores atraem os consumidores, que por intermédio de compromissos de compra e venda, adquirem unidades habitacionais. Em torno do compromisso celebrado, pelas razões aqui retratadas, orbitam garantias constitucionais, já que seu objeto é elemento

concretizador da dignidade da pessoa humana. Ressalte-se que a aquisição de moradia, em sua maioria, compromete parcela expressiva dos ganhos do adquirente, podendo também ter impacto sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS⁸, patrimônio da classe trabalhadora regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, a depender da modalidade de financiamento.

Compreende-se, portanto, numa perspectiva constitucional, que a inadimplência dos incorporadores na entrega das unidades habitacionais não corresponde a um simples inadimplemento contratual, antes caracteriza-se em afronta direta a direitos fundamentais em face da garantia ao direito à moradia, resultando, em suma, em violação da dignidade da pessoa humana.

3. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Caio Mário da Silva Pereira (2000) foi um pioneiro no estudo da incorporação imobiliária, revelando que a figura do incorporador surgiu a revelia do direito, com a proliferação de edifícios nas grandes cidades. Em seus estudos constata que os pronunciamentos da jurisprudência eram inseguros, porque naquela época não havia caracterização exata sobre a atividade exercida pelo incorporador, se ele era um corretor, um mandatário, um gestor de negócio, um industrial, um comerciante, um banqueiro-financiador, ou um pouco de tudo.

8. De acordo com o art. 9º da Lei nº 8.036/1990, as aplicações com recursos do FGTS poderão ser realizadas diretamente pela Caixa Econômica Federal e pelos demais órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação – SFH.

Surge, então, a Lei de Incorporação Imobiliária, mas não com o propósito exclusivo de proteger o adquirente, mas o fez, tendo em vista a experiência das organizações empresariais, dotadas de assistência jurídica eficiente; porém de igual maneira buscou acautelar o incorporador e/ou construtor contra a falta de pagamentos por parte dos adquirentes, condicionando o recebimento da unidade a quitação dos compromissos (PEREIRA, 2000).

A natureza complexa da incorporação imobiliária, instituto jurídico regido, hoje, pelas Leis nºs 4.591/1964 e 10.931/2004, foi observada por Sílvio de Salvo Venosa (2005), ao apontar que em torno desse negócio jurídico se enfeixam negócios ligados à construção civil e a empreendimentos imobiliários. Essa concepção é extraída do parágrafo único do art. 28, da Lei nº 4.591/1964⁹, que define a atividade como aquela exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Dessa constatação, Sílvio de Salvo Venosa conclui que o incorporador é um catalisador de um complexo contratual, com responsabilidade de centralizar, administrar e concluir o empreendimento e para tanto realizará outros contratos, e nesse aspecto (2005, p. 508):

9. Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei. Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

A incorporação visa basicamente à formação de um condomínio. Desenvolve-se por meio de atos jurídicos e materiais. Existem basicamente quatro avenças pactícias com participação do incorporador. Há um contrato que objetiva a aquisição do terreno; a seguir, ocorre a formalização de contratos preliminares para aquisição de unidades autônomas e um contrato de prestação de serviços pelo incorporador. Após, contrata-se a construção do edifício propriamente dito. Esses ajustes podem apresentar algumas nuances no caso concreto, podendo figurar em um só instrumento ou em instrumentos autônomos.

Especificamente, com os adquirentes dos imóveis são pactuados os chamados contratos preliminares ou compromissos de compra e venda das unidades autônomas que compõem a edificação ou o conjunto de edificações, que será analisado adiante.

A Lei nº 6.766/1979, que disciplinou o parcelamento do solo (arts. 25 e 26), consagrou a denominação compromisso de compra e venda, sendo as partes denominadas de promitente, compromitente-vendedor ou cedente, e promissário, compromissário-comprador, compromissário-adquirente ou cessionário (VENOSA, 2005).

A qualidade de promitente vendedor, no campo da incorporação imobiliária, caberá ao incorporador, que conforme art. 29, da Lei nº 4.591/1964¹⁰, pode

10. Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação

ser uma pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetue a construção, compromisse ou efetive a venda das unidades autônomas.

A sua responsabilidade perante o adquirente, ainda conforme o citado art. 29, é coordenar e levar a termo a incorporação, responsabilizando-se pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das unidades construídas.

Quanto ao promissário-comprador, essa qualidade é dada aos adquirentes das unidades autônomas, podendo ser pessoas físicas e jurídicas.

As unidades autônomas podem ter fins comerciais ou residenciais, e aqui é importante destacar que a opção desta pesquisa é pelo estudo dos compromissos de compra e venda destinados a aquisição da moradia, como ficou caracterizado no capítulo anterior, quando se desenvolveu os aspectos do direito à moradia como direito fundamental, previsto no artigo 6º da Carta Magna. Assim fixado, o promissário-comprador, ao adquirir seu imóvel, está acobertado pelos fundamentos constitucionais e, tendo em vista a relação consumerista posta, pelas normas protetivas do direito do consumidor.

de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

Contudo, é importante também destacar a obrigação contratual do adquirente em adimplir com as parcelas do imóvel negociado, sob pena do pagamento de multa e juros, retenção da respectiva unidade ou, ainda, de rescisão do contrato, a depender da extensão do seu atraso.

O não cumprimento da obrigação do adquirente, em pagar as parcelas nos prazos pactuados, compromete o fluxo financeiro planejado pelo incorporador, responsável por erguer a construção, por essa razão é uma das hipóteses previstas no compromisso de compra e venda que ensejam atrasos na entrega do imóvel.

As sanções por inadimplemento do promissário-comprador, disciplinadas em lei e reproduzidas nos compromissos de compra e venda, servem não só para proteger o incorporador, mais o conjunto de adquirentes que desde a assinatura dos contratos formam um condomínio em torno do interesse comum de obter as suas moradias. Portanto, as prerrogativas sancionatórias do incorporador devem ser exercidas com diligência, sob pena de comprometer todo o empreendimento a que ele se responsabilizou.

O art. 43, da Lei nº 4.591/1964, fixa a responsabilidade do incorporador que contrata a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, assegurando que ele responde civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou promissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a

conclusão das obras, podendo ajuizar ação regressiva contra o construtor, se a este couber a culpa.

Além da responsabilidade, o art. 43 também prevê modalidade de destituição do incorporador, que sem justa causa, paralisa as obras por mais de 30 dias, ou retarda excessivamente o andamento, podendo o juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, a maioria absoluta dos adquirentes poderá destituir o incorporador, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.

Há, ainda, no art. 43, solução em caso de insolvência do incorporador, que optou pelo regime da afetação. Nesse caso, não sendo possível à maioria prosseguir com a construção, a assembleia geral de adquirentes poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços), deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação, deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber. Se dessa venda não se obtiver a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, devidamente reajustado, ficarão os adquirentes considerados credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador.

4. A EXECUÇÃO ESPECÍFICA NO ÂMBITO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Em obra destinada aos contratos, Arnaldo Rizzardo (2010) esclarece que o novo Código Civil, diferente do Código de 1916, disciplinou o condomínio edilício, mas, no capítulo dedicado ao tema, não incluiu a incorporação imobiliária, mantendo, assim, as disposições da Lei nº 4.591/1964. Quanto a promessa de compra e venda, espécie de instrumento celebrado entre o incorporador e o adquirente do imóvel, a Codificação Civil trata como um contrato preliminar, que de acordo com o art. 462¹¹, exceto a forma para alguns casos, exige-se a apresentação de todos os requisitos essenciais do contrato definitivo.

A forma poderá ser por instrumento particular ou público, contudo, quando se tratar de imóvel com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo, por força do art. 108¹² do Codex, exige-se a via pública (FARIAS; ROSENVALD, 2011). Diante do salário mínimo corrente¹³, verifica-se, no âmbito da incorporação imobiliária, a instrumentalização dos contratos, em sua maioria, na forma pública.

11. Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

12. Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

13. De acordo com Decreto nº 7.655/2011, que regulamenta a Lei nº 12.382/2011, a partir de 1º de janeiro de 2012, o salário mínimo será de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais). Considerando esse valor, trinta vezes o salário mínimo corresponderia a R\$ 18.660 (dezoito mil, seiscentos e sessenta reais).

Concluído o contrato preliminar, com observância do art. 462, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Assim ensina o art. 463¹⁴, do Cordex, acrescentando em seu parágrafo único o dever de levar o contrato preliminar ao registro competente.

Maria Helena Diniz (2010) assinala que o contrato preliminar sem cláusula de arrependimento, desde que obedecido o disposto no art. 462 do Código Civil e assentado no Registro de Imóveis, terá eficácia *erga omnes*. Tal registro impedirá a efetivação de negócios supervenientes sobre o bem, evitando prejuízos a quem adquiriu e fraudes contra credores.

O art. 464¹⁵ da Lei nº 10.406/2002, versando sobre a adjudicação compulsória, estabelece que esgotado o prazo estipulado pelas partes para celebração do contrato definitivo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar.

Da leitura dos arts. 462 e 463, poderia supor-se que a adjudicação compulsória do compromisso de compra e venda de imóveis ficaria condicionada ao atendimento de todos os seus requisitos. Porém, a

14. Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

15. Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, externada por meio do enunciado da Súmula 239, deixa claro que o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 85) ressalta que a execução específica de outorga não fica afastada nem perante o registro, nem se quer diante de outros requisitos exigidos ao contrato, pois no caso é viável “recorrer à ação de conhecimento, com índole cominatória, de obrigação de fazer, para obtenção de decisão nos termos do art. 639 do CPC”.

O inadimplemento do incorporador também poderá resultar em perdas e danos, conforme estabelece o art. 465, do Código Civil¹⁶, se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, podendo a outra parte considerá-lo desfeito.

Porém, é no campo da Codificação Processual Civil que a execução específica ganha seus maiores contornos. A tutela específica judicial ou da máxima coincidência possível, assegura à parte que ela obtenha em juízo exatamente aquele bem da vida que seria obtido com o cumprimento espontâneo da obrigação.

Giuseppe Chiovenda foi quem primeiro tratou da máxima coincidência possível, por isso, esse direito também é conhecido como a máxima chiovendiana. Embora não esteja explícito na Constituição Federal, a tutela específica é considerada um direito funda-

16. Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

mental, decorrente do direito ao acesso a justiça e do devido processo legal. Com as últimas reformas do Código de Processo Civil, o legislador tem prestigiado esse direito fundamental, não satisfatoriamente observado no antigo regramento da efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, cujo descumprimento implicava, quase sempre, a conversão da obrigação em perdas e danos (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2011).

Nesse contexto, conforme art. 466-B¹⁷ do Código Processual Civil, é permitido ao juiz suprir a declaração contratual do faltoso, gerando os efeitos do título prometido, por meio da adjudicação compulsória, exceto se a outra parte optar pela indenização por perdas e danos, como descreve Farias e Rosenvald (2011), ou na impossibilidade da tutela específica ou resultado prático equivalente, nas palavras de Fredie Didier Júnior, Leonardo Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2011).

Para o êxito da ação de adjudicação compulsória, conforme observa Farias e Rosenvald (2011), é necessário que o credor demonstre *(i)* que o contrato preliminar atendeu aos requisitos essenciais do contrato definitivo; *(ii)* que o contrato preliminar não dispõe sobre cláusula de arrependimento; *(iii)* que o promitente vendedor está em mora; *(iv)* que o promissário comprador tenha adimplido sua obrigação de integralizar o preço. Dessa maneira, a adjudica-

17. Código de Processo Civil, Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

ção compulsória não decorre do registro exigido pelo parágrafo único do art. 463 do Código Civil, mas sim da eficácia obrigacional *inter partes*. O registro do contrato preliminar é pressuposto do caráter *erga omnes*, que conduz a oponibilidade perante terceiro e o conseqüente direito de seqüela.

Nesse sentido vale transcrever o enunciado da Súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça – STJ: “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”. É cristalino, a partir da leitura da Súmula do STJ, que a execução específica, concretizada por meio da adjudicação compulsória, pode ocorrer mesmo naqueles casos onde não houve o registro do contrato preliminar.

José Osório de Azevedo Jr. (1998), afirmando que a possibilidade de pleitear a adjudicação compulsória do imóvel deriva do próprio contrato, assinala que o Decreto-lei nº 58/1937 e as Leis nºs 649/1949, 4.380/1964 e 4.591/1964 davam a entender que essa adjudicação estaria condicionada ao registro do compromisso de compra e venda. Na verdade, acrescenta o autor, o direito à adjudicação compulsória esta condicionado ao pagamento do preço, independente do registro, que pode, inclusive, não ocorrer. O registro público assegura o direito real, esteja ou não pago o preço, portanto, é possível ter direito a execução compulsória, sem haver direito real e vice-versa.

Em 2004, o art. 32, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, foi alterado pela Lei nº 10.931/2004, estabelecendo que os “contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autôno-

mas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito à adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra”. Portanto, permaneceu no texto legal a idéia de que a adjudicação compulsória somente ocorreria se houvesse o registro.

Leandro Leal Ghezzi (2011) identifica três situações distintas, onde os adquirentes podem vir a exigir a execução específica das obrigações assumidas pelo incorporador: (i) o incorporador interrompe a construção sem justa causa. (ii) o incorporador já concluiu a edificação, mas se nega a outorgar as escrituras, também sem justa causa; (iii) o incorporador já concluiu a construção, outorgou as escrituras, mas se nega a entregar a posse efetiva das unidades autônomas.

Distinguindo as obrigações de fazer entre fungíveis e não fungíveis, Leandro Leal Ghezzi leciona que a primeira situação, consistente na interrupção das obras sem justa causa, trata-se, em regra de uma obrigação de natureza fungível e, neste caso, os adquirentes podem optar pelo cumprimento forçado da obrigação, utilizando-se de serviços de terceiros ou coagindo o incorporador, por meio de *astreinte*¹⁸, a cumprir sua obrigação, ou então exigir a indenização das perdas e danos.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de considerar indevida a retenção

18. Valor arbitrado pelo juiz, com fins de influenciar o devedor a cumprir a obrigação. É uma espécie de pressão feita sobre o devedor. O valor pago pelo devedor como *astreinte* pertence a parte que pretende o cumprimento da obrigação (TARTUCE, 2011)

de valores pagos por adquirentes de imóveis, por meio de incorporação imobiliária, a título de despesas de comercialização do imóvel, administração e propaganda, quando o causa da rescisão contratual for a inadimplência do incorporador (EDcl no REsp 225136 / AM).

O art. 461 do Código de Processo Civil é claro em estabelecer que o juiz, nas ações cujo objeto for o cumprimento de obrigação de fazer, concederá a tutela específica da obrigação ou assegurará o resultado prático equivalente ao do adimplemento, exceto, se o autor optar pela conversão em perdas e danos.

Para a segunda situação identificada por Leandro Leal Ghezzi (2011), onde a edificação já está concluída, mas o incorporador, sem justa causa, se nega a outorgar as escrituras, o autor classifica como uma obrigação juridicamente infungível, podendo ser substituída por provimento jurisdicional, que produzirá o mesmo efeito da declaração de vontade do incorporador. Diante de sua recusa em outorgar as escrituras, os adquirentes irão em busca do Estado-juiz a fim de obter tutela de seu direito. Não é outro o entendimento o Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional incumbido de uniformizar a interpretação da legislação federal, conforme se infere do seguinte aresto:

REsp 1095427 / MG Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA

Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 19/05/2009

Ementa: RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – INEXISTÊNCIA – CUMPRIMENTO DO ÔNUS DE PROVAR FATOS CONSTITUTIVOS

PELO AUTOR – CONFIGURAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE OUTORGAR A ESCRITURA DEFINITIVA ANTE O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – NECESSIDADE – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Não caracteriza omissão ou falta de fundamentação a mera decisão contrária ao interesse da parte.
2. [...].
3. **Ao longo do processo, a comprovação do pagamento das prestações de promessa de compra e venda ficou evidenciada**, diante: [i] de todos os fatos incontroversos nos autos (como, a morte do promitente comprador após o prazo de pagamento das prestações, a forma de pagamento consistente no desconto mensal da folha de pagamento do promitente comprador, a ausência de pendências atestada pelo banco promotor desses descontos, o reconhecimento do INSS em não possuir arquivados quaisquer documentos relativos à avença preliminar) e [ii] da constatação de que o INSS não acusou a existência de qualquer débito nem produziu provas suficientes a infirmar os fortes indícios trazidos na inicial.
4. Assim, **pagas as prestações do compromisso de compra e venda de imóvel e recusada a outorga da escritura definitiva do negócio principal, impõe-se a procedência da ação de adjudicação compulsória**.
5. Recurso especial improvido. (Grifos nossos)

Ainda na proposição do incorporador que se nega a outorgar as escrituras, verifica-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento, por meio da Súmula 308, que a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante o adquirente do imóvel. De acordo com o voto expresso no Recurso Especial nº 953.510 – PR (2007/0098054-5), os precedentes que deram

origem à Súmula nº 308 deixam claro que a relativização da hipoteca teve por fim resguardar a “função social da casa própria, moradia” e, em sendo assim, “a sua incidência está limitada tão-só pela natureza residencial do imóvel, que não precisa ter sido adquirido com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação”¹⁹.

Por fim, a terceira hipótese ventilada por Leandro Leal Ghezzi (2011), quando o incorporador concluiu a construção, outorgou as escrituras, mas se nega a entregar a posse efetiva das unidades autônomas, o autor sustenta como solução a execução judicial de dar coisa certa imóvel, onde o incorporador será citado para entregar o imóvel ou assegurar o juízo e apresentar embargos, conforme art. 621²⁰ do Código de Processo Civil. Os embargos à execução, opostos pelo incorporador, poderá ter por fundamento a inadimplência do adquirente, que não honrou com o preço do imóvel. Da recusa do incorporador em entregar o imóvel, esclarece o autor, é expedido

19. Outros exemplos de decisões do Superior Tribunal de Justiça com a aplicação da Súmula 308: AgRg no REsp 963278 / MG 3ª Turma, Ementa: Agravo regimental no recurso especial. Dissídio notório. Desnecessidade de cotejo analítico. Ineficácia, perante o adquirente da unidade habitacional, da hipoteca concedida pela empresa incorporadora em favor da instituição financeira. Súmula 308 desta Corte. Agravo regimental desprovido. Recurso Especial nº 593.474 – RJ, Ementa: Recurso Especial. Embargos de terceiro. Imóvel hipotecado. Gravame firmado entre a construtora e o agente financeiro. Ineficácia em relação ao adquirente. Súmula 308/STJ.

20. Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

pelo juiz o mandado de imissão de posse, nos termos do art. 625²¹, do CPC.

Importante registrar que a opção pelo cumprimento forçado não afasta a possibilidade de exigência de perdas e danos, patrimoniais e morais, em decorrência do inadimplemento do prazo de entrega, quando forem comprovados, pelo adquirente, os prejuízos decorrentes da celebração ou prolongamento de contrato locatício, lucros cessantes, frustrações e abalos emocionais. A título ilustrativo, seguem alguns arestos do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no REsp 1202506 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0123862-0

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA – LUCROS CESSANTES – PRESUNÇÃO – CABIMENTO – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.

1 – A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes. [...] (Grifos nossos)

21. Art. 625. Não sendo a coisa entregue ou depositada, nem admitidos embargos suspensivos da execução, expedir-se-á, em favor do credor, mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou de móvel. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

REsp 830572 / RJ RECURSO ESPECIAL 2006/00
34654-3 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DO PROPRIETÁRIO DO TERRENO. SÚMULA 07 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ART. 557, § 2º, DO CPC. SÚMULA 284 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. [...]. 2. A inexecução de contrato de promessa de compra e venda de unidade habitacional, em virtude da ausência de construção do empreendimento imobiliário pela incorporadora, **transcorridos 09 (nove) anos da data aprezada para a entrega, causa séria e fundada angústia no espírito do adquirente, não se tratando, portanto, de mero dissabor advindo de corriqueiro inadimplemento de cláusula contratual, ensejando, assim, o ressarcimento do dano moral.** Precedentes. [...] (Grifos nossos)

Embora seja possível pleitear-se lucros cessantes e danos morais, alerta-se que estes devem está devidamente comprovados, vez que não é raro o indeferimento judicial de tais parcelas, por não ficar provado nos autos a ocorrência do alegado, como se verifica no presente julgado:

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Processo Apelação Cível 1.0024.04.521608-2/001 Relator(a) Des.(a) Hilda Teixeira da Costa Órgão Julgador / 13ª CÂMARA CÍVEL Comarca de Origem: Belo Horizonte Data de Julgamento 30/11/2006 / Data da publicação da súmula 12/01/2007. Ementa: Apelação Cível

– Ação de rescisão de contrato c/c pedido de indenização por dano moral – contrato de compra e venda de imóvel – atraso na entrega da obra – excludente de responsabilidade não configurado – **indenização – dano moral - não configurado** – restituição integral das parcelas pagas – juros a partir da citação e correção monetária a partir do pagamento de cada parcela do contrato – improvimento – recurso adesivo - vinculação de mérito – desnecessidade. (Grifo nosso)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para efeito de considerações finais, é preciso assinalar que o direito à moradia foi alçado a direito fundamental pela Carta de Outubro, cuja posição jurídica não pode ser afrontada pelo Estado ou pelo particular.

Ao Estado se impõe, à luz dos princípios constitucionais, tutelar os adquirentes de imóveis residenciais, protegendo-os da opressão de quem tem poder econômico. E nessa perspectiva, este artigo, ao trazer o arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial, demonstrou a possibilidade de execução específica da obrigação de entrega do imóvel, seja por meio da adjudicação compulsória ou mediante o cumprimento forçado da obrigação, utilizando-se de serviços de terceiros ou, ainda, coagindo o próprio incorporador, por meio de *astreinte*.

Cumpra registrar que a máxima chiovendiana (obtenção em juízo do bem da vida que seria obtido com o cumprimento espontâneo), conforme verificado nos arestos da jurisprudência nacional, não afasta a possibilidade de exigência de perdas e danos, patrimoniais e morais, em decorrência do inadimplemento do prazo de entrega, desde que os prejuízos sejam devidamente comprovados nos autos processuais.

6. REFERÊNCIAS

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa e os direitos econômicos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). *Direitos Humanos – Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 607-638.
- AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.
- BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. *Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências*. Brasília, DF, 11 maio 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 jan. 2012.
- BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. *Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*. Brasília, DF, 16 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. *Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências*. Brasília, DF, 19 dez. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. *Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 01/10/1969, as Leis nº 4.591, de 16/12/1964, nº 4.728, de 14/07/1965, e nº 10.406, de 10/01/2002, e dá outras providências*. Brasília, DF, 02 ago. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937. *Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações*. Rio de Janeiro, RJ, 10 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 593.474 - RJ (2003/0166898-9)* Recorrente: Lucio Correa Salgueiro e outro. Recorrido: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 01 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301668989&dt_publicacao=01/12/2010>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 953.510 - PR (2007/0098054-5)* Recorrente: Lúcia de Fátima Pereira. Recorrido: Econômica Federal e Calladio Construtora de Obras Ltda. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, DJ 22 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Recurso+Especial+953510&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n° 830.572 - RJ (2006/0034654-3)* Recorrente: Leonardo Oliveira da Costa. Recorrido: Dalvaci Marques do Rêgo Costa. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 26 mai. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600346543&dt_publicacao=26/05/2011>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial n° 225136 / AM*. Recorrente: Praxis Engenharia Ltda. Recorrido: os mesmos. Relatora. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 23 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+225136&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial n° 1.202.506 - RJ (2010/0123862-0)*. Agravante: Ari Bolonhezi e outro. Agravado: Costabella Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator. Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJ 24 fev. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1202506>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial n° 963.278 - MG (2007/0146091-2)*. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Paulo Eduardo Roderio e outros. Relator. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DJ 01 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701460912&dt_publicacao=01/08/2011>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 239*. DJ 30 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=239&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 23 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 308*. DJ 25 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=308&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 23 maio 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANUTO, Elza Maria Alves. *Direito à moradia urbana – aspectos da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Fórum, 2010.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Eugênio. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária – à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). *Direitos Humanos – Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 209-238.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.04.506712-1/001*. Nona Câmara Cível. Relator: Tarcisio Martins Costa. Julgado em 01 ago. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&txt_processo=506712&complemento=1>. Acesso em: 23 maio 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

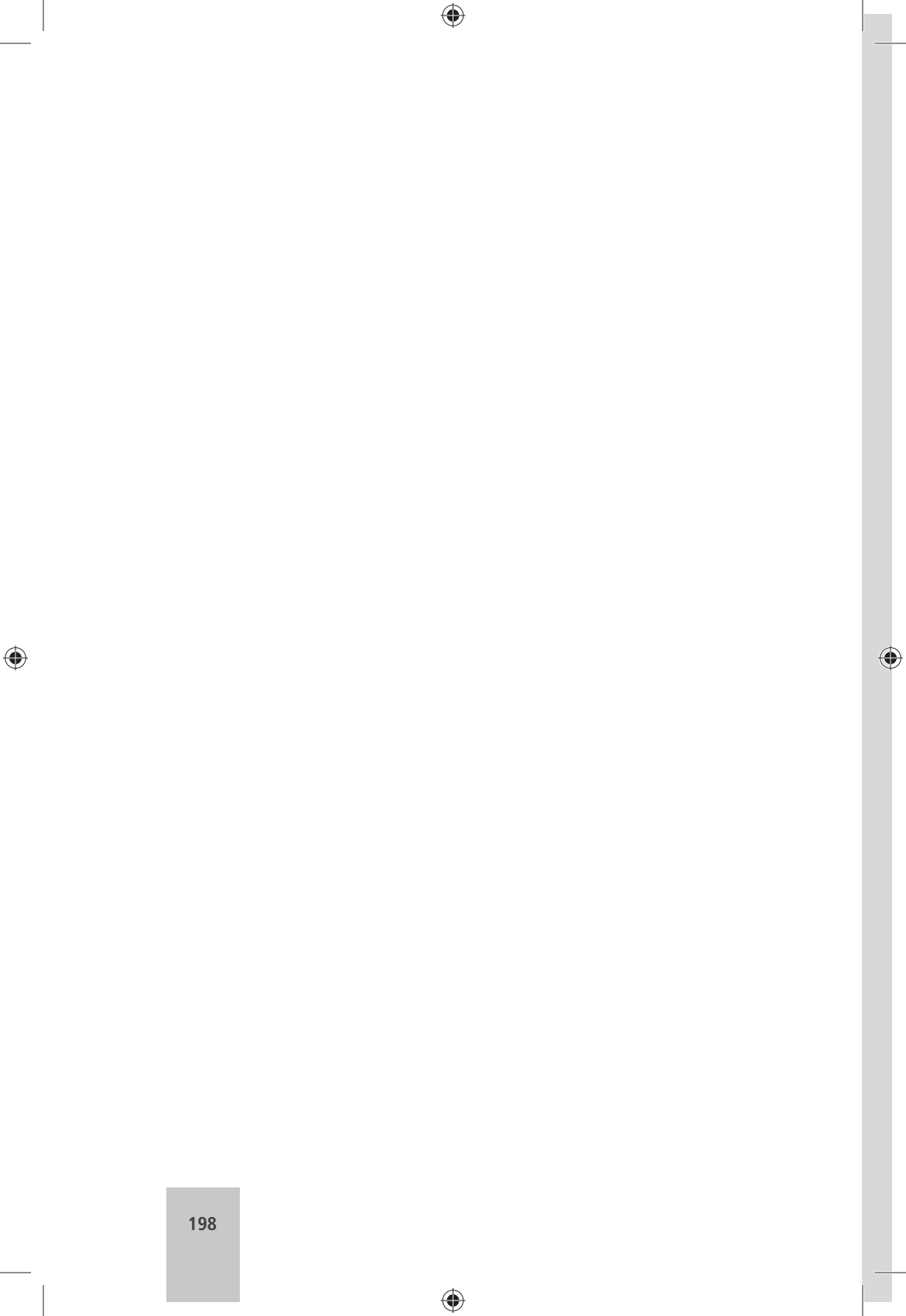
SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). *Direitos Humanos – Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 639-675.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – contratos em espécie*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Compromisso de compra e venda com eficácia real – direito do promitente comprador. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, ano 1, n. 1 (jul./ago. 2004), p. 77-91.



Capítulo VII

O divórcio como um direito potestativo aos cônjuges

Potyra Weill Velozo

Graduanda do curso de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



O divórcio como um direito potestativo aos cônjuges

Resumo: O presente trabalho tem o propósito de analisar as mudanças que a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, trouxe para o âmbito das famílias brasileiras. Partindo do princípio maior do nosso ordenamento jurídico, a Dignidade Humana – o estudo procura fazer uma análise do direito que temos hoje acerca da possibilidade de casar e de não permanecer casado, qual seja, o direito potestativo de cada cônjuge dentro do matrimônio, destacando, sobretudo, as relações e as ingerências do Estado na esfera familiar, conduta esta, que por muito tempo foi criticada. A ênfase se dá nos novos delineamentos que o divórcio tomou, excluindo da esfera Judiciária a análise de qualquer elemento que venha a postergar o desejo dos cônjuges de pôr fim ao casamento, seja se perquirindo a culpa ou lapso temporal, bastando somente (e felizmente) a vontade declarada de ambos (ou de apenas um dos cônjuges).

Palavras-chave: Novo Sistema de Divórcio. Princípio da Dignidade.

Sumário: 1. Introdução — 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em sede familiar: 2.1. A dignidade da pessoa humana junto ao Princípio do Não retrocesso; 2.2. O conceito tradicional de família; 2.3. O Direito de casar e não permanecer ca-

sado — 3. O Divórcio e a Extinção do vínculo conjugal: 3.1. Conceito de divórcio; 3.2. A extinção do vínculo conjugal pelo exercício da autonomia da vontade; 3.3. O divórcio como exercício do direito potestativo — 4. O novo sistema de divórcio; 4.1. A emenda constitucional 66 de 2010; 4.2. A eliminação do instituto da separação judicial; 4.3. A facilitação da dissolução do casamento — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito de Família é uma das áreas do Direito Civil que evolui mais rapidamente. Após a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que trouxe uma completa mudança de paradigma no âmbito do direito de família, o Legislador positivo veio a normatizar situação que atende aos anseios da sociedade, pela celeridade na resolução de um casamento que já não se sustenta mais.

A facilitação da dissolução do vínculo matrimonial prestigia a dignidade da pessoa humana na medida em que passa a ser alçada a direito potestativo, além de estar de acordo com os princípios da intervenção mínima, da ruptura do afeto, entre outros. É nessa perspectiva que aqui se trata como se deu a chegada constitucional à esse direito, desde a fase da indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal, até hoje, com a promulgação da referida Emenda e a consagração do divórcio, podendo requerê-lo a qualquer tempo, sem interferência estatal, análise de culpa ou lapso temporal.

Ainda que seja recente esta inovação, o que se tem hoje são alguns julgados possibilitando a conversão dos processos de separação em curso para o

pedido de divórcio, tratando deste modo, do direito de cada um em casar e não permanecer casado, estando o legislador, em alusão ao Princípio da Proibição do Retrocesso, impedido de restringir direitos sociais e fundamentais de cada indivíduo, protegendo desta forma a instituição da família e a relação que se funda em família-dignidade.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM SEDE FAMILIAR

2.1. A dignidade da pessoa humana junto ao Princípio do Não Retrocesso

Nas décadas de 50 e 60, o que encontrávamos eram mulheres resignadas, prendadas, que cuidavam da aparência e eram boas esposas e companheiras. Enquanto que, o homem detinha o controle familiar, financeiro, era um verdadeiro chefe patriarcal. Ambos formavam uma estrutura matrimonial, na qual o princípio que imperava era o da Indissolubilidade do Vínculo Matrimonial. Porém, com a Lei do Divórcio, em 1977, já não era mais preciso a união dos casais a qualquer custo, simplesmente pelo fato de haver a presença dos filhos, pois a ideia que se tinha era de que os filhos estariam bem e mais felizes à medida que seus pais estivessem bem entre eles, juntos ou separados. Preponderava assim, o Princípio da Liberdade dos sujeitos, que vai servir de base para todo o sistema jurídico.

Com a Constituição de 1988, chega ao Direito de Família as concepções de inclusão e cidadania, pois passou-se a estabelecer os princípios basilares para a formação e organização jurídica da família, dentre os

quais destacam-se o da Cidadania e da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, II e III, CF), que vão referenciar o instituto da família na perspectiva dos Direitos Humanos, fundamentais a qualquer indivíduo.¹

A dignidade é um macroprincípio ético que norteia e pressupõe vários outros princípios, já que não é possível se pensar em um ser humano sem dignidade. O marco para sua utilização nos ordenamentos jurídicos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quando a partir de então as constituições democráticas se tornaram indissociáveis deste preceito básico dos Direitos Humanos, passando a excluir, no âmbito das famílias, as diferenças, quando se legitimou e incluíram-se no seio da sociedade as diversas formas de família, fato este que se deu com a luta ao respeito à liberdade e à autonomia de cada indivíduo. Hoje encontramos, por exemplo, famílias legítimas fora do casamento, o registro do nome do pai casado nos filhos que não são frutos da atual união, o que significa uma igual dignidade para todas as entidades familiares, e um respeito ao seu valor máximo, a vida.

Nessa linha de pensamento, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que:

(...) Se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma perso-

1. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio, teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

nalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder. Exigir, por meio de preceito constitucional que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana, é exigir que ele garanta a todos direitos que podem ser considerados válidos para um ser humano capaz de compreender o que é o bem.²

O Estado passa então a ser visto como a instituição política, que deve atuar no interesse e na proteção das famílias, pois é o responsável pela organização e pelo controle social, estando ele legitimado para regulamentar a vida em sociedade, conforme dispõe o art. 226 da Constituição Federal, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. A estrutura estatal é importante para manter as normas e regras institucionais em consonância com a ordem pública, e acima de tudo para promover a concretização da dignidade humana dentro dos limites de sua atuação, evitando qualquer tratamento indigno às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

A proteção estatal que é conferida, conforme entendimento de Mário Konrad, “não se destina somente ao ato solene da celebração do casamento, e nem à sua extinção, mas sim à relação familiar, quer seja ela matrimonial ou não”.³ Isso é feito porque o que constitui a família são as relações entre os seus membros,

2. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tese: Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf> Acesso em: 22 maio 2011.
3. KONRAD, Mário Alberto. *O novo divórcio no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 83.

referindo-se aqui as suas personalidades, os seus direitos patrimoniais etc., pois vai ser nela que o indivíduo vai crescer e se desenvolver, moldando assim sua personalidade para viver em meio à sociedade. Ou seja, leva-se em consideração o desenvolvimento da vida em conjunto no âmbito familiar, o que de fato constitui tutela da dignidade humana.

Sendo assim, com a mesma facilidade que o indivíduo tem de constituir um casamento, deve ter ele para dissolver este vínculo, pois aí sim se estaria protegendo sua dignidade e limitando a atuação do Estado na vida privada do ser humano, permitindo desta forma, que ele tenha assegurado a sua liberdade, igualdade e privacidade, valores esses, fundamentais de sua constituição. Bem assim, assevera Cristiano Chaves de Farias, quando do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM:

Como a clausula geral de proteção da personalidade humana promove a dignidade do homem, não há dúvidas de que se é direito da pessoa humana constitui núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, **sob pena de comprometer-lhe a existência digna. (grifo nosso)**

É nessa perspectiva do respeito e garantia da dignidade humana, que o Estado Democrático de Direito conquistou o exercício efetivo da democracia e cidadania, quando através do Princípio da Proibição do Retrocesso fica impossibilitado o Poder Público de reduzir os direitos sociais, já que são direitos assegurados constitucionalmente a cada indivíduo. Isso faz com que os direitos fundamentais, sejam garantidos no núcleo do nosso ordenamento, impedindo que o legislador venha a reduzir ou desconstituir pura e simples-

mente o grau de concretização que ele mesmo havia dado às normas constitucionais, ou ainda modificar a necessidade que todo ser humano, tem de educação, saúde, moradia etc. Os direitos humanos são normas de justiça social, e, portanto, fruto do reconhecimento da existência da dignidade da pessoa humana.

A esfera familiar ao receber uma nítida e especial proteção do legislador, estabelece diretrizes a serem traçadas no Direito de Família, que estão intimamente ligadas aos direitos humanos, sendo portanto, indigno (como inconstitucional) tratar desigualmente o filho adotivo do filho biológico, proteger melhor a família tida como “tradicional” da família homoafetiva, ou das famílias monoparentais, ou ainda, tratar desigualmente homem e mulher na convivência familiar. Assim, à medida que a dignidade da pessoa humana é consagrada como um princípio constitucional surge a proibição do retrocesso visando à garantia daquilo que a sociedade conquistou e que o legislador estabeleceu como constitucional dentro da ordem jurídica, e uma vez sendo lesado ou tendo seu direito diminuído, o indivíduo deve acionar o Poder Judiciário para obter a eficácia da sua tutela.

2.2. O conceito tradicional de família

Numa perspectiva histórica acerca da origem da família brasileira, durante a vigência do Código Civil de 1916, que se mostrava conservador e característico da classe dominante, a família era aquela hierarquizada e patriarcal, onde tínhamos o pai como o membro central dessa estrutura, com poder de chefia na sociedade conjugal, estando a mulher subordinada ao seu comando, cabendo à ela somente

o dever de cumprir com os deveres da família e colaborar com o seu marido, realizando apenas atividades domésticas. Isso ficava claro nas disposições normativas do código, quando colocava a mulher no patamar de relativamente incapaz, restringindo-a de certos atos da vida civil.⁴

A sociedade com o tempo foi reclamando por mudanças a esse patriarcalismo, movimentos como o feminismo, proporcionaram a inserção da mulher no mercado de trabalho, passando elas agora, a fazer parte da base financeira da família, e o homem compartilhando de tarefas familiares, estando os dois unidos para a subsistência familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira chama de revolução paradigmática, a compreensão de que o sujeito de direito é também um sujeito desejante, pois ele parte de uma construção psicanalítica para entender que este sujeito é o sujeito do inconsciente, que está presente nos atos, fatos e negócios jurídicos realizados pelo homem, e que de fato é ele, que torna-se sujeito e humaniza-se. Isso significa que outra noção de afeto e desejo é trazida para o Direito dando uma outra dimensão à lei e fazendo este homem despertar para

4. Artigo 242 do Código Civil de 1916 (hoje revogado): “Art. 242 – A mulher não pode, sem o consentimento do marido: I. Praticar atos que este não poderia sem o consentimento da mulher. II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis do seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens. III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro múnus públicos. VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão. VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato.”

a ideia de que o verdadeiro sustento do laço conjugal não é o vínculo jurídico, mas o afeto, o que em 1977 tomou concretude, quando a Lei de Divórcio, superou esta ideia da indissolubilidade do vínculo conjugal.

Começa então a se perceber a valorização dos vínculos conjugais sustentados na afetividade. As famílias mudaram, não havia mais aquele núcleo familiar, marcado por motivações econômicas ou aquela simples composição do pai, mãe e filhos legítimos, o núcleo familiar era muito mais que isso, agora se levava em consideração algo que vai além de uma união química biológica, que era o afeto, o amor. E, “na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribuiu ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família.” (PEREIRA, 2011, p. 19).

É fácil perceber, que hoje o que une as famílias, é uma relação baseada na reciprocidade do amor, carinho, atenção e principalmente no respeito. Não há como se pensar como durante o século XX em que, “os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio” (BERENICE, 2010, p. 28), pois agora, os sentimentos e os laços afetivos que unem essas pessoas estão em vistas da busca da realização da felicidade, e enquanto ela perdurar se está valorizando o núcleo familiar, mas quando cessado o afeto esse núcleo de sustentação fica comprometido, estando os cônjuges munidos do direito de dissolver o vínculo, tudo sempre em vista da dignidade humana.

A família então foi tomando reconhecimento não apenas relacionada àquela ideia de pai, mãe e filhos biológicos, passou-se a regular também as relações extramatrimoniais, a relação de um pai com seus filhos, enfim, a formação hierárquica da família deu lugar ao que Maria Berenice Dias (2010, p. 29) chamou de democratização das relações, pois passou-se a preservar muito mais o respeito e a lealdade mútuos. Essa estrutura familiar hoje é fruto de uma construção cultural, a família é tida como a base da sociedade, e como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece:

XVIII – A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Percebe-se que o núcleo familiar é uma estrutura privada, já que os particulares estão vinculados a ela de uma forma mais íntima, mas também uma estrutura que interessa ao Estado, pois as pessoas que a compõem, estão inseridas dentro de um contexto social. Sendo assim, através do sistema jurídico, tais relações são reguladas, estabelecendo igualdades entre homem e mulher, bem como uma proteção mais precisa dos casamentos, das famílias monoparentais e também da união estável, papel esse que foi incumbido ao Estado a partir da Constituição de 1988.

2.3. O direito de casar e não permanecer casado

É expressão da liberdade de cada indivíduo escolher pela direção a ser dada à estrutura familiar, por isso com a mesma facilidade que o sujeito tem de cons-

tituir família através do casamento, lhe deve ser dado o direito de desconstituí-la com tal facilidade, no entanto para isso devem-se atender as formalidades exigidas pela lei. Em alusão aos princípios anteriormente tratados, casar e não permanecer casado constituem direitos fundamentais, por isso não podem sofrer restrições constitucionais ou mesmo serem obstados por entraves jurídicos, levando assim, as pessoas casadas a serem dificultadas ou impedidas de dissolver os laços matrimoniais, pois isso estaria adentrando na sua esfera íntima e privada e mais ainda, comprometendo-lhe a sua própria existência digna.

O princípio da afetividade é o principio norteador dentro do direito de família, o afeto combinado com o respeito e a solidariedade constituem o núcleo de uma família saudável e apta a se manter por muitos anos. Ninguém casa já tendendo a dissolver seu matrimônio, é inconcebível a ideia de que pensando no casamento, significado de união, os cônjuges estejam já a pôr fim a ele, como se estivesse lhe dando um prazo de validade. A felicidade dos cônjuges, normalmente tende a acompanhar a vida familiar durante longo tempo, isso se mostra com a vinda dos filhos, com a concretização de uma solidariedade afetiva, porém, muitas vezes o afeto cessa, não há mais o respeito mútuo, e as relações começam a ser marcadas por brigas, infidelidade, enfim, instala-se aí uma verdadeira crise conjugal.

O divórcio então vem para materializar o direito dos cônjuges de não permanecerem casados, não há porque continuar um casamento, se o afeto já não existe mais já que ele é tido como a base de uma estrutura familiar, e há quem entenda também como um

valor jurídico.⁵ Ele deve ser visto à luz da proteção da dignidade do ser humano, pois um casamento desestruturado, só irá refletir na relação com seus filhos, que muitas vezes são os que mais sofrem e percebem a infelicidade e fracasso da união conjugal. Sendo assim, nada mais se requer dos cônjuges para pôr fim ao projeto que construíram de comunhão, que não apenas o desamor fundado na vontade de dissolvê-lo, por justamente se tratar de um direito potestativo, que se submete apenas à vontade do cônjuge.

Não se considera mais lapso temporal de separação de fato, nem a atuação do Estado na convivência conjugal, tentando se obter um culpado ou inocente pelo fim do casamento. Nesse sentido, assevera Maria Berenice (2010, p. 49) que:

O fim do casamento passou a ser concedido independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão da justiça na intimidade da vida das pessoas.

Mas, apesar de alguns doutrinadores, ainda insistirem na necessidade da discussão da culpa pelo fim da conjugalidade, a Jurisprudência já vem se posicionando no sentido de eliminação total da culpa, conforme se destaca no julgado abaixo:

Acórdão. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONTENCIOSA – AUSÊNCIA DE CULPA – RUPTURA DA VIDA EM CO-

5. Ver CAROSSO, Eliane. *O Valor Jurídico do Afeto na Atual Ordem Civil-Constitucional Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=659>>.

MUM – MITIGACAO DO PRAZO – EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66, DE 2010.

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA – CASAMENTO QUE DUROU MENOS DE UM ANO – PEDIDO DE SEPARAÇÃO FUNDADO NA CULPA – NÃO DEMONSTRAÇÃO – INSUSTENTABILIDADE DA VIDA EM COMUM – CARACTERIZAÇÃO – FORMULADO O PEDIDO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL COM FUNDAMENTO NA CULPA (ARTIGO 1572 E/OU ARTIGO 1573 E INCISOS), O JUIZ PODERÁ DECRETAR A SEPARAÇÃO DO CASAL DIANTE DA CONSTATAÇÃO DA INSUBSISTÊNCIA DA COMUNHÃO PLENA DA VIDA (ARTIGO 1511), QUE CARACTERIZA HIPÓTESE DE ‘OUTROS FATOS QUE TORNEM EVIDENTE A IMPOSSIBILIDADE DA VIDA EM COMUM’, SEM ATRIBUIR CULPA A NENHUM DOS CÔNJUGES ENUNCIADO 254 DA TERCEIRA JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL – MITIGAÇÃO DO PRAZO DE UM ANO A QUE ALUDE O ARTIGO 1572 DO CÓDIGO CIVIL – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 QUE ACABOU COM O PRAZO MÍNIMO PARA A CONCESSÃO DE DIVÓRCIO DIRETO – SE A LEGISLAÇÃO PÁTRIA ATUAL PERMITE AO CASAL OPTAR PELO DIVÓRCIO DIRETO SEM QUALQUER EXIGÊNCIA TEMPORAL, ARGUMENTANDO-SE A *MAIORI AD MINUS*, – COM MAIS RAZÃO DEVE-SE PERMITIR A SEPARAÇÃO, CUJOS EFEITOS SÃO MENORES POIS, CONFORME O TOPOI INVOCADO, QUEM PODE O MAIS PODE O MENOS. – DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO SEM ATRIBUIÇÃO DE CULPA A NENHUM DOS CÔNJUGES. Provimento do recurso.⁶

6. Ementa do Acórdão em Segredo de Justiça, Rel. DES. MARIA HENRIQUETA LOBO, Sétima Câmara Cível do TJRJ, do dia 11 de Agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 22 maio 2012.

Tal discussão seria adentrar ao máximo na esfera íntima do sujeito, e mais ainda, comprometer-lhe valores pessoais, que são protegidos constitucionalmente e que integram a dignidade e cidadania de cada um. Porém, há casos que o reconhecimento da culpa se insere na intenção do cônjuge “inocente” em receber indenização, como nos casos de pensão alimentícia, os quais poderão ser discutidos em ação própria de responsabilidade com trâmite em Vara de Família, pois em decorrência de relação familiar. O que se quer deixar claro é que

o reconhecimento da obrigação alimentar não é condenação por danos morais. (...) Trata-se de encargo que tem como causa a necessidade, ou seja, a ausência de condições de prover por si a própria subsistência. Tanto é assim que, se o “inocente” não tiver necessidade, não perceberá alimentos do “culpado”.⁷

Sendo assim, os alimentos só serão exigidos pelo cônjuge que provar sua necessidade, seja pelo fato de não ter como se sustentar, ou simplesmente por ter dedicado sua vida inteira ao marido e ao filho, não tendo se dedicado a trabalho algum. Enfim, perceber-se claramente a desnecessidade e inutilidade hoje de se perquirir culpa pelo fim do casamento, afirmando-se concretamente na nossa ordem jurídica, o direito do cônjuge de se desvincular de um matrimônio já infeliz, a qualquer tempo, uma vez que tal direito se constitui no âmbito de valorização enquanto ser humano, sobretudo, a sua dignidade. Essa consolidação doutrinária e jurisprudencial, “instala um novo ciclo

7. DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!*: Comentários à Emenda Constitucional 66 de 13 de Julho de 2010. São Paulo: RT, 2010, p. 57.

na história do direito de família no Brasil e propicia a compreensão de que não é necessário fazer do fim do amor uma tragédia, ou pelo menos um tragédia judicial.” (PEREIRA, 2011, p. 53).

3. O DIVÓRCIO E A EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

3.1. Conceito de divórcio

O divórcio sempre foi tido como um dos atos de maior significância nas vidas das pessoas. Ao mesmo tempo em que sua evolução se deu de maneira lenta no nosso ordenamento, havia uma polêmica acerca da possibilidade de admiti-lo, pois viva-se uma época que a força da Igreja Católica era muito grande já que a religião oficial era o catolicismo aplicando-se o que estava disposto no Concílio de Trento (1545-1553). Em síntese, o que preceituava o matrimônio a essa época era a premissa de que “o que Deus uniu o homem não separa”, que perdurou por muito tempo, inclusive refletindo no Código Civil de 1916, o qual estabelecia a indissolubilidade do casamento, já que era algo divino e sacramentado, por isso jamais poderia ser dissolvido, a não ser em caso de anulação ou morte, por ser um preceito vindo de Deus.

Durante muito tempo, o casamento continuou a ser regido pelas leis eclesiais, e o Estado sempre a par de qualquer interferência neste âmbito religioso. E foi somente com o Decreto 181/1890, que passou a existir o casamento civil no Brasil. Mais tarde, ao Código de 16, foi adicionado às previsões da extinção da sociedade conjugal o famoso desquite, “instituto de influência religiosa, que gerava apenas a dissolução da

sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal, e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias, o que somente gerava “famílias clandestinas”, destinatárias do preconceito e da rejeição social.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2011, p. 529).

Vê-se que não havia uma extinção voluntária do casamento, pois de fato ainda existia um vínculo entre o homem e a mulher que os impossibilitava de formar outras famílias, sem que fossem mal vistos pela sociedade na qual estavam inseridos, ou seja, as pessoas desquitadas não estavam mais casadas, mas não podiam casar novamente. O concubinato era um exemplo deste comportamento rejeitado tanto pela sociedade como pelo sistema legal, pois era uma espécie de relacionamento que não estava sob a ótica do laço sagrado do matrimônio, o que ia de encontro totalmente com a mentalidade das pessoas que tinham o matrimônio como algo indissolúvel.

Essa indissolubilidade foi prevista pelo legislador na Constituição de 1934, quando houve uma regulamentação infraconstitucional da separação e do divórcio, bem como a sua previsão:

Art. 144 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único – A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

Essa indissolubilidade é definitivamente eliminada do sentido de casamento, com a promulgação da Lei do Divórcio em 1977 (Lei 6.515), que sob a intervenção da Igreja Católica, estabeleceu que a sepa-

ração judicial (o antigo “desquite”), era agora um requisito para o pedido de divórcio (indireto), que tinha que aguardar o prazo de três anos para ser obtido, e para o divórcio direto era necessário o prazo de cinco anos de separação de fato, e toda essa dificuldade se devia ao simples fato de que os católicos não deveriam se divorciar.

Como bem estabelecia o artigo 167, § 1º, da Constituição Federal de 1967, o casamento só seria dissolvido após três anos de separação de fato, ou seja, punha-se fim à sociedade conjugal (aos deveres conjugais, às condutas pautadas na honra e fidelidade), mas não ao vínculo existente entre marido e mulher, o que se mostrava mais importante, pois a manutenção deste vínculo forçava o casal a manter uma relação que não se sustentava mais, vivendo muitas vezes à base de um desamor.

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º – O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

A Constituição de 1988 somente veio para modificar esse prazo, reduzindo-o para um ano, no caso da separação, quando então o casamento seria dissolvido pelo divórcio, e criou o divórcio direto, que seria admitido mediante a comprovação da separação de fato por mais de dois anos. Hoje, o divórcio é o rompimento do vínculo conjugal que põe fim ao casamento, bastando apenas para sua concretização, a livre iniciativa das partes, ou seja, tem como único requisito constitucional o de estar casado, independentemente

de qualquer prazo. Nesse sentido, quando detectado o fim dos sentimentos que envolviam a relação, ou quando não há mais uma reciprocidade no afeto, não há porque se tentar forçar uma união, pois não tem sentido sustentar algo que já não existe mais.

Vale ressaltar que, após a dissolução deste vínculo, os cônjuges passam a ter um novo estado civil, qual seja o de divorciados, estando livres para se casar novamente, o que significa que não se admite a reconciliação do casal, mas uma vez ocorrida, a relação conjugal somente será retomada através de um novo casamento. Pode-se dizer que o divórcio “trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, apta a permitir, por consequência, a constituição de novos vínculos matrimoniais.” (STOLZE; PAMPLONA, 2011, p. 518).

3.2. A extinção do vínculo conjugal pelo exercício da autonomia da vontade

Há três formas de se extinguir o vínculo matrimonial, quais sejam, pelo divórcio, pela morte de um dos cônjuges ou pela invalidade do casamento. Não mais se discute acerca da separação judicial por mais de um ano, ou a separação de fato por mais de dois anos, como dispunha o antigo § 6º do art. 226, da Constituição, uma vez que, tal instituto fora extinto do sistema jurídico brasileiro, após a promulgação da Emenda Constitucional 66 de 2010.

O casamento gera a sociedade e o vínculo conjugal, sendo que a “sociedade conjugal é o complexo

de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges” (GONÇALVES, 2011, p. 201), e é desta relação que se verifica o vínculo que os une na constância do casamento, podendo assim se identificar legalmente a união formal entre eles. É válido perceber que, na última fase do divórcio no Brasil, é presente o reconhecimento aos cônjuges, da autonomia para poder mediante o único e livre exercício da sua vontade, extinguir o vínculo conjugal, sem a necessidade de um lapso temporal, qual seja, o prazo de três anos para pôr fim ao matrimônio, como estabeleceu a antiga Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 1977).

O que se põe em questão é justamente esse requisito temporal, que tinha a finalidade de uma tentativa de reconciliação antes que ambos os cônjuges estabelecessem em definitivo o fim do vínculo matrimonial. Isso de fato, mostrava uma ingerência do Estado na intimidade do casal, muitas das vezes, tentando algo que já estava consolidado por eles, que era pôr fim ao casamento, adentrando assim na esfera da autonomia dos cônjuges. Felizmente, não há lei no nosso ordenamento jurídico que impunha um prazo para que se realize o casamento ou se constitua a família, de modo que, tal decisão cabe única e exclusivamente ao casal de namorados ou noivos, à medida que estes se sintam preparados para estar dentro de um matrimônio. Sendo assim, não é razoável que a lei estabeleça um prazo para o seu término, visto que tal medida estaria cerceando a liberdade dos cônjuges de não querer mais estar casado.

Os princípios da Liberdade e da Autonomia da Vontade foram então enaltecidos, com a promulga-

ção da já referida EC 66/2010.⁸ Nada mais do que certo, o vínculo conjugal passa a poder ser desfeito a partir da mera vontade de ambos os cônjuges, que como assevera Marianna Chaves:

o vínculo se origina pela vontade das partes e, nada mais arrazoado, que seja dissolvido pelo mesmo elemento volitivo. Ninguém melhor do que os envolvidos para saber como e quando desconstituir a sua união. Descabe ao legislador e ao Estado impor óbices para que o término da sociedade conjugal seja levado a efeito.⁹

Essa evolução mostra que, mais do que a autonomia da vontade deva ser preservada, no seio das relações familiares deve ser observada a autonomia privada, pois este é um princípio que garante a todas as pessoas o poder de manifestar a própria vontade, dentro dos limites legais e constitucionais, podendo cada indivíduo conduzir a sua vida da forma que entender, estando sozinho ou casado.

8. Assim demonstra o seguinte julgado: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO.

Divórcio. A Emenda Constitucional nº 66 afastou a necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto. Precedentes jurisprudenciais. Audiência de ratificação. Sendo absolutamente certa e inequívoca a vontade das partes em dissolverem a sociedade conjugal, mostra-se viável dispensar a audiência de ratificação sem que isso importe em nulidade. Precedentes jurisprudenciais do STJ e deste TJRS. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70044880862, Oitava Câmara Cível – TJRS, Rel. Rui Portanova, julgado em 06 de Outubro de 2011).

9. CHAVES, Marianna. *PEC do Divórcio – Consagração da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=591>> Acesso em: 02 abr. 2012.

3.4. O divórcio como exercício do direito potestativo

Em 2010, com a Emenda Constitucional nº 66 ou “PEC do Divórcio”, não há mais a separação judicial no nosso ordenamento, inclusive como requisito voluntário para conversão ao divórcio, alterando-se o texto do artigo 226, em seu § 6º.¹⁰ Agora é possível que se dissolva o casamento diretamente pelo divórcio, sem necessidade de espera de qualquer tempo, sem discussão sobre de quem seja a culpa, até para que se preserve o vínculo de convivência dos pais com seus filhos, já que não se justifica confundir conjugalidade e parentalidade, e sem qualquer demora processual, bastando que se tenha certeza daquilo que se quer pôr fim.

A partir daí, o divórcio passa a ser reconhecido como o exercício de um direito potestativo, cujo exercício somente compete aos cônjuges, como bem estabelece o Código Civil:

Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. *Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.*

O direito potestativo é entendido como aquele direito que se exercita e atua mediante uma simples declaração de vontade, estando a outra parte sujeita aos efeitos que dele decorrerem, não podendo ser violado, não sendo relevante a sua vontade de continuar ou não casado.

10. Expõe hoje o texto do art. 226, § 6º: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Sendo assim, uma vez declarada a vontade por um dos cônjuges (ou ambos) de não se manter mais dentro do matrimônio, uma vez que, a felicidade e o afeto já não mais existem, está dentro da autonomia do sujeito querer a extinção da relação, estando o outro cônjuge sujeito aos efeitos desta declaração. Deste modo, confira-se o julgado abaixo:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. CITAÇÃO POR EDITAL. Desnecessário o pleno esgotamento das vias ordinárias para proceder-se à citação da parte ré em ação de divórcio. O direito ao divórcio tem natureza potestativa. E em face às recentes mudanças trazidas pela EC 66, não há mais exigência de prazo de separação para sua concessão. (grifo nosso) Logo, a impugnação ao pedido de divórcio resta esvaziada, de forma que se mostra desproporcional exigir que a parte postulante do divórcio permaneça no estado de casada até que se ultime a busca pela citação real da parte ré. Diante disso, é cabível a citação do réu por edital quando não localizado para ser citado pelos meios ordinários. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70044818680, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 06/10/2011)

Tal estágio dentro da evolução do divórcio configura o respeito à liberdade humana, à autonomia da vontade e à dignidade humana, sendo este último o princípio constitucional de maior valor dentro do ordenamento, uma vez que rege todas as relações jurídicas colocando o sujeito e sua existência sempre em primeiro plano. Como bem assevera Cristiano Chaves de Farias:

O divórcio, portanto, materializa o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma

comunidade de vida (de um projeto afetivo comum que naufragou por motivos que não interessam a terceiros ou mesmo ao Estado – aliás, não sabemos mesmo se interessam a eles próprios).¹¹

Vê-se que com esse novo panorama do divórcio dentro de um direito potestativo, o legislador facilitou o procedimento da dissolução da instituição do casamento, revestindo a inovação constitucional de eficácia imediata pelo seu claro teor dispositivo, não mais desencorajando o término de relações infelizes e problemáticas, mas sim buscando a formalização da vontade das partes, que é o fundamento e objeto de existência do direito.

4. O NOVO SISTEMA DE DIVÓRCIO

4.1. A Emenda Constitucional 66 de 2010

Como já referido, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 convivemos com a figura do divórcio indireto, o qual decorria da previa separação judicial no prazo reduzido de um ano, e com a nova figura do divórcio direto, que tinha como único requisito, comprovação de mais de dois anos de separação de fato.

Porém, desde 1977 com a Lei 6.515, que permitiu novos casamentos, com a dissolução do vínculo conjugal e promoveu a abertura do conceito de família para o Princípio da Afetividade, o panorama dos nossos tempos mudou. A sociedade cresceu com outros valores, ultrapassando conceitos que até então eram ti-

11. FARIAS, Cristiano Chaves de. *O novo divórcio no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 412.

dos como dogmas (muito por influência religiosa), chegando a uma concepção de que o matrimônio é muito mais a união e o amor recíproco dos cônjuges, do que simplesmente um vínculo que os tornam casados.

Fruto do amadurecimento da sociedade e da evolução do pensamento jurídico, a Emenda trouxe uma nova postura do divórcio no Brasil. A proposta iniciada pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, sendo encampada primeiramente pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413-15) e posteriormente pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33-07), provocou uma enorme revolução no campo do direito de família, gerando muitas críticas pela possibilidade da banalização do casamento, inclusive esta é a postura da CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que afirma que “se facilitar o fim do casamento, acaba-se “banalizando” a questão”¹², pois a qualquer momento um casal pode ir perante ao juiz e dizer que não deseja mais o casamento, como também lá na frente ir na igreja e querer casar de novo.

Mas, diante de idas e vindas de discussões e posições contrárias a proposta, ela enfim foi aprovada em 13 de Julho de 2010, que promoveu a alteração do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, trazendo o seguinte texto:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

12. “Para CNBB, PEC do divórcio “banaliza” o casamento; OAB defende mudança na lei”, reportagem de Cláudia Andrade. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/05/21/ult5772u4070.jhtm?action=print>> Acesso em: 24 abr. 2012.

Assim, se antes era possível terminar com a sociedade, mantendo-se o vínculo, hoje, alterou-se apenas a forma de extinção da sociedade, pois simplesmente com o divórcio finda-se ela e o vínculo conjugal. Isso gerou uma grande revolução social dentro do próprio instituto do divórcio, conforme se demonstra no seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – DIVÓRCIO DIRETO – REQUISITO RECEPCIONADO PELO ART. 226, §6º, DA CR/88, COM NOVA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº66 DE 2010 – POSSIBILIDADE – DIVÓRCIO – CABIMENTO – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DECURSO TEMPORAL – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

(...) Conhecimento do recurso.

A controvérsia dos autos restringe-se ao pedido do autor, para que seja decretado o divórcio direto, ao argumento de que já estaria separado de fato da ré desde o ano de 2004, dois anos antes do ajuizamento desta ação, restando, pois, atendido o requisito temporal.

Compulsando os autos, verifica-se que razão assiste ao recorrente.

O art. 40, *caput*, da Lei nº 6.515/77, com a redação dada pela Lei nº 7.841/89, estabeleceu, como requisito para ação de divórcio, o lapso temporal de dois anos de efetiva separação de fato, ao dispor:

“Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”.

Antes mesmo daquela reforma, a exigência do decurso de tempo já havia sido recepcionada pela Constituição da República de 1988, em seu art. 226, §6º.

Ocorre que a Emenda Constitucional n° 66, promulgada em 13 de julho de 2010, deu nova redação ao §6°, do art. 226, “suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Dispõe o art. 226, § 6°, da CR/88, com nova redação:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 6° – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio».

No presente caso, os elementos probatórios dos autos foram suficientes a embasar o pedido de divórcio, restando demonstrada a vontade explícita das partes em colocarem um ponto final no relacionamento.

Desnecessário tecer maiores considerações a respeito de ter havido ou não o decurso de dois anos da separação de fato, vez que a exigência temporal restou abolida com o advento da EC n°66/2010.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para que seja decretado o divórcio das partes. (Apelação Cível, n° 1.0027.06.110617-8/001, da comarca de Betim, 2° Câmara Cível – TJMG, Rel. Exmo. Sr. Des. Roney Oliveira, 17 de Agosto de 2010).

Agora, as pessoas não estariam mais presas a um mau casamento, repleto de angústias e infelicidade, podendo recorrer ao Judiciário para o reconhecimento do término do matrimônio, sem análise de culpa (que só permanece no âmbito da anulação do casamento e na quantificação dos alimentos) ou de requisito temporal para uma possibilidade de reconciliação. E mais ainda, diante da liberdade estabelecida com a Lei 11.441 de 2007, se reconhece a

possibilidade de se fazer o divórcio em cartório, ou seja, estando os cônjuges dentro de um consenso e não havendo interesses de filhos menores ou incapazes, é de livre escolha deles escolher por uma via mais célere para pôr fim ao matrimônio, divorciando-se assim extrajudicialmente, não estando o Ministério Público a intervir em tais ações.¹³ Diante disso, fica claro, a concretização da autonomia privada e da não intervenção do Estado nas relações, demonstrando o grande avanço legislativo que o nosso sistema constitucional recebeu.

4.2. A eliminação do Instituto da Separação Judicial

Com a separação judicial, não mais havia os deveres conjugais, como o de coabitação e fidelidade (art. 1577, CC 16), o que de fato ainda persistia, era o vínculo entre os cônjuges, impossibilitando assim, a realização de novos matrimônios e conseqüentemente obstacularizando uma felicidade ao lado de outra pessoa. Como bem assevera Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

13. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende pela faculdade que é conferida às partes, quando a escolha da via para se proceder ao divórcio. Ementa: DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. LEI Nº 11.441/2007. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. DIREITO DE ESCOLHA DAS PARTES. 1. Mesmo com a nova redação do art. 1.124-A do CPC, a regra permanece sendo a realização da separação e do divórcio pela via judicial, tendo a lei apenas facultado às partes a opção pela via administrativa. 2. Embora a realização do divórcio consensual pela via administrativa possa ser mais célere, a opção pela via judicial pode ser mais conveniente para os interessados, conferindo-lhes também maior segurança. Recurso provido. (Apelação Cível Nº 70039240924, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 01/04/2011)

O referido instituto admitia a reconciliação do casal, o que diante da nossa realidade vê-se que não era o que de fato acontecia, pois dentro de um número enorme de separações que haviam, a maioria delas se convertia em divórcio (...).¹⁴

Vê-se que com a extinção da separação, uma vez divorciados, os cônjuges não mantinham mais nenhum tipo de vínculo – estava desfeita a sociedade entre eles e a partir disso cada um poderia casar-se novamente. Isso evitava o ingresso na justiça em virtude da separação e divórcio, não havendo essa duplicidade de processos, dando mais celeridade ao Judiciário e diminuindo os seus gastos. Cai então por terra, a esperança dos católicos de na subsistência da separação o casal reatar os laços amorosos, e voltar ao status de “até que a morte os separe”, que estava sempre em vista da preservação da moral religiosa e da família. Felizmente esse arcaico sistema veio a ser superado, e as pessoas puderam ter mais liberdade e conquistar seu direito de não permanecer casadas.

O não reconhecimento da nova realidade que se formava, com os relacionamentos extramatrimoniais passando a ganhar status de entidade familiar com o nome de união estável e a separação de fato obtendo os mesmos efeitos que a separação judicial, tudo isso significando a perda do sentido que o instituto da separação judicial estava obtendo, gerava não mais que uma insegurança jurídica, mas uma “afrenta ao direito de liberdade e grave limitação à autonomia privada”. (DIAS, 2010, p. 14).

14. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. São Paulo: Saraiva 2010, p. 57.

Em análise à evolução do Código Civil, o que se vê é que toda uma legislação desapareceu, foram revogados os arts. 1572 a 1578, CC e art. 1571, CC, e os artigos da Lei 11.4441 de 2007 foram parcialmente revogados, pois após a Emenda Constitucional, passaram a estar em dissonância com a lei maior.

O Supremo no seu entendimento, afirma que essa extinção da separação judicial se dá pela revogação tácita, ou seja, quando um texto de lei ou norma não tem mais utilidade ou aplicação prática e, mesmo não havendo uma expressa revogação, não se faz mais uso deste texto de lei para aquelas finalidades para as quais ele foi editado. Porém, há quem entenda, como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, que isso se dá pela inconstitucionalidade superveniente com a perda norma validante. Enfim, qualquer que seja o entendimento, o que de fato ocorreu foi a perda da força jurídica que tinham as regras legais, as quais tratavam da separação, pois “a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria Constituição”. (PEREIRA, 2011, p. 29)

Destacam-se alguns acórdãos dos tribunais de justiça brasileiros, que vem entendendo pelo fim da separação judicial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL – EMENTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 – EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA SE MANIFESTAREM ACERCA DA CONVERSÃO DA AÇÃO EM DIVÓRCIO – AUTOR QUE CONCORDA E RÉ QUE PUGNA PELO PROSSEGUIMENTO

DO FEITO – DECISÃO QUE DETERMINA A CONVERSÃO – **NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 264 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL POR SE TRATAR DE ALTERAÇÃO DA BASE NORMATIVA** – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À AGRAVANTE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA Celeridade – RECURSO DESPROVIDO.¹⁵

Apelação Cível. Divórcio. Pedido de anulação da sentença. Advento da EC 66/2010

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA. INSTRUÇÃO PROCESSUAL PARA APURAR O PRAZO DA SEPARAÇÃO. DESNECESSIDADE. ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. ECONOMIA PROCESSUAL. SENTENÇA MANTIDA. (Acórdão nº 102.292/2011, 3º Câmara Cível – TJMA, Relator Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa, 26 de maio de 2011)

Apelação Cível. Novo Divórcio – Pedido de conversão em divórcio – EC 66/2010

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA.

1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubi-

15. Ementa do Agravo de Instrumento n.803.244-0, Rel. Juiz Conv. Fernando Prazeres, 11º Câmara Cível do TJPR, de 08-02-2012.

lidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70039476221, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/01/2011).

Por conta destes, dentre outros julgados que decidem pela conversão da separação em divórcio, vê-se que o referido instituto vem perdendo cada vez mais espaço no seu âmbito de aplicação, uma vez que a existência somente da disciplina do divórcio tende a ser reconhecida doutrinariamente e ser aplicada pelos tribunais, para que assim, casais não mais felizes e insatisfeitos com o laço do matrimônio, possam viver livres de uma união que há muito já se perdeu.

4.3. A facilitação da dissolução do casamento

Até Junho de 2010 o Estado obrigava a pessoa a viver com quem não queria, pois como cediço, a separação judicial era requisito prévio e necessário ao pedido de divórcio, panorama este que se aperfeiçoou com a consolidação do divórcio direto. Na audiência de tentativa de reconciliação, a lei conferia ao juiz o papel de conselheiro matrimonial, ou seja, havia uma

finalidade nisso tudo, que era uma possível reconciliação antes que os cônjuges chegassem definitivamente a pôr fim ao vínculo matrimonial.

Mas, como tentativa de reconciliação? Onde estava a liberdade humana? Essa era uma questão que somente caberia aos cônjuges discutir, eles decidiriam por continuar ou não um casamento, não era razoável que o Estado estivesse em meio a isso, estabelecendo um controle para quem quisesse se separar. Esta seria de fato, uma intervenção no âmbito privado do ser humano.

A EC 66 de 2010 veio então para facilitar o divórcio, pois isso significa a liberdade para as pessoas de não permanecer casadas, é o reconhecimento de que o Estado deveria se afastar da intimidade do casal e não criar obstáculos à quem não desejava dar continuidade ao matrimônio. Sendo assim, foram extintos os prazos para que se promovesse o divórcio, e foi abominado do sistema jurídico a discussão acerca da culpa pelo término. A partir de então, não mais interessava ao Judiciário a causa do divórcio, mas sim apenas a manifestação da vontade de se divorciar, para que assim o Estado de verdade concretizasse o valor da liberdade humana, que há tanto foi obstado por ele, e que por muitas vezes adentrou naquilo que se mostra mais íntimo e individual no ser humano, a sua vontade.

A facilitação da dissolução do casamento então modificou a concepção que se tinha acerca da família, que era somente aquela matrimonializada, havendo uma verdadeira releitura do casamento, que passa a englobar não só a ideia de família e a sua estrutura,

mas a família marcada pela afetividade e estabilidade, uma vez que, não mais havendo tais traços e os interesses conjugais entrarem em conflito, nada mais que certo e justo que a sua dissolução.

Abaixo confira-se julgado que mostra o posicionamento que vem se consolidando depois de promulgada a Emenda Constitucional nº 66 de 2010:

EMENTA: SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. APLCAÇÃO IMEDIATA E PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DETERMINAÇÃO DE REGULAR ANDAMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CAPÍTULOS. RECURSO PROVIDO.

(...) Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico. A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre culpa – ou objetivas – transcurso do tempo. Ante a alteração da Constituição e a não recepção do instituto da separação judicial, restaria violado o princípio do acesso a uma ordem jurídica e célere (incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF), se findo o processo com a extinção do feito por falta de interesse de agir ou a improcedência do pedido, devendo o julgamento adequar-se ao novo ordenamento jurídico decorrente da manifestação do Poder Constituinte Derivado. (...) Nesse sentido, com base no art. 515, § 3º, do CPC, incontroverso que as partes são casadas, de rigor a imediata procedência do

pedido de divórcio, de acordo com os art. 226, § 6º, da CF, determinando-se o regular andamento do feito em relação aos outros capítulos. Isto porque a extinção do vínculo matrimonial e a cessação da sociedade conjugal não dependem das outras questões do processo. Incabível a recusa pelo cônjuge ou companheiro, o divórcio tem sua decretação imediata, bastante a vontade de um deles, uma vez que não mais poderá discutir culpa. (Agravo de Instrumento nº 990103573013, da Comarca de Bauru, 8º Câmara de Direito Privado – TJSP, Relator Desembargador Caetano Lagrasta, 10 de Novembro de 2010).

Neste ponto, vigora o princípio da ruptura do afeto, o qual não mais se busca causa específica para se chegar a um porque das ruínas do matrimônio. Se o afeto acabou, esse é por si só um motivo suficiente para ser decretado o divórcio, pois este seria apenas um ato de manifestação que vai confirmar o fim de um sentimento já reafirmado pelo casal.

5. CONCLUSÃO

A consagração constitucional que a Emenda aqui tratada trouxe para o nosso sistema jurídico, mostra uma verdadeira evolução e revolução no âmbito da instituição das famílias e do casamento. A abstenção do Estado de interferir nas relações conjugais, muitas vezes tentando uma possível reconciliação (já que o casamento é estrutura de ordem pública), mostrou o valor do indivíduo na sua própria vida amorosa, ou seja, isso fez com que se preservasse muito mais a esfera íntima do sujeito, a sua dignidade, do que simplesmente a manutenção de um mau casamento em vistas à sociedade.

Felizmente, depois de todo percurso histórico que percorreu o divórcio no Brasil, hoje temos que, mais do que só proteger a dignidade do ser humano, o seu direito de não se manter mais dentro de uma comunidade de vida já fracassada se mostra como um fundamento da busca pela felicidade plena, pois nem sempre estar feliz é estar junto ou viver uma relação somente em vista à proteção dos seus descendentes ou até por uma questão social.

Ter o divórcio como um direito potestativo é de fato uma conquista da nossa sociedade, que elevou o indivíduo a um dos patamares mais dignos de sua existência e da justiça social, concretizando assim os seus direitos humanos tutelados pela Constituição, pois isso jamais seria possível, quando então tínhamos o casamento como algo sacramentado, ou quando havia a separação dos cônjuges, mas eles continuavam vinculados um ao outro pois somente se dissolvia a sociedade conjugal. Era inconcebível essa ideia.

As mudanças que ocorreram no âmbito do Direito das Famílias se refletem em vários outros ramos do Direito, já que estamos tratando de um fenômeno social, que não permanece parado e estático no tempo, mas acompanha o progresso e as conquistas sociais. É a partir disso que passamos a entender um pouco do grande valor que tem a estrutura do casamento e da família, pois o casamento é significado de companheirismo, de união e principalmente de amor e afeto entre os cônjuges, logo, serão deles que se tende a alcançar a felicidade, a estabilidade no matrimônio, passando assim, a enxergar a maravilhosa instituição da família na nossa sociedade.

6. REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eduardo Pereira de. *Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29383#_edn1>. Acesso em: 23 abr. 2012.
- CHAVES, Marianna. *PEC do Divórcio - Consagração da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=591>>. Acesso em: 02 abr. 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!: Comentários à Emenda Constitucional 66 de 13 de Julho de 2010*. São Paulo: RT, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado)*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=4&anais>>. Acesso em: 20 abr. 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KONRAD, Mário Alberto. *O novo divórcio no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Cidadania – O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM – Del Rey, 2002.

O DIVÓRCIO COMO UM DIREITO POTESTATIVO AOS CÔNJUGES

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio, teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Tese: *Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 25 maio 2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva — O afeto como formador de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>>. Acesso em: 29 abr. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.





