

PARTE II

DOCTRINA

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO TÉCNICA DE RESOLUÇÃO EXTRAPROCESSUAL DE CONFLITOS E OS EFEITOS DE SUA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

Andressa de Freitas Santos

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).
Técnica do Ministério Público do Estado de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A criação do microsistema processual de direito coletivo. 3. O cabimento de técnicas extraprocessuais para a solução dos litígios transindividuais. 4. A questão da indisponibilidade dos direitos coletivos e o seu reflexo na assinatura de termo de ajustamento de conduta. 5. A homologação judicial do compromisso de ajustamento de conduta e as peculiaridades da coisa julgada coletiva. 6. Sentença homologatória de compromisso de ajustamento de conduta e a formação da coisa julgada material. 7. Possibilidade de interposição de ação individual versando sobre a mesma situação posta em TAC homologado judicialmente. 8. Conclusão.

1. Introdução

O movimento político da redemocratização ocorrido no Brasil a partir da década de 70, que culminou no advento do Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, resultou na ampliação dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, como pode ser verificado pela constitucionalização de uma série de interesses da totalidade e de parcelas da comunidade.

Com isso, o sistema processual brasileiro, que antes possuía um caráter fortemente privatista, passou a abarcar técnicas voltadas à tutela dos novos direitos, em razão das dificuldades de aplicação das soluções próprias dos litígios individuais na resolução dos litígios de massa.

Essa mudança de cenário solidificou-se com a edição do Código de Defesa do Consumidor, considerado o criador de um microsistema de processo coletivo no direito brasileiro, por veicular disposições normativas aplicáveis não só às demandas envolvendo direitos dos consumidores, mas às ações coletivas como um todo, a exemplo da

distinção entre os direitos coletivos *lato sensu* e da regulação dos efeitos da coisa julgada no âmbito das pretensões coletivas.

A proteção constitucional conferida aos direitos transindividuais e a instituição de um microssistema processual coletivo representaram um grande avanço para a concretização dos direitos coletivos, mas as dificuldades atinentes ao procedimento judicial tradicional - como as altas custas processuais, a morosidade do processo judicial e a incompreensível tecnicidade das normas para os seus destinatários - constituem obstáculos ao acesso à justiça, motivo pelo qual vem sendo estimulado crescentemente o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos, que aparecem como soluções para garantir efetividade à tutela coletiva.

Em razão da alta conflituosidade que envolve os direitos coletivos, a informalidade e o consenso característicos das técnicas alternativas oferecem vantagens à efetividade da tutela coletiva que não ocorrem no procedimento tradicional, pois, nos métodos alternativos, os indivíduos interessados, os legitimados coletivos e o responsável pela obrigação participam da construção da solução coletiva, gerando uma maior satisfação de todos os envolvidos com o resultado obtido.

É considerando esse contexto que o presente trabalho irá se desenvolver, porquanto tem por desiderato explorar um método alternativo extraprocessual de resolução de conflitos que vem sendo largamente utilizado no processo coletivo, qual seja, o Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no §6º, do art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, perquirindo-se acerca dos limites da solução negociada no âmbito do compromisso de ajustamento de conduta, dos efeitos operados pela homologação judicial do termo de ajustamento de conduta e da possibilidade de ajuizamento de ação individual acerca do mesmo objeto de compromisso de ajustamento de conduta firmado e homologado judicialmente.

2. A criação do microssistema processual de direito coletivo

Apesar de serem instrumentos de proteção e efetividade do Estado Democrático de Direito, as ações coletivas não consistem em um fenômeno contemporâneo. A atual concepção da ação coletiva surgiu a partir da massificação da sociedade, que, por sua vez, é decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, pois tal movimento deflagrou o processo de industrialização, nascendo, a partir daí, a classe operária, que trouxe consigo

o aumento dos conflitos sociais, bem como a formação de segmentos sociais interessados na defesa desses conflitos, como sindicatos e associações.¹ Dessa forma, começou-se a perceber a necessidade de criação de um sistema específico de tutela judicial voltado à resolução dos conflitos de massa.

A situação apontada acima possui estreita relação com a passagem do Estado de Direito para o Estado Social, tendo em vista que o caráter liberal-individualista daquele fez crescer a desigualdade social e eclodir os conflitos de massa que determinaram a instituição do *Welfare State*, no qual o Poder Público adotou uma postura ativa na proteção dos direitos sociais. No entanto, apesar de ter sido o palco para a intensificação dos conflitos decorrentes das exigências da sociedade de massas, fato que impulsionou a regulação e a proteção no plano normativo dos direitos transindividuais, no Estado do bem-estar ainda não havia um sistema jurídico adequado para a tutela coletiva, o que gerou a sua crise e, conseqüentemente, a instauração do Estado Democrático de Direito.²

O Estado Democrático de Direito tem como escopo principal a transformação da realidade social, mediante o alcance da igualdade não apenas formal, mas principalmente material entre os indivíduos. Analisando as características desse modelo de Estado, Gregório Assagra de Almeida assevera:

É dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, que se pode falar verdadeiramente da tutela dos interesses transindividuais e, conseqüentemente, em direito processual coletivo, como instrumento de transformação da realidade social colocado à disposição da ordem jurídico-constitucional democrática.³

Observando alguns entraves ao acesso à justiça, tais como as altas custas, a demora dos processos judiciais e o desconhecimento dos direitos por parte dos destinatários da prestação jurisdicional, Mauro Cappelletti e Bryant Garth observaram que os países ocidentais adotaram, cronologicamente, três posições no intuito de galgar uma ordem jurídica justa, a qual, registre-se, não se limita apenas à admissão da demanda em

¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, **Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.44.

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. 2003, p.52-53.

³ *Idem*, p.58.

juízo. As três posições mencionadas foram intituladas por eles de ondas renovatórias de acesso à justiça, correspondendo a primeira onda à promoção da assistência jurídica aos pobres, a segunda à representação dos interesses difusos, e a terceira ao enfoque de acesso à justiça.⁴

O desenvolvimento das ações coletivas, portanto, enquadra-se na segunda onda renovatória idealizada por Cappelletti, voltada à superação de um obstáculo organizacional do direito, consistente na dificuldade de defesa dos interesses transindividuais mediante a utilização dos institutos do direito processual civil tradicional, tendo em vista que tal concepção não se mostra adequada à proteção dos direitos coletivos, pois se destinam, em sua origem, à resolução de controvérsias entre partes individuais.⁵

Tornou-se essencial, portanto, uma reforma no direito processual, de modo a adequar alguns institutos tradicionais – a exemplo da coisa julgada, da legitimidade, da citação, do litisconsórcio e da liquidação de sentença – à tutela dos direitos massificados.⁶

No Brasil, a segunda onda renovatória de acesso à justiça foi levada a cabo com a edição da Lei nº 7.347/85, que instituiu a ação civil pública para a proteção, inicialmente, do meio-ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, consagrando-se, posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a edição do Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei nº 8.078/90.⁷

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 conferiu proteção constitucional aos direitos transindividuais, proclamando expressamente o Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º⁸, inferindo-se daí que o seu objetivo primordial é abolir as desigualdades e injustiças sociais.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31.

⁵ *Ibidem*, p. 49-50.

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. 2003, p. 79-15.

⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Na busca de tal escopo, a Constituição Federal de 1988 veicula uma série de instrumentos processuais destinados à tutela dos direitos e interesses transindividuais, como o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade, além de ter estendido a utilização da Ação Civil Pública para a defesa de qualquer direito ou interesse difuso ou coletivo, consoante tratado em seu artigo 129, III⁹. Ademais, até as ações coletivas desprovidas de regulação constitucional expressa possuem fundamento na Constituição, como se dá em relação aos direitos individuais homogêneos do consumidor, cuja proteção está contida no art. 5º, XXXII, da Constituição.¹⁰

Em atenção ao dispositivo constitucional supramencionado, e no embalo do movimento pela efetividade e pelo acesso à justiça, foi editada a Lei nº 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, o qual é a expressão máxima dessa mudança de paradigma, por trazer em seu bojo conceituações e regras processuais aplicáveis especificamente às ações coletivas, notadamente a distinção entre os direitos coletivos *lato sensu* e a regulação da coisa julgada no âmbito das pretensões coletivas. Outrossim, alterou e ampliou a Lei da Ação Civil Pública, podendo, por conta disso, ser considerado o diploma normativo de integração e de harmonia dos regramentos específicos de tutela coletiva e, conseqüentemente, o criador de um verdadeiro microssistema de direito processual coletivo no direito brasileiro, composto pelo CDC, pela LACP e pelos diversos diplomas que versam sobre ações coletivas, devendo tais legislações, quando compatíveis entre si, ser aplicadas de forma interativa, restando ao Código de Processo Civil aplicação meramente residual.¹¹

Esse microssistema processual coletivo representa o abandono completo do viés privatista do processo civil para a adoção legal de técnicas pensadas e estabelecidas para a tutela dos direitos transindividuais, o que revela a sua importância para a efetividade dos

⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de **outros interesses difusos e coletivos**;

¹⁰ XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 46-53.

direitos coletivos *lato sensu* e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da sociedade.

3. O cabimento de técnicas extraprocessuais para a solução dos litígios transindividuais

Apesar das inegáveis contribuições proporcionadas pelo desenvolvimento do microsistema processual de direitos coletivos para o alcance da efetividade e do acesso à justiça, é importante ressaltar que as dificuldades atinentes ao processo judicial impedem a plena efetividade dos direitos positivados e geram um abismo entre a realidade normativa e a realidade concreta.¹² Foi à luz de tal constatação que se desenvolveu a terceira onda renovatória de acesso à justiça idealizada por Cappelletti e Bryant Garth, denominada de um novo enfoque de acesso à justiça.

Os avanços das reformas introduzidas pelas duas primeiras ondas renovatórias devem ser reconhecidos, mas não podem servir de obstáculo para a percepção de seus limites, sendo importante ampliar os mecanismos de acesso à justiça, pois a simples proteção e defesa de interesses antes destituídos de representação não se mostra totalmente suficiente para a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito.

Essa terceira onda renovatória, portanto, não consiste em abandonar as conquistas exitosas das duas primeiras ondas, mas sim em encontrar instrumentos que tornem ainda mais efetivos os novos direitos. Esse enfoque incentiva as reformas nos procedimentos judiciais e na estrutura do Poder Judiciário, o uso de pessoas diversas dos juízes na resolução de conflitos, bem como alterações normativas com vistas a evitar os litígios, a facilitar a sua solução e a permitir sua solução através de mecanismos privados ou informais.¹³

Dessa forma, a terceira onda renovatória de acesso à justiça está ligada aos métodos alternativos de resolução de conflitos, tendo como objetivo vencer um obstáculo de natureza processual, qual seja, a inadequação dos procedimentos tradicionais para a solução dos litígios

¹² GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva. A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

¹³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral 2010, p. 71.

de modo eficiente.¹⁴ Algumas reformas, portanto, foram empreendidas, prezando pela informalidade, pela participação e pela dessubstantivação, a exemplo da instituição dos juizados de pequenas causas, bem como do incentivo ao uso da arbitragem, da mediação e da conciliação.

Especialmente no âmbito da tutela coletiva, essas técnicas alternativas, notadamente as extraprocessuais, merecem especial atenção, porquanto aparecem muitas vezes como meios mais apropriados para a proteção dos direitos transindividuais do que os métodos tradicionais. A esse respeito, destaca Alexandre Amaral Gavronski:

Em sede de tutela coletiva, a possibilidade de construir consensos capazes de garantir efetividade dos direitos rapidamente, a baixo custo, com resolutividade (entendida esta como equacionamento efetivo e implementável da questão, com a maior amplitude possível de cumprimento do direito) e satisfação dos envolvidos encontra nos instrumentos ou técnicas extraprocessuais, equivale dizer, na tutela extraprocessual coletiva, terreno fértil.¹⁵

Tais técnicas de tutela coletiva extraprocessuais podem ser conceituadas como mecanismos dinâmicos, previstos no ordenamento explícita ou implicitamente, que atuam, assim como as tutelas jurisdicional e administrativa, na resolução dos conflitos, mas que, ao contrário dessas tutelas, não possuem um procedimento preestabelecido e dependem do consenso para o alcance de seu objetivo.¹⁶

Uma importante técnica extraprocessual é o instituto denominado termo de ajustamento de conduta, previsto na Lei da Ação Civil Pública e bastante utilizado nos casos em que a solução negociada se revela mais adequada e eficiente para solucionar os conflitos transindividuais. O compromisso de ajustamento de conduta pode ser apontado, portanto, como instrumento capaz de garantir notável efetividade aos direitos coletivos, porquanto representa duas das ondas renovatórias pensadas

¹⁴ NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de Casos Práticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 39.

¹⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. 2010, p. 32.

¹⁶ *Ibidem*, p. 33.

por Cappelletti para garantir o acesso à justiça, quais sejam, a segunda e a terceira ondas, o que revela a utilidade do seu estudo.

4. **A questão da indisponibilidade dos direitos coletivos e o seu reflexo na assinatura de termo de ajustamento de conduta**

A autorização legal contida no art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85 para utilização do instituto do compromisso de ajustamento de conduta na resolução dos conflitos transindividuais traz à tona uma questão que merece ser estudada para o bom entendimento da natureza jurídica e das consequências da assinatura do TAC: a indisponibilidade dos direitos transindividuais que serão objeto do compromisso.

Indisponibilidade significa a vedação da renúncia em relação a certos direitos. Em geral, a marca da indisponibilidade é ínsita aos direitos que interessam à comunidade como um todo, ou seja, ao interesse público, entendido como os interesses primários da Administração Pública, os quais estão previstos nas leis de ordem pública. Em contrapartida, os direitos individuais interessam unicamente ao detentor, tendo sua esfera de abrangência limitada ao indivíduo ou à pessoa jurídica titular, e, ao contrário do interesse público, caracterizam-se, via de regra, pela disponibilidade e pela natureza patrimonial.¹⁷

Os direitos transindividuais, por sua vez, são uma categoria intermediária entre as categorias do interesse público e do direito individual, pois possuem características inerentes a ambas. Dos direitos individuais, os direitos coletivos *lato sensu* carregam a própria natureza de direito, enquanto assemelham-se ao interesse público em razão da ampla repercussão subjetiva que provocam.¹⁸ Nesse ponto, no entanto, diferenciam-se do interesse público, pois, enquanto a repercussão subjetiva do interesse público é constante, os direitos transindividuais possuem incidência diversa no seio da sociedade, ora mais intensa, a exemplo do que acontece com os direitos difusos, ora menos, como se dá com os direitos individuais homogêneos.¹⁹

¹⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, p. 46.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

Outra similitude entre os direitos transindividuais e o interesse público é a impossibilidade de disposição. Como causas principais para o enquadramento de um direito como indisponível, Geisa de Assis Rodrigues aponta a qualidade especial do titular, a exemplo do incapaz; a natureza do bem, a exemplo do meio-ambiente; e as relações jurídicas travadas em torno dele, a exemplo das relações familiares.²⁰ No caso dos direitos transindividuais, é preciso analisar cada espécie de direito coletivo separadamente para avaliar a sua configuração como direito indisponível.

No caso dos direitos difusos, verifica-se a presença das três causas supracitadas. Quanto à titularidade, os direitos difusos pertencem a pessoas indeterminadas, não sendo possível a obtenção de uma manifestação de vontade regular expressando o desejo de dispor. Quanto à natureza do bem, os direitos difusos possuem alta relevância social, consistindo em bens indivisíveis previstos constitucionalmente e voltados à realização de objetivos sociais, como o meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde e o direito à educação. Por fim, a relação jurídica formada em torno dos direitos difusos envolve toda a sociedade, interessando a todos a sua preservação, o que justifica a sua indisponibilidade.²¹

No que concerne aos direitos coletivos e individuais homogêneos, a indisponibilidade a eles aplicada tem razão de ser em virtude da titularidade desses direitos. Isso porque a titularidade dos direitos transindividuais não coincide com a legitimidade para a sua defesa, cabendo ao órgão ministerial e aos demais legitimados previstos na LACP atuarem judicial ou extrajudicialmente com vistas à proteção desses direitos. Dessa forma, não se mostra possível ao legitimado extraordinário dispor de direitos que não lhe pertencem.²²

Ainda quando se trata de direitos individuais homogêneos, que configuram direitos individuais coletivamente tratados, a impossibilidade de disposição deve permanecer, pois o legislador, ao

²⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. Rio de Janeiro: Forense, p. 51.

²¹ *Idem*.

²² YOKAICHIYA, Cristina Emy. A transação como ato de disponibilidade de direitos transindividuais?. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3358, 10 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22581>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

editar o CDC, os considerou como direitos transindividuais para facilitar a sua defesa, de modo que no âmbito coletivo também não se mostra possível a sua disposição. Assim, independentemente da natureza do direito quando analisado sob a ótica individual, na tutela coletiva o legitimado coletivo não pode dispor do direito cujo dever de proteção lhe foi conferido, justamente por não possuir a titularidade desse direito.²³

Hugo Nigro Mazzilli, ao tratar do tema, assevera que os co-legitimados coletivos não atuam em defesa de direito próprio, de maneira que, ainda que possuam disponibilidade sobre o conteúdo processual dos direitos transindividuais, não possuem disponibilidade sobre o conteúdo material deles.²⁴

Em face das considerações acima expendidas, revela-se indubitável a indisponibilidade inerente aos direitos transindividuais. Ocorre que a vedação da renúncia em relação a esses direitos não pode ser entendida como impossibilidade de negociação, posto que, como visto, as resoluções extrajudiciais de conflitos, a exemplo do TAC, garantem uma tutela adequada à satisfação dos direitos coletivos e com alto grau de efetividade.

A própria Lei da Ação Civil Pública, ao prever o instituto do compromisso de ajustamento de conduta, deixa evidente a possibilidade de negociação. No entanto, o ajuste efetuado não significa transação, nos moldes previstos no art. 841 do Código Civil Brasileiro²⁵, pois o instituto da transação somente é aplicável a direitos patrimoniais disponíveis, já que implica necessariamente concessões recíprocas acerca do direito material, o que não pode ocorrer na esfera dos direitos coletivos.

No caso do compromisso de ajustamento de conduta, tem-se, em verdade, a utilização da conciliação como técnica para a solução do conflito coletivo²⁶, o que significa a participação e a negociação das partes na elucidação da contenda. Isso, ressalte-se, não indica a

²³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. 2010, p. 161.

²⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza dos direitos difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 356.

²⁵ Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

²⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. Rio de Janeiro: Forense, p. 53.

ocorrência de transação quanto aos direitos transindividuais, pois a transação é apenas um dos desfechos possíveis quando se aplica a conciliação, que pode ter como produto diversos outros resultados, como a renúncia, o reconhecimento do direito²⁷ e, a exemplo do que acontece no TAC, um ajuste que respeite o conteúdo material do direito discutido.

Desse modo, o procedimento a ser empreendido no compromisso de ajustamento de conduta deve respeitar duas regras básicas: ausência de renúncia e de concessão do conteúdo material do direito transindividual; e coincidência entre a vontade manifestada pelo órgão legitimado a tomar o compromisso e a vontade dos titulares do direito transindividual em foco.²⁸

Assim, soa uníssono na doutrina que o campo de liberdade do órgão público na negociação efetuada no compromisso de ajuste de conduta restringe-se à forma do cumprimento da obrigação, de modo que a disposição não pode atingir a parte substantiva do direito transindividual, limitando-se a aspectos periféricos dele, ou seja, às condições de tempo, modo e lugar para o adimplemento da obrigação, o que consiste em uma disponibilidade de direito processual, e não de direito material.²⁹

No mesmo sentido do entendimento acima exposto, Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que o cabimento do ajuste “não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse metaindividual”³⁰, recaindo apenas sobre os aspectos formais da imposição, como o tempo, o modo, o lugar e as condições do adimplemento.

Como consectário da indisponibilidade dos direitos coletivos, aparece a necessidade de que a solução adotada no compromisso de ajustamento de conduta reflita a mesma solução pretendida na sentença de procedência eventualmente proferida na ação civil pública caso o

²⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. Rio de Janeiro: Forense, p.53.

²⁸ *Ibidem*, p. 59.

²⁹ YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit*, 10 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22581>>. Acesso em: 19 mai. 2013.

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública. Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 331.

acordo não fosse firmado. A respeito do assunto, assim pontificou Fernando Grella Vieira em artigo sobre o tema:

A mesma pretensão que seria objeto do pedido na ação civil pública deverá estar contemplada no compromisso, não podendo, em nada, ser restringida. O responsável há de se sujeitar ao ressarcimento completo do dano, ou à realização da atividade necessária para fazer cessar a lesão, ou à abstenção, também necessária, para pôr fim à afetação do interesse coletivo ou difuso.³¹

Ou seja, o ajuste está limitado à forma de cumprimento do encargo legal, já que o art. 5º, §6º, da LACP menciona que o compromisso é de ajustamento da conduta às exigências legais, ou seja, pode-se apenas acertar o modo, o tempo, o lugar e outros aspectos relativos ao adimplemento da obrigação.³²

Superando a discussão sobre a indisponibilidade dos direitos transindividuais, Alexandre Amaral Gavronski defende que a tutela extraprocessual de conflitos coletivos, na qual se insere o termo de ajustamento de conduta, deve buscar uma solução correta à luz das normas jurídicas vigentes, pois os legitimados a tomar o compromisso, como não possuem a titularidade de tais direitos, devem observar estritamente as regras aplicáveis aos direitos e interesses coletivos com o escopo de concretizá-los por meio do consenso.³³

Dessa forma, estão os órgãos públicos detentores de legitimidade vinculados ao disposto na lei, sendo que tal vinculação não esvazia a sua liberdade na condução do procedimento extraprocessual, pois nem sempre a lei especifica todos os aspectos necessários para a realização do direito transindividual, de modo que o legitimado pode, respeitada a proporcionalidade, agir com certa liberdade na fixação do modo de implementação dos direitos transindividuais.³⁴ Exemplificando, Alexandre Amaral Gavronski cita o direito consubstanciado no art. 225

³¹ VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Edis (Coord). **Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 279.

³² VIEIRA, Fernando Grella. 2002, p. 279.

³³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. 2010, p. 163.

³⁴ *Idem*.

da Constituição Federal, que garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, não havendo previsão, no entanto, a respeito do modo, tempo e lugar para a concretização desse direito, o mesmo ocorrendo com o direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal.³⁵

Havendo, pois, a necessidade de se concretizar um direito coletivo previsto constitucionalmente, podem os legitimados recorrer à via judicial ou às técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. O que é preciso entender é que, como em geral não há previsão legal ou constitucional versando sobre o modo, o tempo, o lugar e a forma de cumprimento dos direitos coletivos, a estipulação desses aspectos no compromisso de ajustamento de conduta não pode ser entendida como disposição de direito transindividual, pois, na verdade, até a referida fixação, não há “concretamente direito coletivo a um determinado prazo ou à implementação de dado modo ou em dado lugar sobre o qual se possa dispor”³⁶.

Assim, no que tange aos elementos mencionados, os legitimados pela LACP possuem liberdade, pois atuam preenchendo a lacuna da lei, não havendo mácula ao núcleo essencial do direito. Pensar diferente é ignorar que, não sendo firmado o TAC, a violação ao direito transindividual terá continuidade até a fixação dos mesmos ou de outros aspectos por uma decisão judicial ou administrativa, donde se conclui que, desde que os aspectos acertados no TAC estejam em consonância com o ordenamento jurídico e com o princípio da proporcionalidade, não há que se falar em disponibilidade de direito transindividual, mas sim em sua concretização.³⁷

A fixação das condições de cumprimento das exigências legais, todavia, deve atentar para o princípio da proporcionalidade, pois a finalidade da lei é proteger e dar efetividade aos direitos transindividuais, de modo que a atividade discricionária na assinatura do compromisso de ajustamento de conduta deve levar em consideração os referidos fins, além de ser exercida dentro dos limites legais, sob pena de ser ilegítima e comprometer a validade do ajuste.³⁸

³⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. 2010, p. 163.

³⁶ *Ibidem*, p. 164.

³⁷ *Ibidem*, p. 164-165.

³⁸ VIEIRA, Fernando Grella. 2002, p. 280-281.

É preciso ressaltar que há doutrinadores que defendem a possibilidade de se dispor minimamente da parte substancial do direito transindividual, desde que essa se mostre a opção que mais resguarde o interesse público, como pode ocorrer, por exemplo, em uma situação de conflito entre dois direitos transindividuais, sendo necessário, ainda que em um processo judicial, a ponderação e o sacrifício de parte de um deles para a obtenção da solução mais justa. Ademais, defendem também que, inevitavelmente, a disposição dos aspectos formais de implementação do direito transindividual acaba por resvalar na parte substancial desse direito, de modo que se revela uma utopia afirmar que não há disposição do direito transindividual em si na celebração do ajuste de conduta.³⁹

Apesar da discussão acima, tem prevalecido o entendimento de que a indisponibilidade dos direitos transindividuais é relativa, pois, independentemente do termo que se utilize para tratar do assunto – transação ou qualquer outro – deve ser reconhecida a possibilidade de disposição apenas dos aspectos formais necessários ao cumprimento da obrigação, seja com fundamento na previsão legal da LACP, seja em razão do fato de que uma solução negociada pode se mostrar um método alternativo altamente eficaz para dirimir o conflito coletivo e proteger o direito transindividual violado.

5. A homologação judicial do compromisso de ajustamento de conduta e as peculiaridades da coisa julgada coletiva

Apreciado o cabimento e as vantagens da tutela extraprocessual no processo coletivo e recorrido sobre a indisponibilidade que atinge a parte substancial dos direitos transindividuais, revela-se interessante apreciar as consequências da homologação judicial do compromisso de ajuste, em especial a possibilidade do titular de um direito transindividual propor ação individual versando acerca da mesma situação posta em compromisso de ajustamento de conduta homologado judicialmente.

O compromisso de ajustamento de conduta possui, por força do art. 5º, §6º, da LACP, eficácia de título executivo extrajudicial, de modo que o seu descumprimento permite a execução da obrigação assumida

³⁹ YOKAICHIYA, Cristina Emy. *Op. cit.*, 10 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22581>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

com fulcro no art. 585 e seguintes do CPC. Assim, caso não tenha sido instaurada ação civil pública ou procedimento administrativo investigatório, o TAC suprirá a realização desses procedimentos, pois valerá desde a sua celebração como título executivo extrajudicial.

No entanto, nada impede que as partes submetam o compromisso de ajuste de conduta firmado extrajudicialmente ao crivo do Poder Judiciário, para que seja homologado por sentença, hipótese em que passará a ter eficácia de título executivo judicial. Outra situação na qual se procede à homologação do TAC ocorre quando o ajuste se dá no andamento da ação civil pública, sendo que, nesse caso, a homologação torna-se obrigatória, pois o juiz promoverá a extinção da ação civil pública nos termos do art. 269, III, do CPC, que inclui a transigência das partes como uma das hipóteses em que há resolução de mérito.⁴⁰

O art. 475-N, da Lei Processual Civil, ao listar os títulos executivos judiciais existentes no ordenamento jurídico, inclui a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo, donde se conclui que, com a homologação judicial, a execução do TAC passará a regida pelo procedimento do cumprimento de sentença⁴¹, fixado no art. 475-I e seguintes do CPC, e não mais pelo rito do art. 585 e seguintes do CPC.

Na atual sistemática do processo civil brasileiro, caracterizada pelo processo sincrético, a sentença pode ser conceituada como “o ato que, analisando ou não o mérito da demanda, encerra uma das etapas (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância”⁴², podendo tal situação se dar com base no art. 267 do CPC, ou seja, sem a resolução do mérito da causa, ou no art. 269 do CPC, quando ocorre o exame do mérito, sendo esse último o caso da sentença homologatória de compromisso de ajustamento de conduta, por força do art. 269, III, do CPC.

Afirmar que a sentença homologatória do compromisso de ajustamento de conduta consiste em um pronunciamento judicial que

⁴⁰ NERY, Ana Luiza de Andrade. 2012, p. 277.

⁴¹ *Ibidem*, p. 278.

⁴² BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5. ed. Salvador: JusPodivm: 2010, p. 282.

resolve o mérito significa que o seu objeto litigioso será resolvido, bem como que o preceito conclusivo acerca dos pedidos da ação, conhecido como dispositivo da sentença⁴³, será atingido pelo fenômeno da coisa julgada.

A coisa julgada diz respeito à imutabilidade da decisão final tomada na atividade jurisdicional, exsurgindo como uma garantia de que a decisão judicial proferida em um processo não será alterada pelas partes nem pelo próprio Poder Judiciário. Assim, a partir de um certo momento processual, torna-se impossível impugnar o que foi decidido, em prol da estabilidade e da segurança jurídica.⁴⁴ A coisa julgada é, portanto, instituto relacionado com a segurança jurídica característica do Estado Democrático de Direito, tanto que possui *status* constitucional, estando incluída no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, precisamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Ora, a simples apresentação do instituto já demonstra que, além de ser um mecanismo processual, a coisa julgada também desenvolve importante função política na sociedade, pois através dela mantém-se a segurança jurídica necessária à pacificação dos conflitos sociais, já que impede a eternização desses conflitos.

Quanto aos limites da coisa julgada, é certo que, subjetivamente falando, a imutabilidade da decisão judicial atinge apenas as partes do processo, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil⁴⁵, sendo importante não confundir a eficácia subjetiva da sentença com os limites subjetivos da coisa julgada. Ora, a sentença é eficaz para todos e pode atingir terceiros estranhos à relação processual, mas a formação da coisa julgada somente se produz entre as partes.

⁴³ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; Oliveira, Rafael., 2010, p. 302.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 282.

⁴⁵ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Já os limites objetivos são delineados pelo art. 469 do CPC⁴⁶, segundo o qual a coisa julgada atingiria apenas o dispositivo da sentença, o qual contém exatamente o comando normativo da decisão, estando excluídos expressamente os motivos da sentença, a verdade dos fatos e a questão prejudicial decidida de forma incidental. Apesar das críticas ao artigo em comento, esse é o entendimento predominante na doutrina e que deve nortear qualquer estudo que tome por base o instituto da coisa julgada, já que assim optou livremente o legislador.

Ainda no que concerne à definição da coisa julgada, divide-se o instituto em coisa julgada formal e coisa julgada material, a depender dos limites atingidos pela imutabilidade. Nesse passo, a coisa julgada formal diz respeito à inalterabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, sobressaindo-se, em verdade, como uma preclusão máxima⁴⁷, pois dá origem ao trânsito em julgado da decisão, seja pelo uso de todos os recursos cabíveis, seja pelo decurso do prazo de interposição de um deles *in albis*.

A coisa julgada material, por sua vez, assume uma feição mais complexa, pois corresponde à imutabilidade do conteúdo da decisão judicial tanto dentro como fora do processo em que foi lançada, servindo muito mais aos propósitos da segurança jurídica, já que impede a futura rediscussão do comando imperativo em qualquer nível. No entanto, para ser atingida por esse grau mais intenso de imutabilidade, é necessário que a sentença analise o mérito da lide, pois, caso a extinção do processo se dê com base numa análise meramente processual do litígio, apenas operará a coisa julgada formal, nada impedindo que as partes submetam novamente o litígio à apreciação judicial.

No entanto, a coisa julgada coletiva possui algumas peculiaridades em relação à coisa julgada do processo individual, sendo essa questão, inclusive, um dos pontos mais relevantes no

⁴⁶ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

⁴⁷ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; Oliveira, Rafael. 2010, p. 409.

estudo da tutela coletiva.⁴⁸ Isso porque, se de acordo com a teoria clássica, a imutabilidade da coisa julgada fica limitada às partes do processo, no âmbito dos direitos transindividuais essa solução não seria útil aos objetivos do processo coletivo, pois qualquer co-legitimado poderia interpor novamente idêntica ação, em desacordo com a segurança jurídica que deve permear as relações jurídicas, ao tempo em que o título executivo formado não poderia beneficiar os lesados individuais, já que esses não figuram, via de regra, como parte nas ações coletivas.⁴⁹

Assim, atentando para as dificuldades práticas de, de um lado, restringir a autoridade da coisa julgada coletiva unicamente às partes e, do outro, expandir os efeitos da coisa julgada a membros da coletividade que sequer participaram ou tiveram conhecimento do processo⁵⁰, o art. 103 do CDC conferiu uma maior extensão à autoridade da coisa julgada no âmbito das lides coletivas, estabelecendo uma solução jurídica uniforme para a comunidade envolvida, em virtude da natureza dos direitos envolvidos, primando, assim, pela economia processual, pela efetividade, pela pacificação social e pela uniformidade dos julgados.⁵¹

O regime da coisa julgada coletiva foi disciplinado da seguinte maneira pelo art. 103 do CDC:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

⁴⁸ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; Oliveira, Rafael. 2010, p. 363.

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. 2006, p. 496.

⁵⁰ SANTOS, Christianine Chaves. **Ações Coletivas & Coisa Julgada**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 158-159.

⁵¹ SANTOS, Christianine Chaves. 2006, p. 156-157.

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Dessa forma, tratando-se de direito difuso, o art. 103, I, do CDC dispõe que a sentença fará coisa julgada material *erga omnes*, tanto na hipótese de procedência como na de improcedência da demanda, exceto, apenas, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, quando qualquer legitimado poderá intentar novamente a ação, desde que apresente nova prova.

No que concerne aos direitos coletivos, o art. 103, II, do CDC repete a mesma regra acima disposta para os direitos difusos, com a única particularidade de que, nesse caso, a autoridade da coisa julgada alcançará apenas os membros do grupo, categoria ou classe, ou seja, fará coisa julgada *ultra partes*.

No entanto, o §1º, do art. 103 estabelece que a sentença proferida em ação coletiva que tenha por objeto direito difuso ou coletivo não prejudicará os direitos individuais dos integrantes da comunidade, coletividade, grupo ou classe, de modo que a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* diz respeito tão-somente à tutela coletiva, não obstante a que, em caso de improcedência após instrução probatória, os lesados pleitem individualmente suas pretensões. Protegendo ainda mais os interesses individuais dos membros da coletividade, o §3º, do art. 103 estabelece que, em sendo julgado procedente o pedido na ação coletiva, os integrantes da coletividade

individualmente lesados poderão pleitear o ressarcimento dos danos individuais a partir da liquidação e execução da sentença coletiva.⁵²

Dessa forma, são três as situações possíveis de ocorrer na formação da coisa julgada coletiva relativa a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*: a improcedência do pedido coletivo por insuficiência de provas, hipótese na qual não haverá a formação da coisa julgada material; a improcedência do pedido após instrução suficiente, hipótese na qual a coisa julgada material atingirá os titulares do direito transindividual apenas através dos legitimados coletivos, não havendo prejuízo para as ações individuais; e a procedência do pedido, hipótese na qual a coisa julgada material se dará tanto na esfera coletiva quanto na esfera individual, ficando vedada a rediscussão da matéria.⁵³

Por sua vez, nas ações coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* apenas na hipótese de procedência da demanda, nos termos do art. 103, III, do CDC, ficando vedada a rediscussão da matéria tanto por meio da tutela coletiva como por meio da tutela individual. No entanto, caso a sentença seja de improcedência, os interessados que não tiverem participado do processo coletivo na condição de litisconsortes poderão propor ação individual, consoante disposto no §2º, do art. 103.

Do exposto, vê-se que o legislador pátrio condicionou a extensão *erga omnes* da coisa julgada coletiva ao resultado do processo, situação denominada de coisa julgada *secundum eventum litis*, significando que a coisa julgada coletiva somente atinge terceiros estranhos à relação processual para beneficiá-los.⁵⁴

Com a regra acima, o CDC estatuiu que a improcedência – por ausência de prova ou por qualquer outro motivo – da ação coletiva não tem o condão de prejudicar o ajuizamento de ações individuais, exceto na hipótese de o interessado individual ingressar como litisconsorte no processo coletivo, impedindo, assim, a formação da coisa julgada em desfavor de interessados individuais que não participaram do processo e não exerceram o contraditório, ou seja, que não tiveram a oportunidade de influir no julgamento da causa.

⁵² SANTOS, Christianine Chaves. 2006, p. 162.

⁵³ *Ibidem*, p. 164-169.

⁵⁴ SANTOS, Christianine Chaves. 2006, p. 162., p. 158-159.

6. Sentença homologatória de compromisso de ajustamento de conduta e a formação da coisa julgada material

Explicitado o regime da coisa julgada coletiva, pode-se analisar a formação da coisa julgada na sentença homologatória do termo de ajustamento de conduta, sendo certo que, embora o art. 269, III, do CPC expressamente preveja que há resolução de mérito nessa hipótese, o que, consequentemente, levaria ao entendimento de que tal decisão faria coisa julgada material, o tema não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, ainda mais quando se está diante de uma lide coletiva, na qual, como visto, os legitimados ativos não coincidem com os titulares do direito discutido, não possuindo o poder de dispor de seu conteúdo substancial.

O motivo da divergência reside no fato de que a sentença homologatória não se apresenta como uma sentença de mérito propriamente dita, posto que, ao proferi-la, o juiz apenas ratifica a vontade das partes, não se imiscuindo na atividade de apreciação dos argumentos apresentados para, posteriormente, emitir um juízo decisório baseado no princípio do livre convencimento motivado. Contribui para o dissenso a aparente contradição entre os arts. 485, VIII e 486, do CPC, que assim dispõem:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; [...]

Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

A leitura desatenta dos dispositivos leva a crer que o legislador regulou a mesma hipótese em dois dispositivos com conteúdos normativos diferentes, pois, enquanto o art. 485, VIII, do CPC reserva a ação rescisória como instrumento de revisão da sentença baseada em confissão, desistência ou transação, o art. 486, do CPC determina a rescisão dos atos homologados por sentença através dos meios utilizados na lei civil.

Diante da situação apresentada, Humberto Theodoro Júnior esclarece que, enquanto a ação prevista no art. 486 tem como

fundamento as hipóteses de anulabilidade dos negócios jurídicos ou algum vício no direito material das partes, a ação rescisória baseia-se em vício no julgamento proferido.⁵⁵ Levando a cabo a distinção, conclui o Autor: “Assim, nas sentenças “meramente homologatórias”, a ação do art. 486 vai atingir diretamente o ato das partes homologado pelo juiz, e não propriamente o decisório judicial”.⁵⁶

A respeito do assunto, a jurisprudência dividiu-se em duas posições: uma que entende que a sentença homologatória de transação somente pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, porque se trataria de ato que encerra o processo com exame do mérito⁵⁷; e outra que admite a desconstituição do julgado através de ação rescisória quando o negócio jurídico firmado for utilizado como fundamento para uma decisão de mérito propriamente dita, cabendo, no entanto, ação anulatória quando a atividade do juiz se limitar à homologação do acordo, não havendo manifestação do magistrado acerca do conteúdo da lide.⁵⁸

Como bem atentado por Humberto Theodoro Junior, o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência é o que admite o cabimento da ação anulatória⁵⁹, nos termos delimitados no REsp 450.431-PR⁶⁰, julgado no qual se discutiu o instrumento adequado para desconstituir acordos extrajudiciais homologados por sentença.

⁵⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol 1. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 623.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Nesse sentido, ver Apelação nº 16.952-2, de Relatoria do Ministro Arruda Alvim, julgado pela 14ª Câmara Cível do TJSP, donde se extrai a seguinte ementa: SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO - anulatória ou ação rescisória. A ação rescisória ataca as sentenças de mérito, e, a transação julgada por sentença, é representativa de que houve julgamento de mérito, devendo ser desconstituída pela ação rescisória.

⁵⁸ BRASIL. STJ – REsp n.º 450.431/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 20/10/2003, p. 185.

⁵⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. 2004, p. 624.

⁶⁰ Veja-se a ementa do julgado: PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO POPULAR ANULATÓRIA DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A ANUÊNCIA DO PARQUET. COISA JULGADA MATERIAL. INOCORRÊNCIA. CRIVO

No julgado referido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, quando do exercício das suas funções no Superior Tribunal de Justiça como relator do REsp 450.431-PR, sustentou em seu voto que a utilização das hipóteses apresentadas depende do grau da análise do magistrado sobre o negócio jurídico homologado. Assim, caso o juiz, antes da homologação, realizasse uma análise da correção do acordo à luz do ordenamento jurídico vigente e do caso concreto – o que se apresenta cabível e adequado, notadamente em se tratando de direitos coletivos, em razão da natureza desses direitos e das peculiaridades acerca da legitimidade para defendê-los –, seria aplicável o art. 485, VIII, do CPC. Por outro lado, caso o juiz se limitasse a apreciar o aspecto formal da transação, não haveria que se falar em julgamento do mérito, sendo inadmissível a interposição de ação rescisória, motivo pelo qual poderia o interessado pugnar pela anulação do negócio com fulcro no art. 486 do CPC.

Não obstante, como afirmado, a matéria não é pacífica, tanto que, no mesmo julgado, o Ministro Teori Zavascki, atualmente também exercendo suas funções no Supremo Tribunal Federal, proferiu voto

JURISDICIONAL ADSTRITO ÀS FORMALIDADES DA TRANSAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA DO ART. 486, DO CPC. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES TAXATIVAS DO ART. 485, DO CPC. (...) 2. A ação anulatória, prevista no art. 486, do CPC, tem por finalidade desconstituir o ato processual, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da ação rescisória, do art. 485, do CPC, é a sentença transitada em julgado, que faz coisa julgada material. O efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no *judicium rescisorium*. 3. A ação rescisória somente é cabível quando houver sentença de mérito propriamente dita, que é aquela em que o magistrado põe fim ao processo analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes e concluindo-a com um ato de inteligência e soberania. 4. A sentença que homologa a transação fundamentando-se no conteúdo da avença, é desconstituível por meio de ação rescisória fulcrada no art. 485, VIII, do CPC. 5. Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita aos aspectos formais da transação, incabível a ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto ausente requisito primordial da rescindibilidade do julgado. Nestes casos, a desconstituição da transação, pelos defeitos dos atos jurídicos em geral, se faz por meio de ação anulatória, fulcrada no art. 486, do CPC. (...) 8. Recurso especial provido.

divergente, por admitir que, independentemente de como se dê a homologação da transação, haverá resolução de mérito, somente podendo o negócio homologado ser desconstituído por meio de ação rescisória. Isso porque, segundo o Ministro Teori Zavascki, ao homologar a transação, o juiz automaticamente está exercendo atividade cognitiva, pois averigua o preenchimento dos requisitos de validade impostos pelo ordenamento e confirma a higidez do negócio celebrado pelas partes.

Releva notar que esse último entendimento é o que melhor se adequa à legislação aplicável à espécie, pois o art. 269, III, do CPC expressamente designa a sentença homologatória de transação como uma sentença de mérito, tomando-se difícil idealizar uma sentença de mérito inábil à formação da coisa julgada material. O próprio Ministro Luiz Fux, ao tentar conciliar o comando do artigo ao seu entendimento, somente reforça essa questão, pois, ao defender que a sentença homologatória não constitui sentença de mérito, possuindo apenas efeitos equiparados a ela, como a impossibilidade de as partes ajuizarem nova ação idêntica com o mesmo objeto, demonstra que, independentemente da forma da desconstituição, opera-se o efeito negativo da coisa julgada material⁶¹, que consiste na vedação de se julgar novamente em outro processo a questão já definitivamente decidida.

Humberto Theodoro Júnior perfilha esse posicionamento, apesar de reconhecer que a jurisprudência adota majoritariamente a tese contrária.⁶² O processualista aponta que apenas nos procedimentos de jurisdição voluntária é possível conceber a existência de uma sentença meramente homologatória, de modo que somente nesse caso o ato de homologação não fará coisa julgada material. Na hipótese, porém, de haver um processo contencioso, sendo a lide solucionada por meio da autocomposição, a sentença que homologa o acordo das partes encerra o processo com resolução do mérito, produzindo, consequentemente, coisa julgada material, pois a solução negociada torna-se jurisdicionalizada pela homologação, de modo que é como se a resolução do conflito fosse empreendida pela própria sentença.⁶³

⁶¹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; Oliveira, Rafael. 2010, p. 425.

⁶² JÚNIOR, Humberto Theodoro. 2004, p. 624.

⁶³ *Ibidem*, p. 623-624.

Assim, apesar dos julgados reconhecendo a inexistência de coisa julgada material na sentença homologatória de transação, ser sentença de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC, e constituir título executivo judicial, nos termos do art. 584, do CPC, são fundamentos que levam à conclusão de que a sentença homologatória de transação faz, sim, coisa julgada material, pois ao receber a chancela do Poder Judiciário, o negócio firmado transmuda-se em decisão judicial com *status* de definitividade.

7. Possibilidade de interposição de ação individual versando sobre a mesma situação posta em TAC homologado judicialmente

Admitir que a sentença homologatória de compromisso de ajustamento de conduta forma coisa julgada material abre a discussão a respeito da possibilidade de interposição de lide individual versando sobre o direito que foi objeto do TAC homologado.

Não havendo uma previsão específica sobre os efeitos da sentença homologatória em lides coletivas, a doutrina indica a possibilidade de aplicação do regime do art. 103 do CDC⁶⁴. A análise do art. 103 do CDC demonstrou que a coisa julgada coletiva não pode prejudicar as pretensões individuais dos componentes da coletividade e, apesar de não haver regulação legal expressa, o mesmo raciocínio deve ser transposto para a coisa julgada formada a partir da sentença homologatória de compromisso de ajustamento de conduta. Isso porque, apesar de ser uma solução negociada submetida a homologação judicial, o compromisso de ajustamento de conduta firmado e ratificado pelo Poder Judiciário consiste em uma forma de tutela coletiva, devendo ser aplicadas a ele, portanto, as regras dessa tutela, inclusive as que definem os efeitos da coisa julgada, de modo que não se revela possível prejudicar interesses individuais em virtude dessa homologação.

Assim, devem ser inteiramente observadas as regras contidas no §1º, do artigo 103, do CDC, que determina que os efeitos da coisa julgada nas ações que tratam de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, bem como no §2º do

⁶⁴ NERY, Ana Luiza de Andrade. 2012, p. 276.

mesmo artigo, segundo o qual, tratando-se de direito individual homogêneo, a coisa julgada *erga omnes* somente operará na hipótese de procedência do pedido.

Desse modo, não merece prosperar alegações no sentido de que a assinatura e a posterior homologação do TAC equivalem a uma sentença de procedência, impedindo, assim, a rediscussão do objeto, por ter se operado a coisa julgada *erga omnes* em sua plenitude.

Não se discorda de que é necessário assegurar segurança jurídica aos compromissos de ajustamento de conduta, mas isso não significa que a assinatura do TAC, ainda que submetida a homologação judicial, constitui óbice à propositura de futuras ações individuais, desde que as pretensões individuais revelem-se específicas e diferenciadas, consoante anotado por Kazuo Watanabe em trabalho sobre a relação entre a demanda coletiva e demandas individuais.⁶⁵

Logicamente, porém, caso a pretensão individual reproduza a mesma pretensão da demanda coletiva, não estará presente o interesse de agir necessário à propositura de qualquer ação, devendo o processo ser extinto sem exame do mérito, por ausência de uma das condições da ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC, caso fique demonstrado que o interesse individual buscado já se encontra devidamente satisfeito pela prestação da tutela coletiva. Acerca dessa questão, assim se pronunciou Kazuo Watanabe na obra já referida:

A conclusão que se impõe, à vista dessas considerações, é no sentido de que as ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com o mesmo escopo, são inadmissíveis por significarem um *bis in idem*, que poderá dar origem a conflitos práticos, e não apenas lógicos, o que o nosso ordenamento não tolera.⁶⁶

Ademais, além das regras extraídas dos §§1º e 2º do art. 103 do CDC, que impedem que os efeitos da sentença coletiva prejudiquem

⁶⁵ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Processo Coletivo e processo civil estrangeiro e comparado (Coleção doutrinas essenciais: processo civil, vol. 9)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 636.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 637.

os interesses individuais, a questão da indisponibilidade dos direitos coletivos ainda serve de fundamento para justificar a possibilidade de interposição de lide individual após a homologação do TAC.

Como visto, os legitimados coletivos não possuem a titularidade dos direitos que defendem, de modo que a negociação empreendida no compromisso de ajustamento de conduta deve restringir-se aos aspectos formais da concretização desses direitos, como o prazo, o tempo e o lugar do cumprimento das exigências legais. Nesse passo, é possível que tal atuação acabe prejudicando ou não satisfazendo um dos titulares do direito transindividual, ainda que a solução em âmbito coletivo sobressaia-se como a mais adequada à resolução do conflito.

Assim, como não há a participação dos titulares dos direitos no ato de assinatura do compromisso de ajustamento de conduta, qualquer manifestação no sentido de que há total vinculação entre a solução ajustada e futuras pretensões individuais vai de encontro à garantia de inafastabilidade de jurisdição, sedimentada no art. 5º, XXXV, da Constituição, pois tal garantia, ao tempo em que assegura a tutela jurisdicional coletiva, resguarda a tutela individual.⁶⁷ Alexandre Amaral Gavronski, em análise sobre o tema, assim pontificou:

Em resumo, ao indivíduo titular de direito próprio, específico e divisível, defendido direta ou indiretamente pela via coletiva, só se veda o acesso individual à justiça para defesa do seu específico direito se ele próprio tiver intervindo no processo como assistente litisconsorcial, vale dizer, tiver sido assegurado o seu direito de participar do contraditório, sem o que não se sujeitará aos efeitos da coisa julgada formada na lide coletiva contra seus interesses.⁶⁸

Transportando a ideia acima para o compromisso de ajustamento de conduta homologado judicialmente, a vedação para o pleito individual somente ocorreria caso o indivíduo participasse ativamente da negociação coletiva, firmando, ao lado do legitimado coletivo, o TAC. Não havendo, porém, a mencionada participação, mostra-se contrário ao regramento jurídico das ações coletivas impedir

⁶⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. 2010, p. 176.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 177.

que um indivíduo busque judicialmente obter edito judicial que lhe conceda individualmente mais do que alcançado coletivamente.⁶⁹

Logicamente, a questão aqui discutida ganha mais relevo em tema de direitos individuais homogêneos, por serem direitos individuais coletivamente tratados, de modo que o objeto da lide coletiva poderá coincidir inteiramente com o objeto da lide individual. Já no caso de direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, as pretensões individuais que podem surgir são reflexas, a exemplo de uma indenização baseada nos mesmos fatos que impulsionaram a assinatura do TAC, havendo coincidência, portanto, apenas da causa de pedir.

Em qualquer caso, porém, ficando demonstrado que o consenso alcançado na via extraprocessual, ainda que homologado judicialmente, não foi suficiente para a reparação dos danos pessoais decorrentes da conduta que motivou a assinatura do TAC, deve prevalecer o entendimento de que a tutela coletiva não pode prejudicar a tutela individual, em atenção à inafastabilidade de jurisdição e ao regime jurídico da coisa julgada coletiva.

8. Conclusão

Ficou demonstrado, ao longo da pesquisa, que somente no Estado Democrático de Direito, inaugurado com o advento da Constituição Federal de 1988, criou-se uma verdadeira tutela das ações coletivas, pois as características do Estado Democrático de Direito, como a garantia da participação popular e a preocupação com a efetividade, revelam-se de extrema importância para o desenvolvimento da tutela coletiva.

Nessa linha de considerações, demonstrou-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, essa segunda onda renovatória de acesso à justiça efetivou-se com a edição da Lei da Ação Civil Pública, com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a edição do Código de Defesa do Consumidor, sendo esse último diploma normativo considerado o criador de um verdadeiro microsistema processual coletivo no direito brasileiro, pois, além de ter alterado e ampliado a LACP, veicula disposições aplicáveis a todas as ações

⁶⁹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. 2010, p. 177.

coletivas, como a distinção entre os direitos coletivos *lato sensu*, no art. 81, e a disciplina da coisa julgada coletiva, no art. 103.

Ademais, demonstrou-se que, malgrado as valiosas contribuições desse microsistema processual para a efetividade dos direitos coletivos, as dificuldades do processo judicial constituem outro óbice ao acesso à justiça, relacionado com a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, pois o processo judicial tende a formar inúmeros obstáculos à efetividade dos direitos coletivos, como a demora, o alto custo e a impossibilidade de participação ativa do obrigado e do legitimado coletivo na criação da solução. Ao contrário, viu-se que as técnicas alternativas são informadas pela celeridade, pelo consenso, pela participação e pela ausência de regras preestabelecidas, mostrando-se extremamente aconselhável o seu uso na resolução dos conflitos coletivos, tendo em vista que, em razão da extrema conflituosidade que os envolve, tais técnicas alternativas sobressaem-se não raramente como instrumentos mais adequados à concretização dos direitos transindividuais do que os métodos tradicionais.

Posteriormente, passou-se a perquirir acerca da contradição entre a possibilidade de uma solução negociada no âmbito de direitos transindividuais e a indisponibilidade característica desses direitos, ficando demonstrado que a negociação empreendida no compromisso de ajustamento de conduta deve restringir-se aos aspectos formais de cumprimento da obrigação legal, não podendo haver disposição da parte substancial do direito transindividual. Desse modo, aferiu-se que o ajuste é firmado para acertar, por exemplo, o tempo, o modo e o lugar do cumprimento da obrigação.

Constatou-se, ainda, que a homologação transforma o compromisso de ajustamento de conduta em um título executivo judicial, pois o processo é extinto com resolução de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC. A partir de tal conclusão, foi possível extrair que, embora a jurisprudência majoritária admita que a coisa julgada formada em razão da sentença homologatória de acordo é apenas formal, a resolução do objeto litigioso do processo, ainda que por meio do consenso, justifica a formação da coisa julgada material, em consonância com o prefalado art. 269, III, do CPC.

Afigurou-se idôneo concluir, de posse dos elementos acima, pela aplicação dos efeitos previstos no art. 103 do CDC à coisa julgada

formada a partir da homologação do compromisso de ajustamento de conduta, de modo que, à luz dos §§1º e 2º do artigo mencionado, verificou-se que a homologação do TAC não pode prejudicar os interessados individuais, pois esses não têm a oportunidade de participar ativamente do processo de formação da solução alternativa, já que são representados pelos legitimados coletivos.

A questão da indisponibilidade dos direitos transindividuais também serviu de fundamento para justificar a possibilidade de ajuizamento de ação individual após a homologação do compromisso de ajustamento de conduta, já que a negociação realizada no TAC pode vir a prejudicar um interessado individual, devendo ser-lhe garantido o direito de buscar individualmente a satisfação de seus interesses, em atenção ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

UMA VISÃO DANTESCA DA PENA

Antiógenes Marques de Lira

Procurador de Justiça – MP/AL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A punição dos pecadores no Inferno de Dante. 2.1. O Inferno. 2.2. Vestíbulos. Os mornos: covardes, pusilânimes e neutros. 3. Primeiro círculo. Limbo: os pagãos virtuosos. 4. Segundo círculo. Luxuriosos. 5. Terceiro círculo. Gulosos. 6. Quarto círculo. Avarentos e esbanjadores. 7. Quinto círculo. Irados e mal-humorados. 8. Sexto círculo. Hereges. 9. Sétimo Círculo. Os violentos. 9.1. Primeiro subcírculo: os violentos contra o próximo. 9.2. Segundo subcírculo: os violentos contra si mesmos – suicidas. 9.3. Terceiro subcírculo: os violentos contra Deus, a natureza e a arte. 10. Oitavo círculo. Fraude simples. 10.1. Primeira bólgia: alcoviteiros e sedutores. 10.2. Segunda bólgia: lisonjeadores. 10.3. Terceira bólgia: os simoníacos. 10.4. Quarta bólgia: os adivinhos. 10.5. Quinta bólgia: os traficantes. 10.6. Sexta bólgia: os hipócritas. 10.7. Sétima bólgia: os ladrões. 10.8. Oitava bólgia: os maus conselheiros. 10.9. Nona bólgia: os causadores de discórdia. 10.10. Décima bólgia: os falsificadores, alquimistas, etc. 11. Nono círculo. Traidores de parentes e irmãos; traidores da pátria ou partido; traidores de hóspedes. 12. O Purgatório de Dante. 13. As dantescas penas atuais. 13.1. O contrapasso. 13.2. As penas modernas. 13.3. Os dantescos criminosos modernos. 14. Conclusão.

1. Introdução

Quem não já ouviu falar da *Divina Comédia*, a obra-prima do italiano *Dante Alighieri*, nascido no ano de 1265, em Florença, Itália, na qual conta sua jornada além-túmulo para encontrar sua amada Beatriz, falecida dez anos antes, aos 24 anos? Creio que todos já ouviram falar dessa obra clássica da literatura mundial. Certo dia então, vi-me tentado a lê-la, todavia, é impossível ler *A Divina Comédia* sem ajuda, e após comprar e descartar dois exemplares publicados por editoras diferentes, por sorte, consegui um livro com

tradução, introdução e notas primorosas escritas por Ronald C. Prater, um professor americano e desde 1998 pastor da “Igreja de Cristo na Capital”, em Brasília, Brasil, publicado pela Editora Thesaurus (2005). Assim, pude ler e entender as nuances da obra e são desse livro todas as informações aqui registradas sobre o poema.

Vejamos algumas informações do Prof. Prater sobre *A Divina Comédia*: “O poema narra a jornada do poeta pelas três regiões do mundo *post mortem* católico-medieval: Inferno, Purgatório e Paraíso. É um poema inesquecível, um poema difícil, mas, acima de tudo, do mais alto valor ético, pois seu propósito supremo é levar-nos a fazer a pergunta perenal: ‘*Como devo viver minha vida?*’ Segundo Dante, a resposta é clara: amando a Deus, repudiando o mal, certificando-se de que cada ação se origine, não no interesse próprio, mas no conhecimento daquilo que Deus nos disse que é certo. É uma resposta que todos nós conhecemos, mas, muitas vezes ignoramos”.

Dante, também chamado no poema de *Peregrino*, começa sua jornada aprendendo que a subida é precedida por uma descida, para encontrar a luz, ele terá de enfrentar as trevas. “O *Inferno* – literalmente o reino eterno das almas danadas – é a sociedade humana totalmente corrompida, onde justiça e ordem, confiança mútua e compaixão foram subvertidas completamente pela dissipação, violência, fraude e traição”. Aqui, Dante irá compreender melhor a justiça de Deus e, talvez passe o resto da vida tentando evitar o pecado. “O *Purgatório* é, alegoricamente, uma representação de uma sociedade imperfeita – mas bem-disposta para o bem – esforçando-se para subir, sob a disciplina das leis secular e espiritual, a se tornar uma sociedade justa”. Representado por uma montanha radiante, Dante verá as almas penitentes submissas ao cumprimento de suas penas na esperança de serem chamadas ao Éden, encontrado após completar a subida. “O *Paraíso* – literalmente a condição das almas na presença eterna de Deus – é um retrato alegórico da vida perfeita, da atividade intelectual, adoração, oração e contemplação, numa sociedade humana renovada... Neste último reino o galardão supremo é o conhecimento – não o conhecimento derivado da lógica ou da dialética, mas a sua aquisição instantânea, pela união da mente com Deus”.

A Divina Comédia usa um esquema rimático inventado por Dante, chamado *terza rima*. A obra contém exatos cem cantos, depois do prólogo, o poema é dividido em três partes com trinta e três cantos

cada. O centro do poema, a metade do caminho, é o Canto XVII do Purgatório.

Objetivamos nesse escrito apresentar parte da obra prima de Dante e observando as punições descritas no Inferno e no Purgatório, intimamente, refletirmos sobre aqueles quem as penas estabelecidas na lei penal brasileira são aplicadas.

2. A punição dos pecadores no Inferno de Dante

2.1 O Inferno

O Prof. Prater no Canto XI faz em suas anotações uma síntese do esquema do Inferno descrito por Dante. Ei-la: “A classificação de Dante deriva principalmente de Aristóteles, com a ajuda de Cícero. Aristóteles dividiu o mau comportamento em três categorias: a) incontinência (*apetite descontrolado*); b) bestialidade (*apetite pervertido*); e c) malícia, ou vício (*abuso da faculdade especificamente humana: a Razão*). Cícero afirmava que toda conduta injuriosa procede de: 1) violência ou, 2) fraude. Combinando estas duas classificações, Dante formula três classes de pecados: I. incontinência; II. violência (ou bestialidade); III. fraude (ou malícia) – e as subdivide e arranja em sete círculos: quatro de incontinência, um de violência, e dois de fraude. A estas categorias puramente éticas de comportamento errado, Dante, como cristão, acrescenta dois círculos de fé errada: um de descrença (*limbo*) e um de heresia, assim totalizando nove círculos ao todo. Finalmente, ele acrescenta o vestíbulo dos fúteis ou mornos, que não têm fé nem obras. Este vestíbulo, não sendo propriamente um círculo, não é contado como um dos nove círculos. Assim chegamos a dez divisões principais do Inferno. Há, todavia, várias subdivisões. O círculo da *violência* se divide em três subcírculos; o círculo da fraude simples em dez bólgias (bolsões destinados às almas culpadas de tipos específicos de fraudes) e o círculo da traição em quatro regiões. O sexto círculo, o dos hereges, serve de transição entre estas duas regiões principais do Inferno. Ao todo, então, o Inferno contém 24 divisões e subdivisões.”

2.2. Vestíbulos. Os mornos: covardes, pusilânimes e neutros

Ao passar pelo Portal do Inferno, onde se lê: “*por mim se vai à cidade da aflição, por mim se vai à eterna dor, por mim se vai entre gente perdida. Justiça moveu meu alto feito; fizeram-me a divina*

potestade, a suma sapiência e o primo amor. Antes de mim nada foi criado senão o eterno, eu eternamente duro. Deixai toda esperança, vós que entraís"; Dante encontra a primeira leva de almas condenadas, são os "*mornos*", *almas tristes que viveram sem infâmia e sem louvor* ("Conheço tuas obras: não és nem frio nem quente. Oxalá fosse frio ou quente! Mas, como és morno, nem frio e nem quente, vou vomitar-te." – Apo. 3, 15-16).

Estes são os *pusilânimes*, os *neutros*, aqueles que não se posicionaram em nenhum lado moral na vida. O céu os condena e o inferno os rejeita. Essas almas enquanto viveram nunca tomaram partido de nada, nunca seguiram um líder, nunca assumiram qualquer compromisso moral, permaneceram impassíveis, "*indespertáveis*"; e sua punição é seguir um estandarte, onde nada está escrito e não se dirige para lugar algum, ao tempo em que nus são picados e atormentados por mutucas, vespas e vermes.

Note o equilíbrio da punição. Estas almas sempre foram covardes, nunca tomaram uma decisão, nunca adotaram uma bandeira de luta, sua condenação é, portanto, correr atrás de algo inútil, sem qualquer direção e fustigado por insetos, nesse último aspecto é como se tais ferroadas busquem despertá-los.

3. Primeiro círculo. Limbo: os pagãos virtuosos

Após o vestibulo, chega-se à praia do Aqueronte (o primeiro dos quatros rios do Inferno. Na verdade os rios do Inferno não são propriamente rios, mas águas sujas como pântanos, paradas e fétidas), onde as almas encontram Caronte, o barqueiro que os transportará para o outro lado, onde as penas começam.

O Limbo está situado abaixo do Purgatório e acima do Inferno, aqui não há um tormento específico, é um lugar isento dos sofrimentos infernais, por isso "*não havia prantos, mas só suspiros, tantos que faziam o ar eterno estremecer*", as almas que lá estão "*não pecaram e, se são dignos isto não basta, porque não têm o batismo que é a porta da fé... viveram antes do cristianismo...*". Aqui o Peregrino encontrou as almas de Homero, Horácio, Ovídio, Lucano, Aristóteles, Sócrates, Platão e vários outros que não conheceram o Cristo. Para esses não há tormento físico, mas uma angústia mental por não terem esperança de ver a glória do Deus cristão, porém, após a morte, Jesus, antes de sua ressurreição, foi ao limbo e resgatou as almas de muitos

citados no Velho Testamento, como: Abel, Noé, Moisés, Abraão, Davi, Israel e Raquel, causando um terremoto no mundo inferior.

4. Segundo círculo. Luxuriosos

Neste círculo, a alma do pecador encontra Minos, rei de Creta e famoso pela sabedoria e severidade de seus julgamentos. Minos determina qual o círculo para onde deve ir o pecador. Na arquitetura dantesca, o inferno é um profundo abismo disposto em círculos, sendo os tormentos piores à medida que se aproxima do fundo.

O poema assim descreve o tormento infligido a essas almas “malnascidas”: *“Agora começam a se fazerem ouvir uns dolorosos sons. Cheguei onde muito pranto me golpeia: um lugar onde toda a luz é muda e que estronda como o mar numa tempestade, quando por ventos contrários é agredido. A tempestade infernal, que nunca se aquieta, arrasta os espíritos com sua fúria; rodopiando-os e batendo-lhes, os torturam. Arrastados nesse caminho violento, eles gemem, choram e lamentam, blasfemando contra a força divina. Então entendi que a este tormento são condenados os pecadores carnavais que submetem a razão à luxúria.”*

O raciocínio para tal tormento consiste no fato de que os luxuriosos se colocam a mercê de sua paixão, não conseguem controlar seu desejo, não se determinam, mas são levados pela impetuosidade de seu apetite sexual, e assim suas vontades são subjugadas pela sua lascívia. Como eles não controlavam seus desejos e sua vida com a razão, no inferno estão condenados a serem lançados de um lado para outro pela “tempestade infernal”, em completo descontrole e violentamente arremessados em todas as direções, assim como foi sua vida.

5. Terceiro círculo. Gulosos

Como vivem os gulosos? Certamente cercados de iguarias, sentados em grandes banquetes, o requinte e os sabores os cercam. São comandados pelo estômago e só pensam em coisas terrenas e saborosas. Como punir quem vive voltado exclusivamente para lautas refeições e repastos festivos?

O guardião deste círculo é o bestial Cérbero, um cão enorme, com três cabeças e uma fome devoradora. Não é a toa que usamos a

expressão “fome canina”, e esse cão com sua tríplice goela é uma imagem apropriada para um glutão.

O poema assim descreve o ambiente: *“Estou no terceiro círculo, o da chuva eterna, maldita, fria e pesada; sua natureza e qualidade jamais se renovarão. Granizo grosso, água imunda e neve pelo ar tenebroso se despejam e fede a terra que isso recebe. Cérbero... ladra caninamente sobre a gente aqui imersa... as patas, como garras, arranham os espíritos, os esfolam e os abatem. A chuva os faz uivar como cães; fazem de um dos lados um escudo para o outro; e se contorcem continuamente estes miseráveis profanos... Caminhamos entre as almas que a pesada chuva fustigava, e pisamos sobre vacuidades que pareciam pessoas.”*

Como podem perceber, os gulosos estão condenados pela eternidade a chafurdarem na lama e na imundice e não bastassem estarem imersos nessa sujeira, ainda são lacerados pelas garras e presas de Cérbero.

6. Quarto círculo. Avarentos e esbanjadores

O guardião deste círculo é Pluto, deus da riqueza. Neste círculo há um conflito entre os que guardam a riqueza para si e os que a desbaratam. A riqueza de ambos é o peso que os fazem se chocar um contra o outro. Numa economia saudável há grande circulação de bens, portanto, a atitude desses pecadores é prejudicial a todos, pois interrompem o movimento econômico.

Dante registra no verso 25 deste canto: *“Aqui vi mais pessoas que em qualquer outro lugar...”* e o Prof. Prater anota nesse verso uma passagem da Eneida de Virgílio (guia do Peregrino) sobre esses tipos: *“Lá se encontram aqueles que durante a vida odiaram os irmãos, espancaram os pais ou enganaram a boa fé de um cliente; aqueles (e o número é considerável) que juntaram riquezas, somente para eles acumulados, e não deram uma parte ao próximo”* (VI, 609-611).

Como tais pessoas são antípodas, a punição atribuída a eles é mutua. O poeta assim descreve a expiação: *“Aqui vi mais pessoas que em qualquer outro lugar, indo pra lá e pra cá, dando grandes uivos, empurrando pesos com a força dos peitos. Chocavam-se e, depois, num certo lugar, cada um voltava e gritava: ‘Por que você acumula?’ e ‘Por que você desperdiça?’* Desta maneira prosseguiram no círculo

lúgubre de um lado para o lado oposto, gritando, uns para os outros, sua pergunta vergonhosos. Depois cada um se virava ao chegar no meio do seu círculo para outra justa.”

O círculo que fazem, cada um numa metade lembra a roda da Fortuna, eles, avarentos e esbanjadores tentam burlar e impedir o giro completo da roda, e assim pensavam estarem protegidos do revés e do infortúnio, por isso estão condenados a se chocarem, empurrando pesos com a força dos peitos em círculos um contra o outro em violentas colisões, tal quais os combates dos cavaleiros armados da Idade Média (as justas).

7. Quinto círculo. Irados e mal-humorados

Atravessando o rio Estige (tristeza), o segundo rio do Inferno, o Peregrino chega a uma espécie de pântano, onde estão esses dois tipos de pecadores, cujo guardião é Flégias, rei da Tessália e, irado com Apolo por ter violado sua filha Corónis, ateou fogo ao templo dedicado ao deus em Delfos, como punição, Apolo o matou e mandou-o para Tártaro, o inferno dos que ofendiam a Zeus. Flégias teria dito, então: “Aprendeis, pelo meu exemplo, a respeitar a justiça e a não desprezar os deuses” (Eneida, VI, 618-620).

Os irados, totalmente despidos, presos na lama do pântano, *“Golpeavam-se entre si, não somente com as mãos mas com a cabeça, o peito e os pés, rasgando-se com os dentes, pedaço por pedaço”*. Que punição seria mais apropriada a alguém violento e colérico, senão passar a eternidade sendo agredido e agredindo no meio do lodo, sem um momento de paz?

Por outro lado, qual a punição adequada para os “mal-humorados, rabugentos, obstinados, aqueles cujo rancor e tristeza são crônicos...”, preferindo guardar rancor, tornando as recordações das mágoas sentidas o ar que respiravam? Para esses a pena é serem mergulhados no lodo do pântano e ali presos dizem: *“Tristes éramos no doce ar que o sol alegra, portando dentro de nós vapores morosos. Agora nos entristecemos na lama negra”*. Por isso, a punição deles é ficarem submerso no lodo respirando lentamente odores fétidos.

8. Sexto círculo. Hereges

Após o quinto círculo chega-se aos portões de Dite, a cidade do inferno, marcando a divisa entre o inferno superior, onde são punidos

os pecados da incontinência (fraquezas da carne e da mente) e o inferno inferior, onde são punidos os pecados da violência e da fraude.

Explica o Prof. Prater: “os heresiarcas se encontram num círculo no *Inferno* fora das três divisões principais (as da incontinência, da violência e da fraude). Heresia não provém da fraqueza da carne ou da mente (incontinência), tampouco é uma forma de violência ou fraude. Heresia é um pecado propositado, baseado no orgulho intelectual. Por negarem a perspectiva cristã da realidade, os hereges são punidos fora da área reservada às categorias cristãs do pecado. O pecado da heresia é mais sério que aqueles causados pela fraqueza da carne, mas de alguma maneira menos sério que os pecados deliberados e propositados da violência e da fraude. Heresia é um pecado do intelecto e uma maneira de ver as coisas, e não uma fonte de ação pecaminosa em si, como violência ou fraude. Portanto, ela é punida entre a incontinência e a fraude”.

Nessa área há uma necrópole, cujas tumbas estão cheias muito mais do que se pode imaginar e nela as almas dos hereges ardem em calor descomunal, diz o poema: “... *sepulcros se espalham pelo lugar... entre as tumbas chamas se espalhavam, e as deixavam tão acesas que nenhuma arte exige ferro mais quente. Todas as tumbas estavam destampadas, e delas saíam lamentos tão duros que pareciam vir de miseráveis e de ofendidos...*”. Em suma: os hereges queimam no fogo do inferno.

9. Sétimo Círculo. Os violentos

Entre o sexto e o sétimo círculo, o Peregrino e seu guia (Virgílio) fazem uma pausa devido ao “*excesso do horrível fedor que o profundo abismo exala... para que o olfato se acostume...*”; quando então é feita uma explanação sobre o esquema do Inferno.

O guardião deste círculo é o Minotauro, “visto que os pecados da violência são também pecados da bestialidade,... o guardião ideal para este círculo, pois ele mesmo é o resultado de um ato de violência contra a natureza”.

9.1. Primeiro subcírculo: os violentos contra o próximo

A punição dos violentos, aqueles que derramaram o sangue do próximo, é ficarem mergulhado em um rio (Flegetone) de sangue fervente e a depender da culpa que carregam estão mais ou menos

imersos, assim, por exemplo, os tiranos estão imersos até os olhos, enquanto os assassinos até a garganta, havendo até aqueles com a cabeça e todo o tronco fora do rio e até os “*que cozinham só os pés*” e quando qualquer um deles tenta emergir além da culpa são flechados por centauros que circundam aquele fosso de sangue em chamas.

9.2. Segundo subcírculo: os violentos contra si mesmos – suicidas

O suicídio no ocidente sempre foi tido como um ato de covardia, uma loucura praticada com a intenção de se livrar de um mal ou dor. Esse pensamento advém de Platão argumentando ser o suicida equivalente a um soldado que abandona seu posto de batalha sem autorização do comandante. Já Santo Agostinho usa do mandamento “não matarás” (Exo. 20, 13) para censurar esse ato tido por trespouco.

Já no oriente, o suicídio não é tido como um ato de loucura ou de covardia, mas como *a última demonstração da dignidade*, era uma forma de expiar a própria culpa ou de proteger alguém (familiar ou suserano) pela sua falha. O Bushido (código de ética da famosa classe japonesa dos samurais que governou o Japão de 1192 a 1868) fala do suicídio de dois modos: o *junshi* e o *seppuku* ou *harakiri*. O primeiro não era permitido por lei e ocorria por ocasião da morte do senhor feudal, quando o vassalo (samurai) tirava a própria vida, partindo do princípio que um samurai não deve servir a dois senhores em sua vida. Já o segundo, era uma forma ritualística de retirar a vida com o objetivo de expiar uma culpa própria ou de terceiro, especificamente do seu senhor. Diferente do suicídio ocidental, onde o agente busca minimizar a dor com uma morte rápida, instantânea, no *seppuku* a dor é intensa, consistindo num ato de expiação suprema e último de coragem.

No inferno de Dante, as almas dos suicidas estão aprisionadas ou transformadas em troncos de árvores, a única vegetação do inferno, e para que possam falar ou se expressar elas têm de sofrer as feridas que as levaram à morte, porém, neste bosque também habitam as harpias, monstros alados e imundos, os quais se alimentam das folhagens destas árvores provocando dores constantes naquelas almas, de modo que, como em vida essas pessoas agrediram seus corpos, pela eternidade sofrerão agressões corpóreas constantes fazendo-os sangrar e sofrer.

Neste subcírculo também estão os *dissipadores*, aqueles que dilapidaram seus patrimônios de modo tão violento que um deles, citado no poema (Iacopo de Santo Andréa), mandou incendiar a própria casa para satisfazer o desejo de ver um incêndio. Esses são perseguidos por “*cadelas negras, vorazes e velozes*” e alcançando-os, “*dilaceram-no, pedaço por pedaço*”.

Não posso deixar de pensar ser os *dissipadores* uma espécie de suicida, por procurarem deliberadamente acabar com seus patrimônios, de igual modo, o kardecismo também reconhece como suicida quem maltrata o próprio corpo (habitação da alma) mediante o uso de drogas (lícitas ou não) ou outros atos violentos contra si mesmo.

9.3. Terceiro subcírculo: os violentos contra Deus, a natureza e a arte

Saindo do bosque de árvores infrutíferas e folhas pretas, diz o Poeta ter chegado a um lugar de areia seca e compacta e advertindo sobre o temor que devemos ter da justiça divina descreve então o lugar onde são punidos os blasfemadores, os usurários e os sodomitas: “*vi muitos rebanhos de espíritos nus, todos chorando miseravelmente, parecendo que sobre eles pesou diferentes leis. Alguns jaziam de costas sobre a terra (blasfemadores), outros, encolhidos (usurários), se sentavam juntos e outros andavam continuamente (sodomitas). Aqueles que andavam eram muitos, e menos os que jaziam de costas no tormento e que tinham para a dor a língua mais solta. Sobre o areal chovia lentamente grandes lâminas de fogo, como faz a neve na montanha sem o vento... assim descia o eterno fogo, com o qual a areia se acendia como a isca posta no fuzil, dobrando a dor. Sem descanso seguia a dança agitada das miseráveis mãos que, ora aqui, ora ali tentavam afastar de si o calor contínuo.*”

Dante parece ter em mente a punição imposta por Deus contra Sodoma e Gomorra (Gen. 19, 24-28), quando fez chover do céu fogo e enxofre.

Os três pecados punidos aqui têm haver com a esterilidade dos atos. Os blasfemos são violentos contra o poder criativo de Deus; os sodomitas contra a natureza humana no seu destino de multiplicar-se sobre a Terra; e os usurários no esforço humano (arte), daí estarem

encolhidos e sentados, pois não produzem nada e o trabalho é feito pelo dinheiro deles.

O Prof. Prater faz a seguinte observação em suas anotações: “os sodomitas são mais numerosos que os blasfemadores, mas os blasfemadores têm que suportar tormento maior. O *contrapasso* dos blasfemadores se evidencia por sua posição (de costas), dado que, enquanto lançavam suas blasfêmias, presumivelmente viravam seus rostos para o céu; e agora, ao exprimirem seus lamentos, mantêm os rostos na mesma direção, enquanto o fogo punitivo de Deus cai sobre eles”.

10. Oitavo círculo. Fraude simples

O oitavo círculo é dividido em dez vales ou valas chamadas de “malebolge” (bolsas más), “*todo feito de pedra cor de ferro, assim como o círculo que o rodeia*”. Em cada um desses vales são punidos os dez tipos de fraudes.

Dante passa do sétimo círculo para esse montado no dorso de *Gérion*, uma criatura da mitologia clássica, que faz o mundo cheirar mal porque apodrece a confiança entre as pessoas, isto é, a verdade seria o alimento da alma, enquanto a fraude seria o seu veneno. *Gérion* tem uma cara honesta criando uma confiança inicial, um corpo com cores vivas com laços e argolinhas que confundem e no fim um ferrão semelhante ao do escorpião. Contra essa criatura (fraude) nenhuma defesa humana prevalece.

10.1. Primeira bólgia: alcoviteiros e sedutores

O Poeta assim descreve a punição desses pecadores: “... *estavam nus; os do meio vinham em nossa direção, outros, com passos maiores, andavam conosco... Aqui e ali, por sobre a rocha escura vi demônios chifrudos com grandes chicotes que nas costas dos penitentes batiam cruelmente. Ah! como fazia cada um levantar o calcanhar à primeira chicotada! Ninguém esperava a segunda sem a terceira*”. Durante toda a viagem, o Peregrino sempre conversa com as almas que ali encontra e aqui não é diferente, porém chamou-me a atenção os versos 64, 65 e 66 desse Canto (XVIII): “*Enquanto falava um demônio lhe bateu com seu açoite e disse: ‘Sai daqui, cafetão! Aqui não há mulheres para explorar!’*”.

10.2. Segunda bólgia: lisonjeadores

Embora não se encontre claramente uma relação metafórica das chicotadas para os alcoviteiros e sedutores, salvo o fato de instigarem suas vítimas ao pecado, a punição para os lisonjeadores é claramente apropriada. A inutilidade de suas lisonjas e o nojo de seu agir, leva Dante a assim descrever o modo pelo qual são punidos naquela vala: *“As margens eram cobertas por um mofo, produzido pelo hálito que do fundo emanava, e que com nossos olhos e narizes brigava. O fundo é tão escuro que dele nenhum lugar oferece vista sem que se monte sobre o arco, onde o cume se sobressai. Ali chegamos e dali vi, no fosso lá embaixo, gente imersa em fezes que pareciam evacuadas por cloacas humanas. E enquanto olho lá embaixo, procurando, vi um com a cabeça tão suja de merda que não se distinguia se era leigo ou clérigo”*.

Nessa bólgia são identificados dois pecadores. Alessio Intermini, para o qual o Prof. Prater faz uma anotação sobre o que disse dele o historiador Benvenuto: “Bem, esse Alessio tinha hábito horrível: era tão dado a lisonjear que era incapaz de dizer qualquer coisa sem temperá-la com o óleo da lisonja. Ele lubrificava todos, ele lambia todos, até os servos mais vis e venais. Em suma, ele completamente pingava lisonjas e fedia por causa delas”. A outra alma *“é Taís, a puta que respondeu a seu amante quando este lhe perguntou: ‘Eu te agrado?’ ‘Sim, maravilhosamente!’”*. “Curiosamente, a única prostituta no Inferno é condenada pela lisonja e não pela prostituição”, observa o Prof. Prater.

10.3. Terceira bólgia: os simoníacos

Nessa bólgia são punidos os seguidores de Simão Mago, o mago da Samaria que ofereceu dinheiro ao apóstolo Pedro para comprar o poder do Espírito Santo, concedido pela imposição das mãos dos apóstolos (Atos, 8, 9-24). “Do nome ‘Simão’ deriva-se a palavra *simonia*, a compra e venda dos poderes sacramentais do sacerdócio, ou do sacerdócio em si. Simonia é o uso fraudulento da Igreja e seus ofícios para enriquecer-se ou adquirir poder”.

Esses pecadores estão presos em buracos, de cabeça para baixo, ficando de fora os pés e as pernas até às coxas. Labaredas então vinham sobre seus pés e os queimavam, fazendo o pecador sacudir-se violentamente dada a intensidade da dor. A simbologia aqui tem

relação com o *Dia de Pentecostes*, quando o que parecia línguas de fogo pousou sobre a cabeça de cada um dos apóstolos (Atos 2, 3).

10.4. Quarta bólgia: os adivinhos

Descreve o poeta assim a penitências dessas almas: “... *quando vi gente vindo pelo rotundo vale silenciosamente, chorando, parecendo, pelo caminhar, com as procissões no nosso mundo..., vi que, espantosamente, cada um parecia torcido do queixo ao começo do peito, pois o rosto era virado para as costas, e eram forçados a andar para trás porque olhar para frente lhes era impossível. Talvez por força da paralisia alguém fosse tão completamente torcido, mas nunca vi, nem creio que seja possível*”.

Esclarece o Prof. Prater que nessa bólgia nenhum pecador falará, talvez devido a forma física como se acham e acrescenta: “o *contrapasso* neste *Canto* faz jus ao pecado: aqueles que tentaram usurpar a prerrogativa de Deus adivinhando o futuro, agora estão tão torcidos que os rostos e os pés estão apontados para direções opostas... Este pecado consiste no mau uso do conhecimento, que visa manipular o meio ambiente (não somente as coisas materiais, mas também a personalidade dos outros) para engrandecimento do próprio ego”.

10.5. Quinta bólgia: os traficantes

Esclareço serem os “traficantes” aqui punidos aqueles que praticam negócios fraudulentos, os corruptos, aqueles que convertem a confiança pública em lucro pessoal, mercadejam a justiça “*e por dinheiro tornam o não em sim*”, estes são para as cidades, para as pessoas, o que os simoníacos são para a Igreja.

O poema afirma que tais almas são coletadas por demônios negros de aspecto cruel, com asas e muito ágeis, trazem os pecadores sobre os ombros como quem carrega um fardo qualquer ou um pedaço de carne como se fosse um açougueiro e os lança num poço de piche fervente, forçando-os a submergir com tridentes e quem ousa emergir será lanhado por suas garras.

“Estes traidores da fé comunitária são submersos no piche fervente, pois suas negociações eram secretas. O dinheiro grudava em suas mãos; portanto, o visgo do piche se grudará nestes pecadores”, anota o Prof. Prater.

10.6. Sexta bólgia: os hipócritas

Dante encontra os hipócritas andando em círculos e vestidos com mantos dourados por fora, mas por dentro eles são forrados de chumbo e tão pesados que os fazem andar lentamente, deixando-os com aparência fatigante, cansada, vencida.

O Prof. Prater explica que Dante talvez tenha em mente as palavras de Jesus: “Ai de vós, escribas e fariseus hipócritas! Sois semelhantes aos sepulcros caiados: por fora parecem formosos, mas por dentro estão cheios de ossos, de cadáveres e de toda espécie de podridão. Assim também vós, por fora pareceis justos aos olhos dos homens, mas por dentro estais cheios de hipocrisia e de iniquidade” (Mt. 23, 27-28). E continua o Professor: “... o *contrapasso* é claro: a vigilância necessária para o hipócrita disfarçar os verdadeiros sentimentos (vanglória e avariza) é simbolizado pelo peso do manto, que dificulta qualquer progresso espiritual”.

10.7. Sétima bólgia: os ladrões

A sétima bólgia, onde são punidos os ladrões, está repleta de serpentes dos mais diversos tipos que nos faria congelar o sangue. Os ladrões são submetidos a metamorfoses impostas pelas serpentes quando elas os mordem, se enroscam neles ou os traspassam. Dante descreve três metamorfoses: “Na primeira (XXIV, 97-105), o pecador recebe a mordida na junção dos ombros com o pescoço”, fazendo arder em chamas e transformar-se em cinzas, para em seguida, tal qual a Fênix, ele ser reconstituído e recobrando os sentidos, desorientado, se levanta suspirando e angustiado. “A segunda (XXV, 49-78)” a mordida recebida pelo pecador é no rosto, porém essa metamorfose é mais demorada que a anterior, pois aqui há ainda um forte apelo sexual, a serpente se enrosca no pecador, penetra-o e aos poucos se funde com ele. “Na terceira (XXV, 85-138), o ladrão recebe a mordida no umbigo (... *por onde nosso primeiro alimento é recebido*...)”, gerando uma metamorfose “... alucinada, laboriosa, prolongada e gera criatura grotesca...”.

Assim estavam sendo punidos os pecadores nesta bólgia, para os quais o Prof. Prater nos trás a seguinte explicação: “todas as metamorfoses de homens em serpentes, deste *Canto*, servem bem para ilustrar o *contrapasso* desta *bólgia*: os ladrões, que na vida não fizeram distinção entre ‘meu’ e ‘teu’, agora não podem mais ter a

posse da própria personalidade. Na vida, os movimentos destes ladrões eram sutis para roubar os bens alheios e, agora, as serpentes punitivas usam a mesma sutileza para roubar o corpo de cada um destes pecadores. Convém lembrar que na Idade Média a propriedade justa de um homem era considerada uma extensão de sua personalidade... um corpo externo, por assim dizer, é um depósito sagrado para ser usado e não abusado pela própria pessoa ou pelos outros”.

10.8. Oitava bólgia: os maus conselheiros

Aqui estão aqueles que usam da palavra para provocar discórdias, levam os homens à guerra e ao derramamento de sangue, agem como raposas, dissimuladamente aconselham mal, especialmente aqueles que nele tinham depositado confiança, estes “maus conselheiros roubaram dos outros a oportunidade de tomar decisões baseadas na verdade, sem distorções ou ocultamento” e decisões tomadas com base em conselhos viperinos levam a desgraças e por tais atos são lançados nessa bólgia, abaixo dos ladrões que tomam apenas bens materiais.

A língua é, portanto, o instrumento do mal, “a língua é um fogo, um mundo de iniquidade. A língua está entre os nossos membros e contamina todo o corpo e sendo inflamada pelo inferno, incendeia o curso da nossa vida” (Tiago 3, 6). Assim, a punição dessas almas consiste em queimar dentro de “línguas de fogo” e cada palavra proferida é um tormento fazendo-a contorcesse e debater-se. O contrapasso: “os conselheiros falsos, na vida possuidores do dom da persuasão, no *Inferno* têm dificuldade de falar”.

10.9. Nona bólgia: os causadores de discórdia

Nesta bólgia são punidos os causadores de discórdia, quer seja religiosa, secular ou familiar. Cada bólgia é um círculo por onde, sem parar, caminham os pecadores, esses aqui estão fendidos, cortados, e diz o poema: *“e todos os outros que aqui tu vês, eram semeadores de escândalo e heresias quando viviam e por isso estão fendidos. Há um diabo lá atrás que nos enfeita cruelmente passando o fio da espada em cada um desta companhia a cada volta da dolorosa estrada, pois as feridas se fecham antes que outras delas se lhe façam rivais”*. O Poeta registra uma figura *“rasgada do queixo até lá por onde se evacua”*, outro chorando com *“o rosto rachado do queixo ao topete”*,

“um outro, que furada tinha a garganta e rachado o nariz até junto dos cílios e não tinha mais que uma orelha”, havia ainda um com o maxilar rachado e a língua decepada e outro as mãos estavam igualmente desligadas. Por fim, há um corpo sem cabeça que a traz segurando pelos cabelos como uma lanterna e ao se aproximar do Peregrino diz: “Por ter separado pessoas assim unidas, levo meu cérebro, ai!, separado de seu lugar natural, que é este tronco”.

Dessa forma, esses pecadores usando o intelecto (por isso estão no círculo da fraude) provocaram cisões religiosas, civis e familiares, a punição, portanto é se verem fendidos de diversas formas conforme agiram. Dante fica impressionado com o que vê, então Virgílio o repreende com brandura: *“Lembra-te, se acreditas que podes contá-las, de que o vale se estende por vinte e duas milhas...”*.

10.10. Décima bólgia: os falsificadores, alquimistas, etc

Explica-nos o Prof. Prater ser essa e a bólgia anterior “dois panoramas... versões das consequências sociais da fraude, o pecado que corrói a vida civil... Esta décima *bólgia* nos mostra retratos daqueles que falsificaram coisas, palavras, dinheiro e pessoas. Este grupo pode ser encarado como representativo de cada tipo de falsificador que adultera os artigos básicos dos quais a sociedade depende. No sentido alegórico, esta é a imagem do coração corrupto que não aceita nenhuma obrigação de manter sua palavra perante o próximo... As *Malebolge* começaram com a venda das relações sexuais e prosseguiram até a venda da Igreja e do Estado. Agora, a própria moeda é corrupta, cada afirmação tornou-se perjúrio e cada identidade uma mentira. Não existe mais nenhum meio de comércio que permaneça respeitável e ‘os vínculos de amor que a natureza cria’ (XI, 56) já forma totalmente dissolvidos”.

E prossegue o Professor com suas anotações ao Canto XXX explicando o que ocorre nesta última bólgia do oitavo círculo: “Neste *Canto*, então, temos mímicos (falsificadores de pessoas), perjuros (falsificadores de palavras) e falsários (cunhadores de moedas falsas). O Canto XXX é o único em que o sofrimento dos pecadores não é causado por algo que venha de fora, algum fato ou elemento no ambiente, mas por algo que está dentro deles mesmos, uma doença, mental ou física. Os alquimistas sofrem de lepra, os mímicos são enlouquecidos, os falsificadores sofrem de hidropsia (*na época de*

Dante, hidropsia seria uma moléstia que se supunha provocaria intensa sede e seria causada por um mau funcionamento do fígado, onde normalmente converter-se-ia a comida, já ‘cozida’ pelo calor do estômago, em um líquido intermediário e depois em sangue, distribuído pelo coração para as outras partes do corpo) e os mentirosos de uma febre que os faz feder. Nesta última bôlgia do oitavo círculo, vemos a ‘fraude simples’ no seu aspecto mais radical e danificador. Operando na sociedade, a fraude é uma doença e a corrupta proporção dos valores fraudulentos é simbolizada pelo estado de corrupção de seus corpos e mentes”.

11. Nono círculo. Traidores de parentes e irmãos; traidores da pátria ou partido; traidores de hóspedes

Saindo do oitavo círculo, Dante encontra gigantes aprisionados guardando “a fronteira dos círculos mais baixos do Inferno” e “o fato de gigantes (vindo da mitologia pagã) e de anjos caídos (saídos da tradição judaico-cristã) terem-se rebelado contra seus respectivos senhores sugere que as bases de todos os pecados dos últimos círculos do *Inferno* são orgulho e inveja”.

Dante diz: “... quando o poder da mente se junta ao mau instinto e à força bruta, não há refúgio para a humanidade”. O Prof. Prater então explica: “a combinação de malícia, violência e inteligência mal utilizada faz com que, como foi mencionado em XI, 82-83, este último trecho do Inferno seja a zona da ‘louca bestialidade’ (... a incontinência, a malícia e a louca bestialidade...). Estes versos descrevem a terrível combinação de qualidades representadas pelos gigantes, bem como pelos outros pecadores do nono círculo. A diferença entre os pecados da incontinência (punidos nos primeiros círculos) e os pecados punidos nos últimos quatro círculos é que os primeiros são pecados do apetite e não o produto de um ‘*mau instinto*’..., enquanto os pecados de heresia, violência e fraude são cometidos com deliberação consciente. A violência é uma aliança entre ‘*mau instinto*’ e ‘*força bruta*’, enquanto a fraude simples (punida nas *Malebolge*) é o produto do ‘*mau instinto*’ aliado ao ‘*poder da mente*’... De todos os pecados capitais, somente o orgulho e a inveja poderiam ter levado um ser tão dotado como um anjo a praticar o mal”.

Um gigante pega o Peregrino e Virgílio com a mão e os coloca sobre o lago congelado chamado Cocito que forma o fundo do Inferno, aqui são punidos traidores, assassinos, os piores pecadores de todos. Encontram-se presos nesse lago congelado aqueles que mataram parentes para ficar com a herança e aqueles que traíram a pátria permitindo mortes e destruição. Dante descreve o sofrimento destas almas: “... vi um lago que, pela crosta gelada, mais parecia vidro do que água... imersas até onde se revela a vergonha (até o rosto), estavam as almas aflitas no gelo, batendo o queixo... as bocas testemunhavam o frio e os olhos a tristeza dos seus corações... Passamos adiante, onde o gelo rudemente envolve outros pecadores com os rostos voltados para cima... é um horror difícil de contar em versos – onde as almas pelo gelo encobertas pareciam objetos em cristal encerrados. Um deitadas de costas, outras eretas, esta com a cabeça e aquelas com pés para cima; outras, arqueadas, juntam os rostos aos pés” (“os traidores nesta última zona de Cocito, a Judeca... estão totalmente imersos. Eles não podem emitir sons...”). “Para Dante, o último estado do pecado é um egoísmo frio e cruel, invadindo cada vez mais o centro da personalidade até que as últimas paixões de ódio e destruição sejam congeladas até a imobilidade. O conceito é puramente dantesco, embora o livro apócrifo *O Apocalipse de Paulo* mencione alguns tormentos gélidos” – esclarece o Prof. Prater.

O Cocito é dividido em quatro áreas concêntricas, nas quais são punidas quatro categorias de traidores: Caína – onde se pune quem traiu um parente; Antenora – onde são punidos os traidores da pátria, cidade ou partido político; Ptoloméia – onde é punido quem traiu um hóspede; Judeca – aqui estão quem traiu os senhores e benfeitores.

As almas deste círculo tentam esconder suas identidades, todavia, elas sentem prazer em delatar os parceiros em agonia, assim, eles se revelam mutuamente. Além dessa característica, fiquei impressionado pela forma como esses pecadores morreram sempre de modo extremamente violento: aqui dois irmãos se matam pela herança; acolá um outro foi transpassado por uma lança que ao ser retirada a luz do sol atravessou a ferida; adiante tem um que foi colocado num barril com pregos e após ser rolado pela cidade foi decapitado; e outro foi amarrado a quatro cavalos e esquartejado. E mais, a punição dessas almas no Inferno não é menos atroz da morte

sofrida, pois aqui continuam a sofrer agressões físicas, mordidas lacerantes; na Ptoloméia o frio é tão intenso que as lágrimas congelam sobre os olhos criando uma pressão no globo ocular causando grande dor e aflição.

Outro aspecto tenebroso, diz respeito a uma idéia, segundo a qual, “sob certas circunstâncias, um ser vivo pode, por seus atos de traição, perder a posse da própria alma antes de morrer, tornando-se possuído do demônio. Neste caso, quem habitaria o corpo deste pecador, até sua morte natural, seria um demônio”. Esse pensamento, “segundo alguns estudiosos, veio a constituir doutrina oficial da Igreja medieval”.

Por fim, o Peregrino chega ao fundo do Inferno e lá encontra *Satanás* que foi chamado de *Lúcifer* (portador da luz) porque foi o mais belo dos anjos. Dante assim descreve o que viu: *“O imperador do doloroso reino mostrava-se com a metade do peito fora do gelo; e mais posso comparar-me a um gigante que os gigantes com seu braço: veja portanto quanto deve ser grande o todo ao qual pertence esse braço. Se antes ele foi tão belo como agora é horrendo, e contra o Criador ergueu a fronte, é natural que dele proceda todo o mal. Oh! como foi para mim um grande assombro ver três faces na sua cabeça! Uma ficava na frente e era vermelha; as outras duas, se juntavam a esta acima dos ombros e se uniam no topo da cabeça. A da direita era, na cor, de um ocre desmaiado; a da esquerda tinha a cor dos que nascem perto da nascente do Nilo. Abaixo de cada uma saíam duas grandes asas como convinha a tamanha ave: no mar, velas tamanhas jamais vi. Não tinham penas: mais ás de morcego se pareciam e ele as abanava tanto que três ventos partiam delas e com eles o Cocito todo se congelava. Por seis olhos ele chorava e dos três queixos pingavam pranto e baba sangrenta. Em cada boca despedaçava com os dentes um pecador, como faz a espadela ao linho, três deles fazendo sofrer ao mesmo tempo. Para o que ficava à frente a mordida era nada em comparação aos arranhões, que lhe dilaceravam a pele das costas. ‘Aquele alma que tem a pena maior’, disse meu mestre, ‘é a de Judas Escariotes, que, preso pela cabeça, agita as pernas. Das outras duas, aquela cuja cabeça pende do focinho negro, é Bruto – veja como se contorce, sem nada dizer. A outra, de membros fortes, é a de Cássio’”.*

O Príncipe das Trevas está preso no fundo do Inferno, num lago congelado, onde abana suas asas e nada diz, pois suas bocas estão ocupadas com os maiores pecadores, segundo Dante, Judas – traiu Jesus; Bruto e Cássio traíram Júlio César, fundador do Império Romano. Para esta descrição há uma série de explicações, como por exemplo, a referência às asas de morcego, segundo a fábula de Esopo, o morcego foi punido por trair as aves em prol dos animais terrestres e por isso vira um proscrito, nem plenamente ave, nem plenamente animal terrestre, nem de dia, nem de noite: uma criatura do crepúsculo.

O Prof. Prater faz várias anotações e esclarece vários aspectos, porém, finalizando este resumo o que aqui queremos deixar registrado é a propriedade de cada punição, quem quer que tome conhecimento desse poema não consegue, honestamente, encontrar reparo na proporcionalidade entre o pecado e o seu tormento, sem dúvida, as vítimas dessas almas sentem-se reconfortadas, o mal praticado reverte contra seu autor e dele prova igual dor, há aqui um ciclo perfeito e no íntimo, será que não sentimos algum desejo de vermos algum pecador conhecido punido do mesmo modo aqui descrito...?

12. O Purgatório de Dante

O Purgatório na visão dantesca é constituído por uma ilha onde há uma montanha com uma inclinação de 45 graus (*“... talhada de tal forma que o início da subida é sempre mais árduo; mas depois exige menor esforço...”*), na qual as almas devem se purificar até estarem aptos a subir ao Paraíso.

Não irei apresentar um resumo do Purgatório, tal qual fizemos com o Inferno, apenas registraremos alguns aspectos necessários ao entendimento de como ele é na visão de Dante, dizendo de logo, sê-lo semelhante ao Inferno e aqui também vigora o *contrapasso*, isto é, há similitude entre o pecado e a penitência atribuída.

Antes de ingressar no Purgatório em si, há o “antepurgatório”, cujo guardião é Catão, onde estão as almas dos arrependidos tardios: os excomungados, os que não receberam extrema-unção, o vale dos príncipes (“aqueles que negligenciaram seus deveres espirituais por estarem demasiadamente preocupados com assuntos mundanos”), os indolentes e os negligentes. Após o portão chega-se ao Purgatório propriamente dito, o qual é dividido em sete terraços classificados em

três grupos: o primeiro do “amor mal-direcionado”, onde estão os soberbos, os invejosos, os irados; o segundo do “amor deficiente”, onde estão os preguiçosos; o terceiro do “amor excessivo”, onde estão os avarentos e esbanjadores, os gulosos e os luxuriosos. Como se pode notar, a divisão do Purgatório mantém simetria com o Inferno, vejamos então algumas diferenças.

A primeira está no portão. Enquanto o portão do Inferno é largo, está sempre aberto e não é guardado; o do Purgatório mais parece *“uma fenda, uma brecha a dividir o muro”*, está fechado, é guardado por um anjo e suas dobradiças rangem quando ele é aberto, sugerindo o quão pouco ele é usado.

As almas do Purgatório estão salvas, mas, por carregarem alguma nódoa precisam se purificar antes de ascenderem ao Paraíso.

Os penitentes humildemente se submetem às penas que os tornarão dignos de subir ao Céu, por isso eles chegam mesmo amar a purgação a que estão submetidos, por isso, em contraste com o Inferno, o Purgatório é um lugar de sorrisos, motivado pela certeza da salvação, apesar do sofrimento sentindo em cada aflição imposta.

O que qualifica uma alma para o Purgatório não é sua inocência, mas o arrependimento sincero, mesmo que no momento do último suspiro de vida, aliás, a hora da morte deve ser o momento do verdadeiro arrependimento e o estado de espírito nesse instante é decisivo para a salvação. Além disso, a participação aqui na purificação é mais ativa e enérgica, a alma tem remorso pelo pecado, arrepende-se profundamente dos seus atos e busca incansavelmente sua redenção na penitência, como por exemplo, os luxuriosos, mundificados em chamas, estão *“sempre cuidadosos para não sair de onde eram queimadas”*.

As almas do Purgatório tem tempo certo para o fim de sua aflição, por exemplo: os indolentes são purgados no mesmo tempo de suas vidas terrestres, os pródigos por 500 anos e os preguiçosos por 400 anos, contudo esse tempo pode ser abreviado *“... por orações de um coração em estado de graça, pois outras, de que adiantam se não são ouvidas no céu? ... pois aqui muito se avança com as preces dos que estão lá”*, isto é, na dependência de orações de pessoas vivas de coração puro; já as almas do Inferno não têm salvação, estão condenadas a lá permanecerem por toda a eternidade.

No Antepurgatório há fenômenos atmosféricos (I, 121 e XXI, 46-50), enquanto no Purgatório não, porém, quando uma alma se sente purificada ocorrem tremores, ouvem-se gritos de júbilo e ela então ascende ao Paraíso. Não há guardião no Purgatório impedindo a mobilidade da alma, a subida ao Céu, mas, a Justiça Divina contém seu desejo de ir para o Paraíso e a sua melhora ocorrerá num momento de conscientização inesperada: *“Sozinha, a alma tem a certeza de estar purgada e liberta para mudar de convento e, tomada pela surpresa, dá livre impulso à sua vontade”*.

À semelhança do Inferno, no Purgatório as almas são expostas à purificação por meio de penitências semelhantes ou contrárias aos seus pecados, isto é, o *contrapasso*. Vejamos alguns exemplos.

No primeiro terraço, o vício punido é o orgulho. “A penitência consiste em submissão à virtude oposta.” Como em vida os orgulhosos andam de cabeça erguida, olhando todos do alto, no Purgatório são obrigados a andarem curvados carregando pedras enormes nas costas, cujo peso varia conforme a gravidade e a extensão do próprio pecado.

No quarto terraço, a disciplina purgatorial da preguiça consiste em correr velozmente sem parar: *“Depressa, depressa, que o tempo não se perca por falta de amor – gritavam os outros mais atrás – pois fazer o bem faz a graça reverdescer... Temos tanta vontade de seguir em frente, que parar não podemos...”*.

No quinto terraço, a purgação da avareza: *“quando cheguei ao início desse quinto terraço, no chão vi gente que chorava, todos deitados com o rosto para baixo”*. O contrapasso: “Assim como os olhos dos avarentos, durante a vida, estavam sempre fixos nos bens terrestres e suas mentes nas recompensas da riqueza e no poder provindo dela, no Purgatório eles têm que ficar prostrados, os olhos forçosamente fitando o chão e suas mentes constrangidas a refletir sobre o estado em que sua avareza os deixou”. Eles ficam a dizer com suspiros profundos: “a minha alma está apegada ao pó”.

Por todo o Purgatório são ouvidos preces e orações, os penitentes resignados com o castigo imposto anseiam com o momento em que irão para os braços do Pai e todo o tormento cessará.

Essas são as características do Purgatório na visão de Dante, passemos então a refletir sobre essas idéias, transferindo a alegoria dantesca para os nossos dias, lançando uma visão sobre os criminosos e suas penas.

13. As dantescas penas atuais.

13.1. O contrapasso.

Um dos aspectos mais complexos no estabelecimento das penas é a sua *proporcionalidade*, abstrata ou concretamente. Pergunta-se: que tipo e qual o limite de pena cominada para a punição de determinado delito? E ocorrido o fato?

Esse problema não tem implicação apenas teórica, há graves conseqüências práticas. Quando alguém clama por justiça contra um ato delituoso, na verdade, essa pessoa (vítima, parente ou amigo) está a rogar das autoridades que inflija no seu agressor dores (físicas ou não) na mesma proporção sofrida por ele (ou seu ente querido) quando do ato violento e injusto, no momento em que toda a sociedade se sente ultrajada e busca freneticamente restabelecer a ordem injustamente violada, advindo a perseguição e punição do criminoso ou, na acepção religiosa: a penitência do *pecador*.

Pergunta-se então: que punição deve sofrer o criminoso (pecador), suficiente e necessária para aplacar a ira gerada por seu ato na sociedade e com isso restaurar a ordem social, dando ao cidadão a certeza (no mínimo, a sensação) de esta participando duma comunidade ordeira e que lhe permite viver com crescimento econômico e social, sem temor? Onde vigora a civilidade, contrário à barbárie.

É recorrente dizerem ser a Lei de Talião a mais perfeita das leis no aspecto da proporcionalidade. Vejamos como ela está escrita no Levítico (o terceiro livro do Pentateuco): *Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto. Quem tiver ferido de morte um animal doméstico, dará outro em seu lugar: vida por vida. Se um homem ferir o seu próximo, assim como fez, assim se lhe fará a ele; fratura por fratura, olho por olho e dente por dente: ser-lhe-á feito o mesmo que ele fez ao seu próximo* (24, 17-20, ver também Ex. 21, 23-25).

Diz-se também ser tal norma uma evolução, porque tradicionalmente a vingança consistia em retribuir sete vezes as injustiças e injúrias recebidas (Gen. 4, 24). Esse aspecto de evolução é verdadeiro, pois, os sentimentos que dominam as vítimas e por extensão os que lhes são caros é um caldo onde está imerso desde o temor, a frustração, a indignação, até o desprezo, a raiva, o ódio mortal, onde invariavelmente a vindita ultrapassa a magnitude da ação primária infligida (delituosa ou pecadora). Por outro lado, se a punição fica aquém do mal irrogado, isto é, quando o algoz não vem a sofrer tanto quanto a vítima sofreu, produz-se uma incompreensão na vítima ou em seus parentes e amigos, e mais, no futuro, pode-se gerar até uma revolta muito grande quando o criminoso é liberto, retomando sua vida normal no seio da sociedade, e talvez, desencadeando um desforço tardio, gerando um ciclo vicioso de ação e reação.

É sob o prisma da *proporcionalidade* que observamos as diversas punições registradas na *Divina comédia*, guardando correspondência aos pecados. No Poema vige o conceito do CONTRAPASSO, consistente no fato de que cada sofrimento no Inferno estende ou reproduz o pecado punido em cada círculo, sendo que o pecador irá sofrer aqui, tal tormento, por toda a eternidade, porque ele não tem salvação e jamais ficará diante de Deus, – para essas “aves más” não há esperança.

No Purgatório a concepção é a mesma, os castigos sofridos pelas almas penitentes são proporcionais, assemelhados, equivalentes aos pecados praticados, com a diferença de que aqui há esperança e o desejo pela salvação será alcançado em face do arrependimento, levando o penitente a suportar a sua pena e até buscá-la, posto que, a recompensa é certa.

Quanto ao sentimento insuflado naqueles que observam as punições aplicadas, Dante registra no Canto II (91-93) que não se deve sentir compaixão pelas almas danadas do inferno, porque fazê-lo é questionar a justiça de Deus. No Canto XX Virgílio repreende Dante por sentir pena dos condenados, observando ser apropriado sentir piedade apenas pelos vivos ou pelas almas do Purgatório, porque podem mudar. “Contestar a justiça de Deus seria recusar-se a aceitar o seu veredicto, os seus desígnios e a equidade com que Ele executa suas sentenças”. E no poema está dito: “*Aqui a piedade vive quando*

está bem morta: quem é mais malvado do que aquele que a justiça divina contesta?” (28-30).

13.2. As penas modernas.

Teorias foram elaboradas para explicar ou justificar as penas aplicadas pelo estado e basicamente se divide em *retributivas* e *preventivas*, tal qual está dito no art. 59 do nosso Código Penal quando manda ao juiz fixar a pena do acusado “*conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

As penas atuais perderam o caráter retributivo e preventivo. Não é uma retribuição pelo mal praticado porque lhe falta proporcionalidade. Não previne novos delitos (geral ou especial) porque quem pratica um crime não espera ser descoberto, nem se sente inibido ou temeroso pelas modernas penas.

Em verdade, pena é CASTIGO, PUNIÇÃO, imposta a quem causou a outrem SOFRIMENTO, PADECIMENTO, AFLIÇÃO. A pena de prisão imposta a um homicida, não é retribuição porque lhe falta proporcionalidade, também não irá impedir que ele venha a matar alguém novamente ou que outrem também o faça, ela é apenas um castigo, uma punição pelo que fez e deve ser aplicada com o intuito de fazer o indivíduo padecer pelo mal causado, satisfazendo a família da vítima, seus amigos ou parentes, e por fim a sociedade, impedindo que se venha tomar a vingança como o meio adequado de aliviar a dor (física e moral) pelo injusto sofrido, gerando mais desconforto social.

Vejamos um exemplo. Quando uma quadrilha (com colarinho branco ou preto) se apropria de um bem, a pena de prisão e multa devem ser impostas com um único pensamento: castigá-los, puni-los, porque não adquiriram tais bens com “o suor do rosto” (Gen. 3, 19). Se for permitido que eles gozem os bens conquistados por métodos ilegítimos, é fazer escárnio daqueles que sofrem, padecem e se afligem para conseguir o pão de cada dia honestamente. Isso não irá impedir, porém, que alguém amanhã venha a delinquir, apenas vai trazer a quem trabalha honestamente uma sensação de alívio pelo suor que lhe escorre do rosto, enquanto aqueles que nada fizeram de digno para merecer os bens adquiridos irão padecer por tal comportamento, como também não poderão vir a gozar desses bens.

Dada a situação atual do sistema de penas fixado no ordenamento penal brasileiro, falta-lhe proporcionalidade, contrapasso, com os delitos praticados, isso gera insegurança e insatisfação popular e por consequência, uma nítida sensação de que o “crime compensa”. Como então punir os delinquentes modernos?

13.3. Os dantescos criminosos modernos.

O Inferno e o Purgatório, segundo o pensamento figurativo de Dante, seria a sociedade humana, enquanto o Paraíso seria o ideal social. Dentro desta visão, não é difícil transpormos esse simbolismo para o momento atual, e fazermos um paralelo entre os pecadores do épico e os criminosos modernos.

Assim, poderíamos classificar os criminosos modernos em dois grandes grupos: os *infernais* e os *purgatoriais*. Os *infernais* seriam aqueles criminosos empedernidos, alguns reconhecem-se delinquentes, outros não, mas sempre agem e pensam apenas em violar as leis, explícita ou implicitamente, às claras ou mediante subterfúgios, porém não sentem mágoa ou pesar por faltas ou erros cometidos, muitas vezes até se orgulham do que fazem. Os *purgatoriais*, ao contrário, seriam aqueles que em algum momento da vida cometeram um ou mais crimes, porém, se arrependem de tê-los praticado e sonham com o dia em que voltarão a ter uma vida ordeira, regular e honesta; quando condenados, submetem-se à pena sem reclamações, pois, o único desejo é ver expirado o seu tempo de padecimento para poderem retomar suas vidas a partir do ponto em que se desviaram e não se orgulham do que fizeram.

Os *infernais* podem ser subdivididos em *bandidos* e *mocinhos* (na falta de uma expressão melhor). Os primeiros reconhecem-se foras da lei, têm a prática de delitos como um “trabalho”, nunca diz que vão, por exemplo, *fazer um assalto*, mas, estão indo executar um “serviço”. A passagem pela prisão não chega a constituir um sofrimento, apenas e tão somente um inconveniente; havendo até aqueles que se sentem melhor no claustro do que em liberdade. Estão sempre em busca de oportunidades para praticar algum delito ou para se aproveitar de alguém em benefício próprio. A morte é encarada como uma consequência natural de sua atividade, reconhecidamente perigosa e não hesitam em matar, tudo é considerado como “ossos do

ofício” (encargos ou dificuldades inerentes ao exercício de uma tarefa, emprego ou profissão).

Já os *mocinhos* não se reconhecem como delinquentes ou bandidos, ao contrário, se vêem como pessoas decentes, honestas, magnânimas; não raro são tidas como boas amigas, ótimos pais, etc., etc. Vejam, por exemplo, o caso dos nazistas responsáveis pelos campos de concentração. Eles não se viam como criminosos, mas, como *soldados* cumprindo seus deveras para a pátria, há fotos e relatos de serem amigos leais e pais amorosos. Exemplo atual seriam os sonegadores ou os ímprobos. Em geral são pessoas muito bem integradas socialmente, não raro são os maiores benfeitores da região onde habitam, há caso em que na época de sua prisão fora eleito o “empresário do ano” ou obtiveram grande votação eleitoral; há ímprobos considerados pais amorosos, outros se gabam de gerarem muitos empregos e todos, invariavelmente, quando são pegos negam terem praticado qualquer delito, alegam terem agido em benefício do próximo, nunca em proveito próprio, suas ações, por piores que sejam tem um fim nobre, justificam-nas; porém, a única finalidade no seu agir é saciar seu ego e seu bolso. Como consequência de seus “augustos propósitos” e dos “inúmeros benefícios” que gerariam, acreditam estarem acima das regras comuns de convivência social, sentem-se superiores e por deterem alguma espécie de poder (econômico, social ou político), recusam-se a respeitar uma simples fila ou mesmo as mais mezinhas regras de trânsito, de comércio ou de convivência social.

Exemplos de *bandidos infernais*: traficantes, assaltantes, assassinos pagos.

Exemplos de *mocinhos infernais*: sonegadores, ímprobos, corruptores de menores.

Os *purgatoriais* também podem ser subdivididos em dois tipos: os *acidentais* e os *impenitentes*. Os *acidentais* cometeram um único crime, geralmente num momento de loucura ou até mesmo por acreditarem que nunca seriam pegos. Esses, tão logo cometem o crime ou quando são descobertos (essa situação é mais comum), arrependem-se profundamente e se entregam à Justiça rogando uma punição imediata ou até suplicando absolvição jurando nunca mais repetirem qualquer violação da lei, promessa quase sempre cumprida.

Há o caso onde um homem honesto, num momento de infortúnio, apropriou-se indevidamente de certa quantia de dinheiro, pego, devolveu o numerário, arrependeu-se, nunca mais praticou qualquer ato delituoso, e se aflige cotidianamente com os filhos, admoestando-os para não caírem na mesma tentação, nunca foi punido pela justiça, sua pena prescreveu, mas, nunca mais violou a lei, ao contrário, é um exemplo de cidadão e pai. E como esse há inúmeros...

Já os *impenitentes* não praticaram apenas um único delito, numa circunstância accidental, esporádica. Muitas vezes são reincidentes, contudo, arrependem-se dos crimes cometidos, se tiverem uma única chance saíam do mundo crime para nunca mais voltarem. São difíceis de serem identificados, mas existem. Talvez sejam esses os exemplos dos criminosos que são ditos “recuperados” pelos programas desenvolvidos nas penitenciárias mundo afora, não sei. Não tenho exemplos.

Um dos maiores embuste do Direito Penal e em especial da Criminologia é o reconhecimento da tal função *recuperadora* da pena, como está dito no art. 1º da Lei de Execução Penal: *“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*. Nunca, em tempo e lugar algum um delinqüente foi “recuperado” pelo cumprimento de uma pena e sobre isso disse Augusto Thompson: *“a penitenciária não pode recuperar criminosos nem pode ser recuperada para tal fim”* (A questão penitenciária - RJ : Forense, 1993, p. XIX). Citando Bernard Shaw (p. 5) que dizia: *“para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias”*, Thompson conclui: *“Se a penitenciária tem que atender às exigências de segurança e disciplina, deve ser encarada como uma instituição custodial e não como uma instituição reformativa”* (p. 96).

Um criminoso *infernai* não deixará de praticar crimes porque cumpriu uma pena ou porque se submeteu a um programa qualquer (e se muitas vezes assim o fazem, estão em busca de alguma benesse); a pena para ele, repito, é uma conseqüência natural de sua profissão, enquanto os “programas para recuperação de criminosos” não passam de meios convenientes de abreviar sua estadia na masmorra ou meio para aplicar algum outro golpe. Stanton Samenow, estudioso

americano, afirmou: *“Reabilitação é restaurar alguém ou algo para que retorne a um estágio anterior construtivo, como uma casa parra por uma reforma. Mas, no caso desses criminosos, não havia nada antes. Não há, portanto, o que reabilitar.”* (Veja, páginas amarelas)

Já os *purgatoriais* só se “recuperarão” no tempo certo, se assim desejarem, nenhum fator externo irá modificá-lo, ele é que precisa arrepender-se verdadeiramente, nesse caso, os programas desenvolvidos na prisão serviriam do mesmo modo que as orações dos vivos para as almas do Purgatório, mas ele precisa querer (eis a chave mágica). Essa também parece ser a linha pensamento de Samenow: *“o que se diz é que, uma vez alcoólatra, sempre alcoólatra. Você tem de se manter sóbrio para não pôr tudo a perder. Da mesma forma, uma vez criminoso, sempre criminoso. Ele tem de estar sempre vigilante, ter sempre autocrítica”*.

Estou convencido de que o que faz uma pessoa não mais delinquir é o seu arrependimento sincero, é ele dizer para si mesmo: – *não mais violarei a lei*, e só; é algo como deixar de fumar ou beber, só para quem quer, com ou sem ajuda. E como no Purgatório de Dante, com a ajuda de orações, o tempo de penitência diminui..., sair do tormento torna-se mais fácil, aqui, com os programas desenvolvidos nas penitenciárias que serviriam como “orações”, mas o arrependimento há de ser espontâneo e sincero.

É uma falácia descomunal querer recuperar um criminoso *infernai*, ou seja, querer recuperar quem não quer deixar de cometer crimes ou quem acredita que nenhum delito cometeu; que seu agir está acertado e é assim que deve ser. Para os *criminosos infernais* nada há a fazer, jamais deixaram de praticar crimes, ou ficam presos eternamente em seu “inferno terreno” (as masmorras), ou são enviados, com as formalidades necessárias, para Dite ou para o Cocito.

Já para os “*purgatoriais*”, as penas devem ser aplicadas de modo a infligi-lhes sofrimento proporcionalmente equivalente ao seu crime, deve haver o contrapasso. Se matarem, proporcionalmente, deveriam ficar na cadeia por tempo equivalente ao resto da vida a que teria a vítima, mas isso, tal qual a pena de morte, produziria algumas distorções insuportáveis para a sociedade moderna. No primeiro exemplo, o cálculo jamais seria correto, e dada a dificuldade de

defesa, matar um idoso, equivaleria a matar uma criança, mas, em ambos os casos, as penas seriam grandemente desproporcionais. No segundo, haveria sempre a indefectível pergunta após a execução: “*e se ele fosse inocente?*”. Ambas as sugestões são inaceitáveis para a sociedade moderna.

Mas, se furtarem, roubarem ou se apropriarem de qualquer bem alheio, o proporcionalmente ideal seria perderem tudo aquilo que auferiram, impedindo de forma firme e inexorável qualquer proveito do mal praticado, e assim, cumpriria-se a máxima popular: “*o crime não compensa*”.

14. Conclusão

Na aplicação da lei devemos ter sempre em mente a idéia de proporcionalidade das penas aplicadas, tratando-se dos juízes; enquanto aos doutrinadores e aos políticos devem buscar sempre manter harmônico o sistema de penas para permitir uma justa proporcionalidade. Ainda que não consigamos ter proporcionalidade em todas as situações, esse ideal deve ser perseguido e seguramente conseguir-se-á em várias delas, desde que o tenhamos sempre em mente, evitando a cominação e aplicação de penas meramente formais ou distantes da realidade.

Não podemos também ter pena dos que padecem nas masmorras, eles lá estão para purgar os males praticados, devemos permitir apenas aos sequiosos de retomarem suas vidas a partir do ponto onde se desviaram, dando-lhes a oportunidade de assim fazerem, mas, sempre tendo em vista a sua vontade e seu honesto arrependimento, observando o contrapasso e a saciedade de justiça por parte da vítima ou de seus familiares, que deveriam fazer parte, não apenas do processo de apuração e sentença, mas da própria execução da pena.

Por fim, lembro do Ministro Cordeiro Guerra, no seu pequeno grande livro – “A arte de acusar”, quando observa, não podermos tratar os que cometem crimes melhor do que aqueles que nada fizeram de errado e mais, “o Direito Penal é um mínimo ético indispensável à sobrevivência de uma sociedade organizada; que a pena é útil, foi feito no benefício de todos, como se faz a sua dosagem, a sua necessidade e justiça”.

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E AS NUANCES DO ORDENAMENTO PENAL PÁTRIO

Aurora Augusta Gomes Leite de Siqueira

Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Mestre em Direito Regulatório e Responsabilidade Empresarial.

Assessora de Procurador de Justiça. Ministério Público de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A pessoa jurídica e os elementos do delito. 3. Modelo Clássico. 4. Modelo Neoclássico. 5. Modelo Finalista. 6. Teoria Analítica. 7. Teoria do Funcionalismo. 8. Incompatibilidade da pessoa jurídica com as estruturas do conceito tradicional de delito. 9. Capacidade de agir das pessoas jurídicas. 10. Culpabilidade como fundamento da pena. 11. Novo conceito: culpabilidade exclusiva das pessoas jurídicas. 12. Conclusão.

1. Introdução

Pessoas jurídicas são entidades ou instituições a quem a ordem jurídica atribui capacidade para ser titular de direitos e obrigações. Não obstante, mesmo sendo dirigidas por pessoas físicas, distinguem-se destas e possuem nome, patrimônio e atribuições que lhes são próprias.

Entende-se o fato da existência de pessoas jurídicas, a partir do pressuposto de que um homem individual seria insuficiente para realizar determinadas atividades que vão além de sua possibilidade de ação singular. Assim, para que essas limitações sejam transpostas, um homem pode agregar-se, ou seja, associar-se a vários outros e formar entidades jurídicas com estrutura e personalidade própria.

Surgem assim as pessoas jurídicas, ou seja, um conjunto de pessoas e/ou de patrimônio, com possibilidade de adquirir direitos e obrigações.

Esta possibilidade de aumento na movimentação de capital, somado a imprescindibilidade de aperfeiçoamento de tarefas cada vez mais especializadas e a constância de esforços que não envelhecem fisicamente, faz com um binômio seja criado, ou seja, as pessoas

jurídicas podem atender as demandas da coletividade, e, ao mesmo tempo, ser nocivas ao interesse social.

É nesse contexto que surge a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O afã que se robustece com relação aos crimes econômicos, contra o consumidor, contra o meio ambiente, de lavagem de dinheiro, dentre outros, somado às dificuldades que o direito penal possui, dado aos seus meios tradicionais de se responsabilizar pessoas ante a prática de ilícitos, e a necessidade de se dar uma resposta social em face de criminalidade, faz nascer uma constante maleabilidade do princípio do *societas delinquere non potest*.

A discussão a respeito do princípio *societas non delinquere potest* ganha relevo a partir do movimento do Direito Penal Moderno, sobretudo após do progresso industrial e tecnológico, que modificou as condições de vida, fazendo surgir problemas como a poluição, ameaças à fauna, flora e à sadia qualidade de vida.

Com o advento da Constituição Federal de 1.988, ante o disposto no artigo 173, §5º e 225, § 3º, é notado que o Direito Penal Brasileiro, deixa de lado a inflexibilidade do princípio *societas non delinquere potest*, ante os crimes cometidos contra ordem financeira, econômica, contra a economia popular e contra o meio ambiente.

Entretanto, este tema é alvo de discussões, visto que a interpretação das normas constitucionais envereda por diversos caminhos, alguns contrários, outros favoráveis a responsabilização penal da pessoa jurídica.

É inegável que este impasse deriva da comparação feita entre a pessoa física e a pessoa jurídica, uma vez que os pilares do delito foram alicerçados a partir situações exclusivamente ligadas ao ser humano.

Levando-se em consideração a problemática existente em torno do assunto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, onde dois conceitos são adotados, quais sejam, aquele dos países do *commomn law*, que aceitam a premissa de que as pessoas jurídicas podem figurar como delinquentes em crimes compatíveis com sua natureza; e o que se destaca em países da Europa Continental (não de maneira absoluta)

e América Latina, onde existe a adoção do princípio do *societas delinquere non potestas*.

Este estudo tem o objetivo de fazer uma reflexão acerca das características da pessoa jurídica, de suas particularidades observadas ao longo da história e da necessidade de modernização do Direito dado a evolução social.

Em sendo assim, não poderemos deixar de tecer comentários acerca de premissas basilares: A incompatibilidade das pessoas jurídicas com os conceitos de culpabilidade e conduta e sua impossibilidade de ser alvo das funções da pena.

2. A pessoa jurídica e os elementos do delito

Os entraves para aplicação do Direito Penal nos crimes cometidos por pessoas jurídicas alicerçam-se nos pilares da dogmática criminal tradicional: Ação, culpabilidade e capacidade penal.

Ontologicamente, a pena, de acordo com direito penal tradicional, foi criada para ser aplicada em desfavor do sujeito natural, assim, em uma primeira análise, a ação estaria vinculada ao comportamento humano, e, a culpabilidade, por sua vez, estaria vinculada a uma censura ética e moral do ser humano, o que implicaria na exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nas palavras de Tiedemann:

Acción, culpabilidade, o culpa, parece significar um reproche ético e moral que estaria excluído em El caso de lãs agrupaciones, lãs cuales, em exceso, no poedrían ser lãs destinatárias, o sujetos pasivos, de penas criminales com su finalidad a La vez preventiva y retributiva.¹

Neste sentido, é possível observar que existe um contraste entre as demandas da política criminal e os traços dogmáticos do direito criminal tradicional.

Entretanto, embora alguns doutrinadores continuem defendendo a tese de que a vontade e a liberdade psíquica são inerentes somente

¹ TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado**. In Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal. (ccordenador Luiz Flávio Gomes). São Paulo, RT, 1999, p.36.

ao ser humano, a doutrina tende a considerar que um ente coletivo pode possuir vontade semelhante a das pessoas físicas, sendo capaz de praticar ilícitos.

Vale dizer que o que se considera não é a vontade individual dos membros de uma empresa, mas sim a coletiva que se manifesta independente dos indivíduos que a compõe, e, esta vontade coletiva, que se destaca da individual, não se confunde com concurso de pessoas ou mesmo participação em prática delituosa, pois as atitudes do ente coletivo não coadunam com o desejo individual dos seus integrantes.

A expressão de vontade dos entes coletivos é indivisível e parte das vontades singulares dos seres humanos, sendo considerada, por alguns doutrinadores, uma realidade jurídica².

A teoria do crime passa a ser adaptada de acordo com um novo modelo de Direito Penal, arquitetando-se uma nova concepção destinada especificamente para pessoas jurídicas.

Não existe um empecilho de princípio (teórico) para atribuição de condutas criminosas aos próprio entes coletivos. Já aceitar que a pessoa jurídica possua vontade de natureza (e seria necessário poder definir que natureza essa) compatível ou não com o cometimento de crimes (e com os efeitos das penas) é, em última análise uma questão de livre opinião. A responsabilidade objetiva, em razão do seu inegável alcance e a efetividade, vem galgando foros de cidadania pelo direito afora, do Direito Civil ao Administrativo. Atualmente existem sensíveis movimentos- internacionais até- no sentido de consagração da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, ante a evidência de seu potencial danoso, face sobretudo a importantíssimos bens seriamente ameaçados como o ambiente natural e a economia popular. A legislação de diversos países e organismos supranacionais começa a incorporar essa tendência mesmo em linha de princípio, inclusive nas constituições e códigos criminais.³

² SANCTIS, Martins Fausto de. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.82.

³ ROTHENBURG, Walter Cláudio. **A pessoa Jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 2011, p.220-221.

Os reflexos práticos, frente à responsabilização de entes morais, são imensos no juízo de adequação que se move entre o fato concreto e a lei em abstrato, ou seja, a conduta, o nexo de causalidade, entre o comportamento e o resultado ilícito, é inexorável a atribuição deste resultado ao agente, devendo-se aplicar a sanção prevista no ordenamento normativo.

Neste aspecto a lei da causalidade determinaria os eventos. Para Hans Kelsen a causalidade seria um modelo pelo qual a consciência humana não é explicada por uma necessidade natural.⁴

Em sendo assim, as condições exigíveis para a atribuição de responsabilidade criminal à pessoa jurídica são: Pessoas naturais que atuem no interesse da empresa e infração criminal praticada com intenção pelos representantes.

A conduta passa a ser vista como fruto de uma vontade coletiva que visa o benefício do agrupamento. O sujeito de uma obrigação jurídica é aquele que a conduta é o pressuposto da sanção, ou seja, com sua atuação própria viola o direito e origina a reprimenda.

A tipicidade, como elemento de crime, é a que mais causa óbice a responsabilidade penal da pessoa jurídica, isso porque no Brasil, a ação do homem natural é a base para a sistematização da legislação penal.

Considerando as teorias civis que analisam a pessoa jurídica a partir de sua natureza, quer tratando-a como uma ficção (incapaz de cometer crimes), quer admitindo-a como uma realidade, a tendência individualista do direito penal continua a existir⁵.

Ocorre que a individualização do criminoso no direito penal não deve ser explicada à luz de teorias civis, esta tarefa deve ser realizada adotando-se como parâmetro a teoria do delito, não esquecendo que seus pilares são construídos em torno do indivíduo- pessoa humana.

3. Modelo Clássico

O conceito clássico do delito foi elaborado por Ernest Beling e Von Liszt, já na segunda metade do século XIX, originando-se a partir da filosofia do positivismo mecanicista à luz das ideias iluministas.

⁴ KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 301.

⁵ SANTIAGO, Ivan. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Lei dos Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.57.

Neste aspecto o delito fundamenta-se na explicação da ação, e na diferenciação de objetivismos e subjetivismos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).⁶

O crime seria reflexo de uma ação naturalística e de uma resposta socialmente prejudicial, ou seja, uma mudança causal no mundo dos fatos, sendo esta perceptível pelos sentidos e resultante de uma ação ou omissão voluntária, a culpabilidade, por sua vez, resultaria do dolo ou da culpa.

A tipicidade poderia ser compreendida como uma descrição abstrata e objetiva de determinado fato, a antijuridicidade resultaria de uma valoração negativa da ação e a culpabilidade vincularia subjetivamente o autor ao fato delituoso, representada por um movimento corporal que reproduz um resultado no mundo exterior que vincula a conduta ao resultado (nexo de causalidade).

As valorações filosóficas ou sociológicas são colocadas à margem deste pensamento fortemente influenciado pelo positivismo científico, e, transparecem nuances exacerbadamente formais ao comportamento humano criminoso.⁷

A ação e a antijuridicidade, por sua vez, são compreendidas de maneira meramente naturalísticas, estruturando-se em um tipo objetivo-descriptivo, enquanto a culpabilidade era considerada subjetivo-descriptiva.

Com efeito, este conceito causal de ação a divide, pois existe o processo causal externo (ação) e o interno (vontade). No entanto esta teoria sucumbiu no início do século passado, já que os elementos subjetivos da antijuridicidade e o reconhecimento de que na tentativa o dolo é um dos elementos do injusto⁸.

4. Modelo Neoclássico

O modelo neokantiano, embasado na teoria teleológica do direito, acarretou mudanças no conceito clássico do delito, que cedeu lugar para o modelo neoclássico de crime.

⁶ SANTIAGO, Ivan. 2005. p. 59.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.137.

⁸ IENNACO, Rodrigo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2010, p.26.

Essa mutação ensejou um novo modelo para os elementos do conceito clássico do delito. O surgimento de elementos normativos que colocam fim ao conteúdo de valor, assim como a compreensão dos elementos subjetivos do tipo, colocaram à margem a teoria anteriormente estudada.

Esta nova teoria permitiu uma graduação do injusto à luz da gravidade da lesão ao bem jurídico.

Com efeito, esta tese foi marcada pela reformulação do conceito de ação, do tipo, assim como a transformação da antijuridicidade e da culpabilidade.

A ação deixa de ser considerada naturalista e passa a ser estudada como um comportamento humano, volitivo⁹. Gera-se uma conceituação da ação que é própria do direito penal, sustentada pelo idealismo, sobrevivendo apenas dentro do direito penal.

Inobstante, a tipicidade deixa de lado seu traço puramente objetivo e a antijuridicidade só é caracterizada quando existe prejuízo social. Se mede o injusto a partir da gravidade da lesão ao bem jurídico protegido.

No tocante à culpabilidade, tem-se que ao elemento psicológico somou-se um conteúdo normativo, corporificado na aprovação do autor pela existência volitiva contrária ao dever.

5. Modelo Finalista

Welzel buscou posicionar a ação do homem ao conceito culminante da teoria do delito, desconsiderando o pensamento abstrato das teorias anteriores, sanou falhas e contradições existentes, e, aos poucos, construiu uma nova teoria.¹⁰

Diametralmente oposta ao conceito causal da ação e à distinção da vontade e do seu conteúdo, a teoria finalista transformou o injusto naturalístico em pessoal.

O conceito finalista tem como traço marcante a eliminação da dicotomia dos aspectos objetivos e subjetivos de ação e do injusto

⁹ SANTIAGO, Ivan. 2005, p.61.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. 2011, p.140.

cometido. Neste diapasão, o injusto naturalístico transformou-se em injusto real.¹¹

Na teoria finalista, o dolo e a culpa são retirados da análise da culpabilidade, e, passa a fazer parte da verificação da ação típica. Nesse caso, o dolo passa a ser elemento do tipo.

Essa nova estrutura implicou na distinção entre crimes dolosos e culposos, além disso, instituiu uma culpabilidade puramente normativa.

O crime só seria considerado se houvesse culpabilidade, e, é uma ação típica, antijurídica e culpável.

6. Teoria Analítica

Além dos conceitos formais e materiais do crime, elabora-se a teoria analítica do crime, onde a ação delituosa é composta por uma força física (provocadora do dano material do ilícito) e moral (caracterizada na culpabilidade e no dano moral).

Surge a concepção bipartide do conceito clássico do delito, que passa a ser objetivo e subjetivo.

7. Teoria do Funcionalismo

A elaboração de uma teoria sistemática foi alvo de muita preocupação na evolução do Direito penal. No entanto, existe um ponto que desperta discordância entre os doutrinadores: Os elementos relativos a uma nova política criminal influenciam a construção de um sistema jurídico penal, ou a dogmática jurídica deve ser alheia a estas circunstâncias?

É a partir deste contrassenso que Jescheck¹² indica que a importância a importância da resolução do conflito de fato, neste sentido as exigências sistemáticas do Direito Penal ocupariam um segundo plano na aplicação do Direito penal.

No mesmo sentido Claus Roxin¹³ afirma que os problemas da política criminal remontam o conteúdo do próprio direito penal.

¹¹ JACOBS, Güther. **Derecho Penal- Fundamentos y teoria de La imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, p.162.

¹² Jescheck Apud ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175.

¹³ *Ibid*, 175.

Assim, o Direito deve buscar soluções justas, ou seja, a comunhão entre a política criminal e a dogmática.

A teoria do crime teria um alicerce estruturado em todas as categorias do crime, quais sejam: Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sendo desenvolvida a partir de sua política criminal.

É justamente por isso que esta teoria recebe o nome de Teoria Funcionalista, porque observa a função da política criminal do Direito penal.¹⁴

8. Incompatibilidade da pessoa jurídica com as estruturas do conceito tradicional de delito

É através do conceito analítico do delito que se identifica um fato punível, ou seja, observa-se se o fato é típico, ilícito e culpável. Se não houver qualquer destes requisitos, significa dizer que o autor não poderá ser responsabilizado na esfera penal.

O conceito da pessoa jurídica como uma ficção não é compatível com o reconhecimento do subjetivismo penal proposto pelo ordenamento normativo. Entretanto, a teoria da realidade orgânica, que confere a pessoa jurídica capacidade, tanto de vontade como de ação, segundo alguns estudiosos, pode ser alvo da aplicação da teoria tradicional do crime.¹⁵

A responsabilidade penal dos entes coletivos, estudados à luz de um modelo clássico não alicerça a ideia de que uma pessoa natural possa ser reconhecida como instrumento de uma pessoa jurídica, assim como o contrário também não poderá ocorrer.

É visto que a teoria analítica do delito é perfeitamente aplicável aos seres humanos, distanciando-se, porém das pessoas jurídicas, já que estas não possuem elementos volitivos.

“Não se pode entender que a decisão dos diretores ou do órgão colegiado da pessoa jurídica possa caracterizar uma ação institucional finalisticamente orientada para o ataque ao bem jurídico.”¹⁶

¹⁴ ESTEFAM, André. 2010, p.175-176.

¹⁵ GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.37.

¹⁶ *Ibid.* p.39.

O Conceito de dolo é inerente à vontade do ser natural, não existe possibilidade de se tipificar penalmente uma conduta de pessoa jurídica no modelo tradicional de delito.

As atividades desenvolvidas por uma empresa, por exemplo, não podem ser compreendidas como ações ou omissões no campo penal.

A fundamentação existente para a oposição à responsabilidade penal da pessoa jurídica também pode ser alicerçada na incapacidade deste ente ser dotado de ação e culpabilidade, ou mesmo na falta de aplicação da função preventiva e retributiva da pena. Conclui-se que o Direito Penal Tradicional não pode servir como instrumento para que a pessoa jurídica seja responsabilizada.

Insta ressaltar que as teorias clássicas, neoclássicas e finalistas do delito amparam suas arestas na teoria da ação e reconhecem na vontade e na consciência um ponto fundante para a existência de um delito, tal conceito é intimamente ligado à pessoa física, não sendo possível, através de tais institutos, visualizar a responsabilidade penal de um ente coletivo.

9. Capacidade de agir das pessoas jurídicas

A discussão em torno da responsabilidade criminal da pessoa jurídica é vinculada a sua capacidade de realizar condutas, e, em contrapartida, sofrer as consequências da ação penal.

Neste aspecto, o reconhecimento por parte do ordenamento jurídico, da qualidade de sujeito de direito personificado, conferindo-lhe capacidade de direito no que tange ao seu exercício, está vinculado à ideia de que a pessoa jurídica é restrita, uma vez que, para a ratificação de sua personalidade se faz necessária a análise dos fins perseguidos pela entidade.

Para Sílvio de Salvo Venosa:

... uma vez registrada a pessoa jurídica, o Direito reconhece – lhe a atividade no mundo jurídico, decorrendo daí, portanto, a capacidade que se estende por todos os campos do Direito em todas as atividades compatíveis com a pessoa jurídica.¹⁷

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2004, p.264.

A partir desta leitura compreende-se que o registro da pessoa jurídica faz o Direito a reconhecer como sujeito ativo no mundo jurídico, brota daí a sua capacidade.

No entanto, é perceptível que a pessoa jurídica sofre limitações que são inerentes à sua própria natureza, dado que não se equiparam a pessoa física e sua capacidade sempre é limitada.

Neste sentido, a primeira corrente a desmerecer a capacidade penal dos entes coletivos buscou amparo na “teoria da ficção”, ou seja, as pessoas jurídicas eram consideradas ficções, entidades somente criadas pelo Direito e não possuíam vontade própria, e, por conseguinte, também não poderiam deter a capacidade de ação, o que implicaria que estas não poderiam figurar no pólo ativo de uma conduta penal, pois restavam ausentes os pressupostos que alicerçam o Direito Penal Moderno.

De maneira contrária, a “teoria da realidade”, defendeu a responsabilização penal da pessoa jurídica, sob a alegação de que estes entes são reconhecidos e regulados pela lei, logo, podem ser sujeitos ativos de condutas puníveis.

Neste sentido, pessoa não é somente o homem, mas todos aqueles dotados de existência real, portanto a pessoa jurídica seria capaz de vontade.

As pessoas naturais atuariam na qualidade de órgão ou mesmo de representante legal da pessoa jurídica, não obstante a imputação de ação iria se fazer à esta, uma vez que as ações merecedoras de reprovação social beneficiaram a própria pessoa jurídica.

Isso porque, estes entes coletivos têm o poder de produzir efeitos exigidos pela norma e podem figurar no pólo ativo das infrações. Estendendo-se a culpabilidade do órgão a pessoa jurídica.

Percebe-se que o conceito utilizado segue um modelo dogmático preciso, pois basta a imposição de responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de uma subsunção formal do fato à lei penal¹⁸.

¹⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Reminiscências da Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e sua Efetividade**. Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n.7, julho/agosto 2009, p.75-100.

Para que a pessoa tenha capacidade e responder penalmente pela prática de ilícitos ela teria que possuir capacidade de agir, pois caso contrário impossibilitada de ser sujeito ativo em tipo penal.

Insta ressaltar que, ao analisar o Código Penal Brasileiro nada se observa quanto à capacidade penal da pessoa jurídica.

Para René Ariel Dotti, o sujeito ativo de um delito só pode ser pessoa física, como estabelece o Código Penal, agente, omitente, concorrente, réu, condenado, preso ou internado.¹⁹

Com o advento da Lei 7.209/84, eliminaram-se as medidas de segurança patrimoniais, e com elas, a interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação (artigo 88, da redação anterior à reforma de 1984). Especificamente, assim declarava o revogado artigo: A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou sede de sociedade ou associação, pode ser decretada por tempo não inferior a quinze dias, nem superior a seis meses, se o estabelecimento, sociedade ou associação, serve de meio ou pretexto para a prática de infração penal.²⁰

Para Dotti, a disciplina das regras gerais do Código Penal Brasileiro converge para o entendimento que o elemento subjetivo não pode ser deixado de lado, tendo em vista que a manifestação de vontade, o processo intelectual volitivo ou a falta do dever objetivo de cuidado são inerentes à prática delituosa.

É perceptível que o dolo e a culpa são intimamente ligados ao comportamento da pessoa natural, o que fortalece o princípio do *societas delinquere non potest*.

Juarez Cirino dos Santos, entende que a vontade coletiva ou pragmática, não se confunde com a vontade consciente da ação de uma pessoa natural. A vontade coletiva de ação institucional, não perfaz os requisitos traçados para a ação do ser humano que fundamenta a natureza pessoal da responsabilidade penal.²¹

¹⁹ DOTTI, René Ariel. **A incapacidade criminal da Pessoa Jurídica**. In: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica (Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti - Coord.). São Paulo: RT, 2010, p. 163-201.

²⁰ *Ibid.* p.163-201.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2010, p. 275-292.

Assim, a atribuição da responsabilidade das pessoas seria algo considerado inviável. Ressalte-se que quanto à capacidade de ação por parte da pessoa jurídica deve-se observar sua capacidade de praticar ações, pois, do contrário, haveria vedação a respeito da culpabilidade ou da pena.

O princípio *nullum crimen sine actione* faz presumir que a ação é uma conduta inerente a natureza humana. Em sendo assim somente as pessoas físicas praticariam ilícitos penais.

Raúl Zaffaroni assevera: “em derecho penal stricto sensu las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual.”²²

Cezar Roberto Bitencourt entende que somente a pessoa humana é que pode ser sujeito ativo de um crime, pois a capacidade de ação exige a presença de vontade, circunstância atrelada à pessoa física.²³

Entretanto, alguns doutrinadores, como demonstra Guilherme José Ferreira, estabelecem uma nova espécie de responsabilidade penal e afirmam existir várias diferenças insuperáveis entre pessoas naturais e jurídicas. Neste sentido, afirmam existir capacidade de ação e uma outra capacidade, que com ela não se confunde.²⁴

10. Culpabilidade como fundamento da pena

Historicamente o conceito de culpa parte da dicotomia entre duas formas de responsabilidade: a subjetiva e a objetiva, esta concretiza-se na imputação de pena ao autor do fato delituoso sem que haja verificação dos aspectos subjetivos do autor do ilícito, bastando que ocorra comprovação de existência de nexo causal entre o autor e fato típico praticado.

Na antiguidade o direito penal possuía a característica da objetividade, além disso, era aplicado de forma coletiva, responsabilizando um agrupamento social por crime praticado por um de seus componentes.

²² ZAFFARONI, Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 55.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. 2011, p. 160.

²⁴ SILVA, Guilherme José Ferreira. **A incapacidade Criminal da pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.72.

Com a evolução das relações interpessoais e sócio culturais é possível observar um novo perfil em relação à responsabilidade do indivíduo, ou seja, o direito penal passa a abraçar o conceito de fatos dolosos e culposos, bem como se o fato causado foi inevitável ou não.

É possível perceber que o direito romano já trazia uma noção primitiva de culpa e dolo quando se reportava ao “*dolus malus e bonus*” tratado pela *lex numae*” (elaborada por Numa Pompílio).²⁵ É nesse contexto que surgem explicações e orientações para compreensão acerca da teoria da culpabilidade e suas consequências jurídicas.

Sobre a teoria psicológica da culpabilidade, que surgiu no século XIX é verificado que o dolo e a culpa se fundem em um único conceito, sendo culpabilidade de vontade. Neste sentido, a culpa seria o resultado antijurídico querido, confundindo-se com a definição do dolo, além disso não tratava de situações como a culpa consciente e o estado de necessidade exculpante, assim esta teoria fica superada²⁶.

A teoria normativa pura da culpabilidade dá a ideia de que esta existe desde que a realização da vontade não corresponda aos mandamentos da ordem jurídica²⁷.

O juízo de culpabilidade tem como fundamento uma concepção normativa pura, e mesmo na concepção psicológica normativa, além da imputabilidade do agente, o ter podido o agente agir diversamente e o ter ou poder ter tido consciência do ilícito.²⁸

O juízo de censura ao autor do fato delituoso é considerado, a principal crítica feita a esta teoria, a criminologia quando trata da prática de crimes cometidos por delinquentes, que tiveram sua formação superegóica considerando o crime como algo comum e natural, regem padrões de conduta de acordo com as regras criminosas, então como poderia ser exigido desses sujeitos que eles tivessem a capacidade de discernir que estavam agindo de forma contrária a norma? A conclusão se dá no sentido de que se o indivíduo

²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Método, 2003, p.81.

²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. 2003, p.84.

²⁷ *Ibid.*, p.295.

²⁸ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.2003, p.162.

não tem atual consciência da ilicitude, age sem dolo, reflexamente, não há culpabilidade, desaparecendo assim a fundamentação para eventuais punições.

Com o declínio desta ideia surge a teoria finalista da culpabilidade, onde o dolo e a culpa são retirados da análise desta, fazendo parte da verificação da ação típica, nesse caso o dolo passa a ser elemento do tipo.

Atualmente surge a seguinte indagação: a censura deve recair sobre o fato praticado pelo autor ou sobre o autor do fato? A corrente dominante existente afirma que a culpabilidade deve ser vinculada ao fato praticado pelo autor, ou seja, sobre o comportamento humano reprovado, tendo em vista que o ser humano possui livre arbítrio para praticar uma atitude contra ou a favor do direito.

A concepção moderna de culpabilidade vincula o autor ao fato, o estudo sobre a culpabilidade do autor recai sobre uma averiguação de condicionais pessoais subjetivas do agente, assim como não se pode deixar a margem de verificação a responsabilização pelos atos cometidos se estes forem contrários a norma jurídica.

A reprovabilidade do agente depende da verificação do sujeito agir com consciência no momento da prática do fato delituoso e de sua imputabilidade penal.

11. Novo conceito: culpabilidade exclusiva das pessoas jurídicas

Sabe-se que na antiguidade a responsabilidade era considerada objetiva e difusa, ou seja, passava da pessoa do condenado e era independente da verificação da culpa. A confusão entre o direito público e o privado transparecia a subordinação dos interesses coletivos aos particulares.

Com a evolução da história, as sociedades industriais dão origem a um processo de publicização do que antes era considerado privado²⁹. O direito público ganha destaque, assim há um aumento da intervenção estatal na regulamentação social e este processo evolutivo acaba por refletir no espaço penal.

A partir do momento que se considera o coletivo mais importante que o individual surge a ideia de se discutir a importância

²⁹ LUISI, Luiz. 2003, p.95.

do conceito de coletividade, em face dos membros individuais que dão origem a esta comunidade.³⁰

Nesta linha de raciocínio a teoria desenvolvida por um tipo de culpabilidade, que segue o modelo tradicional do Direito Penal, onde a culpa é estudada a partir da singularidade dos sujeitos e da sua relação com a culpa coletiva, dá ensejo ao pensamento que revela a dicotomia vinculada ao público e ao privado.

Assim, a responsabilidade individual poderia ser vista de maneira diferente da responsabilidade coletiva, uma vez que, mesmo este instituto brotando da mesma fonte, atinge diversidades que as caracterizam singularmente.

No terreno da responsabilização penal da pessoa jurídica, a responsabilidade objetiva começa a despontar na medida em que os doutrinadores e aplicadores do direito se deparam com a problemática da aplicação da teoria do delito, remontam um modelo privatista.

Segundo o Ministro Gilson Dipp, a concepção clássica do delito não existe uma maneira para atribuição de culpabilidade à pessoas morais, ocorre que, modernamente, a culpabilidade se perfaz a partir da responsabilidade social e está vinculada ao seu administrador, reforça assim o cunho objetivo da responsabilidade, esta seria uma culpabilidade diferenciada, contrária ao modelo tradicional.³¹

Corporifica-se assim o duplo sistema de imputação, que se aplica às pessoas jurídicas sem que haja prejuízo da responsabilidade pessoal das pessoas físicas que de algum modo contribuíram para o resultado delituoso.

A partir de uma análise do Direito à luz das legislações alienígenas, tem-se que a responsabilização das pessoas jurídicas podem ser classificadas em três categorias: Responsabilidade pelo fato de outrem, imputação penal baseada na teoria orgânica e responsabilidade originária da empresa.

Esta linha de pensamento deu ensejo a teorias elaboradas por Kremintzer e Ghanayim, a responsabilidade dos entes empresariais é vinculada a ação da pessoa física ainda que o subordinado não tenha

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. 2003, p.96.

³¹ Recurso Especial n. 610.114/RN, Quinta Turma, j. 17.11.2005.

“permissão para agir ou ainda tenha contrariado uma proibição expressa nesse sentido, se desfazendo, em contrapartida, quando a pessoa física não se fizer punível”.³²

Tendo como ponto de partida esta nova semântica da culpabilidade, é perceptível que o direito penal aplicado às pessoas coletivas recai em um estudo diferenciado acerca da aplicação da sanção penal. Em sentido estrito, a pessoa jurídica não tem potencial consciência da ilicitude. No entanto, existem teorias que sugerem uma nova culpabilidade, que tem como fundamento a consciência social.

Klaus Tiedmann, vem pregando a necessidade de se criar este tipo de consciência através da lei. É de se colecionar o que escreve a respeito o jurista referido: Reconhecer, em direito penal, a culpabilidade (social) da empresa é levar em conta as conseqüências da realidade social de uma parte, e das obrigações correspondentes aos direitos da empresa de outra parte. Introduzir por via legislativa tal conceito de culpabilidade individual tradicional não é impossível segundo um ponto de vista ideológico.³³

Quando as organizações empresariais passam a participar da vida social e jurídica de maneira significativa, desempenhando um papel decisivo na configuração da identidade da sociedade moderna, necessário se faz construir um conceito de culpabilidade empresarial.

As teorias, que deixam de lado o conceito tradicional de culpabilidade, fundamentam-se em dois argumentos: O primeiro é criado a partir da aplicação de reprimendas penais às pessoas jurídicas com base em um estado de necessidade de um bem jurídico, o segundo, em uma prevenção geral norteadora da aplicação de medidas de segurança a estes entes, denominada de responsabilidade própria indireta.³⁴

No que toca a teoria de estado de necessidade de proteção do bem jurídico, como maneira de se legitimar uma punição penal, temos que:

A sanção de natureza penal seria triplamente justificada pela necessidade de proteção de um bem jurídico, incapaz de ser garantido pelas sanções dos diferentes ramos do direito, diversos do direito penal, pela consideração de que a exposição

³² KREMINITZER e GHANAYIM, *Apud* TANGERINO, 2010, p. 34-60.

³³ TIEDMANN, *Apud*, Luiz Luisi, 2003, p.163.

³⁴ SANTIAGO, Ivan. 2005, p.85.

do bem jurídico à perigo constitui gravame maior do que à aplicação de uma sanção à empresa que o causou, e pela conclusão de que nenhum princípio do Estado de Direito seria violado pela preservação de um bem mais valioso, em detrimento de um menos valioso.

Neste sentido, pode-se concluir que o tripé fundante para a aplicação de sanção criminal encontra amparo em um conceito que considera a infração causada pela pessoa jurídica um dano que só pode ser alvo do Direito Penal e, não obstante, aduz que a exposição de perigo a um bem jurídico constitui algo mais grave que a reprimenda sancionatória.

Quanto à responsabilidade própria indireta da pessoa jurídica, tem-se que a necessidade de caráter político-criminal estabelecida pela responsabilização penal destes entes se faz necessária, entretanto, não há o que se falar no reconhecimento de capacidade de vontade, pois as pessoas jurídicas careceriam de tais elementos. No entanto, tais requisitos da aplicação de pena, seriam intimamente ligados as pessoas naturais.

Logo, para que houvesse responsabilidade penal de entes coletivos, seria necessário que existisse uma ação praticada por pessoa física, e, só então, poderia existir a responsabilização deste ente. Uma relação funcional entre a pessoa física e a jurídica poderia implicar na mencionada “responsabilidade própria indireta da pessoa jurídica”.³⁵

A aceitação deste novo modelo de culpabilidade, não poderá deixar de apreciar as garantias penais. A adaptação da culpabilidade clássica para a responsabilidade penal da pessoa jurídica busca um novo conceito para este instituto.

No campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica interessam os sistemas que Lampe batizou de “injustos constituídos”, ou seja, sistemas constituídos por relações entre indivíduos destinada à realização de delitos, sem contudo serem relações propriamente pessoais, porém antes de pertencimento a uma determinada organização.³⁶

³⁵ SANTIAGO, Ivan. 2005, p.86.

³⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade e Responsabilidade Penal da pessoa Jurídica**. São Paulo: Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.86, set./out. 2010, p.34-60.

Neste enfoque, para Lampe, uma empresa, enquanto representante de um sistema social, pode ser alvo de uma reprovação ético social, pois a responsabilidade penal pode ser direcionada para uma unidade que desempenhe algum papel na vida da coletividade, seja uma pessoa física ou jurídica.

A construção deste sistema de injusto, ou seja, as relações de pessoas organizadas com o fim ilícito, o crime praticado pela pessoa jurídica com dimensão sistêmica, a partir do momento que lesionassem bens jurídicos, ferindo a filosofia da empresa e sua relação com a sociedade, faria com que estas fossem alvo de uma culpabilidade própria.

A efetivação de um modelo de culpabilidade empresarial não poderia dispensar a noção de viabilidade de implantação do Direito Penal na tutela da economia.

Neste aspecto, tem-se que o modelo atual de direito penal que pune as pessoas jurídicas frente a prática de crimes ambientais, é sinônimo de retrocesso, adotando a responsabilidade objetiva dos entes coletivos. A superação da pragmática própria do Direito Penal é vista como um desafio que supera a dogmática penal tradicional.

A culpabilidade da empresa seria então o reflexo de seu caráter empresarial defeituoso³⁷, posto que no momento da fixação dos seus objetivos e organização instrumental houve reprovabilidade de seus atos.

De maneira contrária Günter Heine afirma que a imputação do ilícito à empresa deveria se dar independente da reprimenda da pessoa física, surgindo assim um sistema paralelo da culpabilidade da pessoa jurídica, assim a culpabilidade seria alicerçada na má condição da atividade empresarial no que tange à prevenção dos riscos inerentes a tal atividade.

Neste diapasão, haveria para a empresa o reconhecimento de que esta possuía capacidade de ação, de domínio do fato e responsabilidade causal, inclusive da assunção dos elementos subjetivos e de culpabilidade que circundam o delito.³⁸

³⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Idem, Ibidem*.

³⁸ *Idem, Ibid.* p. 34-60

Ao se abstrair os outros aspectos de culpabilidade, não existe possibilidade de se sustentar que uma pessoa jurídica tenha consciência da ilicitude. Sustenta-se um novo tipo de culpabilidade baseado na consciência social.

Para Aureliano Coelho Ferreira, a partir de um breve apanhado das variadas teses, fica evidente que existe um esforço para justificativa de um novo modelo de responsabilidade penal, o qual se encontra estruturado em casos fáticos, ou seja: na dificuldade de se delimitar quem efetivamente praticou o delito dentro de um ambiente empresarial complexo, ou seja, como a cadeia decisória é muito grande, fica difícil estabelecer quem praticou o ilícito, assim é mais fácil atribuir a responsabilidade à pessoa jurídica, ente utilizado como instrumento para a prática do delito.³⁹

Klaus Tiedemann afirma que existe a necessidade de se elaborar um tipo de consciência através da Lei.

Reconhecer, em direito penal, a culpabilidade (social) da empresa é levar em conta as conseqüências da realidade social de uma parte, e de obrigações correspondentes aos direitos da empresa de outra parte. Introduzir por via legislativa tal conceito de culpabilidade coletiva ou de agrupação do lado da culpabilidade individual tradicional não é impossível segundo um ponto de vista ideológico.⁴⁰

Logo, este novo tipo de culpabilidade pode ser definida como um moderno direito penal que o legislador concretiza o alargamento das matérias criminais a partir de suas decisões.

12. Conclusão

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, quando estudada à luz da teoria do delito, mostra-se como um instituto peculiar, merecedor de uma análise detalhada acerca da política criminal e dos princípios gerais de direito que norteiam tal assunto.

Neste sentido, é perceptível que, no campo penal, o princípio do *societas non deliquere potest* é cada vez mais deixado de lado, sendo

³⁹ FERREIRA, Aureliano Coelho. **Breves Comentários Acerca da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.**

Disponível em: <20 de setembro de 2013>

⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus. 1999, p.36.

introduzidos princípios que fogem à regra da responsabilidade individual da pessoa natural.

No Brasil, não existem precedentes jurídicos que embasem esta responsabilização penal dos entes coletivos, e tal previsão somente é solidificada no texto constitucional de 1988, artigo 225, §3º.

Assim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, abordada pela Constituição Federal de 1988, demonstra que o legislador procurou abarcar, no preceito legal, a possibilidade de aplicação do *jus puniendi* estatal em relação a entes empresariais que desrespeitem o estabelecido na lei 9.605 de 12.02.1998.

Porém, a elaboração de tais dispositivos depara-se com a problemática do reconhecimento desta responsabilidade, uma vez que a fragilidade jurídica na Lei 9.605/98 existe ante os princípios norteadores do Direito Penal.

A teoria de Gierke dá ensejo ao reconhecimento do elemento volitivo inerente à pessoa jurídica, de forma contrária ao que é previsto para as pessoas naturais, concretizando assim o reconhecimento da capacidade de entes coletivos. O conceito puramente objetivo ampara a imputação de sanções penais às pessoas jurídicas.

Ocorre que a fundamentação legal das penas aplicáveis às pessoas jurídicas, vão de encontro ao estabelecido no Direito Penal tradicional e a partir desta situação novos conceitos de imputação jurídico-penal são criados, definindo a pessoa jurídica como um novo sujeito ativo no direito penal.

Assim, a partir da análise dos fundamentos da responsabilização penal da pessoa jurídica no direito brasileiro, conclui-se que tal proposta é fundada em um direito penal simbólico, servindo como instrumento de desproporcional atuação estatal, refletindo a falsa imagem de estabilização do ordenamento normativo.

Não obstante, é transparente a fragilidade técnica da Lei 9.605/98, uma vez que trata do tema somente em três artigos, além disso, não existem normas processuais voltadas à previsão de como deve ocorrer o procedimento criminal contra a pessoa jurídica.

Por fim, é de se considerar que se a responsabilidade penal da pessoa jurídica permanecer no ordenamento pátrio, deverá se exigir do

legislador uma nova estruturação dos pressupostos de incidência, evitando-se que o Estado Democrático de Direito torne-se arbitrário.

É indiscutível que o meio ambiente é importante, assim como existe uma real necessidade de tutelá-lo, porém os princípios constitucionais e criminais não podem ser amplamente flexibilizados.

O alto grau de discricionariedade do aplicador de direito, assim como a falta de critérios elementares de efetivação e concretização do estabelecido na Lei 9605/98, que prevê as sanções penais às pessoas jurídicas são claramente contrários à Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, percebe-se que toda sociedade tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas tal garantia não pode deixar de lado outros valores de igual importância para a formação de um estado Democrático de Direito.

Assim, a instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser reformulada, de forma que sua nova redação deixe clara a harmonia entre as sanções previstas e os princípios gerais do direito.

ACERCA DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DE EFICIÊNCIA NO DIREITO PENAL

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UFPE. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela ESMAPE. Professor de Direito Penal e Criminologia em cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito em Maceió. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e Coordenador estadual adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Antecedentes teóricos. 3. Eficiência e seu significado no direito penal. 4. Eficiência e intervenção mínima. 5. A finalidade do direito penal: teoria agnóstica da pena. 6. Conclusões.

1. Introdução

“[...]a questão central é se o cálculo de eficiência é suficientemente amplo para amparar todos os princípios de garantia (e regras de imputação) do direito penal[...]”¹

Pode parecer estranha, à primeira vista, uma tentativa de relacionar o direito penal com o critério de eficiência. Isso, porque o direito criminal normalmente é compreendido a partir de uma concepção ética, segundo a qual qualquer análise econômica seria inadequada para seus fins.

Entendemos que essa opinião é precipitada. O direito penal, desde suas primeiras construções dogmáticas, sempre teve um caráter consequencialista, preocupado com a utilidade social de sua intervenção. Por isso mesmo, acreditamos que seria possível uma análise econômica do direito penal, a partir da ideia de observância da eficiência de seus institutos.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004, p.58.

Isso fica muito claro a partir da observação do sistema da tradição jurídica da *common law*, que tem uma feição inegavelmente mais prática, e na qual a atividade jurisdicional assume uma enorme importância para a construção dos conceitos jurídicos (*law in action*). Naquele modelo, os estudos de análise econômica do direito cresceram, e já vem contribuindo há muito tempo para a resolução de problemas jurídicos.

Mas a tradição continental ou romano-germânica – que no direito penal foi construída, basicamente, a partir do contributo de estudos alemães – também tem o critério de eficiência como um de seus Nortes. E isso ocorre desde suas origens mais remotas, a partir de uma filosofia penal iluminista. Em outras palavras, estamos afirmando que a dogmática penal já apresenta esses critérios de eficiência, ainda que isto muitas vezes passe despercebido.

Esse texto tem pretensões bastante modestas, no sentido de ensaiar uma aproximação entre o direito penal e o critério de eficiência. Muito embora já existam vários estudos excelentes que tentaram empreender essa análise², entendemos que boa parte foi feito com instrumentais da análise econômica do direito, que é fruto da escola *law and economics*. Ora, tais pesquisas foram originadas no contexto do sistema jurídico da *common law* (e a partir de um modelo de direito privado). No mais, parte-se de um direito criminal construído por casos, e não por regras de natureza legal.

Não negamos que a análise econômica do direito possa ser utilizada no sistema jurídico brasileiro, com as devidas adaptações. Não é necessário ir muito além para acreditar no rendimento dos conceitos da análise econômica para a solução de problemas jurídicos cotidianos – e os textos dessa coletânea são uma prova dessa afirmação.

Contudo, acreditamos que a utilização desses estudos de matriz anglo-saxã, especificamente no direito criminal brasileiro, não possa ser efetuada tranquilamente, de modo automático. Isso devido à natureza do

² Citamos dois dos mais importantes: BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. BECKER, Gary S; LANDES, William M. **Essays in the economics of crime and punishment**. S.I., UMI, 1974; e POSNER, Richard A. *An Economic theory of the criminal law*. *Columbia law review*, v. 85, n. 6. Columbia: Columbia law review association, 1985.

direito penal, em razão de suas idiossincrasias. Não é objetivo desse trabalho indagar se isso é de fato possível. Sinceramente, neste momento em que os estudos econômicos ainda tem que avançar no que diz respeito à compreensão dos institutos penais brasileiros, temos sérias dúvidas sobre a afirmação dessa hipótese, ao menos por hora.

A *law and economics* pode ser compreendida dentro dos estudos utilitaristas, de natureza pragmática. No entanto, o movimento do *law and economics*, em suas correntes mais ortodoxas, “aparece como uma versão limitada do utilitarismo, na medida em que a planilha adotada é o do *wealth maximization principle*, entendido por recondução a valores, a dólares”³.

Essa metodologia não parece, portanto, ser a mais adequada para o tratamento do direito penal. O que não significa que não se possa adotar critérios utilitaristas para a construção da dogmática penal, particularmente o da ideia de eficiência. Isso é, inclusive, uma tendência no sistema jurídico-penal, a partir do surgimento das correntes funcionalistas e da teoria da imputação objetiva.

Portanto, o texto tem a intenção de demonstrar que a eficiência deve servir para a significação dos institutos penais. E isso não faz com que, necessariamente, seja preciso recorrer às teses mais estritas da análise econômica do direito. É possível fazê-lo com os instrumentos jurídicos já existentes em nosso sistema.

Faremos uma breve análise histórica da presença do utilitarismo na construção da dogmática penal, destacando a função de garantia do direito penal. Em seguida, faremos a diferenciação entre eficiência e efficientismo, detalhando porque esse último critério, ao contrário do primeiro, não pode ser utilizado pelo direito penal. Em seguida iremos nos concentrar no postulado de intervenção mínima e na teoria agnóstica da pena, explicando como esses conceitos se relacionam com a análise da eficiência do direito penal. É importante frisar que se trata de um estudo preliminar. Para tratar em maiores detalhes do assunto seria necessário um estudo mais aprofundado, que não se faz possível em tão breves linhas.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2004, p. 7.

2. Antecedentes teóricos

“Se os cálculos exatos pudessem aplicar a todas as combinações obscuras que fazem os homens agir, seria mister procurar e fixar uma progressão de penas correspondente à progressão dos crimes”⁴.

A surpresa em relacionar a eficiência com o direito penal é resultante de uma analogia (às vezes inconsciente) entre as regras penais e a moral. De fato, é comum o pensamento de que as normas penais tem natureza moral, refletindo ditames éticos. A propósito, veja-se por exemplo o pensamento kantiano, que negava a possibilidade de se assumir uma lógica consequencialista para o direito, pois a sanção penal seria uma decorrência da desobediência a um comando moral, um imperativo categórico.

Esse pensamento está enraizado na doutrina jurídico-penal, a ponto de vários de seus autores célebres continuarem afirmando até hoje que o direito penal teria uma função preponderantemente ética. Apenas para citar um exemplo, Hans Welzel, maior penalista do século XX, afirmava que o direito penal “assegura a vigência dos valores de ação ético-social de caráter positivo”⁵.

Por isso, ainda tem bastante força a ideia de que a finalidade da pena é meramente retributiva. Não seria possível esperar que a pena produza efeitos sociais, pois esses seriam acessórios. A pena existiria por si só, como consequência inexorável do descumprimento do mandamento ético. Na filosofia moderna, essa foi a posição de Kant e Hegel (com fundamentos diversos). No direito penal moderno, poderíamos indicar a existência de correntes defensoras da pena por justo merecimento, que foram denominadas por Salo de Carvalho de neorretributivas⁶.

Esse pensamento clássico ignorava a eficiência do direito penal, pois impossibilitava a análise da questão por uma lógica econômica de

⁴ BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em 29 de novembro de 2013. p. 126.

⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, 11.ed. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2011, p. 18, em tradução livre.

⁶ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

custos e benefícios. Ora, não haveria benefícios com a utilização da pena criminal, considerando que o castigo é somente a consequência do descumprimento de um mandamento moral.

Por outro lado, não se pode esquecer que a ideia de que o direito penal deve cumprir com finalidades também é bastante antiga. Na verdade, a problemática relacionada aos fins da pena é tão antiga quanto à história do direito penal⁷. Hoje, inclusive, essa é a concepção que prevalece, pois, segundo a maior parte da doutrina jurídico-penal, a pena criminal deveria cumprir com certas finalidades, todas relacionadas à prevenção da criminalidade.

A definição de uma finalidade para o direito penal possibilita a utilização do critério de eficiência para sua valoração. É dizer que, tendo em vista o benefício que se almeja com a pena criminal, seria possível determinar quais os custos sociais que podem ser suportados para esse desiderato. E, como será melhor explicado, sobretudo no direito penal, os fins nem sempre justificam os meios.

Não é de se estranhar a contradição entre um modelo de direito penal retribucionista e outro preventcionista, porque, ao longo do tempo, o fundamento para o direito de punir foi construído a partir de um amálgama de concepções filosóficas. Não é por outro motivo que se fala em uma teoria eclética da pena: esta deveria atingir fins preventivos, mas não deixa de ser também uma retribuição pelo mal causado pelo crime. Para resumir essa posição, o caráter retributivo da pena seria o limite para a punição, que não poderia exceder a culpabilidade, enquanto que o preventivo seria o indicador das finalidades da reprimenda penal. Nesse sentido, “toda a pena que responda adequadamente às exigências preventivas e não exceda a medida da culpa é uma pena justa”⁸.

Como veremos mais a frente, essas teorias da pena não parecem ser as mais adequadas, pois ainda estão vinculadas a finalidades utópicas, as quais, por não serem atingidas, não podem servir para balizar o direito penal contemporâneo. Em nossa opinião, a teoria que

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, tomo I, 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais/Coimbra, 2007, p. 43.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007, p. 84.

mais atende aos objetivos atuais do direito penal é a agnóstica, por revelar o conteúdo político do poder de punir.

De toda forma, é possível afirmar com base na posição majoritária que a dogmática penal é utilitarista, desde suas origens modernas. Por isso é possível ensaiar uma breve demonstração de como o critério da utilidade está entranhado na própria formação da dogmática penal.

O primeiro sistematizador do direito penal moderno, Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria, já afirmava em sua célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764) que as penas devem possuir uma utilidade social. Por isso, as penas não devem ser exageradas, já que qualquer desmesura que não tenha reflexos úteis para a sociedade deve ser considerada um arbítrio, uma violência desnecessária⁹.

Interessante mencionar que Beccaria entendia por útil não apenas a consecução de um meio para atingir uma finalidade qualquer. Se assim pensasse, estaria legitimando qualquer sistema punitivo (inclusive o direito penal absolutista, que criticava), com vistas a quaisquer finalidades. Na verdade, a ideia de utilidade de Beccaria tem conteúdo substancial, relacionado ao ideário iluminista vigente no século XVIII. Nesse sentido, útil “é unicamente aquilo que está a serviço da preservação dos direitos da maioria e visa garantir a máxima felicidade ao maior número”¹⁰.

Por meio da obra de Jeremy Bentham fica ainda mais clara a concepção utilitarista da pena criminal. Suas ideias tiveram grande importância, e conquistaram inúmeros seguidores em todo o mundo. Segundo ele, o comportamento humano não poderia ser julgado com base em princípios irracionais absolutos, mas sim a partir de um princípio ético-utilitarista do maior bem-estar possível para o maior número possível de pessoas. Assim, para fazer com que as pessoas não pratiquem atos criminosos deve-se oferecer punição adequada, de modo que as pessoas, na tentativa de evitar o sofrimento da sanção, não descumprirão os mandamentos jurídicos¹¹.

⁹ BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Op. Cit. p. 85.

¹⁰ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 76.

¹¹ GEIS, Gilbert. Jeremy Bentham. MANNHEIM, Herman (org.). **Pioneers in criminology**, 2.ed. Montclair: Paterson Smith, 1973, p. 56-57.

Jeremy Bentham partia de uma concepção de homem racional, que avalia suas condutas com base em uma lógica econômica de custo e benefício. Infelizmente, não houve aprofundamento, em sua teoria, acerca das verdadeiras razões que fariam com que um sujeito praticasse um delito. Na verdade, sua ideia era de que não haveria diferenças sensíveis entre os homens, um pensamento até certo ponto juvenil. Não seriam os homens que se diferenciam entre si, mas sim as situações em que se colocam que poderiam ser distintas¹². A conclusão óbvia seria de que, caso os custos para a prática delitiva fossem acrescidos – com o aumento de pena, por exemplo – não haveria a opção das pessoas pelos benefícios advindos dessa conduta desviada.

Apesar da enorme importância de suas obras, Beccaria e Bentham foram mais propriamente idealizadores políticos do direito penal, pois não chegaram a estatuir as bases jurídicas desse ramo. Ao menos na nossa tradição continental, foi a partir de Feuerbach (1801) que se pôde falar em uma proposta jurídica para o direito penal, a partir da formulação técnica do princípio da legalidade, com a edição do brocardo do *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Já a partir desse momento, o direito penal cumpria com uma função de prevenção. Isso, porque o direito penal serviria para a proteção de direitos individuais. Percebe-se, com isso, que a lógica da pena está na proteção dos direitos da vítima, teria uma utilidade social. Interessante a observação de Zaffaroni, afirmando que “Feuerbach inverteu a proposta kantiana, entendendo que os direitos deviam ser buscados na razão prática do titular e não na do obrigado [criminoso]”¹³.

Fica ainda mais clara a opção de Feuerbach por uma utilidade para o direito penal, a partir da sua teoria da intimidação, ou de coação psicológica, segundo a qual o direito penal serve para, por meio da aplicação da punição, desmotivar a sociedade a reiterar a prática delitiva. De onde resulta que “o objetivo mediato (ou final) da aplicação [da pena] é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos mediante a

¹² GEIS, Gilbert. **Jeremy Bentham**. 1973. p. 57.

¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. Anselm v. Feuerbach: perspectiva atual de su antropologia jurídica. FEUERBACH, Anselm v. **Tratado de derecho penal**, 14. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 17, em livre tradução.

lei”¹⁴. A pena criminal teria, portanto, uma função de prevenção geral negativa.

O aperfeiçoamento da teoria do bem jurídico-penal, com a obra de Birnbaum, possibilitou o entendimento de que a função da pena seria a proteção de bens materiais, os quais devem têm existência concreta no mundo. Nota-se uma tendência para uma concepção ontológica da norma penal, a qual deve ser fundamentada em uma realidade fática. Sobre o tema, ensina Luiz Regis Prado que, ao superar a ideia criada por Feuerbach de bem jurídico como direito subjetivo, Birnbaum “observa ser decisivo para a tutela pena a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva”¹⁵.

De fato, a teoria da exclusiva proteção do bem jurídico é um importante limite para a tutela penal, ao mesmo tempo que elucida sua finalidade de proteção de interesses vitais para a sociedade. “O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado democrático e social de direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos”¹⁶. A eficiência da norma penal pode muito bem ser avaliada com base nesse critério valorativo, pela observância de o bem jurídico tutelado estar ou não sendo adequadamente protegido.

Logo após, houve um retrocesso promovido por Binding, que impulsionou a teoria do bem jurídico para um conteúdo meramente formalista, entendendo que o direito penal tutelava o direito subjetivo do próprio Estado, violado com a conduta criminosa. Essa concepção se fortaleceu ainda, a partir das ideias de Arturo Rocco¹⁷.

Com influência expressa de Jhering, Franz von Liszt ensinou que por muito tempo prevaleceu um embate entre as teorias absolutas e as ecléticas da pena, ou seja, a discussão sobre o direito penal ter ou não uma finalidade (utilidade). Optando por uma concepção eclética da

¹⁴ FEUERBACH, Anselm v. 2007, p. 53, em livre tradução.

¹⁵ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

¹⁶ PRADO, Luiz Régis. 2003, p. 60.

¹⁷ PRADO, Luiz Régis. 2003, p. 32-34.

pena, afirmou que “a experiência torna possível a compreensão da conformidade da pena ao escopo. É a ideia de escopo que nos determina os limites (...) dominada pela ideia do escopo, a pena se transforma na força punitiva em direito penal”¹⁸.

A partir dessa ideia de finalidade, a teoria do crime foi desenvolvida, inicialmente pelo modelo clássico de Liszt e Beling, depois aprimorado por outros autores, como Mezger e Welzel. Também a teoria da pena foi estruturada sempre tendo em vista suas finalidades preventivas.

Por óbvio que a finalidade do direito penal é o de oferecer uma utilidade social. Por isso, a construção da dogmática penal, desde suas mais remotas origens, tem incorporado uma ideia de utilitarismo. Isso porque o direito penal serve para proteger bens jurídicos, e também para prevenir a ocorrência de outros delitos por meio da aplicação da pena criminal.

Nesse sentido, Santiago Mir Puig afirma que, conforme o princípio da utilidade da intervenção penal, o direito criminal perderia toda a sua legitimidade caso se demonstrasse inútil. Emenda, lembrando que caso a sanção penal se demonstre inútil, deve ser abolida ou substituída por outra mais leve. Assim, com relação à pena de morte, considerando que inúmeras pesquisas demonstram que ela não tem a capacidade de reduzir as taxas de criminalidade, deve ser substituída por outra mais leve, porque, como já afirmara Beccaria, a pena mais útil não é a mais gravosa, mas sim a que certamente será aplicada¹⁹.

Para finalizar a explicação sobre a função do direito penal, é necessário reiterar a sua função de garantia. Nesse sentido, o direito penal é o fundamento da punição criminal, mas também o seu limite, verdadeira barreira intransponível para o poder de punir. Somente se pode punir alguém se houve desobediência às normas do direito penal, e dentro das regras estatuídas para tanto, em obediência ao *nulla poena sine iudicio*. Aliás, foi por essa razão que Liszt afirmou que o código penal é a magna carta do delinquente, pois é a norma penal, e somente ela, quem vai definir a gravidade de sua sanção.

¹⁸ LISZT, Franz v. **A teoria finalista no direito penal**. Campinas: LZN, 2005, p. 7.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general, 5.ed. Barcelona: Repertor, 2009, p. 116-117.

Por isso, destaca-se a finalidade precípua do direito penal de limitar o poder de punir, delineando os moldes típicos em que o cidadão poderá ser punido criminalmente, a partir da ofensa concreta de um bem jurídico relevante para a sociedade. O direito penal, portanto, constitui-se como uma importante garantia da sociedade, para proteger-se do arbítrio estatal.

3. Eficiência e seu significado no direito penal

Garantia individual e eficiência do controle parecem hoje constituir os termos contrastantes de uma proposição dialética. Mas tal afirmação, em correspondência ao nosso contexto normativo, de democracia fundamentada no princípio do Estado social de direito, é certamente falsa, e a demonstrar isso é fácil²⁰.

É preciso compreender bem o significado da eficiência, quando este critério é utilizado para a valoração do direito penal. Isso, porque não é possível proceder com uma análise de custo e benefício, no direito penal, sem considerar a função de garantia das normas penais. Portanto, “uma questão central relativa ao princípio da eficiência é a de como incluir no cálculo de custo/benefício princípios de liberdade, dignidade ou proporcionalidade”²¹.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que políticas criminais autoritárias hodiernas vem se utilizando de uma razão eficientista, em detrimento de finalidades concernentes a um Estado de direito. É importante mencionar que estamos nos referindo ao eficientismo em conformidade com o significado atribuído pela doutrina penal sobre o tema, sabendo que o mesmo termo pode ser compreendido com outros significados possíveis. Sobre o assunto, Sergio Moccia observou que “o eficientismo penal consiste na última variante do direito penal da emergência, uma degeneração que desde sempre tem acompanhado a vida do direito penal moderno”²².

²⁰ MOCCIA, Sergio. **La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale**, 2.ed. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1997, p. 1, em livre tradução.

²¹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

²² MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ (orgs.) **Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión?** V. 2. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 304, em livre tradução.

A razão eficientista é resultante dos problemas advindos do ceticismo com relação à capacidade do Estado de prevenir eficazmente a delinquência. Nesse sentido, Winfried Hassemer observa que as políticas criminais atuais tem consciência desses problemas, e acabam relaxando os princípios do direito penal achando que isso aumentaria a eficácia de sua proteção penal²³. O eficientismo, portanto, também corresponde à lógica de desmonte do Estado de bem-estar, bem como resulta da implementação de políticas econômicas que contribuem para o quadro de exclusão social²⁴.

Que fique bem claro que não estamos a falar, até aqui, de eficiência, e sim do eficientismo, que desnatura as políticas criminais, dando-lhes um caráter autoritário discrepante com um Estado de direito. Como já afirmamos, o critério de eficiência é bastante útil para a valoração do direito penal, como será visto. Por isso, nossa crítica não se dirige à ideia de eficiência, mas sim ao eficientismo, conceito que se relaciona com o pensamento (muito em voga na modernidade recente) de que a eficiência de determinada política criminal é incompatível com o respeito a direitos e garantias estatuídos.

Portanto, não se confundem os conceitos de eficiência e eficientismo. Este equivale à afirmação de que “os princípios do direito penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas”²⁵. Por isso, foi muito feliz Jesús-María Silva Sanchez ao ressaltar que “a questão central é se o cálculo de eficiência é suficientemente amplo para amparar todos os princípios de garantia (e regras de imputação) do direito penal”²⁶.

Assim a razão eficientista advoga que certos direitos e garantias seriam um entrave para a implementação de políticas criminais com resultados satisfatórios. Nas palavras de Alessandro Baratta, “no interior desse processo, o eficientismo penal tenta fazer mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias materiais e

²³ HASSEMER, Winfried. **El destino de los derechos del ciudadano em el derecho penal eficiente. Crítica al derecho penal de hoy**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p. 59 e ss.

²⁴ MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. 2006, p. 305.

²⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. 2002, p. 69.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2002, p.58.

processuais que foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas constituições e nas convenções internacionais”²⁷.

Segundo essa lógica, como o Estado seria incapaz de conter a criminalidade por meio de políticas criminais *lato sensu* (políticas sociais), as quais teriam como foco os verdadeiros problemas criminógenos, acaba lançando mão de políticas criminais estritas. Essas políticas penais se limitam a um punitivismo simbólico, e desrespeitam alguns dos princípios cardeais do sistema criminal, relacionados a direitos e garantias individuais. Por esse motivo, o eficientismo resulta em uma utilização do sistema punitivo como *prima ratio*, como uma panaceia para enfrentar os mais diversos problemas sociais²⁸.

Desse modo, o eficientismo justificaria a utilização desmesurada do poder punitivo, em virtude, notadamente, de que a reação penalógica seria a única resposta eficaz oferecida para o problema da criminalidade. Dessa maneira, ao invés de criar soluções alternativas mais eficazes, o eficientismo procura tornar mais eficaz o próprio direito penal, simplesmente aumentando o seu rigor, em desobediência à legalidade constitucional e aos princípios constitucionais penais²⁹.

A razão eficientista demonstra claramente um desvirtuamento das finalidades do sistema punitivo. Esse deve perseguir aqueles objetivos legítimos, conformes com um Estado de direito. Por isso, não poderia se fundamentar na lógica simplista de que os fins justificam os meios, significando que direitos individuais e garantias poderiam ser sacrificados, em prol de uma busca incessante por condenações criminais meramente simbólicas. Ora, a preservação desses direitos e garantias também é uma das finalidades do direito penal – talvez a principal delas –, e se o direito penal é utilizado de modo a de alguma maneira violá-los, não pode ser considerado eficiente.

Por isso, em nossa opinião, o eficientismo não se justifica, precisamente pelo fato de não considerar que os parâmetros para mensurar a eficiência do sistema punitivo devem levar em conta o respeito aos direitos e garantias individuais, que afinal se constituem

²⁷ BARATTA, Alesandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 180, traduzido livremente.

²⁸ BARATTA, Alesandro. 2004, p. 179.

²⁹ MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. 2008., p. 305.

como o maior objetivo de um Estado de direito. Por isso, concordamos com Sérgio Moccia, quando observou que não haveria uma antítese entre garantias e eficiência³⁰. Em síntese, “os direitos fundamentais apareceriam, assim, como limite intransponível das considerações de eficiência”³¹.

Isso significa que a eficiência, ao contrário da razão eficientista, é plenamente compatível, e deve ser utilizada para o aperfeiçoamento do direito penal. No entanto, no cálculo da eficiência, faz-se necessário considerar como requisito a obediência às garantias penais. Em caso de desobediência desses postulados, não há eficiência, mesmo porque o direito penal não teria cumprido e otimizado suas funções. Não se pode considerar a norma penal ou mesmo o próprio sistema punitivo eficiente se não se respeitaram os princípios reitores do direito criminal.

Para melhor compreender como poderia ser utilizado o critério da eficiência, cumpre explicitar o entendimento acerca da motivação do criminoso para a prática delitiva. Segundo uma concepção tradicional (*homo oeconomicus*), todos os homens avaliam racionalmente o fator de custo e benefício de suas condutas. Assim, não haveria uma diferença essencial entre criminosos e não criminosos, já que todos tem livre-arbítrio para escolher seus comportamentos, conforme afirmara Jeremy Bentham. De tal forma que seria necessário aumentar os custos para a prática de atos criminosos, para tentar desestimulá-los³².

De outro lado, a partir da crítica dessa concepção idealizada de homem, entendendo que o delinquente não analisa friamente os custos e benefícios de suas ações, surgiu uma concepção de criminoso como sujeito patológico (*homo sociologicus*)³³, a partir da influência do positivismo criminológico italiano. Essa concepção nega a existência de um homem racional idealizado, que pondera calmamente todas as suas futuras práticas, decidindo sempre pelo seu bem-estar. Considera que o homem é determinado a agir, conforme a sua própria natureza.

Não concordamos com nenhuma das duas posições. Ambos são modelos ideais, que partem de uma ideia de determinismo ou liberdade absolutos. “Por serem ambas as imagens meras hipóteses teóricas, sem

³⁰ Ver epígrafe desse capítulo e nota 18.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2004, p.65.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2004, p.13-14.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2004, p.15.

qualquer possibilidade de demonstração empírica (irrefutáveis), tornam-se inválidas”³⁴.

Conforme a opinião de Silva Sánchez, é possível defender a serventia da análise da eficiência, mesmo sem concordar absolutamente com a ideia de um *homo oeconomicus*. Isso porque nunca se afirmou que somente os cálculos de custo e benefício incidam no comportamento criminoso. Outros fatores certamente também influenciam no comportamento desviado. Ademais, segundo ele, parece incontestado o fato de que a maior ou menor probabilidade de o criminoso ser punido por seus atos influencia, de alguma maneira, o seu comportamento. Não é somente a intimidação que poderá evitar a prática de crimes, mas o custo e benefício do comportamento têm o seu papel na determinação do comportamento.

Em nossa opinião, contudo, a ideia de custo e benefício somente pode ser aplicada no que diz respeito à justificativa para a tutela do direito penal, no que diz respeito às suas finalidades, não sendo correta sua utilização relacionada ao comportamento humano. Nesse sentido, a eficiência seria aplicada para chegar-se a uma utilização comedida do direito penal, conforme o princípio da intervenção mínima. No mais, conforme a teoria agnóstica da pena, a finalidade do direito penal é política, no sentido de conter o poder punitivo, fazendo-o incidir minimamente na sociedade.

A utilização da lógica de custo e benefício, dessa forma, parece ir ao encontro de políticas criminais alternativas, aumentando-se a eficiência do direito penal a partir do incremento de alternativas legais para a sanção criminal, especialmente na sua espécie mais problemática que é a pena privativa de liberdade. A partir de políticas criminais em sentido amplo (políticas sociais), seria possível evitar a utilização desnecessária do direito penal, inibindo o comportamento criminoso sem a utilização de reprimendas mais graves.

Essas políticas sociais podem ser bem mais eficazes que o direito penal, para desestimular certos tipos de práticas delinquentes, como por exemplo uma política de pleno emprego³⁵. Assim, a eficiência do direito

³⁴ CARVALHO, Salo de. 2013, p. 67.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2004. p.19.

penal se relaciona à ideia de intervenção mínima e à própria finalidade negativa e agnóstica da pena criminal, conforme veremos.

4. Eficiência e intervenção mínima

A espada da justiça está nas nossas mãos; mas na maioria das vezes devemos antes embotá-la do que torná-la mais afiada. Trazemo-la na bainha perante os reis: *é para nos advertir que devemos sacá-la raramente*³⁶.

A legitimidade do direito penal depende da moderação na sua utilização. Não é possível valer-se da sua solução drástica quando o problema social poderia ser resolvido, com mais eficiência, com outro mecanismo menos gravoso. O direito penal somente pode intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes³⁷.

Esse postulado não se encontra explícito na Constituição Federal, nem tampouco na legislação, mas pode ser extraído a partir de uma interpretação sistemática. Isso, porque a intervenção mínima “é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermenêuta”³⁸.

É nesse sentido que a eficiência se relaciona com a intervenção mínima, pois somente é considerado eficiente o tratamento penal que realmente foi necessário para a resolução do problema, a intervenção desnecessária é certamente ineficiente. Nesse sentido, “o direito penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto pode se conseguir por outros meios, que sejam preferíveis por serem menos lesivos para os direitos individuais”³⁹.

Esse postulado tem duas dimensões. Primeiramente, a intervenção mínima se manifesta por meio da fragmentariedade, que significa que somente é possível a proteção penal daqueles bens jurídicos que sejam vitais para a convivência social. Não é qualquer

³⁶ VOLTAIRE. **Comentários políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 144, grifamos.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 107.

³⁸ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 30.

³⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. 2009, p. 117, em livre tradução.

interesse que merece a tutela penal, por ser esse instrumento extremamente radical, exagerado. Por isso, para que um bem jurídico tenha dignidade suficiente a ponto de merecer ser protegido penalmente, deve ter sido objeto de proteção pelo próprio poder constituinte⁴⁰.

O direito penal, portanto, “não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminaliza-los, por ser esse o meio indispensável de tutela jurídica”⁴¹.

De outro lado, a intervenção mínima também se manifesta por meio da subsidiariedade do direito penal. Isso quer dizer que a tutela penal é o último instrumento de controle social que o Estado pode se valer na resolução de determinado problema.

Por essa razão, a subsidiariedade também é conhecida como *ultima ratio*, porque “o direito penal deve ser a ratio extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade”⁴². Como o direito penal trata das medidas mais extremas de punição dos infratores, somente pode ser utilizado quando outros mecanismos de sancionamento já se fazem ineficazes. Qualquer utilização precipitada da pena fere o postulado da intervenção mínima.

É sabido que o direito penal é um instrumento jurídico com altíssimo custo social. Além de ser necessário todo um aparato burocrático, com técnicos, juízes, advogados, o processo é lento e caro. Ademais, provoca uma vitimização secundária, pois além daqueles diretamente afetados pela ação criminal, as pessoas mais próximas ao agente punido – como sua família – também respondem reflexamente por seus atos, o que pode agravar uma situação de exclusão social já existente. Lembremos que esse é um fator criminógeno importante, principalmente em países com graves desigualdades sociais, como o Brasil.

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: Parte general, tomo I, 2.ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

⁴¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 2003, p. 40.

⁴² *Ibidem*.

Por isso, caso seja possível resolver a solução com outro mecanismo jurídico, como por exemplo o direito civil ou administrativo, ou mesmo por um controle extrajudicial, esta será seguramente a maneira mais eficiente de fazê-lo. De modo que a intervenção mínima é um pressuposto para a utilização eficiente do direito penal. Como afirma Mir Puig “se trata de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social”⁴³.

Ora, é justamente em busca da eficiência que se defende a descriminalização de certos tipos penais, quando se entende que o bem jurídico não deve ser protegido pelo direito penal, ou que a lesão seria melhor evitada de outra maneira. Assim ocorreu há alguns anos com a abolição do delito de adultério. Ora, a infidelidade matrimonial não deve ser assegurada por meio de sanções criminais, restando ao direito de família tratar do tema com muito mais eficiência.

Se chegarmos a uma configuração reduzida ao mínimo essencial do direito penal, será possível fazê-lo funcionar de modo mais eficiente. Ocorre que atualmente o direito penal tem sido utilizado como primeira solução (*prima ratio*), como se pode perceber pelo fenômeno de grande expansão da tutela penal⁴⁴. O direito penal passou a servir como pedagogo social, de modo meramente simbólico, em questões sociais de somenos importância, nas quais não deveria se intrometer. Aliás, essa parece ser uma das causas da grande crise que passa o direito penal. Infelizmente, em razão disso, podemos afirmar que o direito penal tende a se tornar cada vez menos eficiente.

Aparentemente, a única solução para o problema da excessiva utilização do direito penal seria apostar em mecanismos diversos de resolução de conflitos, em observância da subsidiariedade do direito penal, e de sua maior eficiência. Nesse sentido, poderíamos citar o grande crescimento das práticas de justiça restaurativa, mecanismo informal de tratamento da situação problemática, na qual a vítima tem participação direta no deslinde da questão⁴⁵.

⁴³ MIR PUIG, Santiago. 2009, p. 117-118, em tradução livre.

⁴⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. 2002, *passim*.

⁴⁵ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Incompatibilidades entre a justiça restaurativa e o instituto da transação penal. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, n. 80. Porto Alegre: Síntese, 2013.

Também são exemplos os sistemas de sancionamento alternativo, que ficam em um meio termo entre o direito penal e o administrativo. Esses ainda precisam ser aperfeiçoados pela doutrina, além de necessitarem de aprimoramento na legislação e por meio das práticas judiciais, em nossa opinião. Mas já existem algumas propostas mais maduras, dentre as quais citaríamos o direito de contraordenações (secundário) português, a ideia de um direito penal de segunda velocidade, defendida por Silva Sánchez⁴⁶, ou de um direito de intervenção, sustentada por Winfried Hassemer⁴⁷.

5. A finalidade do direito penal: teoria agnóstica da pena

O centro de gravidade do direito criminal está na *pena*, como o do direito civil está na *execução*. Ora, ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de *exequir*; para que busca-la para o direito de *punir*? De todas as bolhas de sabão metafísicas é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da crítica⁴⁸.

Como já explicado, o direito penal somente se justifica na medida em que possibilita um benefício, uma utilidade social. Essa seria a sua finalidade, e para isso que seus institutos devem ser construídos, para a concretização de seus fins. Foi Jhering quem ressaltou que o direito é “uma ciência instrumentalmente projetada (direcionada aos fins)”⁴⁹, inaugurando o desenvolvimento de uma dogmática jurídica teleológica.

Então o instrumento de concretização dos fins do direito penal é a pena. No mesmo sentido, sob influência de Jhering, já observamos que Liszt afirmara que “a pena é para nós meio para alcançar um escopo. A ideia do escopo postula porém a adaptação do meio ao fim e a máxima parcimônia na sua aplicação”⁵⁰. Portanto, é por meio da pena que o direito penal poderia concretizar suas funções, suas metas.

⁴⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. 2002, p. 144-147.

⁴⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013, *passim*.

⁴⁸ BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. *Estudos de direito II*. São Paulo: Record, 1991, p. 110, grifos do autor.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de. 2013, p. 143-144.

⁵⁰ LISZT, Franz v. 2005, p. 39.

Contudo, sabe-se que as finalidades da pena não são concretizadas efetivamente, o que é comprovado fartamente pela literatura criminológica⁵¹. Por um lado, não se pode defender em nosso sistema constitucional a finalidade meramente retributiva da pena, pois as teorias absolutas não se legitimam a partir de um Estado democrático de direito⁵². É por essa razão que se afirma que a pena somente pode ter a finalidade de prevenção, especial ou geral, e a culpabilidade somente serve para limitar a medida da pena⁵³. Ainda assim, a retribuição não é oferecida para todos os que cometem delitos. Ora, em razão dos filtros seletivos do sistema punitivo, somente uma pequena parcela dos infratores são de fato punidos, sendo que os demais crimes acabam formando a cifra oculta, composta de crimes que não são efetivamente conhecidos pelo sistema criminal⁵⁴.

Por outro lado, a pena criminal não consegue atingir os fins de prevenção, seja a ressocialização (prevenção especial) ou mesmo a intimidação da sociedade (prevenção geral). Pelo contrário, é sabido como a prisionização tem efeitos deletérios na personalidade do infrator, impossibilitando a sua reinserção à sociedade. Não é por outro motivo que as taxas de reincidência criminal costumam ser altíssimas, provando que o cárcere não cumpre com a sua função pedagógica, de reeducação social. Assim, “o generalizado reconhecimento da ineficácia corretiva dos efeitos nocivos da pena privativa de liberdade é disfarçado ou encoberto (...) por frequentes declarações simplistas de que *ainda não temos nada melhor do que a prisão*”⁵⁵.

Da mesma maneira, a sociedade não parece se intimidar com a aplicação de punições para criminosos. Isso é facilmente percebido, quando se observa o enorme crescimento das taxas de encarceramento no Brasil, concomitantemente com a alta criminalidade, o que significa

⁵¹ Por todos, veja-se a análise clássica empreendida por BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁵² CARVALHO, Salo de. 2013, p. 57-60.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2007, p. 84.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul et ali. **Direito penal brasileiro**, v. 1, 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 47.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 8, grifos do autor.

que a aplicação da pena de prisão não tem produzido os efeitos almejados de dissuasão.

Por isso, afirmou Salo de Carvalho que “os dados de encarceramento contemporâneos em praticamente todo o Ocidente possibilitam comprovar a inexistência de relação causal entre (a) o aumento de penas e a diminuição dos crimes ou entre (b) a descriminalização e o aumento da criminalidade”⁵⁶.

Em parte, isso significa que o infrator não obedece ao modelo de *homo oeconomicus*, visto que se aumentando o custo da prática criminosa (com punições mais rigorosas), não se tem o efeito esperado de diminuição da criminalidade. Como já vimos, não se pode afirmar que o ser humano é absolutamente determinado, nem tampouco que possui livre-arbítrio e escolhe racionalmente suas condutas, simplesmente porque ambas as hipóteses são inverificáveis.

Esse problema é antigo na ciência penal, porque em última análise toda a estrutura dogmática do direito penal está fundada em premissas filosóficas não comprováveis. Por isso, Gimbernat Ordeig em trabalho clássico afirmou que “a crise da ideia de culpabilidade traz consigo a da pena; e sem pena, não pode haver direito penal, e sem este tampouco uma ciência do direito penal no sentido tradicional. É curioso que não seja estranha à ciência do direito penal a argumentação que se segue nesta teoria do dominó, neste desmoronamento em cadeia que leva por fim a derrubada da ciência do direito penal”⁵⁷. Na sequência, Ordeig conclui que o futuro da dogmática penal está na aposta na função de prevenção, em detrimento da culpabilidade, que se baseia na ideia abstrata do livre-arbítrio⁵⁸.

⁵⁶ CARVALHO, Salo de. 2013, p. 69.

⁵⁷ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Tiene um futuro la dogmática juridicopenal?** Lima: Ara, 2009, p. 15, em tradução livre.

⁵⁸ Afirmou que ainda “um direito penal não fundamentado no livre-arbítrio determina a gravidade das penas do mesmo modo que a determinam, no fundamental, todas as leis penais atualmente vigentes no mundo, a saber: em primeiro lugar, sobre a base do valor do bem jurídico protegido; em segundo lugar, estabelecendo uma posterior distinção e castigando com maior severidade unicamente a lesão dolosa de um bem jurídico que a lesão culposa do mesmo bem”. ORDEIG, Enrique Gimbernat. 2009, p. 30-31, em livre tradução. Também sobre o tema, ver SANTOS, Hugo Leonardo

Por isso, seria necessário reconhecer que existem finalidades não declaradas para a pena criminal, as quais se diferenciam bastante daquelas defendidas pelo discurso oficial. As funções declaradas ou manifestas (oficiais) não se concretizam, como já visto. O que não significa que o direito penal não seja funcional, mas sim que ele cumpre com funções diferentes daquelas legitimadas pelo discurso oficial.

De tal modo que o estudo da dinâmica do sistema punitivo, tendo em vista essas funções declaradas ou manifestas e as funções reais ou latentes da pena criminal “pode explicar a esquizofrenia do programa oficial de política criminal realizado pelo direito penal nas sociedades contemporâneas, marcado pelo antagonismo entre discurso penal e realidade da pena, que seguem direções diametralmente opostas”⁵⁹.

O que implica que não se pode descuidar da natureza política da pena criminal. Na medida em que é o instrumento para o exercício do poder de punir, a pena é marcada por um viés político. Assim, negar esse caráter político, fundamentado a pena apenas como instituto jurídico, acaba trazendo efeitos negativos, porque “(1º) pressupõe a apoliticidade (neutralidade) do fenômeno punitivo, cujo efeito é o de (2º) obscurecer a seletividade penal”⁶⁰.

Essa ideia da politização da pena tem como precursor o jurista Tobias Barreto, para quem a pena criminal não tem um fundamento jurídico, mas sim político. Desse modo, de maneira extremamente precoce, assume uma visão pragmatista, despidendo-se de fundamentos metafísicos para o direito de punir. Sobre o tema, com a ironia costumeira, ensinou que “a combinação binária da *justiça moral* com a *utilidade social*, que se costuma dar como uma solução satisfatória do problema da penalidade, eu deixo aos metaquímicos do direito, que conhecem perfeitamente a natureza daqueles dois *sais*” e continuou, emendando que “eu não conheço bem nem uma nem outra coisa; razão porque até ignoro, qual é a parte de justiça moral existente porventura na pena de multa (...) o conceito da pena não é um conceito jurídico,

Rodrigues. *Gimbernat Ordeig e o futuro da dogmática jurídico-penal*. Revista de estudos criminais, n. 49. Porto Alegre: Síntese/!TEC, 2013.

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. 2005, p. 3.

⁶⁰ CARVALHO, Salo de. 2013, p. 147.

mas um conceito político. Este ponto é capital”⁶¹. Com essa posição arrojada, Tobias Barreto acaba por deslegitimar a pena criminal⁶².

Segundo o programa da teoria agnóstica da pena, com o qual concordamos, a sanção criminal exerce a única função de controle social⁶³. Isso porque não se pode ignorar o fato de que as finalidades declaradas não são efetivadas. A finalidade do direito penal, portanto, não é idealizada, no sentido de ter como meta a reeducação do infrator, ou a prevenção da prática delituosa, resumindo-se a um instrumento de controle. “Abandonar quaisquer teorias justificacionistas, sobretudo os modelos ressocializadores, é efeito primeiro da adoção da perspectiva agnóstica de redução de danos penais”⁶⁴. Nesse sentido, adota-se uma visão pragmática acerca das finalidades do direito penal.

Por outro lado, não se pode, ao menos no momento político atual, abolir definitivamente o sistema punitivo. Ora, a população prisional vem aumentando vertiginosamente, e a punição está entranhada em nossa cultura jurídica, como algo natural e necessário, a ser aplicada como consequência para os crimes. De onde se verifica que a pena é uma realidade social, e que deve ser tratada como uma violência excepcional, em um Estado de direito⁶⁵.

A teoria agnóstica, portanto, desliga-se de ideais metafísicos otimistas que justificariam a pena criminal. É uma teoria “*negativa* das funções *declaradas* ou *manifestas* da pena criminal, expressas no discurso oficial de *retribuição* e de *prevenção* geral e especial (positivas e negativas), rejeitadas como falsas”⁶⁶. Por outro lado, “é uma teoria *agnóstica* das funções *reais* ou *latentes* da pena criminal, porque

⁶¹ BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *Estudos de filosofia*, 2.ed. S.l.Editorial Grijalbo, 1977, p. 365-366.

⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raul. Elementos para uma leitura de Tobias Barreto. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (org.) **Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 183.

⁶³ CARVALHO, Salo de. 2013, p. 148.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: crítica criminológica aos fundamentos do *potestas puniendi*. *Antimanual de criminologia*, 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 141.

⁶⁵ CARVALHO, Salo de. 2013, p. 148-149.

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. 2005, p. 3.

renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seriam múltiplos e heterogêneos”⁶⁷.

É nesse sentido que se poderia, com base na teoria agnóstica da pena, avaliar a eficiência do direito penal. Partindo da ideia de que “só a pena necessária é justa”⁶⁸, e considerando um modelo de Estado de direito, a pena criminal deve ser aplicada com base no postulado da intervenção mínima do direito criminal.

Ora, já que não é possível abolir a pena, mesmo sabendo-se que as teorias que a legitimam não são verificáveis, resta-nos tão-somente aplica-las minimamente, de modo a proteger a sociedade de violências desnecessárias aplicadas pelo poder punitivo. Dessa forma, “ao assumir a pena como realidade (fenômeno) da política, a minimização dos poderes arbitrários exsurge como reação igualmente política”⁶⁹.

É por essas razões que a teoria agnóstica é uma tentativa de justificação, não da pena, mas sim da redução do poder de punir. A pena criminal deve ser excepcional, ao mesmo tempo em que a sociedade deve ter suas liberdades e direitos maximizados. Assim, “do ponto de vista político-criminal, a teoria *negativa/agnóstica* da pena tem por objetivo ampliar a segurança jurídica de *todos os habitantes* mediante a redução do poder punitivo do *estado de polícia* e correspondente ampliação do *Estado de direito*”⁷⁰.

6. Conclusões

“(...) inclino-me por aceitar, em princípio, a possibilidade de que um princípio de eficiência possa ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Estado”⁷¹.

Desde suas origens modernas, a partir da adoção do utilitarismo pela filosofia penal iluminista, o direito penal legitima-se por meio de benefícios sociais, que seriam a sua própria finalidade. Desse modo, observa-se em alguns autores clássicos a defesa de que a pena criminal deve ter alguma utilidade como seu fundamento, como por exemplo Beccaria, Bentham, Feuerbach, entre outros.

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. 2005, p. 3.

⁶⁸ LISZT, Franz v. 2005, p. 39.

⁶⁹ CARVALHO, Salo de. 2008, p. 141.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. 2005, p. 16.

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 2004, p.67.

Nesse sentido, as teorias relativas da pena, que defendem a finalidade de prevenção geral ou especial para o direito penal, acabaram prevalecendo frente as absolutistas ou retribucionistas. Assim, mesmo os autores que defendem teorias ecléticas, afirmam que a retribuição somente serve para limitar a sanção criminal, porque o seu fundamento seria de fato prevencionista.

Também a teoria do bem jurídico serviu como finalidade do direito penal, em razão de que somente seria justificada a tutela penal no intuito de proteger bens jurídicos vitais à sociedade de serem lesados pela conduta criminosa.

Por isso, seria possível argumentar no sentido de que a eficiência do direito penal pode servir para a sua valoração, na medida em que este critério serve como instrumento para averiguar se as finalidades do direito penal estão sendo atingidas. Partimos do pressuposto, no entanto, de que a eficiência do direito penal não equivale ao eficientismo, que é a ideologia segundo a qual o direito penal seria mais eficaz caso ignorasse os direitos e garantias estatuídos, a qual acaba por provocar um recrudescimento do poder punitivo. O eficientismo é totalmente ilegítimo no âmbito de um Estado de direito.

Para se implementar um direito penal concernente a um Estado social e democrático de direito, é necessário que a intervenção punitiva seja a menor possível. É por essa razão que o princípio da intervenção mínima, com seu caráter fragmentário e subsidiário, advoga que somente interesses essenciais podem ser protegidos pelo direito penal, e somente quando não for possível fazê-lo com mecanismos menos lesivos que a aplicação de sanções penais.

Justifica-se assim a importância de mecanismos alternativos, de diversificação da solução penalógica, como a justiça restaurativa, e sanções de natureza híbrida como aquelas relacionadas ao direito de intervenção e ao direito penal de segunda velocidade. Essa seria uma possível maneira de se buscar uma maior eficiência da tutela penal, reduzindo-a a um mínimo essencial.

Ademais, a criminologia já comprovou que as finalidades declaradas da pena não se concretizam. Ademais, existem funções não declaradas, que são ocultas ou negadas pela política criminal oficial. Portanto, desapegando-se de fundamentos metafísicos ou não

comprováveis, a teoria agnóstica da pena simplesmente nega todas as teorias da pena, identificando a natureza política da sanção criminal.

Por essa razão, defendemos que o direito penal é, sobretudo, um instrumento de proteção da sociedade, contra o arbítrio punitivo do Estado. Se por um lado, em nosso atual estágio de desenvolvimento, não podemos abrir mão da violência punitiva, sendo inviável a implementação de uma abolição total do sistema criminal, por outro lado, o recomendável é que sua utilização seja excepcional.

A dogmática penal deve por isso adaptar-se para a concretização de suas finalidades políticas, considerando a sua eficiência a partir de uma interferência mínima na sociedade. Nesse sentido, há algumas décadas vem se desenvolvendo várias correntes funcionalistas, muitas das quais resignificam os institutos penais com vistas a atingir a finalidade de utilização excepcional da pena criminal. Essa é a lógica da teoria da imputação objetiva, do funcionalismo teleológico-racional, de Claus Roxin, ou mesmo dos estudos de vitimodogmática, só para citar alguns exemplos.

Ao fim, a eficiência do direito penal poderia sim ser avaliada, por meio de seus próprios instrumentos dogmáticos, a partir da adoção de uma visão minimalista que lhe servirá como meta. Dessa forma, quanto menor for a intervenção penal, e maior a utilização de mecanismos menos lesivos e mais eficazes para a resolução dos problemas sociais, maior será a eficiência do direito penal na concretização de sua finalidade precípua de contenção do poder punitivo.

DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO SEIO FAMILIAR – AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DE SUA DECLARAÇÃO NOS TERMOS DA LEI Nº 12.318/2010

José Filipe de Lima Santana

Analista (Área Jurídica) do Ministério Público de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aspectos relacionados à família e sua atual concepção. Algumas considerações históricas sobre a família e sua evolução. 3. O papel do poder familiar para formação e proteção dos filhos. 3.1. A participação dos pais à formação e ao desenvolvimento dos filhos. 3.2. Da proteção da pessoa dos filhos, pós-dissolução da sociedade familiar. 4. Alienação parental pós-dissolução da família. 4.1. Concepção legal e sua diferenciação da Síndrome da Alienação Parental. 4.2. Instrumentos de combate à Alienação Parental. 4.3. Comentários ao texto da Lei nº 12.318/2010, ante à concepção de família sócio-afetiva. 5. Conclusão.

1. Introdução

Desde o advento da lei do divórcio e posteriores alterações, as famílias chegaram às portas dos tribunais e justiça com maior frequência, quer para legalizar as situações de convivência, que de fato, existiam na clandestinidade; quer para assegurar direitos que eram postergados ou definitivamente negados.

No embate de pós-separação ou de separação traumática, os litigantes para atingirem um ao outro, utilizam-se dos filhos, através de um processo que ensinou a construção da tese da Alienação Parental.

Com afã de auferir melhores recursos voltados à identificação de atos típicos de alienação parental, bem como a incrementar de instrumentos jurídicos voltados a seu combate, com vistas a inibir ou mitigar sofrimentos no seio familiar; nosso legislador brasileiro editou a Lei nº 12.318, publicada em 27 de agosto de 2010, sancionada no dia anterior, com mensagem de veto nº 513 da Presidência da República;

inovando nosso sistema jurídico, na medida em que introduziu consequências processuais e matérias, notadamente no tocante à guarda de crianças e adolescentes e à responsabilidade civil do genitor alienante.

2. Aspectos relacionados à família e sua atual concepção. Algumas considerações históricas sobre a família e sua evolução

Inevitavelmente, na vida do homem, os primeiros aspectos de interrelacionamento entre pais e filhos se dão nos primeiros estágios de formação da personalidade destes, seja por uma necessidade biológica e natural; seja por uma questão de vínculo sócio-afetivo.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹:

É certo que o ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social – de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal. No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividade de cunho natural, biológico, psicológico, fisiológico... também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos.

Etimologicamente, a expressão família vem da língua dos *oscos*, povo do norte da península italiana, *fanel* (da raiz latina *famul*), com significado de servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão. Esta origem terminológica, contudo, não exprime a concepção atual de família, apenas servindo para a demonstração da ideia de agrupamento.

O instituto família sofreu inúmeras transformações silenciosas ao longo dos anos. Essa mutação significativa, contudo, discreta, encontra-se muito bem explorada na obra “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, de autoria de Friedrich Engels (1891), a qual relata toda a pesquisa realizada pelo cientista social Morgan que divide a evolução humana em três estágios, para cada qual corresponde uma estrutura familiar diversa, vejamos:

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Revista, ampliada e atualizada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2010, p. 2.

1º Estágio: No Estado selvagem, existiam casamentos em grupos onde todos os homens de um determinado clã pertenciam a todas as mulheres, igualmente, todas as mulheres pertenciam a todos os homens, desde modo, a disposição familiar era matriarcal, porque somente essas detinham o poder de conhecer de fatos quais eram seus filhos, pois delas é que eram gerados.

2º Estágio: O Estado da barbárie – momento de transição – estado Pré-monogâmico ou Punaluano, onde os homens dividiam sua esposa apenas com seus irmãos, sendo da mesma forma a mulher. E os homens, por não terem como distinguir quais dos filhos eram de sua prole, consideravam a todos, tanto os nascidos de suas mulheres quanto os gerados pelas mulheres de seus irmãos, como seus sobrinhos.

3º Estágio: Com o terceiro Estado, denominado Civilização, inicia-se a monogamia e, com isso, a subjugação do sexo feminino pelo masculino. Esta forma de família, segundo Morgan, deu-se, no início, por questões econômicas, mas não em razão dela subsiste.

Não há dúvida que a família seja um fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, marcada por relações complexas, abertas, plurais multifacetárias e globalizadas.

Com o desenvolvimento cultural e o avanço da ciência, o centro de constituição da família, calcado no princípio da autoridade, transmuta-se para o princípio da compreensão e do amor, fundando o valor de igualdade entre seus componentes, que, nos moldes da Constituição brasileira, rompe o casamento como única fonte legítima de constituição familiar, abrindo o sistema jurídico para recepcionar outras formas de organização da familiar, porque lastreadas no afeto e na solidariedade, havendo mitigação paulatina do *pater* poder para o poder Estatal.

Deixando a família de ser concebida como núcleo econômico e reprodutivo, avança-se para uma compreensão socioafetiva, e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares.

No Brasil, como praticamente em todo o mundo ocidental, a organização familiar tem por referência a família romana como padrão institucional. *A priori*, entidade familiar limitava-se aos pais e filhos unidos de um casamento, regulado pelo Estado. Com o advento da

Constituição de 1988, ampliou-se o conceito de família incluindo, em sua concepção, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a união estável entre homem e mulher.

Após estudos incansáveis, ante a cultura temporal e espacial das gerações, há ainda divergência doutrinária dentro do estudo da família e seus conceitos. É certo que sempre existirão as diferenças na forma de conceituar e aceitar a família que se modifica a cada curto intervalo de tempo. Vez que se vive atualmente, dentro de um conceito de famílias reconstituídas, ligadas, justamente, por pessoas que se unem, principalmente, pelo sentimento afetivo; outras, em contrapartida, conservam-se nas raízes romanas vinculadas ao instituto do casamento.

3. O papel do poder familiar para formação e proteção dos filhos

3.1. A participação dos pais à formação e ao desenvolvimento dos filhos

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto, na reciprocidade e na solidariedade.

Abre-se espaço no cenário familiar, para o reconhecimento dos membros da família como sujeitos de direitos e deveres, dotados de autonomia pessoal e ética, pois na medida em que merecem e recebem especial atenção dos demais familiares como seres providos de sentimentos, vai transformando a família à qual pertence e dotando a vida dos demais membros de novos sentidos e significados.

Para Marcos Alves da Silva², as relações familiares estão alicerçadas em três pilares: Afeto, publicização das relações familiares e interesse patrimonial da criança e do adolescente.

Em sendo a entidade familiar, antes uma estruturação psíquico-afetiva de pessoas, basicamente constituída por pais e filhos, mister é a participação daqueles à cultura destes, pois ocupam uma função imperiosa na formação de valores intersubjetivos que repercutem na

² SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

personalidade da pessoa humana para toda uma vida. Tal participação é realizada mediante o efetivo e regular exercício do poder familiar que traz a existência de uma família para a criança e adolescente.

Rodrigo da Cunha Pereira defende que a família encontra-se estruturada no psíquico do indivíduo. “Cada membro, com sua função social, encontra-se ordenado na mente de todo ser”. Segundo o autor, isso é o que determina a família. “A paternidade e a maternidade é uma questão de função. As funções maternas e paternas mal exercidas, resultam em um eterno desajuste psíquico e social”³.

Daí, vale dizer que, no âmbito familiar, calcado nos princípios da solidariedade e afetividade, é notável que os pais contribuem significativamente na formação e desenvolvimento dos filhos, através do exercício do poder familiar. A mesma ideia é defendida por Caio Mário da Silva Pereira:

[...] a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca.

No Brasil, não sendo diferente, a família do novo milênio, ancorada no primado constitucional da dignidade humana (fundamento da nova concepção de família), tornou-se igualitária, democrática e plural (não mais precisamente casamentária), protegendo todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade entre pais e filhos.

Os deveres para com os filhos além de ganharem status constitucional foram normatizados nos textos infraconstitucionais de diversas formas. De maneira ampla, o legislador normatizou os deveres dos pais, sendo esses: dever de assistir, criar, educar, sustentar, bem como proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Não deve haver, por parte dos pais, apenas apoio econômico, entretanto, o apoio moral é

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família – uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 122.

importantíssimo, pois, a não existência deste pode gerar traumas psicológicos irreversíveis; já que é na família que se inicia o desenvolvimento emocional equilibrado da criança e do adolescente.

Assim descreve Maria Berenice Dias⁴, “[...] a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho”.

A convivência familiar não só envolve um feixe de circunstâncias que possibilitam o desenvolvimento saudável da fase infanto-juvenil, mas também enseja o fortalecimento dos laços afetivos entre os pais e filhos. Isso permite aos membros da família a percepção de que são amados, de que alguém deles se ocupa e com eles se preocupa. Envolve esse direito não só a possibilidade de ter pai ou mãe, mais ainda a prerrogativa de receber deles, atenção, cuidado e carinho, e daí, orientar seus valores para sua vida.

Foi nessa ótica que Viviane Girardi assevera que

o surgimento da criança como sujeito de direitos tornou-se possível em grande parte devido ao aprofundamento afetivo que ocorreu no interior do grupo familiar. Ou seja, a família como unidade política e econômica na qual os filhos cumpriam papéis predeterminados sob a autoridade paterna, servindo à economia familiar como mão-de-obra, alterou-se para a família atual formada por um grupo de companheirismo e um lugar de acolhimento e afeto.

Não importa o lugar que o indivíduo ocupe no âmbito sócio-familiar: se pai, mãe ou filho, legítimos ou não, consanguíneos ou não; o que importa é permanecer no seu âmago; é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir, por isso, o caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal e também sócio-familiar.

3.2. Da proteção da pessoa dos filhos, pós-dissolução da sociedade familiar

Os filhos vivem em companhia de ambos os pais no mesmo domicílio, enquanto vige a sociedade conjugal. Com a separação, de fato ou de direito, passamos cônjuges ou companheiros a ter domicílio

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 153.

distinto, surgindo o problema da guarda dos filhos menores, que há que ser atribuída a apenas um deles.

Na separação dos pais, em regra, desde muitos anos, a guarda dos filhos é entregue a figura materna, por questão de ordem natural, o que dificulta o exercício do pleno poder familiar por ambos: um deles, diga-se o pai, que seria prejudicado em razão da permanência inconstante junto ao filho. Apesar desta dificuldade, permanece o poder-dever do pai ou mãe que não recebeu a guarda física da criança, de auxiliar o guardião na educação, orientação e sustento do filho, fora da estrutura familiar. Deferida a guarda dos filhos menores, na separação, a um dos cônjuges, assegura-se ao outro, o direito de visitas, devendo ante isso, ambos os genitores comungarem (tese da guarda compartilhada) nas decisões concernentes à educação, bem estar dos filhos.

Por vezes, o melhor interesse dos menores leva aos Tribunais Judiciais a propor a guarda compartilhada ou conjunta a ambos os cônjuges, regulada pela Lei Federal nº 11.698/2010, concedendo ao cônjuge não guardião de fato, o direito de visitas e participação efetiva em pontos substancias à formação e desenvolvimento dos filhos.

A guarda compartilhada de forma notável favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando assim a guarda a ideia de posse. Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem-estar, com outras decisões importantes, são tomadas e decididas conjuntamente por ambos os pais que compartilharão de forma igualitária a total responsabilidade sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos deterão a guarda jurídica da criança.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite⁵, a consagração da guarda compartilhada, como evolução civil, decorre de dois grandes nuances: um de ordem fática (o desaparecimento da família patriarcal e a substituição pela família nuclear, estruturada na igualdade e no companheirismo); outro por força do dito legal dos arts. 5, I, e 226, § 5,

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado. Direito de Família**. São Paulo: RT, 2005. v. 5, p. 276.

da Carta Magna de 1988 (que estabeleceu igualdade absoluta entre homens e mulheres na condição de pessoas ou pais).

Guilmaine *apud* Abreu⁶, aponta as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, a saber:

Para os pais e para os filhos. No que tange aos pais, a autora apresenta como vantagens o fato desta modalidade proporcionar uma percepção mais fidedigna das necessidades dos filhos, favorecer a qualidade no relacionamento entre os pais e os filhos, favorecer também a uma melhor divisão das responsabilidades parentais, proporcionar a decisão conjunta dos pais, reduzir os recursos aos tribunais e oferecer oportunidades de crescimento para os pais. Para os filhos as vantagens estão em não perder o contato com nenhum dos genitores, não havendo então o sentimento de perda, a criança não precisa se sentir pressionada a ter que escolher com quem ficar e com isso elimina os “conflitos de lealdade”, se torna mais fácil despedir-se dos pais, garante a continuidade da relação com as duas famílias e garante a constância dos cuidados parentais. As desvantagens do instituto para os pais são, a constante relação com o ex cônjuge, despesas adicionais, problemas de organização de horários, tais fatos demandam bastante esforço para as constantes adaptações, já para os filhos existem as mudanças de estilo de vida, que podem ocasionar problemas de adaptação e podem levar a esperança de reconciliação dos pais.

Destaca-se ademais, que verificado que não devem os filhos permanecerem em poder da mãe ou do pai, o juiz deferirá a sua guarda preferencialmente, a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando em conta a relação de afinidade e afetividade com os infantes (CC. Art. 1584, § 5, com redação dada pela Lei n 11.698/2008).

⁶ ABREU, Francielle Seemann. ***Guarda Compartilhada – Priorizando o interesse do(s) filho(s) após a separação conjugal***. Monografia de Conclusão de Curso – Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Julho 2003. Disponível em: <http://www.apase.org.br/91007-priorizando.htm> Acesso em: 22 fev. 2011.

4. Alienação parental pós-dissolução da família.

4.1. Concepção legal e sua diferenciação da Síndrome da Alienação Parental

A alienação parental, embora não seja fato novo, tem sua disposição legal recente, a fim de resolver os conflitos que vem ocorrendo com bastante frequência, não apenas no âmbito jurídico, mas nas instituições assistenciais, nos consultórios ou de forma silenciosa, no seio familiar.

Alienação no sentido gramatical significa fazer perder ou perturbar a razão. Ou seja, tem uma conotação negativa, colocando o alienado alheio aos acontecimentos, atrelado ao alienador.

Segundo Hegel⁷, a alienação é um processo essencial pelo qual a consciência ainda ingênua, convencida de que a realidade do mundo é independente dela mesma, chega a tornar-se consciência de si.

Conceito legal, conforme a Lei 12.318/2010:

Art. 2.º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A tese da Síndrome da Alienação Parental surgiu na América do Norte e se irradiou para outros continentes. Trata-se de uma construção do psiquiatra norte-americano Dr. Richard A. Gardner, perito judicial e chefe do departamento de Psiquiatria Infantil da faculdade de medicina e cirurgia da Universidade de Columbia, Nova York, Estados Unidos da América.

Veja o conceito de SAP, segundo Dr. Gardner:

A síndrome da alienação parental (SAP) é um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas em torno da

⁷ Hegel *Apud* XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome da alienação parental e o poder judiciário.** Universidade Paulista UNIP. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/17321660/A-SINDROME-DE-ALIENACAO-PARENTAL-E-O-PODER-JUDICIARIO>. Acesso em 15 fev. 2011.

custódia infantil. Sua primeira manifestação verifica-se numa campanha que visa denegrir a figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificação. Esta síndrome resulta da combinação de um programa de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) juntamente com a contribuição da própria criança para envilecer a figura parental que está na mira desse processo⁸.

Segundo, Rosana Barbosa Cipriano Simão⁹:

Trata-se de uma prática instalada no rearranjo familiar após uma separação conjugal onde há filho(s) do casal. Os transtornos conjugais são projetados na parentalidade no sentido em que o filho é manipulado por um de seus genitores contra o outro, ou seja, é “programado” pelo ente familiar que normalmente detém sua guarda para que sinta raiva ou ódio pelo outro genitor.

Embora intimamente ligadas, uma é o complemento da outra e seus conceitos não se confundem. alienação parental é a desconstituição da figura parental de um dos genitores ante a criança. É uma campanha de desmoralização, de marginalização desse genitor. Manipulada com o intuito de transformar esse genitor num estranho, a criança então é motivada a afastá-lo do seu convívio. Esse processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não esta restrito ao guardião da criança. Há casos em que a alienação parental é promovida pelos avós, por exemplo, sendo perfeitamente possível que qualquer pessoa com relação parental com a criança ou não, a fomenta; a síndrome de alienação parental por sua vez, diz respeito aos efeitos emocionais e as condutas comportamentais desencadeados na criança que é ou foi vítima desse processo. Grosso modo, são as sequelas deixadas pela alienação parental.

A notável Dra. Alexandra Ullmann apud Igor Nazarovicz Xaxá faz uma importante observação:

Alguns entendem a Alienação como uma Síndrome por apresentar um conjunto de sintomas a indicar uma mesma patologia, enquanto que outra corrente exclui o termo Síndrome da definição por determinar que, como não há ‘reconhecimento’

⁸ GARDNER *apud* XAXÁ, Op. cit. p. 14.

⁹ SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **Síndrome da Alienação e a Tirania do Guardião**. Aspectos Psicológicos, sociais e jurídicos. São Paulo: Editora Equilíbrio. 2008, p.14.

da medicina nem código internacional que a defina, não pode ser considerada uma Síndrome. Fato é que, independentemente de ser ou não uma Síndrome, assim subentendida, o fenômeno existe e cada vez mais é percebido e verificado independentemente de classe social ou situação financeira.

A percepção da síndrome da alienação parental começou a tomar corpo por conta da maior participação das equipes interdisciplinares nos processos familistas e por conta de pesquisas e divulgações realizadas por institutos como a Associação de Pais e Mães Separados e o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entre outros.

A divulgação da síndrome de alienação parental passou a ter atenção do Poder Judiciário por volta de 2003, quando surgiram as primeiras decisões reconhecendo este fenômeno, infelizmente muito mais antigo nas lides familistas.

No Brasil, a teoria acerca da Síndrome da Alienação Parental se iniciou por meio de pesquisas de profissionais vinculados ao desenvolvimento infantil e ao direito de família, como tais membros da Associação de Pais e Mães Separados – Apase, que contribuíram grandemente para o projeto que deu origem a Lei 12.318/2010, como se depreende do seguinte texto, obtido no site da Apase¹⁰:

Atualmente, como foi a Aids há 20 anos, a Síndrome de Alienação Parental (PAS/SAP) é um mal não conhecido pela maioria daqueles que trabalham na área de âmbito judicial de nosso país, e sobre a qual não existe quase nenhuma informação disponível para os profissionais ‘paralegais’ como psicólogos sociais, médicos e assistentes sociais que devem participar do trabalho envolvido. No entanto, este mal atinge milhares de crianças todo ano, e é responsável por um número desconhecido de patologias entre as crianças.

Geralmente os casos em que acontece a alienação, são consequências de relações conjugais frustradas, relacionamentos que não deram certo, onde um dos cônjuges não aceitando o término da relação, acaba criando uma barreira entre o filho e o ex-companheiro.

Muitas vezes, a ruptura da vida conjugal gera no ex-companheiro abandonado, um sentimento de fracasso, derrota, rejeição,

¹⁰ XAXÁ, *Op. Cit.*, p. 18.

desencadeando um processo de vingança muito grande. E por não conseguir enfrentar ou, até mesmo, não ter maturidade suficiente para resolver determinados assuntos, acaba desenvolvendo um seguimento de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge.

Nesse ponto, Maria Berenice Dias¹¹ comenta:

Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.

Características psicológicas, comportamentos recorrentes, e padrões de relacionamento formam um conjunto valioso a ser observado, pois montam um quadro geral do genitor alienador, de sua relação com os filhos, com o ex-cônjuge e com o ambiente, de modo geral suficientemente claro, para não deixar margens para dúvidas de que o que está em curso é a Síndrome de Alienação Parental.

A fim de averiguar a autenticidade dos indícios, a autoridade judicial detém a faculdade de determinar *incontinenti* a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, que será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental (Lei 12.318/2010, art. 5º, § 2º), ou deferir liminarmente, medidas provisórias que se fizerem adequadas.

Segundo especialistas¹² a alienação não tem a sua origem com a separação conjugal, entende que são comportamentos que remetem a uma estrutura psíquica já constituída, manifestando-se de forma patológica quando algo sai do seu controle. São pais instáveis, controladores, ansiosos, agressivos, com traços paranoicos, ou, em muitos casos, de uma estrutura perversa.

Lamentavelmente, em alguns casos, o fator responsável pela alienação é o econômico: o genitor alienante objetiva obter maiores

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da Alienação e a Tirania do Guardião**. Aspectos Psicológicos, sociais e jurídicos. São Paulo: Editora Equilíbrio. 2008, p.12.

¹² SILVA, Evandro Luiz; REZENDE, Mário. **Síndrome da Alienação e a Tirania do Guardião**. Aspectos Psicológicos, sociais e jurídicos. São Paulo: Editora Equilíbrio. 2008, p.27.

ganhos financeiros ou mesmo outros benefícios afins, à custa do afastamento da criança. Em circunstâncias como essas, se o genitor alienado resistir à chantagem, as portas para a síndrome estarão abertas.

4.2. Instrumentos de combate à Alienação Parental

Uma vez identificado o processo de alienação parental, é importante que o Poder Judiciário aborte o seu desenvolvimento, impedindo, dessa forma, que a síndrome venha a se instalar.

Na concepção de Rosana Barbosa Cipriano Simão, “deve-se, pois, buscar a preservação dos filhos através da concretização dos princípios constitucionais de respeito ao ser humano, através da valorização de seus direitos de personalidade, notadamente, parentalidade digna e busca do melhor interesse dos menores”¹³.

Apurado o intento do genitor alienante, insta ao magistrado determinar, de ofício, ou uma vez provocado em ação própria ou incidental, a adoção de medidas (de urgência) que permitam a aproximação da criança com o genitor alienado, impedindo, assim, que o progenitor alienante obtenha sucesso no procedimento já encetado.

Vale ponderar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o novel Código Civil, preveem a possibilidade de sanções em casos de abuso do poder familiar, que tais: perda ou suspensão do poder familiar, imposição de tratamento psicológico, aplicação de multa, dentre outros. Nesse sentido, destarte, a interpretação teleológica do art. 1637 e inc. IV do art. 1638 do CC em cotejo com os incs. VIII e X do art. 129 da Lei 8.069/90.

O legislador previu, no art. 4º da Lei 12.318/2010, que identificada a prática de alienação parental pelas partes, magistrado ou representante do Ministério Público; deve não só haver tramitação prioritária ao processo, como promoção de medidas imediatas voltadas a preservar os direitos do menor e em defesa do genitor alienado.

As providências judiciais a serem adotadas dependerão do grau em que se encontre o estágio da alienação parental. Para tanto, pode se valer, a autoridade judicial de laudos periciais profissionais ou

¹³ SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. 2008, p.14.

multidisciplinares, a fim constatar os indícios da alienação parental, bem como de averiguar o estado do processo alienante e à medida que mais convém.

Ressalta-se que, ao elencar as medidas destinadas ao combate dos atos de alienação parental, o legislador estabeleceu na Lei n 12.318/2010 um rol exemplificativo, ensejando ao órgão judicante, a escolha de outras medidas que vierem a ser mais adequadas ao caso concreto, observando, se for o caso, laudo pericial-psicológico. Isto é, não esgotando, de forma alguma, outras que permitam o fim ou a diminuição dos efeitos da alienação parental, segundo o *caput* do art. 6: “[...] e de ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso”.

No demais, em arremate, é preciso salientar que flagrada a presença da Síndrome da Alienação Parental, indispensável é a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister, que o alienante sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a reiterada prática alienativa e a veracidade da falsidade da denúncia levada a efeito.

Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.

4.3. Comentários ao texto da Lei nº 12.318/2010, ante à concepção de família sócio-afetiva

O presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou no dia 26 de agosto de 2010, a Lei nº 12.318, conhecida como a lei da Alienação Parental. Neste aspecto, andou bem o legislador quando definiu a alienação parental, sobretudo porque não o fez de maneira exaustiva, valendo-se de noções meramente exemplificativas. Todavia, não obteve sucesso quando tipificou a figura do sujeito alienado.

Dispôs o art. 2º da indigitada Lei 12.318/2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou

vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este¹⁴.

A Lei considera ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente para que repudie genitor ou que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Todavia, o legislador ante à concepção moderna de família, ampliou a figura ativa da alienação parental, tipificando também os avós, e os que detêm a guarda, exercem autoridade ou vigilância sobre a figura da prole, como sujeitos ativos (alienantes). Isso se explica pelo fato de que a nova visão de família, afirma um relacionamento estribado na comunicação emocional não só dos genitores com a prole, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento entre seus membros, mas também, a pessoas que com esta, mantêm laços de afetividade e solidariedade como elemento de família.

Todavia, analisando a norma em palmilha, verifica-se que o legislador não adequou a figura do sujeito alienado aos moldes da concepção de família moderna, formada pela afetividade, solidariedade, reciprocidade . Isso pois, à medida que o legislador limitou a figura alienada à pessoa de um dos genitores, ou de ambos os genitores, houve exclusão de todos aqueles, que diversamente dos genitores, também constroem, em laços de afetividade, a sociedade familiar.

Se a figura dos avós, guardiões, ou que exercem autoridade ou vigilância são considerados alienantes, pois constituem sujeitos dentro do contexto de família afetiva da criança, deve também os mesmos figurarem como alienados, pois interferem quando constituem elemento de família, significativamente à formação e desenvolvimento da criança e do adolescente.

Para Paulo Nader¹⁵, a família moderna deve ser entendida como:

Instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade

¹⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/L12318.htm. Acesso em 26 fev. 2011.

¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.

Nesse ponto, fora **deficitário** o texto editado no art. 2º da Lei 12.318/2010, pois limitou a figura do alienado à figura do(a) genitor(a), não abarcando os demais personagens que eventualmente, possam a constituir com a criança e o adolescente, a sociedade familiar.

Em contrapartida, **resta louvável** que o legislador brasileiro, quiçá, sem se aperceber, trouxe à tona, tema de grande repercussão na doutrina e na jurisprudência brasileiras: “a responsabilidade civil nas lides familistas, por atos típicos de alienação parental”.

Malgrado seja temática a ser pacificada pela Jurisprudência Brasileira, é assente o entendimento de que, quando comprovada a existência de um evento danoso ao indivíduo por ato de alienação parental, formam-se os elementos necessária para a responsabilização civil.

Há de se defender que não se pretende, com a aplicação dos princípios próprios da responsabilidade civil, em âmbito familiar, uma obtenção de vantagens por parte do lesado; ao contrário, o que se pretende é por fim aos abusos cometidos em tal esfera, por quem deveria, na verdade, proteger os direitos mais íntimos do ofendido: o filho.

Todavia, a ideia segundo a qual as relações de família são impermeáveis às regras da responsabilidade civil já não encontra sentido, à medida que os diferentes membros desse núcleo social, sentido, à medida que os diferentes membros desse núcleo social, não importando o papel que nele exerçam, gozam de ampla proteção relativamente aos direitos dos quais são titulares, especialmente os ligados à personalidade, sendo inadmissível que os responsáveis permaneçam imunes à respectiva sanção, mesmo quando a infração se dê nos limites de uma relação jurídica especial, como é a relação de direito de família¹⁶.

Os transtornos psicológicos causados aos indivíduos pelo abandono afetivo, ensejam consequências com poder de exigir reparação pela conduta omissiva ou comissiva do agente (pai e/ou mãe). Logo, merece apreço, como medida inibidora ou mitigante da prática de alienação parental, a entidade pecuniária a que está sujeito a figura

¹⁶ BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006, p. 18.

alienante, consoante se infere da interpretação do art. 6 c/c art. 7, inciso III, ambos da Lei 12.318/2010.

Entende-se que a consagração da ideia da reparação pecuniária pela Lei nº 12.318/2010, não buscou enriquecimento em detrimento da conduta do genitor alienante, mas sancionar uma ação, já desagregadora de laços naturais de afetividade entre genitor alienado/filho, bem como, inibir a continuação desse tipo de ofensa, que enorme prejuízo traz ao direito de convívio familiar e à formação e ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Como a Lei é nova e traz medidas de cunhos processual e material, que até então não vinculavam a atividade jurisdicional, é latente ressaltar que, mesmo havendo o dever de aplicá-la *incontinenti*, a autoridade judicial deve buscar em suas experiências pessoas e jurídicas, adequá-las proporcionalmente ao contexto de cada lide familiar enfrentada, em que versa a questão da alienação parental e os efeitos da síndrome dela decorrentes, para que, ao final, seja alcançada a Justiça Social.

Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional do filho e do genitor/alienado, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.

5. Conclusão

Além de afrontar questões éticas, morais e humanitárias, e mesmo, bloquear ou distorcer valores como o instinto de proteção e preservação dos filhos; o processo de alienação parental também agride frontalmente dispositivo constitucional, vez que o artigo 227 da Carta Maior versa sobre o dever da família em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito constitucional a uma convivência familiar harmônica e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; assim como legal, a teor do artigo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente.

O tema começa a despertar atenção de profissionais que atuam em questões de ordem psíquica do homem, pois é prática que vem sendo denunciada de forma recorrente nas lides familistas, principalmente pela intensificação dos laços de convívio familiar,

calcado nos primados da afetividade, da solidariedade e da reciprocidade, que elevaram a filiação afetiva nas estruturas da família.

Especificados os mecanismos para coibir e reduzir os efeitos da uma “Alienação Parental” permite-se ao juiz, nos termos da Lei nº 12.318/2010, aplicar uma medida mais específica e adequada ao caso concreto, inclusive por indicação de perito, evitando que o magistrado tenha que se socorrer da complexa interpretação do ordenamento jurídico.

A Jurisprudência Brasileira tem encarado com muita maturidade e seriedade a questão da alienação parental, quando presente nos conflitos de família; seja restabelecendo o convívio entre filho e o genitor alienado, desgastado pelo processo de alienação; seja punindo o genitor alienante com a inversão da guarda em favor do genitor alienado; seja concedendo a guarda a terceiro com o qual tem o filho afinidade, por se o melhor ao interesse da criança e do adolescente.

Lamentavelmente, muitos profissionais não sabem como lidar com a presença da Alienação Parental e suas consequências, nos litígios em que estavam envolvidos, ora não a identificando, por vezes não obtendo a tutela necessária para resolver a situação.

Espera-se que o presente trabalho possibilite ampla divulgação acerca da existência um mal singular, oculto, intrínseco, que é a prática da alienação parental; dando notório conhecimento de seus efeitos, à medida que atingem o vínculo natural existente entre pais e filhos, mitigando e destruindo os laços de afetividade. Ademais, tem-se por fito: fornecer às pessoas, inclusive atuantes na área das ciências humanas, instrumentos para identificar a implantação da síndrome onde se instale, bem como, meios de embate às práticas de sua causa no seio familiar.

PERDA DO PODER FAMILIAR POR ABANDONO: A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE DEVOLUÇÃO DO FILHO NÃO BIOLÓGICO

Juliana Paranhos de Melo

Advogada, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas.

SUMÁRIO

1.Introdução 2. A Constituição Federal e a nova concepção de família 3. Adoção e perda do poder familiar por abandono 4. Responsabilidade civil no direito de família 5. Responsabilidade civil na relação paterno-filial 6. Dano moral e dano material 7. Conclusão.

1. Introdução

A adoção é irrevogável, ou seja, não existe a opção para o adotante de arrependimento ou desistência, a partir do momento em que transita em julgado a adoção, não pode haver a devolução do menor ao poder público.

Esse caráter de irrevogabilidade foi inserido no art. 39, §1º do ECA, pelo legislador, consistindo em um meio de proteção do menor das inconstâncias dos desejos que porventura venham a afligir o adotante, posto que uma decisão tão importante como a de aceitar uma criança como filho deve ser tomada com toda a certeza que o amor incondicional pode trazer.

A redação do artigo 227, §3º do Código Civil equipara os filhos, sejam eles havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção. Nasceu, nessa previsão constitucional, o princípio da igualdade de filiação.

Nesse sentido, a afirmação de que a devolução ao poder público é impossível em nosso ordenamento jurídico recebe amparo: se o desinteresse em manter o vínculo de filiação porventura viesse a acontecer para com um filho biológico, não haveria sentido a sua devolução ao poder público, posto que tal vínculo foi criado no

momento do nascimento da criança, não preexistindo tutela do poder público ou local para sua “devolução”.

Entretanto, o que dá relevância ao presente estudo é a necessidade de se analisar como ficam os casos, não raros, em que os adotantes não nutrem pelos filhos qualquer sentimento de afeto, de amor ou de cuidado. Manter o vínculo, nesses casos, pode trazer consequências desastrosas para a criança, pois sentirá que não é desejada pelos pais, expondo-a a um cenário de humilhações e traumas psicológicos.

Ante tal contexto, é necessária uma análise dos princípios que regem o direito de família, dos direitos da criança e do adolescente, bem como dos direitos e deveres dos pais, assegurados na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Uma vez criado o vínculo jurídico de filiação, esse vínculo é irrevogável. Por outro lado, esse vínculo pode ser rompido pela perda do poder familiar. Tal rompimento pode vir a acontecer em consequência do abandono.

Nas situações de abandono dos filhos pelos próprios pais, a medida que se mostra mais adequada é a perda do poder familiar, pois não se pode admitir que o menor permaneça onde não é bem vindo.

Esse desfecho, então, faz nascer uma outra preocupação, que seria a de encontrar a melhor forma de reparação da criança pelo dano sofrido.

No momento em que se tornam pais, uma série de obrigações lhes são imputadas. No caso de filhos não biológicos, essas obrigações foram assumidas por livre vontade dos pais. É nesse sentido que podemos falar em responsabilidade no Direito de Família.

Buscar um meio de reparação é fundamental para que o princípio da dignidade da pessoa humana, eleito princípio fundamental da República, possa ser efetivamente concretizado. Pois não podemos falar num país justo, e não se pode falar em dignidade da pessoa humana, se nossas crianças não recebem a devida atenção, se há crianças abandonadas, sujeitas ao sofrimento trazido pela rejeição, e não há preocupação suficiente, no sentido de busca de uma reparação que possibilite que o penar dessas crianças e adolescentes seja minimizado.

2. A Constituição Federal e a nova concepção de família

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial para o Direito de Família, e dedicou à família uma especial proteção¹.

Nas palavras de Farias e Rosenvald², o escopo precípua da família passou a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Ao falar sobre a nova concepção de família, Fachin traduz o significado da palavra família:

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do *outro* torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o “outro” edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos.³

Trata-se da família com papel funcional, pois deve servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas.⁴

¹ CF. Art. 226. Caput. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

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

³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 318.

⁴ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos e Deveres nas Relações Familiares** – Uma abordagem partir da eficácia direta dos direitos

A Constituição legitima o estado a concretizar seus valores, valendo-se, além das regras insertas na Carta Magna, dos princípios que o Direito Constitucional da Família trouxe. Esses princípios, como assegura Luiz Edson Fachin⁵, desbordam das regras codificadas e neles a hermenêutica familiar do século XXI poderá encontrar abrigo e luz.

Nesse contexto, não há mais espaço para a diferenciação entre filhos biológicos e adotivos. A garantia de tratamento igualitário está expressa na CF, que em seu artigo 227, §6º, preceitua que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

Segundo o princípio do melhor interesse, deve ser buscada sempre a medida que melhor atenda a criança frente as suas necessidade como ser em formação. O melhor interesse da criança irá sempre ao encontro da dignidade da pessoa humana, que por sua vez, goza de precedência interpretativa, devendo ser analisada preferencialmente em relação a qualquer outro valor.⁶

Consoante ensina Paulo Lôbo⁷:

O princípio [do melhor interesse da criança e do adolescente] não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado

O melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado em todo o decorrer processual nos casos que envolvem menores de idade, incluídos os processos de adoção, onde a condição de hipossuficiência do menor é maximizada. Esse princípio deve permear

fundamentais. In: PEREIRA, Tania da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 509-555, p. 162.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. 2003, p. 39.

⁶ CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como Fundamento na Parentalidade Responsável**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 26, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 47-72, fev./mar. 2012, p. 50.

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

também as decisões judiciais, sendo o caminho que deve ser seguido pelo magistrado diante das inúmeras possibilidades que lhe podem ser apresentadas.

Também na Constituição Federal, em seu artigo já citado art. 227, há a expressa previsão da Convivência Familiar como um direito, o que, via de regra, confere-lhe o status de Direito Fundamental. Esse direito fundamental também encontra respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 4º e 16.

Segundo Paulo Lôbo⁸, Convivência Familiar não se trata somente de direito, mas também de princípio, encontrando este referência constitucional explícita no referido art. 227 da Constituição Federal.

O afastamento do núcleo familiar representa grave violação do direito à vida de um infante, para quem ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.

Para Maria Berenice Dias, o atual conceito de família exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade e afirma que a partir daí, passou-se a falar em paternidade responsável, pois a convivência com os pais não é direito, é dever.⁹ E o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional que comprometem esse desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono experimentado pelos pequenos pode deixar reflexos permanentes em suas vidas.¹⁰

Na adoção, devolver a criança a um abrigo significa negar a ela, pela segunda vez, o direito fundamental à convivência familiar. Assim, devemos compreendê-lo não como direito intocável do qual a criança ou adolescente não deve ser privado sob nenhuma hipótese, mas sim como direito fundamental do qual a criança está sendo bruscamente privada nos casos em que os pais adotivos, por arrependimento, decidem devolver seu filho ao abrigo de crianças.

⁸ LÔBO, Paulo. 2011, p. 76

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 452.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Idem, ibidem*.

O Estado brasileiro reconhece o direito à família como um direito fundamental da criança e, portanto, quaisquer condutas que possam obstruir, dificultar ou prejudicar este direito devem ser imputadas ao agente causador de forma a motivar a reparação.¹¹

Sumaya Pereira afirma que os direitos fundamentais devem incidir nas relações familiares como normas de comportamento aptas a influir diretamente nas relações familiares, não somente ao permitir o reconhecimento de direitos subjetivos dos sujeitos envolvidos nessas relações, habilitando-os a reclamar o cumprimento de deveres imediatamente decorrentes das normas constitucionais.¹²

Outro importante princípio a ser levado em consideração é o da Parentalidade Responsável com previsão expressa na Constituição Federal, precisamente em seu artigo 226, § 7º, que dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Segundo este princípio, a decisão de ter filhos é de total responsabilidade de quem os tem, devendo os pais assegurar aos filhos os direitos constitucionais que eles são titulares

A parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos. Assim como pode decorrer do exercício do direito de adotar uma criança ou adolescente. Faltando com esses deveres, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal.¹³

Dessa forma, é imprescindível que ao se planejar a existência de um filho também se questione sobre a própria capacidade para arcar com os encargos decorrentes dessa decisão. Quem não for capaz de

¹¹ FRANZOLIN, Cláudio José. Danos à Criança Decorrentes de sua Devolução à Justiça pelos guardiões ou pelos pais adotivos. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Ceará, 2010.

Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3955.pdf>

Acesso em: 18 jan. 2013.

¹² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. 2006, p. 509-555, p. 547.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 342.

assegurar o suporte material e espiritual para o pleno desenvolvimento da personalidade do filho é melhor que se abstenha de tê-lo.¹⁴

Essa consideração ganha destaque quando tratamos da adoção, quando sempre há possibilidade de planejamento acerca da decisão de adotar ou não adotar, bem como de reflexão sobre todas as consequências que essa decisão virá a acarretar.

3. Adoção e perda do poder familiar por abandono

O estado de filiação decorre do nascimento ou de um ato jurídico: a adoção – ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.¹⁵

Fala-se que o grau de desenvolvimento de uma nação está relacionado com a capacidade de seus nacionais, autoridades ou comunidades, ou, ainda, indivíduos, de privilegiar a infância, garantindo de forma prática, o acesso a uma família que lhe permita a subsistência e o exercício dos demais direitos e garantias.¹⁶

A adoção, contemporaneamente, está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.¹⁷

Tal qual a filiação biológica, a filiação adotiva, decorrente da vontade das partes envolvidas, se tornou irrevogável e irretratável.¹⁸

¹⁴ PEREIRA, Maria Isabel da Costa. **A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos**. In: MADALENO, Rolf e MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.) São Paulo: Map Publicações, 2008, p. 267-292, p. 274 e 275.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 476.

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp.151-176, p. 151.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4ª ed. Salvador: Jus Puidivm, 2012.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Op.cit.**, 2012.

E o desligamento desse vínculo somente poderá ocorrer pela regular destituição do poder familiar.

Como bem compara Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Por estar sendo formada uma família, por estar sendo concebido um filho através da adoção, por ser este filho idêntico a qualquer outro, já que filho, o legislador, corretamente, disciplinou, no art. 39, §1º, do ECA (com redação dada pela Lei nº 12.010/09), ser irrevogável a adoção. O filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção.¹⁹

Dessa forma, é preciso muita cautela dos candidatos a pais e do poder público, pois deve-se ter em mente que o adotando vem de uma situação de rejeição por parte de seus genitores, não devendo ser submetido a novos momentos traumáticos.

Na Constituição Federal (art. 229) está previsto o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 22, incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Incluídos no alcance desses deveres, além do sustento, está a assistência imaterial, que se traduz no apoio, no cuidado, na participação na vida do filho e no respeito por seus direitos da personalidade como o direito de conviver no âmbito da família.²⁰

A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esses deveres, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de

¹⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.197-266, p. 204.

²⁰ MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.81-149, p.119.

abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal).²¹

Esse conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais é o chamado Poder Familiar, que é imprescritível, não se extinguindo pelo desuso, e também indisponível, pois os pais, por exclusivo ato de sua vontade, não podem renunciá-lo. Trata-se de estado irrenunciável.²²

Nesse contexto, é certo que, diante do inadimplemento injustificado dos deveres impostos aos pais, poderá ser decretada a perda do poder familiar, desde que essa medida encontre conformidade com o interesse da criança ou adolescente.

O ECA prevê a perda do poder familiar, junto com a suspensão, indicando a causa para essa medida no descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritos no referido art. 22.

Questão muito importante e que merece destaque é que a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.²³

É importante também, atentarmos à confiança como elemento das relações jurídicas. Trata-se, em verdade, da efetivação da solidariedade social abraçada constitucionalmente, que se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas.²⁴

Na situação que colocamos em análise, as crianças, ao se vincularem com as famílias que as acolhem, instalam situações de confiança. Esta, ao ser conduzida para o sistema jurídico, ganha juridicidade e passa a impor mais deveres aos responsáveis.²⁵

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. 2005, p. 342.

²² VENOSA, Silvio de Salvo. 2005, p. 340.

²³ DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 453.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. 2007, p. 22.

²⁵ FRANZOLIN, Cláudio José. *Op. Cit.*, 2010. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor. Assim, o magistrado não poderá orientar-se exclusivamente no sentido de pena ao pai faltoso.

Cf. <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3955.pdf>

Acesso em: 18 jan. 2013.

Diante da inexistência ou perda da confiança na relação pai-filho, que culmina com o abandono do filho, a perda do poder familiar, medida mais grave, deverá ser aplicada, sempre com a observância do princípio do melhor interesse do menor.

Entretanto, devemos atentar para o fato de que a sanção prevista expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, para o pai que abandona o filho, é a perda, pelo pai, do poder familiar sobre o filho. Que sanção a previsão de perda do poder familiar representa para o pai que abandonou seu filho? Na verdade, a consequência prevista na lei o premia, indo ao encontro de seu desejo se livrar, agora legalmente, do filho indesejado.²⁶

O abandono físico, normalmente, está acompanhado pelo abandono material e afetivo. Nesta hipótese, hodiernamente, têm-se utilizado instrumentos processuais que compelem os pais a assistir material e imaterialmente a prole.²⁷

Diante do cruel ato de abandono de crianças e adolescentes por seus próprios pais, de quem se espera uma relação com alicerce na confiança, amor, cuidado e proteção, alguns pontos merecem ser esclarecidos para que seja possível divisar alguma medida que, mesmo não constituindo uma solução, possa minimizar o dano sofrido pelo abandonado.

Como bem compara Maria Berenice Dias²⁸, a responsabilidade decorrente das relações afetivas deveria ter por base a repetida frase de Saint-Exupéry: *és responsável por quem cativas*.

4. A responsabilidade civil no direito de família

Devemos levar em consideração que a responsabilidade civil atualmente volta-se para a tutela dos interesses da vítima. A tendência central é que sirva então de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa.²⁹

Partindo da premissa de família-instrumento, e considerando a obrigatoriedade de cumprimento dos princípios constitucionais, este

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. 2008, p.29-41, p. 37.

²⁷ MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. 2010, p.81-149, p. 138.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2010, p. 117.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de, 2008, pp. 29-41, p. 33.

estudo vem propor a aliança entre o que a Constituição elegeu como objetivo fundamental e as demais normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro que permitem exigir o cumprimento dos valores da CF.

Fatidicamente, ainda hoje podemos verificar situações familiares onde crianças, que são a parte hipossuficiente da relação familiar, têm seus direitos lesados, muitas vezes em danos que se perpetuam pelo resto de suas existências. Tudo isso dentro do local eleito por excelência para ser local de promoção e desenvolvimento da pessoa humana.

Ora, não podemos permitir que o interior da família seja o mesmo local onde o indivíduo se encontra lesado na sua condição de pessoa humana com direito a dignidade.

Um exemplo de ameaça dentro da família é a tentativa de devolução, por parte dos pais adotivos, dos filhos que passam a não ser mais desejados. Diante do insucesso da devolução, porque vedada por nosso ordenamento, o caso tem fim com a perda do poder familiar por abandono do filho pelos pais.

Em que pese a não regulamentação dessa situação, é imperioso lembrar que muitas situações de ameaça a direitos fundamentais no âmbito familiar podem ocorrer sem que exista, porém, previsão legal expressa para a solução que o caso requer. Isso se dá porque a atividade do legislador será sempre incapaz de prever e regular todas as situações que, na prática, podem representar ameaça a direitos fundamentais.³⁰

Assim, o fato de determinado conflito entre familiares não encontrar na lei previsão adequada para sua solução não pode representar obstáculo para que o julgador garanta a efetividade dos direitos fundamentais ameaçados, recorrendo diretamente às normas constitucionais.³¹

É essencial que se opere, no direito, sob a égide da lógica da responsabilidade, o reconhecimento tanto dos direitos quanto de sua violação.³²

³⁰ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. Direitos e Deveres nas Relações Familiares. 2006, p. 509-555, p. 543.

³¹ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Idem, Ibidem*.

³² GROENINGA, Giselle Câmara. 2006, p. 645-663, p. 661.

Devemos ter em mente que o inadequado exercício da paternidade/maternidade interfere de maneira danosa no desenvolvimento dos filhos. O desprezo, a indiferença, a falta de afeto interferem na formação da personalidade e trazem, como consequência, a agressividade, a insegurança, a infelicidade, abuso de drogas, aumento de criminalidade, etc. Por isso, é importante que os pais sejam responsabilizados pelas omissões de deveres inerentes ao exercício das funções que integram o Poder Familiar.³³

Constata-se que a responsabilidade civil no direito de família envolve quase sempre direitos da personalidade. O direito, fenômeno jurídico, não pode impor o afeto, mas pode atribuir responsabilidade civil a quem, dolosa ou culposamente, causa danos psíquicos a outrem, agredindo-lhe o projeto de vida ou marcando-lhe o futuro com danos irrecuperáveis.³⁴

É certo que a tutela do direito fundamental deverá ser mais intensa quanto maior for o prejuízo que a lesão desse direito representar à realização da personalidade de seu titular.³⁵

Essa tutela deve acontecer através dos meios que temos a disposição para tanto, dentre os quais a reparação por dano moral e material. Pois admitir o contrário nos levaria a fragilizar a eficácia da proteção da personalidade.³⁶

A teoria da responsabilidade familiar deve ser o resultado, assim, da fusão da responsabilidade civil contemporânea, baseada na técnica de ponderação dos interesses lesado e lesivo, com as características próprias do direito de família, notadamente a sua exigência de repersonalização e os seus princípios autônomos.³⁷

³³ PEREIRA, Maria Isabel da Costa. 2008, p. 267-292, p. 275.

³⁴ BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁵ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. 2006, p. 509-555, p. 551.

³⁶ ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. Ensaio Introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. EHRHARDT JR., Marcos e OLIVEIRA. Catarina Almeida de. **Famílias no Direito Contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 397-428, p. 400-401.

³⁷ ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. *Idem, ibidem*.

Feitas essas considerações acerca da responsabilidade civil no direito de família de forma genérica, passaremos a analisá-la de acordo com a especificidade do tema que versa este trabalho, para chegarmos à dimensão da responsabilidade que pretendemos propor.

5. Responsabilidade civil na relação paterno-filial

No art. 5º, V e X da Constituição Federal, está assegurada a possibilidade de reparação por danos morais. Em seu texto, a CF não faz qualquer ressalva que justifique a sua não aplicação à relações paterno-filiais. Logo, esse direito não poderá ser restringido através de mera interpretação, sobretudo porque dissonante com o próprio espírito constitucional. Igualmente, os arts. 186 e 927, caput, do Código Civil, ao prescreverem a obrigação de reparar o dano, não apresentam qualquer espécie de restrição. Deste modo, havendo uma lesão que atinja algum dos corolários da dignidade da pessoa humana, bem como preenchidos os seus requisitos, a vítima, no caso o filho, deve obter sua devida reparação.³⁸

Não se pode deixar de destacar que a palavra responsabilidade é a que melhor define a relação parental. Essa relação é assimétrica, pois acontece entre pessoas que estão em posições diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade.³⁹

Adepta da linha que admite a reparação civil por abandono moral do filho, Maria Helena Diniz afirma:

A garantia da convivência familiar conduz ao respeito da dignidade e dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. Assim sendo, se o dever de convivência familiar não for cumprido, ter-se-á um desequilíbrio emocional da prole, dando azo à perda do poder familiar por abandono imaterial, ante a ausência de afetividade e de assistência moral, e à

³⁸ GAMA, Guilherme Nogueira da e ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade Civil nas Relações Familiares**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 24 (out/nov). Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2011, p. 84-113, p. 101.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tania da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171-201, p. 195.

responsabilidade civil por dano aos direitos da personalidade, uma vez que se atinge a integridade físico-psíquica, a dignidade e a honra do menor.⁴⁰

Ora, se é possível aplicar tais sanções mediante o abandono imaterial, resta extirpar de dúvidas a aplicação de tais sanções também perante o abandono material somado ao abandono imaterial. Pois não se pode admitir sanção menos grave a dano mais gravoso.

A professora Hironaka entende que o viés da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade é naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, onde se busca compensação indenizatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos, por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna ou materna concretas, acarretando a violação de direitos próprios da personalidade humana, magoando seus mais sublimes valores e garantias como a honra, o nome, a dignidade, a moral, a reputação social, o que, por si só, é extremamente grave.⁴¹

Essa autora esclarece ainda que, a concepção da relação entre pais e filhos tem como característica ser uma relação na qual sempre haverá uma responsabilidade dos pais em relação às necessidades dos filhos, consistente principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, ajudando-os na construção da própria liberdade, a ponto de se poder dizer que é aí que nasce, propriamente, uma concepção articulada de responsabilidade civil na relação paterno-filial.⁴²

Acerca do argumento de monetarização do afeto, este não pode ser aceito. Porque não é do afeto puramente como sentimento que

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo. **Direito Civil: Direito Patrimonial e Direito Existencial: Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Editora Método, 2006, p.799-815, p. 809.

⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.403-432, p. 404.

⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 2002, p. 414 e 429.

estamos falando. Rodrigo da Cunha Pereira afirma que: “ o afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação. É cuidado no sentido de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro”⁴³. Esses conceitos se compatibilizam com os deveres decorrentes do poder familiar que correspondem ao direito dos filhos de serem criados e educados.

O cuidado foi reconhecido pelo STJ como valor jurídico, em decisão que teve como objeto o abandono afetivo e manteve decisão em que o pai foi condenado a indenizar a filha por danos morais, vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.⁴⁴ (grifos nossos)

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Indenização por Abandono Afetivo e Material (Decisão comentada)**. Revista Brasileira de Direito das Família e Sucessões. v. 25 (dez/jan) Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p. 116.

⁴⁴ STJ, REsp 1159242, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&d=10&i=3>> Acesso em 12.6.2013.

Nas palavras da Ministra Nancy Andriighi, no julgamento mencionado acima, “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”⁴⁵

Seguindo esse raciocínio, não se trata de monetarizar o afeto, ou indenizar o sofrimento, mas acima de tudo, de ancorar a responsabilidade pelos atos praticados e nas escolhas que fazemos a cada dia⁴⁶. Trata-se, assim, de indenização face ao descumprimento de dever dos pais que gera dano irreparável ao filho.

Nesse sentido, podemos falar que o exercício da paternidade e da maternidade – e, por consequência do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada ou o seu desleixo e descompromisso tem repercussões e consequências psíquicas sérias, devendo a ordem legal/constitucional amparar, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de transformar os direitos e deveres do poder familiar em meras regras e princípios morais, desprovidos de juridicidade.⁴⁷

Temos como requisitos genéricos da responsabilidade civil a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa. Sendo esta última cada vez mais relativizada, pois a responsabilidade civil, atualmente, foca cada vez mais o sofrimento da vítima, que deve ser reparado, em detrimento do grau de culpabilidade do agressor.

No caso que colocamos em análise, há conduta dos pais, primeiramente pelo ato de adotar, quando os pais vão em busca da responsabilidade de criar uma criança ou adolescente. Posteriormente há a cruel conduta de falta de cuidado, da desistência dos planos de criar de um filho, o que culmina no abandono.

A ilicitude da conduta está no descumprimento dos deveres constitucionais inerentes ao Poder Familiar. Conforme assegura Rodrigo da Cunha Pereira, o descumprimento do exercício do poder

⁴⁵ STJ, REsp 1159242, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andriighi, DJE 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>> Acesso em 12.6.2013.

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2012, p. 115.

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2012, p. 109.

familiar por qualquer um dos pais configura um ilícito, sendo, portanto, o fato gerador da indenização.⁴⁸

O dano poderá ser comprovado por laudo psiquiátrico, porém diante da violação da dignidade da pessoa humana e dos direitos constitucionais de tutelas das crianças e adolescente, entendemos desnecessário o referido laudo, posto que o dano moral é visível para quem analisa com bom senso a situação, estando, no nosso entendimento, presumido o dano moral inestimável causado a essas crianças.

Acerca do nexo causal, que seria o liame subjetivo que une a conduta ao dano, é claro na situação que se apresenta, pois a conduta dos pais de abandonar um filho causa a este o sofrimento de ter sido rejeitado, o que prejudica demasiadamente a formação de sua personalidade e seu desenvolvimento psíquico e moral.

De acordo com o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão sobre a devolução de menor adotado:

O dever de indenizar encontra suas diretrizes no art. 186 do Código Civil, ao determinar que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, donde se conclui constituir elemento primordial a sustentar demanda ressarcitória à presença de culpa. (sic)⁴⁹

Assim, estamos diante de responsabilidade subjetiva, o que faz da culpa elemento essencial para configuração da responsabilidade. No caso que esse trabalho se propõe a analisar, a culpa resta demonstrada no ato de devolução, pois evidencia-se a negligência dos pais perante os deveres que lhes são atribuídos pelo poder familiar.

Ao falar sobre a responsabilidade civil e as particularidades que devem ser levadas em consideração para sua aplicação, Maria Isabel de

⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2012, p. 115.

⁴⁹ TGMG; APCV 5686482-90.2009.8.13.0702; Oitava Câmara Cível; Rel^a Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto; DJEMG 16/12/2011) Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcor dao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPor Pagina=1&numeroUnico=5686482-90.2009.8.13.0702&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>> Acesso em 7 de junho de 2013.

Matos Rocha defende que no caso das crianças devolvidas, estão presentes os pressupostos para a reparação e o primeiro deles é a existência do dano considerável, moral e patrimonial. E explica que o prejuízo patrimonial se dá na medida de que crianças jogadas em abrigos perdem, além do conforto material, a chance de um aprendizado formal de qualidade que as habilite para um futuro profissional digno.⁵⁰

A imposição da sanção civil de indenização pelos danos causados pelos pais aos filhos menores, ao devolvê-los, tem fundamento nas normas insertas nos arts. 186 e 927 do Código Civil, na medida em que esses artigos estabelecem que, aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, que tem como consequência a obrigação de reparar o dano causado.

O art. 944 do Código Civil, também tem norma aplicável ao caso, no sentido de que a indenização mede-se pela extensão do dano, que deve ser verificada em cada caso concreto.

É aceitável que a possibilidade de incidência das excludentes afastem a responsabilização. Porém na situação trazida à tona, é remota a possibilidade que venha a ser comprovada a existência de uma excludente, posto que é difícil que algum motivo, que não a própria vontade do adotante, venha a fazê-lo abandonar o próprio filho.

6. Do dano moral e material

Para Maria Celina Bodin de Moraes, dano moral será lesão a algum dos aspectos ou substratos que compõem, ou formam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana.⁵¹

A doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, sustentam que a indenização por danos morais possui caráter satisfatório da composição do prejuízo moral e se dá pela busca da reparação dos sofrimentos suportados pelo ofendido ou, ao menos, a atenuação destes. Sob o

⁵⁰ ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Crianças "desenvolvidas": Os "filhos de fato" também têm direito?** (Reflexões sobre a "adoção à brasileira", guardas de fato ou de direito mal sucedidas). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, II, n. 7, nov. 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_arti%20gos_leitura&artigo_id=5541>. Acesso em 7 de junho 2013.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. 2006, p. 171-201, p. 180.

enfoque punitivo, a indenização deve fazer com que a conduta lesiva do ofensor não fique impune, sendo-lhe aplicada uma sanção que o iniba de referidas condutas.⁵²

Pablo Stolze e Rodolfo Filho defendem que “é preciso se compreender que a fixação dessa indenização [por abandono dos pais] tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a ‘perda do poder familiar’, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria com um verdadeiro favor”.⁵³

Nas relações familiares o sofrimento causado a um dos sujeitos pela conduta de outro reveste-se de conotações muito mais profundas, seja porque se apresenta como uma “dor-afeto” – estreitamente vinculada pelos laços que unem a vítima ao ser amado – seja porque o sofrimento psíquico, revelando prejuízos à própria estruturação da personalidade e assumindo o sentido mais profundo de dor, pode causar prejuízo irreversível.⁵⁴

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais, cuja gravidade se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio que lhe faz um ou ambos os pais, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa dos pais do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o filho de um espelho que deveria seguir e amar.⁵⁵

O sofrimento na relação familiar pode ser também parâmetro capaz de indicar uma situação limite que exige atuação mais incisiva do julgador, intervindo na relação familiar ainda a tempo de garantir aos seus sujeitos a proteção de seus direitos fundamentais ameaçados, não

⁵² PEREIRA, Maria Isabel da Costa. 2008, p. 151.

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 747.

⁵⁴ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy., 2006, p. 509-555, p. 553.

⁵⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 311.

para evitar o sofrimento – tarefa que escapa ao Direito – mas para lhes garantir condições mínimas para uma superação e, se o prejuízo for inevitável, que ao menos lhe sejam garantidos os caminhos para uma reconstrução.⁵⁶

Partindo da premissa de que os filhos biológicos ou provindos da adoção têm o mesmo tratamento, não havendo diferença entre eles, conforme o que assegura a CF, o pai que abandona filho biológico não comete ato mais grave que o que abandona filho adotivo, e o completo abandono, nele compreendidos o material e o afetivo, é por certo mais grave que o abandono afetivo apenas.

Assim, se é aceita, atualmente o dano moral por abandono afetivo, e este é em tudo compatível com o completo abandono, com a única diferença que este último vem acrescido do abandono material e muitas vezes do abandono de fato – quando o menor é deixado no abrigo – o que se mostra ainda mais grave, é certo que deve-se aceitar também a indenização pelo dano moral por abandono do filho menor não biológico.

Podemos falar, ainda, que a criança é lesada também porque, diante da atitude dos pais despreparados que a adotam e posteriormente a abandonam, o menor perde a oportunidade de ser adotado por outra família, que esteja em plenas condições de assumir o encargo que é a paternidade, ou seja, perde a oportunidade de ter uma família para amá-la e cuidá-la.

No pós-moderno ambiente da Responsabilidade Civil, fortalece-se a percepção de que, nos casos de perda de uma chance, embora não seja certa nem segura a vantagem almejada, a oportunidade de obtê-la é atual, certa e configura interesse jurídico relevante, cuja violação enseja dever de reparação, como deflui da leitura do art. 403 do Código Civil de 2002.⁵⁷

⁵⁶ PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. 2006, p. 553.

⁵⁷ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. A Responsabilidade Civil pela perda de uma chance, sua intersecção com o direito das famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. EHRHARDT JR., Marcos e OLIVEIRA. Catarina Almeida de. **Famílias no Direito Contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 373-396, p. 375.

É possível a tutela da chance perdida ainda que o benefício a ser conseguido não for de natureza patrimonial. Segundo Fernanda Barreto a oportunidade perdida não será merecedora de proteção apenas quando se referir à perseguição de possíveis ganhos ou à paralização de possíveis prejuízos patrimoniais, mas também quando o bem perseguido não possuir qualquer valor patrimonial, ou seja, quando diz respeito à realização ou ao desenvolvimento de valores subjetivos imateriais.⁵⁸

Assim é que a subtração da oportunidade de obter um benefício, tal qual a de evitar ou minimizar um prejuízo apresenta-se, assim, como situação capaz de configurar lesão às esferas existencial e/ou patrimonial da pessoa humana, pelo que demanda efetiva reparação a ser orquestrada pelo poder judiciário.⁵⁹

Quanto ao dano material, Tânia da Silva Pereira, observa que o dever dos alimentos é decorrente da relação de paternidade e filiação, e não do pátrio poder.⁶⁰ Assim, a perda do poder familiar não exime os pais do dever de prestar alimentos ao filho menor, sendo medida justa e necessária o estabelecimento de obrigação alimentar do pai que abandonou o filho.

Maria Isabel de Matos Rocha, em seu estudo sobre criança devolvidas, afirma que por ter a família “substituta” (de fato ou de direito) assumido voluntariamente e por opção própria o encargo da criança, ela deve responder por sua “devolução”, para lhe assegurar um futuro digno. E defende que, se a hostilidade ou conflito são insuperáveis, inviabilizando o convívio, é possível exigir alimentos ou reparação em favor da criança.⁶¹

Dessa forma, é possível acumular danos morais e alimentos em favor da criança ou do adolescente que vive a triste realidade da devolução.

⁵⁸ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. 2010, p. 373-396, p. 379.

⁵⁹ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. 2010, p. 373-396, p. 393.

⁶⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: A convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Contemporâneo: Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.639-694, p. 666.

⁶¹ ROCHA, Maria Isabel de Matos. *Op. Cit.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_arti%20gos_leitura&artigo_id=5541>. Acesso em: 7 jun. 2013.

Cláudio José Franzolin afirma a possibilidade de exigir alimentos durante o período em que a criança está recolhida em abrigos ou locais fora da convivência familiar.⁶²

Nessa linha, entendeu pela cumulação de indenização mais alimentos o TJ de Minas Gerais que manteve a sentença que condenou o casal adotante em danos morais mais materiais na forma de alimentos ao menor devolvido, vejamos trecho do acórdão:

Dessa feita, a meu ver, patente o ato ilícito perpetrado pelos apelantes, que causou profunda dor moral ao adolescente, acarretando-lhe abalo psicológico que, certamente, não será apagado de sua vida, devendo, por isso, prevalecer a sentença em todos os seus termos, por se mostrar devida, não somente a indenização por danos morais mas, também, por danos materiais, na forma de alimentos, como meio de propiciar o tratamento psicológico necessário ao desenvolvimento sadio do adolescente e sugerido por todos os profissionais que se manifestaram nos autos (fls. 321/322).⁶³

No caso de Minas Gerais, o laudo da psicóloga constatou o triste resultado do abandono:

Vitor com tantos abandonos que sofreu sentia-se uma criança sem amor para receber e para dar. Como no seu modo de pensar ninguém o amava ele teve que se fazer valer criando sua própria identidade mesmo que fosse inadequada para os padrões aceitos pela sociedade. Nomeou-se "um menino mau", na sua forma de entender seria reconhecido e respeitado. Era um título conquistado por ele com muito orgulho.

⁶² FRANZOLIN, Cláudio José. *Op. Cit.* 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3955.pdf>
Acesso em: 18 jan. 2013.

⁶³ TGMG; APCV 5686482-90.2009.8.13.0702; Oitava Câmara Cível; Rel^a Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto; DJEMG 16/12/2011) Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcor dao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=2&paginaNumero=2&linhasPor Pagina=1&numeroUnico=5686482-90.2009.8.13.0702&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 7 jun. 2013.

Tendo dificuldades de aprendizado, área dos estudos ficava sem valor, por este caminho não seria visto e respeitado.⁶⁴

Para melhor entendermos o entendimento desse Tribunal, segue trecho da decisão unânime que negou apelação do casal:

Assim, exurge de forma clara dos autos é que os recorrentes promoveram a adoção de uma criança, e, após pouco tempo, "desistiram" do ato razão pela qual devolveram o menor à instituição, onde anteriormente era albergado, não manifestando nem por um momento, a intenção de melhorar os laços familiares, com tratamento adequado, para reverter a situação, querendo apenas se livrar do "objeto". Registre-se que o ato perpetrado pelos pais adotivos de devolver o menor traumatizou-o, já que esse passou a ser traços agressivos e de insubordinação.

(...)

Assim, no caso em análise, não resta dúvida que os suplicados se furtaram ao dever de sustento, guarda e educação do filho adotivo (...)

(...)

As atitudes dos pais adotivos feriram profundamente o menor, que foi abandonado moral, material e emocionalmente. Lembro nesse passo, que a adoção deveria ter gerado traços afetivos, permitindo que o menor fosse acolhido no interior de uma família, entretanto, os laços afetivos não foram criados pelos pais, que não ostentam as mínimas condições emocionais de educar o filho adotivo, razão pela qual, provavelmente deverá o adotado crescer e desenvolver-se em outro ambiente, como já foi reconhecido no curso do processo pelo M. M Juiz a quo. Aliás, o drama vivido pelo menor é de extrema relevância, por que afinal de contas foi vítima de um ato impensado daqueles que postularam sua adoção, restado comprovado nos autos o drama vivencial que repercutirá para sempre em sua vida.

(...)

Assim, entendo configurado o dano, que restou demonstrado através dos laudos psicológicos acostados aos autos, além do ato ilícito, na medida em que a responsabilidade familiar não se limita ao dever alimentar mas, também, se estende ao dever de possibilitar um desenvolvimento psicossocial saudável em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶⁴ TGMG; APCV 5686482-90.2009.8.13.0702; Oitava Câmara Cível; Rel^a Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto; DJEMG 16/12/2011). Idem, *Ibidem*.

Desta forma, tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado um mínimo sequer de esforço no sentido de reaproximação, patente o dever de indenizar (...)⁶⁵

Ao analisar esse caso, Fabíola Santos Albuquerque faz importantes considerações:

É de clareza solar que o casal M.P.S. e R.A.S. violou todo o conjunto normativo gênero do qual são espécies as regras e os princípios) voltado à concretização do melhor interesse da criança, no caso do adolescente V.H.C.S., tanto na esfera constitucional como infraconstitucional.

A conduta do casal demonstra a total incompreensão do sentido atribuído ao princípio da paternidade responsável e, mais ainda, quando se trata de uma relação socioafetiva, cujos laços e vínculos são formados, genuinamente, no afeto, sem nenhum condão biológico.

Acertado o acórdão, ratificando a decisão monocrática de responsabilizar o casal por danos materiais e morais em favor do adolescente V.H.C.S., pelo abandono físico, material e moral que sofreu, com a devida destituição do poder familiar (...)⁶⁶

Outro caso de punição dos adotantes pelo ato infeliz de devolução dos filhos aconteceu em Santa Catarina, no acórdão foi reconhecido que casos de devolução são cada vez mais frequentes, vejamos:

E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da "devolução" de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes.

O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e banais do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das lei civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos

⁶⁵ TGMG; APCV 5686482-90.2009.8.13.0702; Oitava Câmara Cível; Rel^a Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto; DJEMG 16/12/2011. Idem, ibidem.

⁶⁶ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. 2012, p. 110-128.

irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes.⁶⁷

A corte de Santa Catarina reconheceu a irrevogabilidade da adoção, e entendeu cabível a reparação pelos danos causados aos menores, mantendo a decisão de primeiro grau que condenou os adotantes no valor de R\$80 mil para os menores:

APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 1.626, 1.634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO.

⁶⁷ TJSC; APCV 2011.020805-7; Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior; DJ 21/06/2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=perda%20do%20poder%20familiar%20devolu%E7%E3o&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAtBhAAE&categoria=acordao> Acesso em: 7 jun. 2013.

OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARCO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS.

(...)

I - A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato.

(...)

V - A perda do poder familiar não extingue os demais vínculos civis decorrentes da adoção, inclusive os sucessórios, mantendo-se os infantes na condição de filhos dos adotantes (CF, art. 227, § 7º c/c CC, art. 1.626 c/c e ECA, art. 41).

VI - A prática de atos que dão ensejo a desconstituição do poder familiar é causadora, por ação ou omissão, de danos imateriais aos infantes (na hipótese, casal de irmãos) que experimentam sofrimentos físicos e morais, decepções e frustrações por não encontrarem um lar substitutivo capaz de proporcionar-lhes amor, harmonia, paz e felicidade.

(...)

VII - O dano moral, na qualidade de ilícito civil de natureza imaterial, há de ser compensado pecuniariamente, nos termos do

disposto no art. 186 do Código Civil, tendo-se como balizamento para a quantificação a extensão do dano sofrido pelas vítimas.⁶⁸

Merece destaque o fato de que, nos casos reportados acima, o Ministério Público pleiteou a indenização, atuando na defesa dos interesses dos menores, o que nos parece ser a melhor solução, pois quanto antes a reparação, mais eficaz ela será. Isto não impede, entretanto, que, na ausência da iniciativa do MP, os próprios filhos pleiteiem a indenização, quando completada a maioridade.

7. Conclusão

A atual ordem constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana como ápice do ordenamento jurídico, como fundamento da República. Assim, há de ser observada em todas as situações e colocada como objetivo do Estado e da sociedade.

Assim, a atenção deve ser voltada para cada membro que compõe a família, o que justifica a intervenção do Estado sempre que um membro tenha sua dignidade lesada no interior da relação familiar.

Apresentado o caso das crianças devolvidas, vimos que a atitude dos pais pode causar danos enormes na vida de crianças e adolescentes. A situação analisada envolve a adoção, ato sublime de amor e solidariedade, que constitui o estado jurídico de filiação. Ocorre que, algumas vezes, os pais, por despreparo ou egoísmo se arrependem da adoção e tentam “devolver” seus filhos. Na impossibilidade jurídica de fazê-lo, posto que a adoção é irrevogável, e o poder familiar, irrenunciável, muitos pais acabam por abandonar seus filhos.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a sanção de perda do poder familiar para os casos em que pais abandonam seus filhos. Porém, tal medida é exatamente o objetivo dos adotantes.

Diante da situação, o Poder Judiciário deve analisar os princípios que regem o Direito da Família e que tutelam as crianças e adolescentes. Fatalmente, nos casos de rejeição e abandono dos filhos, o mais provável é que a perda do poder familiar seja necessária para

⁶⁸ “TJSC; APCV 2011.020805-7; Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior; DJ 21/06/2011. Disponível em: http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=perda%20do%20poder%20familiar%20devolu%20%E7%E3o&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAAtBhAAE&categoria=acordao. Acesso em: 7 jun. 2013.

preservação da dignidade do menor, que não pode viver em local onde não é aceito.

Não podemos nos contentar com o argumento de que já existe punição para o abandono, que seria a perda do poder familiar. Porque tal sanção, no caso que se reporta neste trabalho, seria na verdade um bônus, e é certo que os pais adotivos que desejam devolver seus filhos só não pleiteiam à Justiça a perda do poder familiar, porque este é indisponível, e a adoção, como dito, irrevogável.

Não podem os pais desistir de ser pai e mãe em nenhuma hipótese, sobretudo quando, por seus atos e promessas, a criança já tem neles a referência de figura paterna e materna. Tal desistência romperia a laço de confiança tecida pela criança, que deposita nos pais a certeza de ser cuidada e amada.

Deve-se aliar à medida da perda do poder familiar, a justa reparação à criança e ao adolescente, que mediante o ato ilícito dos pais de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, sofrem inestimáveis danos, tanto de ordem moral como patrimonial.

Verificados os elementos que integram a responsabilidade civil subjetiva, quais sejam a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa, e não comprovada a existência de causas excludentes da responsabilidade civil, é patente a obrigação de indenizar pelos danos morais e materiais sofridos pelos filhos.

Frise-se que o ideal é que o Ministério Público, como guardião dos interesses dos incapazes, atue no sentido de pleitear a indenização quando verificar uma situação de tentativa de “devolução” dos filhos adotivos, pois mais eficaz será a reparação dos danos sofridos pelas crianças e adolescentes. Porém, nada impede que, ante a inércia do Ministério Público, o próprio filho, completada a maioridade, pleiteie a indenização, desde que o faça no prazo prescricional de 3 anos.

Assim, defendemos que a criança seja reparada de forma mais completa possível, de modo que lhe seja dada a possibilidade de reconstruir sua vida, como auxílio para que possa superar o sofrimento de ser abandonada novamente, por aqueles que deveriam lhe dedicar cuidado e amor.

AFETIVIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL: DELINEANDO OS REFLEXOS JURÍDICOS ORIUNDOS DO ABANDONO NA RELAÇÃO PARENTAL

Larissa Agostinho Wanderley

Advogada. Pós-Graduanda em Direito Constitucional

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A influência do afeto no desenvolvimento do ser humano. 2.1. A conexão afetiva do filho com seus pais e as influências destes na construção do seu psiquismo. 2.2. “Amar é faculdade, mas cuidar é dever”. 2.3. O indivíduo como produto de suas relações familiares. 2.4. Contornos jurídicos do afeto nos entraves familiares. 2.4.1. Princípio da Paternidade Responsável. 2.4.2. A equiparação do vínculo afetivo ao vínculo biológico. 2.5. A invocação do direito constitucional à saúde para a prevenção de danos psicológicos oriundos do abandono afetivo. 3. Responsabilidade civil no direito de família. 3.1. A humanização do direito: defesa da pessoa humana e dos seus fins. 3.2. Tutela jurídica dos sentimentos: primazia do afeto. 3.3. Responsabilização pelo abandono afetivo. 3.3.1. Nota introdutória. 3.3.2. Pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo causal. 3.3.3. A violação dos deveres constitucionais previstos e a obrigação de reparar o dano causado. 3.4. A necessária mudança de paradigmas na valoração do afeto. 3.5. Posicionamento dos Tribunais acerca da responsabilidade pelo abandono afetivo. 4. Conclusão.

Mother (John Lennon)

*Mother, you had me, but I never had you
I wanted you, you didn't want me
So I, I just got to tell you
Goodbye, goodbye
Father, you left me, but I never left you
I needed you, you didn't need me
So I, I just got to tell you
Goodbye, goodbye.*

1. Introdução

O presente estudo discute a incidência da responsabilidade civil atribuída à primazia do afeto, entendendo-o como elemento-base da família contemporânea, focando na necessária resposta jurídica aos anseios desta instituição social. Buscaremos aqui avaliar a correlação entre a responsabilidade civil, modelo evoluído das possibilidades de composição entre vítima e ofensor, como um meio de solução transacional ante a vingança equivalente ao prejuízo sofrido e as relações familiares modernas, onde o elemento embrionário desta estruturação é o afeto, sendo ele o único liame entre pessoas independentes, que buscam na união preencher carências sentimentais, fazendo do amor o elo da comunhão de vida plena entre pessoas.

2. A influência do afeto no desenvolvimento do ser humano

2.1 A conexão afetiva do filho com seus pais e as influências destes na construção do seu psiquismo

Ao nascer com vida, o recém-nascido passa não apenas a desenvolver-se como pessoa, mas a ter esse desenvolvimento assegurado por lei – prerrogativas individuais inerentes à pessoa humana - sendo protegido como um sujeito de direitos, ou seja, a sua condição de pessoa é resguardada juridicamente, conforme inteligência do art. 2º do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Logo, o bebê estabelece uma relação emocional íntima com a pessoa que assume o papel de mãe, criando uma relação de constantes recompensas positivas – alimento, calor ou até bem-estar.

Através de estímulos, a criança aprende a aproximar-se dessa fonte de prazer e segurança, e como resultado da repetição diária, ela passa a interagir e diferenciar a pessoa que a protege e cuida das outras pessoas que se aproximam. “É durante essa fase de desenvolvimento, de 2 a 24 meses aproximadamente, que a expressão ‘ligação afetiva do bebê’ tem um significado útil¹”.

¹ MUSSEN, Paul Henry; CONGER, John Janeway; KAGAN, Jerome. **Desenvolvimento e Personalidade da Criança**. Tradução de Maria Sílvia Mourão Netto. 4. ed. São Paulo: Harbra, 1974, p. 172.

Muitas investigações sobre a interação têm focalizado na relação mãe-filho, mas estudos sobre o papel do pai acusam a influência deste no desenvolvimento social e cognitivo da criança. A ausência de estímulos, especialmente os afetivos e, sobretudo os sensoriais, denomina-se *privação psicossocial ou sócio-cultural*, o que faz com que as crianças vítimas dessa insuficiência desencadeiem patologias psicossomáticas de carência afetiva².

Como resultado da convivência, surge o elemento afetivo: o elo eterno e indissociável entre a mãe, o pai e os filhos. De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco ao ser humano, capaz de atribuir significado à sua existência, e que constrói o seu psiquismo a partir da relação com os outros indivíduos³.

2.2 “Amar é faculdade, mas cuidar é dever”⁴”

Ao levar em consideração que o Brasil é um Estado de Direito, denota-se a impossibilidade de obrigar um indivíduo a nutrir sentimentos de amor e afeto por outro, mesmo que unidos por laços de parentesco vertical. É essa premissa que leva-nos ao entendimento de que educar e criar os filhos na companhia dos genitores é dever decorrente do poder familiar⁵, o que sustenta obrigação oriunda de responsabilidade afetiva.

Não há como negar que a nova tendência da família moderna é a sua composição baseada na afetividade. Sabemos que o legislador não tem como criar ou impor a afetividade como regra *erga omnes*, pois esta surge pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos⁶.

² BARBOSA, Genário Alves. **Estimulação precoce: fundamentos e aspectos psicossociais**. Norte/nordeste: Unimed Gráfica, 1999, p. 31 a 41.

³ CUNHA, Maria Elena de Oliveira. **O Afeto face ao Princípio Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos Jurídicos no Direito de Família**. Artigo disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 09/05/12.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

⁵ BRASIL, **Código Civil**, 2002. Art. 1.634, I e II.

⁶ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva – o afeto como formador da família**. Artigo disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 16/02/12.

Trata-se de missão constitucional dos pais, uma vez que, de acordo com Maria Berenice Dias⁷, o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Mesmo diante da liberdade derivada da laicidade brasileira, os pais não podem renunciar aos filhos, de modo que o inadimplemento dos deveres inerentes a eles configura infração susceptível a pena de multa⁸.

2.3 O indivíduo como produto de suas relações familiares

A relação educativa compõe-se de uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro, motivo pelo qual a doutrina do Direito de Família demonstra maior simpatia pelo termo “autoridade parental” e não “poder familiar”.

A responsabilidade depositada na família como instrumento para a formação integral do ser humano é fato recente na história da humanidade⁹. Atualmente, as constantes mutações das regras elaboradas e positivadas pela sociedade emolduram-se na ideia de liberdade e na funcionalização da dignidade em prol da humanização do sujeito.

É no lar onde o indivíduo finca suas raízes e faz seu primeiro contato com a vida em sociedade, aprendendo a exteriorizar seus sentimentos, controlar suas emoções e, através de suas habilidades, perceber maneiras para contribuir com seu meio. Conforme crescem, as crianças continuam a esperar que os pais demonstrem seu amor por elas, não encerrando a necessidade constante da atuação dos pais com a infância¹⁰. Passam, assim, a compreender melhor esse amor através de atitudes vivenciadas em casa, experimentadas em gestos de cuidado e carinho. Todo filho é produto de suas relações familiares.

2.4 Contornos jurídicos do afeto nos entraves familiares

As interações familiares não podem ser restringidas a uma concepção de unidade tríplice: pai, mãe e filho, unidos sob um mesmo

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 418.

⁸ Lei n. 8.069. 13/07/1990, Art. 249.

⁹ LÔBO, Paulo. 2011, p. 51.

¹⁰ DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono**. Artigo disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 09/05/12.

lar. As relações amorosas mal resolvidas ou sem solução podem sofrer rupturas, de modo que cada um dos cônjuges busque sua felicidade como melhor lhe aprouver.

Desta feita, em meio a uma solução encontrada para a angústia de pessoas que já não desejam permanecer unidas como um casal há o surgimento de um novo conflito: as consequências para os filhos, tanto material quanto afetivas, diante da nova dinâmica familiar. A continuidade do dever de convivência¹¹ reflete não apenas no direito dos pais à guarda, mas principalmente no direito dos filhos a serem visitados.

A completa ausência de contato com o filho dá ensejo à violação de direitos constitucionais.

O Direito ocupa um papel importante quando da ocorrência ou ameaça de rompimento nas relações familiares, minimizando as consequências dos conflitos interpessoais, sob a constatação de que ele (o Direito) foi pensado em razão do homem e não este em razão do Direito¹².

Logo, o Estado tem o dever e interesse em punir a omissão ou o abuso dos pais no exercício do poder familiar – onde está a sociedade, está o direito.

2.4.1 Princípio da Paternidade Responsável

O abandono afetivo do filho deu ensejo ao que a doutrina apelidou de Princípio da Paternidade Responsável, que decorre do Poder Familiar. Aborda a regência da pessoa em um aspecto amplo, desde sua concepção até a idade adulta – enquanto seja necessário e justificável tal acompanhamento¹³.

¹¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 227. BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 4, *caput* c/c arts 19 a 52.

¹² FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. **A prova pericial no DNA e o Direito à Identidade Genética**. Caxias do Sul: Plenum, 2007, p. 46.

¹³ FILHO, Carlos Alberto Bittar. Apud. ISHIDA, VálterKenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25.

Trata do esforço do legislador em garantir que a criança seja “criada” e “educada”, sendo não apenas um dever genético, como afirma Paulo Afonso Garrido de Paula¹⁴, mas também uma atividade com propósito de transmitir e possibilitar conhecimentos, despertando valores e habilitando o filho a enfrentar os desafios do cotidiano, satisfazendo suas necessidades de índole afetiva.

Para tanto, há resguardo na Convenção Sobre os Direitos da Criança – 1989¹⁵ e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando faz em seu texto menção ao Princípio da Paternidade Responsável, no parágrafo 7º do art. 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 7º – **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Grifos nossos).

Na ausência desta paternidade responsável, surge a busca pelo zelo familiar, o que resulta numa consequente exigência de sentimento correspondido, levando o sujeito a reagir de diversos modos, conforme sua personalidade, podendo o anseio pelo amor familiar não satisfeito gerar descargas de afeto, a exemplo da insegurança, dor, angústias, vingança etc.

Tal rejeição, no entendimento de Silvana Maria Maarchesini, baseada em obras de Freud e Lacan, remete a vontade humana a impulsos passionais, afetivos e a determinações que escapam à consciência moral, livre e autônoma:

O afeto recalcado nos afeta por toda a vida, segundo a “lógica do significante da Lei-do-nome-pai”. Os significantes de mãe, pai, mulher, homem, vida, morte, sexo, gerações etc., que tomaram o

¹⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Apud. ISHIDA, VálderKenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.28.

¹⁵ Tratado ratificado pelo Brasil que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

afeto na fase infantil, se reafirmam ou não na mesma lógica na fase da adolescência, determinando o modo como nos relacionamos com os objetos e sujeitos do devir¹⁶.

2.4.2. A equiparação do vínculo afetivo ao vínculo biológico

A discussão jurídica relativa à busca pela identidade genética invoca direitos fundamentais atinentes à personalidade, onde o titular deve ter assegurado seu direito de informação quanto a origem biológica pelo simples motivo de querer conhecer suas origens e descobrir sua história. Para tanto, a prova pericial no DNA é o meio mais seguro para a determinação do vínculo biológico¹⁷.

É imperativo reconhecermos que o direito à identidade biológica não necessariamente está atrelado ao direito à filiação, não sendo correlacionado ao parentesco nos sentidos jurídico e socioafetivo, apenas gerando a imposição de impedimentos matrimoniais.

Já não restam dúvidas para a sociedade contemporânea no que tange à relevância dos vínculos biológico e afetivo, pois aquele a quem se chama de pai nem sempre é o genitor, mas sim o sujeito que o contempla com o desejo de efetivamente assumir todos os encargos paternos, não necessariamente tendo contribuído com o material genético.

Após o advento do princípio da igualdade entre os filhos, a concepção de maternidade e paternidade mudou o foco. Já não há supremacia no que tange ao vínculo genético, pois a mesma relevância foi cedida aos vínculos afetivos, não sendo possível definir se um se sobressai frente ao outro como regra *erga omnes*.

Há que se levar em consideração que o desejo de manter laços afetuosos vem garantindo a atenção dos operadores do direito, a exemplo da adoção.

Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento

¹⁶ MAARCHESINI, Silvana Maria. **Afeto – encontros e desencontros**. Artigo disponível em <www.ibdfam.org.br>. Acesso em 09/05/12.

¹⁷ FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. 2007, p. 109-131.

da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo¹⁸.

Neste sentido, vale frisar que o pagamento de pensão alimentícia não se caracteriza como demonstração de afeto, tampouco de ambição financeira do pai ou mãe que foi preterido no relacionamento amoroso, mas tão somente a efetivação do dever de sustento garantido pela lei.

2.5 A invocação do direito constitucional à saúde para a prevenção de danos psicológicos oriundos do abandono afetivo

Levando em consideração a aplicação da hermenêutica ao texto constitucional, o Direito da Família passou a observar que o constituinte consagrou o afeto como direito fundamental inerente à dignidade humana, já que as relações modernas são derivadas de um modelo eudemonista¹⁹ e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização pessoal²⁰.

Devido à sua amplitude, a dignidade humana se manifesta na aplicabilidade do direito à saúde²¹, inclusive no desiderato de proteger a criança dos danos psicológicos oriundos do abandono afetivo. Nestes termos, a Organização Mundial de Saúde – OMS associa-se ao entendimento que o direito à saúde deve ser compreendido como um completo bem-estar psicofísico e social, garantido desde a infância, de modo a prevenir transtornos mentais na vida adulta: i

Mental health is not just the absence of mental disorder. It is defined as a state of well-being in which every individual realizes his or her own potential, can cope with the normal stresses of life, can work productively and fruitfully, and is able to make a contribution to her or his community. [...] Mental

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 913.

¹⁹ Eudemonista é um termo referente à doutrina que prega a felicidade como objetivo da vida humana. (Aristóteles. *Ética à Nicômaco*).

²⁰ DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 70.

²¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 227 *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

*health promotion requires multi-sectoral action, involving a number of government sectors and non-governmental or community-based organizations. The focus should be on promoting mental health throughout the lifespan to ensure a healthy start in life for children and to prevent mental disorders in adulthood and old age*²².

O que nos caracteriza como dignos de proteção como seres humanos é o valor supremo de alicerce da norma jurídica democrática, com sustentáculo nos direitos e garantias fundamentais, sendo objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos²³.

Então, percebendo que o afeto atua como fator predominante para o desenvolvimento sadio do indivíduo, justifica-se a necessidade de ser assegurada a afetividade no texto constitucional, no sentido de cuidado, configurando dever oriundo do poder familiar dos pais para com os filhos.

3. Responsabilidade civil no direito de família

3.1 A humanização do direito e a defesa da pessoa humana

A humanização do Direito implica em um necessário entendimento da finalidade social desgarrada de conceitos deterministas²⁴, sustentada na valiosa participação da inteligência e

²² **What is mental health.** Cf. <<http://www.who.int/features/qa/62/en/>>. Acesso em: 04/06/12. Tradução livre: “A saúde mental não é apenas a ausência de desordem mental. É definida como um estado de bem-estar, no qual cada indivíduo percebe seu próprio potencial, pode fazer face ao stress normal da vida, trabalhar de forma produtiva e frutífera, e é capaz de contribuir para ele ou sua comunidade. Promoção da saúde requer ação multisetorial, envolvendo uma série de setores do governo e organizações não-governamentais ou de base comunitária. O foco deve ser na promoção da saúde mental ao longo da vida para garantir um início de vida saudável para as crianças e para evitar transtornos mentais na vida adulta e na velhice”.

²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 3º, IV.

²⁴ Determinismo: “submissão a leis consideradas inexoráveis, com a consequente automatização da vida social e a descrença em mudanças qualitativas, pois, se tudo está predeterminado, é melhor não fazer qualquer esforço que já se sabe inútil, sendo preferível procurar conhecer o sentido do determinismo e adaptar-se a ele.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 22.)

vontade do homem em prol do bem comum, que sob o ponto de vista do Papa João XXIII “consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.”²⁵

No plano das ideias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é o triunfo dos valores humanistas, assegurando a plena satisfação do ser humano nos seus aspectos biopsicofísicos e da crença no poder da razão, sendo a lei suprema do Estado condicionada à realidade do seu tempo²⁶.

A busca pela humanização do texto legal é perceptível de maneira absoluta na atual Constituição brasileira, onde o poder constituinte, quando diante da sua valoração ética, elevou a dignidade humana, nas suas mais diversas facetas, a um princípio embasador do ordenamento jurídico, permitindo a livre ação dos agentes do conhecimento em prol da defesa dos direitos da pessoa e de seus fins.

A convivência intensa do cidadão para com a lei, resultado da *civil law*, da necessidade de certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, ofertando garantia ao passado²⁷, reflete no imenso rol de direitos e deveres expressos e intrínsecos, havendo o notável interesse por questões que, em dado momento histórico, desencadearam comoções sociais capazes de provocar efetiva proteção legal, caracterizando-se como verdadeiras “liberdades positivas”²⁸. Foi o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹, da Lei Maria da Penha³⁰, do Estatuto do Idoso³¹ e de tantas outras situações que careciam de normatização, por

²⁵ Papa João XXXIII. Apud. DALLARI, Dalmo de Abreu. 2007, p. 24.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **A ordem processual brasileira: limites competenciais para a reforma das decisões administrativas tributárias**. Artigo disponível em: <http://www.parasaber.com.br/textos/a-ordem-processual-brasileira-limites-competenciais-para-a-reforma-das-decisoes-administrativas-tributarias>>.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197.

²⁹ Lei n. 8.069. 13/07/1990.

³⁰ Lei n. 11.340. 07/08/2006.

³¹ Lei n. 10.741. 01/10/2003.

tratarem de questões que perturbavam, muitas vezes silenciosamente, os indivíduos, refletindo diretamente no seu modo de interagir com a comunidade.

Uma vez diante dos anseios da sociedade atual, “o desafio que se coloca ao jurista e ao Direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples abstrato sujeito de relação jurídica³²”.

Para o festejado doutrinador Paulo de Barros Carvalho, a segurança jurídica traduz-se em “propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”³³. Assim, de maneira análoga, surge a lume a elevação do afeto a um valor considerado pelo Direito, por se tratar de um elemento formador e estruturador das novas entidades familiares, pondo em foco a preocupação com o cidadão do futuro.

3.2 Tutela jurídica dos sentimentos: a primazia do afeto

Ao acolher a pessoa humana com enfoque central da Carta Magna, é percebida a peregrinação pela plena satisfação do indivíduo nos seus aspectos biológicos, físicos e psicológicos, o que atine logicamente aos direitos da personalidade – aqueles que resguardam a dignidade do homem e buscam preencher as lacunas da vida.

Segundo Freud³⁴, entende-se o afeto como característica da pessoa, pois que, na visão psicanalítica, refere-se a um dos estados emocionais cujo conjunto constitui a gama de todos os sentimentos humanos, do mais agradável ao mais insuportável, que se manifestam por uma descarga emocional violenta, física ou psíquica, imediata ou mediata.

Ora, desta feita, pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e inerente ao sujeito, que atribui sentido e razão à sua existência.

Diante de tais premissas, torna-se conveniente destacar os direitos fundamentais de terceira geração, que abrigam, pertinentemente, direito a uma saudável qualidade de vida. Portanto,

³² LÔBO, Paulo. 2011, p. 26.

³³ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. Cit.

³⁴ SIGMUND, Freud. Apud. MAARCHESINI, Op.Cit.

deve se adentrar no direito à saúde³⁵ para desvendar as dificuldades que circundam a caracterização do abandono afetivo, que vai interferir de modo determinante no tipo de adulto que a criança preterida dos cuidados familiares vai se tornar.

O Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 723 e seguintes, trata da execução de prestação alimentícia, onde deixar de depositar ou entregar os alimentos provisionais é causa de prisão civil, não eximindo o devedor do pagamento de prestações vencidas e vincendas mesmo tendo cumprido pena.

Apesar de perceber a inclinação da lei em proteger o direito ao sustento dos filhos com a mais grave penalização civil, em contrapartida, quando o pai ou a mãe se abstém de amparar seu filho, renegando o dever de convivência, surge o questionamento no que tange à capacidade do indivíduo se desenvolver plenamente com dignidade perante a total ausência de zelo, proteção e amor de seus pais, situação que, mesmo podendo resultar em consequências tão danosas, não dispõe de reconhecimento e inserção no sistema jurídico.

O dever de convivência remete ao trato diário, ao ato de viver em comum com outrem em intimidade e familiaridade³⁶, emanando o sentimento de satisfação e companheirismo, não sendo apenas uma distribuição racional de tarefas em um dado espaço físico.

O ECA, no art. 19, protege o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente em família substituta, tendo assegurada a convivência familiar e comunitária. Ora, tal garantia curva-se ao discurso psicanalítico, pois que, é na família que se dão os primeiros passos para um desenvolvimento emocional equilibrado, versando sobre uma rotina de constante aprendizado, disponibilidade e interesse dos pais por questões relevantes na vida dos filhos, como o relacionamento com seus amigos, vizinhos, acompanhamento de frequência e aproveitamento escolar³⁷ e plena liberdade de diálogo que os leve à autonomia.

³⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 6.

³⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 544.

³⁷ BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990. Art. 129.

Logo, “o dever de indenizar por abandono afetivo é cabível desde que a falta de afeto esteja inserida dentro de um direito fundamental expressamente tutelado pelo ordenamento jurídico, como o dever de convivência”³⁸.

Sendo assim, entendendo a família pós-moderna em seus delineamentos sociológicos e jurídicos – derivados da ética, solidariedade recíproca e preservação da dignidade - há que se valorar uma forma de proteger os indivíduos efetivamente vítimas do abandono parental, esclarecendo que não se trata da obrigação de amar, mas sim de amparar aqueles a quem a lei imputou a obrigação ou o dever originário de proteger. “É amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade”³⁹.

3.3 Responsabilização pelo abandono afetivo

3.3.1 Nota introdutória

Quando se adentra no estudo da Responsabilidade Civil, a primeira premissa formada é que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”⁴⁰. Em termos informais, nada mais é que a obrigação que se tem em assumir as consequências de suas ações, o que pode ou não resultar em um dever de indenizar aquele que foi prejudicado.

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)⁴¹.

³⁸ SILVA, Priscila Menezes. **A amplitude da responsabilidade familiar: da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de convivência.**

Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=617>. Acesso em 09/05/2012

³⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.**

Disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em 18/05/2012.

⁴⁰ DIAS, José de Aguiar. Apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. 2004, p. 9.

Diante da amplitude do conceito de responsabilidade, denota-se que sua função paira em torno da obrigação de respeitar os direitos das pessoas, conduzindo-as a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social, tornando público que condutas que perturbem esse sistema não serão toleradas.

Então, por ser um estudo dinâmico, não se restringindo à esfera do Direito Civil, pela sua capacidade de englobar todos os outros ramos do direito, submete-se a inovações jurídicas, conforme a carência da sociedade, sendo um campo ilimitado que comprova a tese da unidade jurídica.

No que tange ao abandono afetivo, a responsabilidade é subjetiva, pois decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposos, quando o pai ou mãe atua com negligência ou imprudência, por atingir a esfera moral do filho, não assumindo seus papéis na amplitude dos princípios obrigacionais, violando preceitos constitucionais de convivência, guarda, sustento ou educação.

Nesse diapasão, o Código Civil, em seu art. 186, apresenta com clareza o conceito de responsabilidade, que adequa-se àquilo que se espera da família, da sociedade e do Estado, conforme o art. 227, da Constituição Federal brasileira e o art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

CC, Art. 186: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

CF, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifos nossos).

ECA, Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (grifos nossos).

3.3.2. Pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo causal

A partir da análise do art. 186 do Código Civil, extraem-se os elementos ou pressupostos gerais para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Acerca do ato ilícito, vale mencionar que os ilustres mestres baianos Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona defendem que o primeiro elemento da responsabilidade civil é a conduta humana, e não apenas o ato ilícito, já que pode se tratar de comportamento positivo ou negativo, não necessariamente condicionando a responsabilidade civil à antijuridicidade, pois o dever de reparar o dano causado pode decorrer de uma atividade lícita do infrator, se agir amparado por norma legal que a preveja⁴².

Nesses termos, Martinho Garcez Neto⁴³ exemplifica possibilidades de responsabilidade pelos danos resultantes de ato lícito como os por motivo de interesse público – a indenização devida por expropriação; e por motivo de interesse privado – o ato praticado em estado de necessidade.

No entanto, vamos nos associar à corrente do direito, tida como regra geral, que unifica a ação humana à antijuridicidade, resultando no ato ilícito o pressuposto inicial para a averiguação do dano.

O ato ilícito, nos dizeres de Venosa, "traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever"⁴⁴, dando vez à obrigação de indenizar todo aquele que "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência" causar prejuízo a alguém, mesmo que na esfera íntima.

Nesse diapasão, não necessariamente se insere na conjuntura da voluntariedade a intenção ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a espontânea finalidade de causar um prejuízo a alguém. Especialmente no que se refere às relações de parentesco, onde, muitas vezes, a falha

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. 2004, p. 31.

⁴³ NETO, Martinho Garcez. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Op. Cit.*

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 32.

no desempenho das funções familiares passa despercebida por entre os autores do dano, mas que desencadeia mutilações psíquicas e emocionais nos filhos.

A relevância desses efeitos se dá quando diante de condutas impróprias, especialmente em situações em que aos filhos é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, além de referências paterna ou materna concretas⁴⁵, ocasionando a noção de dano, que remonta à efetiva lesão sofrida e ao juízo de que a ninguém é dado prejudicar outrem.

O dano, segundo Pablo Stolze, nada mais é que uma lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator, podendo, assim como no caso em deslinde, decorrer de agressão a direitos ou interesses personalíssimos, não necessariamente tendo expressão pecuniária.

Nesse entendimento, disserta com propriedade Luiz Edson Fachin, *in verbis*:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano⁴⁶.

A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima, afetando seu ânimo psíquico, moral e intelectual, podendo ocasionar distúrbios anormais na vida da mesma, como inibições, depressões, bloqueios e padecimento da autoestima.

Para melhor aferição do estudo do dano, foram estabelecidos requisitos mínimos a serem conjugados: violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; certeza do dano; e subsistência do dano.

⁴⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. ***Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material***. Artigo disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/imprensa.php?t=artigos&n=289>>. Acesso em: 16/02/2012.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. Apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. 2004, p. 41 e 42.

A violação do interesse jurídico pode ser expressa mediante a agressão ao bem tutelado, qual seja, o direito personalíssimo à dignidade e aqueles que dele decorrem. A certeza do dano pode ser comprovada por laudos médicos expondo a extensão da dor psíquica, além de outros meios de prova admitidos no direito, a exemplo da prova testemunhal. E, por último, a subsistência do dano, já que, caso ele tenha sido reparado, deixa de interessar à responsabilidade civil.

Assim, percebe-se, diante de tais ilicitudes, a configuração do dano ou ofensa à dignidade da pessoa do filho preterido por seus pais em toda a sua extensão, violando o poder familiar e englobando a ofensa aos direitos constitucionais direcionados à criança e ao adolescente.

Ao encarar o abandono afetivo como um inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade, percebe-se o nexo de causalidade entre o abandono – ato ilícito - e o dano, já que não haveria que se falar em um efetivo dano sem a conduta do agente.

De acordo com a obra de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁴⁷, existem três principais teorias explicativas do nexo de causalidade. São elas: a teoria da equivalência de condições, teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

Todavia, basta que seja possível estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e que exista um nexo causal, ainda que presumido, entre um e outro. Compactuam deste entendimento Caio Mário da Silva Pereira, Rui Stoco e Venosa⁴⁸.

No que cabe ao estudo da responsabilidade familiar, resta ao juiz fazer um juízo de possibilidades do conjunto probatório juntado pelas partes, respeitando a nova realidade cultural da família brasileira, que protege o “estado de filiação” por crer na reverência à dignidade do homem como valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática a qual ele se submete.

3.3.3. A violação dos deveres constitucionais previstos e a obrigação de reparar o dano causado

A força normativa dos princípios constitucionais deve-se à relação kelseniana piramidal entre a Carta Magna e as demais leis

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. 2004, p. 96.

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. 2005, p. 54.

ordinárias, que estabelece um dever de lealdade e submissão destas para com aquela⁴⁹.

Então, os princípios constitucionais, independentemente de estarem abrigados de modo explícito ou implícito, refletem as normas que consagram os valores da sociedade que os acatou, irradiando a soberania popular, motivo pelo qual, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos, portanto, a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade⁵⁰”.

A apreensão dos juristas do Direito de Família quanto à violação dos deveres constitucionais quando se trata da relação de pais e filhos implica nas consequências da ofensa à dignidade da pessoa do filho, diante do rompimento do seu equilíbrio psicológico ao ter sua existência ignorada ou considerada merecedora apenas da manutenção financeira.

A despeito da preocupação com o direito a alimentos, o sustento equivale a apenas uma fração do inteiro que é a paternidade. Pai que não cuida de seu filho, tratando-o com indiferença e desleixo, descumpra não apenas a função de ordem moral, mas também no que tange à ordem jurídica, uma vez que tais condutas se encontram resguardadas pelo Direito, pois, seja a rápido ou longo prazo, repercutirão na esfera psicológica do indivíduo lesado, caracterizando o dano.

A filiação integral como um direito fundamental leva em consideração o respeito à criança independentemente de sua procedência, ou seja, não importa se foi oriunda do planejamento familiar, ou engendrada em união paralela ao casamento, advinda de adoção, ou até fruto de pais que se separaram antes ou após o seu nascimento e formaram novas famílias com outros filhos etc. O que se busca é agregá-los em um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana, protegendo a busca pelo “status” de filho e todas as consequências inerentes ao pátrio poder: direito a um nome, a alimentos, herança e, principalmente, a afeto.

⁴⁹ BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios Constitucionais e sua força normativa**. Bahia: Jus Podivm, 2008, p.32.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 943.

Acerca do estado de filiação, é pertinente registrar os fundamentos legais que os justificam de acordo com a ótica de Paulo Lôbo⁵¹: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º) – o que permite estender a eles a responsabilidade civil pelo abandono dos pais adotandos; d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*); e) impõe-se a todos os membros da família o dever de solidariedade uns com os outros, dos pais para os filhos, dos filhos para os pais, e todos com relação aos idosos (arts. 229 e 230).

Uma vez violadas as normas legais, entra em cena a obrigação de reparar o dano causado, no intuito de restituir o bem jurídico lesado, retornando ao *status quo ante*. Contudo, a indenização não busca somente restabelecer o patrimônio da vítima, mas também reparar os valores não patrimoniais ou axiológicos.

Toda responsabilidade rende ensejo a determinada sanção, cuja natureza varia em função do tipo de responsabilidade. [...] A sanção aplicável no caso de responsabilidade civil é a indenização, que se configura como o montante pecuniário que representa a reparação dos prejuízos causados pelo responsável.

A conclusão, assim, é a de que, tendo ocorrido o fato ensejador da responsabilidade civil e perpetrado o dano ao lesado, tem este, contra o responsável, direito à reparação dos prejuízos ou, em outras palavras, faz jus à devida indenização.⁵²

Neste sentido, não há que se falar que a indenização na esfera moral é um prêmio recebido pela dor sofrida – implica em uma efetiva perda que deve ser ressarcida dentro dessa alternativa criada pela lei - pois trata da busca pela restauração da dignidade do ofendido, ainda

⁵¹ LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.510-511.

⁵² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 501.

mais no âmbito familiar, onde “são os restos de amor que batem às portas do Poder Judiciário”⁵³.

Às vítimas, no entendimento de Orlando Gomes, só resta entregar-se à compensação pecuniária, podendo destiná-la a “satisfações ideais ou materiais que ache convenientes, acalmando o sentimento de vingança inato ao homem”⁵⁴, englobando terapias e meios de neutralizar os incômodos anormais que a fizeram buscar guarida jurisdicional.

3.1. A necessária mudança de paradigmas na valoração do afeto

O Direito Positivo, em atenção às mudanças sofridas no cenário familiar de outrora, desenvolveu mecanismos capazes de proteger as crianças que se encontravam sem o devido resguardo legal após a separação de seus pais, criando meios para que os elos com seus genitores não fossem desfeitos, mesmo diante de novas uniões estabelecidas por eles.

Com a ruptura da relação conjugal dos genitores, surgiu o direito à visitação, que mais adiante passou a ser interpretado como um direito dos filhos a serem visitados pelos pais - um reconhecimento aos direitos personalíssimos garantidos à criança e ao adolescente - atuando como ponto de partida para a mudança de paradigmas na valoração do afeto.

Diante desse processo contínuo de adaptação do Direito às mudanças sociais, além da separação e divórcio dos pais, foi dada relevância às mais diversas situações em que não era observado o melhor interesse da criança, seja dentro de um núcleo familiar ou paralelo a ele, a exemplo das inovações advindas das reproduções independentes, alienações parentais, ou a convivência da criança com uma possível nova opção sexual de um de seu pai ou sua mãe.

Percebendo o imenso leque de possibilidades em que pode estar inserida uma criança, o que se propõe é um olhar mais sensível para a notória importância da função parental na sua formação como pessoa, sendo apenas relevante que ela esteja inserida em um ambiente que propicie seu natural bem-estar.

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Apud. DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e psicanálise*. Artigo disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?24,8>>. Acesso em: 11/11/2012.

⁵⁴ Gomes, Orlando. Apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. 2004, p. 57.

Então, adotando o juízo de que o abandono afetivo fere os princípios constitucionais da dignidade, solidariedade, direito à convivência familiar, melhor interesse da criança e macula sua condição peculiar de sujeito em desenvolvimento, por condicioná-la a sentimentos de rejeição, humilhação e inferioridade, há que se criar um espaço no direito positivo para a elevação do afeto a um valor jurídico.

Corroborando com esse entendimento, o senador Marcelo Crivella elaborou um projeto de lei (Projeto de Lei nº 700/2007)⁵⁵ modificando o Estatuto da Criança e do Adolescente que, se aprovado, poderá responsabilizar civil e penalmente pais que deixarem de prestar aos filhos menores de 18 anos assistência moral, seja por falta de convívio, seja pela negativa de visita⁵⁶, objetivando prevenir e solucionar os casos de negligência dos pais para com os filhos.

Tal projeto recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e se encontra no aguardo do parecer em caráter terminativo do Centro de Desenvolvimento Humano - CDH.

3.2 Posicionamento dos Tribunais acerca da responsabilidade pelo abandono afetivo

Recentemente, foi alvo de evidência nos noticiários brasileiros a condenação de um pai a pagar indenização a sua filha por abandono afetivo, desencadeando uma série de debates que colocaram em confronto diferentes posicionamentos acerca do tema.

O caso julgado é de São Paulo, onde logo após o reconhecimento judicial de paternidade, a autora entrou com ação de abandono material e afetivo durante a infância e juventude contra seu pai. Diante do julgamento improcedente do pedido pelo juiz de primeira instância, quando na apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a sentença foi

⁵⁵ Assessoria e comunicação do IBDFAM. Disponível em:
<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2723085/mo>.

Acesso em: 09/05/2012.

⁵⁶ DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **A importância do papel dos pais no desenvolvimento dos filhos e a responsabilidade civil por abandono.**

Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/703>>. Acesso em 10/10/2012.

reformada e a indenização foi fixada em R\$415 mil, nos termos da seguinte ementa:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em seguida, o pai impetrou recurso no Superior Tribunal de Justiça - STJ (REsp. n. 1.159.242 – SP), alegando que não houve abandono, mas que, mesmo que tivesse ocorrido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição que ele poderia vir a sofrer, a perda do poder familiar, conforme art. 1.638 do Código Civil de 2002. Chegou a aduzir que o posicionamento do TJ/SP divergiu do entendimento do STJ, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

No entanto, representando o STJ, a relatora Ministra Nancy Andrichi defendeu não existir restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. Inclusive, salientou que a perda do pátrio poder não suprime nem afasta a possibilidade de indenizações ou compensações, porque seu objetivo é resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

Dando prosseguimento, a ministra argumentou que os deveres inerentes ao poder familiar, cedendo destaque ao dever de convívio, cuidado, criação e educação dos filhos exigem, obviamente, a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

Logo, à luz desses parâmetros, o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole é inescapável e a viabilidade técnica de se responsabilizar aos que descumprem essa incumbência acarreta ilicitude civil, sob a forma de omissão.

Este recurso especial foi finalizado em 24 de abril de 2012 (data do julgamento), com o provimento parcial da maioria dos ministros, reformando apenas o valor arbitrado, por entender que a quantia fixada pelo tribunal de origem era demasiadamente elevada, sendo reduzida para R\$200 mil.

Sendo assim, diante do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, observa-se a legitimidade acerca da matéria tratada, já que foi levado a um dos órgãos máximos do Poder Judiciário brasileiro, responsável por julgar em última instância matérias infraconstitucionais.

4. Conclusão

O histórico da evolução da família nos remete a uma atual coordenação e comunhão de interesses e de vida, onde o poder familiar exige um amplo rol de obrigações, visando o pleno desenvolvimento e formação integral dos filhos, instruindo-os no trato diário, através de exemplos e diálogo, a uma autonomia responsável amparada em um equilíbrio psíquico satisfatório.

Mesmo diante da não obrigatoriedade em desenvolver amor pelos filhos, o Estado tem interesse em punir a omissão ou o abuso dos pais no exercício do poder familiar, assegurando que haja o cumprimento do Princípio da Paternidade Responsável, além dos demais direitos atinentes à preservação da dignidade daqueles.

Nesse diapasão, com sustentáculo no entendimento de diversos estudiosos das relações de família, seja na área jurídica, seja na área psicanalítica, surge a discussão no que tange à relevância do afeto para um sadio desenvolvimento do filho, chegando à conclusão que a peculiar conexão emocional dele para com seus pais é ponto de partida para a atribuição de sentido e significado à sua existência.

A partir de então, uma vez caracterizado o dano afetivo na relação familiar, e identificado o ato ilícito decorrente da violação dos deveres constitucionais previstos, a exemplo da solidariedade recíproca, do dever de convivência, guarda, educação, sustento e preservação da dignidade humana, forma-se o liame causal entre conduta e prejuízo, extraindo os elementos ensejadores da responsabilidade civil.

Em suma, pode-se concluir pela total viabilidade em punir a violação dos deveres constitucionais previstos, destacando a obrigação de reparar o dano causado a outrem, como meio de solução transacional

ante a vingança equivalente ao prejuízo sofrido e de modo a abrigar os membros das relações mal resolvidas ou sem solução, conferindo a eles proteção aos direitos da personalidade, resguardando seus valores e garantias, já que a função do direito é a defesa da pessoa humana e dos seus fins.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO DA REVISTA DO MPE–AL

1. A Revista do Ministério Público de Alagoas destina-se à publicação de artigos jurídicos e peças processuais.
2. Ao enviar o artigo ou a peça, o autor cujo texto for selecionado, renuncia aos direitos autorais em prol da Revista do Ministério Público de Alagoas, especificamente no que se refere à publicação em meio impresso ou divulgação do seu conteúdo pela internet.
3. Após as submissões, o Conselho Editorial procederá à pré-seleção dos artigos recebidos com base nos seguintes critérios: atenção ao vernáculo e concatenação das ideias; observância à formatação prescrita; coerência da conclusão com o desenvolvimento, originalidade dos argumentos e da abordagem; grau de reflexividade; consistência técnica e qualidade da pesquisa.
4. O Conselho Editorial notificará os autores de suas decisões por email.
5. Os artigos deverão ser inéditos e submetidos segundo as seguintes normas editoriais:
 - a) Conter, no máximo, 30 laudas (incluídas as referências bibliográficas), em folhas de tamanho A4;
 - b) Fonte *Times New Roman*, em tamanho 12, com alinhamento justificado, espaçamento entre linhas do tipo “simples” no resumo e nas citações que excedam três linhas, e de 1,5 no corpo do texto;
 - c) Título com alinhamento centralizado, em maiúsculas e em negrito.
 - d) Na segunda linha após o título deve constar o nome completo dos(as) autores(as), alinhado à direita e seguido do nome da instituição de filiação e e-mail;
 - e) Margens superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita, de 2 cm;
 - f) O documento deverá conter numeração no canto superior direito a partir da primeira página;
 - g) A primeira linha de cada parágrafo deve obedecer ao recuo de 1 cm e as citações que excedam 3 linhas, ao recuo de 4 cm;
 - h) Eventuais referências, a critério do Conselho Editorial, serão lançadas em notas de rodapé indexadas numericamente;
 - i) O trabalho deverá ser enviado em formato compatível com o *Microsoft Word* ou *Libre Office*, observando-se as normas de publicação da ABNT.

