

Volume 22 - Número 44 jul/dez - 2016

ISSN 1415-112X

A large, stylized green leaf graphic is positioned behind the main title. The leaf is light green and has a curved, organic shape, resembling a single leaf from a plant. It is centered horizontally and partially overlaps the text.

Revista
da **esmape**

Publicação da Escola Judicial do
Tribunal de Justiça de Pernambuco



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO - TJPE
ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO – ESMAPE

ISSN 1415-112X

Revista

da **esmape**

Publicação Científica e Semestral

Volume 22 – Número 44
jul/dez – 2016

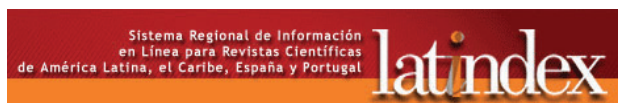
© Copyright by ESMape

A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial de Pernambuco – ESMape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMape preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão:

Designer gráfico: Carlos Júlio P. dos Santos

Tiragem: 600 exemplares

Correspondências:

Escola Judicial de Pernambuco – ESMape
Rua Moacir Baracho, 207 – Santo Antônio – Recife – PE – CEP 50.010-050
ej.diretoria.geral@tjpe.jus.br
revistadaesmape@gmail.com

Revista da ESMape / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco - EJUD-TJPE – Ano 1, n.1 (1996-). – Recife : ESMape, 1996 – v. Semestral
ISSN 1415-112x

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco - EJUD-TJPE. II ESMape

CDD 340.05

ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO – ESMAPÉ

Diretoria Geral

Biênio 2016 - 2017

Desembargador Eurico de Barros Correia Filho
Diretor-Geral

Desembargador Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto
Vice-Diretor

Juiz Saulo Fabianne de Melo Ferreira
Supervisor

Coordenadores

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Pós-Graduação Lato Sensu
Coordenadora Pedagógica Geral

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Pós-Graduação Stricto Sensu

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Formação Inicial de Magistrados

Juiz André Vicente Pires Rosa
Vitaliciamento de Magistrados

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Aperfeiçoamento de Magistrados

Juíza Adriana Cintra Coelho
Aperfeiçoamento de Servidores

Juiz Rafael Cavalcanti Lemos
Programas Internacionais

Desembargador Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

Juíza Catarina Vila-Nova Alves de Lima
Ensino a Distância

Juiz Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho
Relações Institucionais

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Informatização Jurídica

Juiz José Raimundo dos Santos
Preparação à Magistratura e Cursos Externos

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva
Juiz Janduhy Finizola da Cunha
Tabelião Ivanildo Figueirêdo
Tabeliã Alda Lúcia Soares Paes de Souza
Extrajudicial

Juiz Ruy Trezena Patu Júnior
Conciliação e Mediação

Juíza Patrícia Caiaffo de Freitas Arroxelas Galvão
Formação Inicial de Servidores

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Infância e Juventude

Juíza Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Juizados Especiais

Juiz Teodomiro Noronha Cardozo
Pesquisas Científicas

DIRETOR - GERAL

Desembargador EURICO DE BARROS CORREIA FILHO

FILOSOFIA DO DIREITO

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo
Prof. Dr. João Maurício Adeodato
Prof. Dr. João Paulo Fernandes de S. Allain Teixeira
Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior

DIREITO CONSTITUCIONAL

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer
Prof. Dr. Ivo Dantas
Prof. Dr. Walber de Moura Agra

DIREITO ADMINISTRATIVO

Prof. Msc. Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Prof. Msc. José Carlos de Arruda Dantas
Profa. Dra. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha
Prof. Esp. Orlando Morais Neto

DIREITO CIVIL

Profa. Msc. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Profa. Msc. Ana Paula Lira Melo
Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto
Prof. Dr. José Fernando Simão
Prof. Msc. José Ronemberg Travassos da Silva
Prof. Msc. Desembargador Jones Figueirêdo Alves
Prof. Esp. Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Prof. Dr. Roberto Grassi Neto
Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior
Prof. Dr. Sílvio Romero Beltrão
Prof. Dr. Venceslau Tavares

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Prof. Msc. Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Prof. Msc. Frederico Leopoldino Kohler
Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha
Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Prof. Dr. Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Prof. Dr. Desembargador Federal Sérgio Torres Teixeira

DIREITO EMPRESARIAL

Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho
Prof. Dr. Humberto Carneiro
Prof. Msc. Sady D'Assumpção Torres Filho

DIREITO DO CONSUMIDOR

Prof. Dr. Mário Ângelo Leitão Frota
Prof. Luiz Mário de Góes Moutinho

DIREITO AMBIENTAL

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell
Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva
Prof. Msc. Antônio Beltrão

DIREITO PENAL

Prof. Msc. Fernanda Moura de Carvalho
Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima
Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo
Prof. Esp. Desembargador Mauro Alencar de Barros

DIREITO TRIBUTÁRIO

Prof. Msc. Desembargador José Viana Ulisses Filho
Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourem Campos
Prof. Dr. Éric Castro e Silva

DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Prof. Dr. Élio Braz Mendes

Prof. Desembargador Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Prof. Esp. Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo

COORDENAÇÃO TÉCNICA, EDITORIAL E PLANEJAMENTO GRÁFICO

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Adriane Vaz Batista Galvão

O futuro do Direito Penal na visão de Claus Roxin **11**

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Estado de filiação, direito à origem biológica e igualdade entre os filhos:
desafios da reprodução humana assistida heteróloga no Brasil **23**

Ana Cláudia de Andrade Chagas

O reconhecimento da família simultânea como união estável: requisitos,
deveres e efeitos patrimoniais **59**

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

O Ônus da Prova sob Perspectiva do Processo Colaborativo **75**

Frederico Ricardo de Almeida Neves

O Direito à Audição Prévia e a Impossibilidade de Decisão-Surpresa
como afloramentos do princípio do contraditório (Uma nota de direito
comparado) **97**

Geisel Christian Ramos dos Santos

Tributação e justiça social: a participação popular na elaboração,
implementação e supervisão da política fiscal brasileira **105**

Hauler dos Santos Fonseca

Análise sobre a Produção de Estudo de Impacto Ambiental no
Licenciamento de Obra Pública e Eventual Desrespeito a Princípios
Constitucionais Administrativos **123**

Patrícia Elisama de Souto Santos / José Raimundo dos Santos Costa

Institutos de Democracia Participativa: Perspectivas de avanços e
retrocessos na sociedade brasileira **141**

Teodomiro Noronha Cardozo

A Tentativa na Teoria do Crime **159**

Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Princípios e regras: a estrutura da norma jurídica na visão de Robert Alexy. **175**

O futuro do Direito Penal na visão de Claus Roxin¹

Adriane Vaz Batista Galvão

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

Este artigo visa analisar, em linhas gerais, o texto "Tem futuro o Direito Penal?", de Claus Roxin, abordando os tópicos e problemáticas a respeito do tema que o referido autor traz como conclusões à sua

pergunta inicial: Tem futuro o Direito Penal?

Palavras-chaves: Direito Penal. Descriminalização. Penas Alternativas.

Abstract

This article aims to analyze, in general terms, the text "Has future the Criminal Law?" of Claus Roxin, addressing the topics and problems, on the subject, that the author brings as conclusions

his initial question: Has future the Criminal Law?

Keywords: Criminal Law. Decriminalization. Alternative of punishment.

1 ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p.01-30.

Introdução

A história nos revela que o homem sempre viveu em sociedade e que, para uma convivência pacífica, necessita-se de normas para regular o comportamento dos indivíduos. Assim, o Direito regula o convívio social, garantindo as mínimas condições de desenvolvimento e paz. Para alcançar esse objetivo, o Estado, mediante um juízo de valor, tutela os bens relevantes para a vida social. O fato que contraria o ordenamento jurídico é um ilícito, cuja modalidade mais grave é o ilícito penal, que fere os bens considerados mais importantes de uma sociedade.

O Direito Penal pode ser conceituado como um conjunto de normas jurídicas que determinam as infrações penais e suas respectivas sanções. A ideia de Direito Penal está ligada à de violência, tanto no sentido de a infração cometida violar um bem jurídico quanto na reação do Estado em punir a ação delituosa, ceifando do infrator, por exemplo, a sua liberdade por um determinado período de tempo. Dessa forma, o Direito Penal deve ser norteado por Princípios, como o da Legalidade, bem como a ultima ratio do sistema para a proteção dos interesses e bens dos indivíduos de uma sociedade.

O Direito Penal, ao longo do tempo, foi se transformando para proteger a sociedade da criminalidade e assegurar a paz. Sustenta-se que o fenômeno da criminalidade é normal em todas as sociedades, sendo, assim, necessário acompanhar as transformações que a sociedade precisa em determinada época. Desse modo, alguns fatos deixaram de ser crimes, ao passo que outros vão sendo criados.

É bem verdade que o instituto do Direito penal é muito importante, mas é bastante questionado, seja em relação à prevenção de delitos, à sua descriminalização, formas de punição, entre outros. E são esses questionamentos que levam Claus Roxin a refletir e chegar a algumas conclusões no sentido de responder a seguinte pergunta: tem futuro o Direito Penal?

2 Pode o Direito Penal ser abolido?

- Os adeptos do abolicionismo acreditam que existem outras maneiras de enfrentar a criminalidade, partindo da ideia de um combate às causas sociais da delinquência e adotando, se for o caso, medidas conciliatórias extra-estatais,

indenizações reparatorias e similares. Acreditam que a melhoria na qualidade de vida e reformas sociais seriam um meio preventivo do delito, ou seja, criar uma sociedade que eliminasse as causas dos delitos, reduzindo a delinquência.

A realidade, contudo, mostra que dificilmente se eliminará a criminalidade por meio de reformas sociais, uma vez que existem países bastante desenvolvidos onde as práticas delitivas não deixaram de ser cometidas. Dessa forma, Roxin entende que a criminalidade se encontra dentro de um leque das formas típicas de ação humana e que vá existir para sempre. Se pessoas passam fome, surge uma criminalidade de pobreza; se vivem em boas condições financeiras, surge a criminalidade relacionada ao desejo de aumentar as posses, e assim por diante. Não se deve esperar que um nível de bem-estar social eliminaria a criminalidade. O crime deve ser visto como normal, pois uma sociedade que dele estivesse isenta seria inteiramente impossível (DURKHEIM, 2007, p.68). Nesse sentido, explica o sociólogo Durkheim:

O crime, conforme mostramos alhures, consiste num ato que ofende sentimentos coletivos dotados de uma energia e de uma clareza particulares. Para que, numa sociedade dada, os atos reputados como criminosos pudessem deixar de ser cometidos, seria preciso que os sentimentos que eles ferem se verificassem em todas as consciências individuais sem exceção e com o grau de força necessário para conter os sentimentos contrários. Ora, supondo que essa condição pudesse efetivamente ser realizada, nem por isso o crime desapareceria, ele simplesmente mudaria de forma; pois a causa mesma que esgotaria assim as fontes de criminalidade abriria imediatamente novas (DURKHEIM, 2007,p.68).

Além disso, alguns conflitos não podem ser solucionados simplesmente por meio da conciliação ou por uma instituição arbitral independente do Estado. Certos bens jurídicos são tão importantes que sua transgressão não pode ser afastada da apreciação estatal. Princípios, como o da legalidade, e garantias, como a da segurança jurídica, que impõem limites para a atuação do Estado, poderiam não ser assegurados ou mesmo seguidos por esses órgãos extra-estatais de arbitragem, pois, como afirma Roxin, liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos pelo órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e ilícito, levando à justiça pelas próprias mãos e destruindo a paz social. Roxin, dessa forma, chega à sua primeira conclusão: também no Estado Social de Direito, o abolicionismo não conseguirá acabar com o futuro do Direito Penal.

Outra forma de tentar eliminar ou reduzir extensamente a criminalidade e o Direito Penal seria um fortalecimento do controle estatal por meio de uma grande vigilância dos cidadãos, ou seja, a prevenção dos delitos mediante o monitoramento dos indivíduos. O Direito Penal, nesse caso, seria utilizado apenas nos fatos em que não se conseguissem evitar por tal maneira.

Não restam dúvidas de que o avanço da tecnologia ajuda nas formas de controle, a exemplo de escutas telefônicas, monitoramento através de câmeras de vídeos, entre outros, que de fato colaboram muito na prevenção de crimes ou, acontecendo o delito, na captura de seu autor. Contudo, em um Estado de Direito, essa forma preventiva de ilícitos deve ser utilizada com cautela, sofrendo limitações, ao mesmo tempo em que não é perfeitamente eficaz. Existem alguns crimes que não se conseguem evitar mesmo utilizando as medidas de vigilância, a exemplo de delitos cometidos fora das áreas vigiadas, bem como adotando medidas técnicas com a finalidade de burlar esse sistema.

Ademais, a vigilância estatal deve ser restringida a lugares públicos, sendo preservadas a esfera privada e íntima, garantias constitucionalmente previstas no Direito Brasileiro. Dessa forma, "(...) as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade contra o fato de ser visto e ouvido" (ARENDET, 2007, p. 81). Destarte, não se pode, em obediência aos direitos da personalidade e garantias constitucionais, proceder a uma vigilância em ambientes privados, sendo restrita aos locais públicos.

A segunda conclusão, portanto, é que uma vigilância mais intensiva não elimina a criminalidade nem pode tornar o Direito Penal supérfluo, sendo sua utilização restrita e respeitando os direitos e garantias fundamentais do cidadão, mas que dentro dos limites possíveis e permitidos é um ótimo meio de combater a criminalidade.

Existe, também, quem defenda a substituição, no futuro, da pena por medidas de segurança, considerando que o delinquente é um doente psíquico ou social que deve ser tratado ao invés de punido. É bem verdade que alguns criminosos possuem distúrbios que comprometem seu desenvolvimento social ou psíquico, porém não se pode generalizar. Não se pode dizer que aqueles que cometem, por exemplo, crimes de trânsito ou contra o meio ambiente não são normais e precisariam de terapia. Tal questão só pode ser averiguada por meio de exame médico e pericial.

Assim, não se pode afirmar que todo delinquente é doente nem que as medidas de segurança são melhores para os criminosos. A respeito do tema, Zaffaroni expõe:

A forma penal desta coerção compromete grandemente a liberdade das pessoas a elas submetidas. Preocupa, sobremaneira, a circunstância de não terem as "medidas" um limite fixado na lei e ser a sua duração indeterminada, podendo o arbítrio do perito e dos juízes decidir acerca da liberdade de pessoas que, doentes mentais ou estigmatizadas como tais, sofrem privações de direitos, ainda maiores do que aquelas que são submetidas às penas (ZAFFARONI, 2009, p. 731).

Portanto, as medidas de segurança carregam problemas difíceis, sendo, inclusive, em algumas situações, perigosas para as garantias individuais, permitindo intervenções mais severas na liberdade do indivíduo que a pena. Não se pode querer, dessa maneira, que o futuro do Direito Penal seja restrito a essas medidas. Diante dessa problemática, Roxin elabora sua terceira conclusão: no futuro, pode ser estendido o campo de aplicação das medidas de segurança, mas sendo impossível e indesejada a substituição do Direito Penal por um sistema de medidas de segurança.

3 Poder-se-á, futuramente, evitar sanções penais de modo considerável por meio da descriminalização e da diversificação?

Neste ponto, analisa-se não uma eliminação, mas redução das cominações legais ou da pena criminal. Na descriminalização, eliminam-se dispositivos penais que não sejam necessários para a manutenção da paz social. Comportamentos que não lesem os bens jurídicos mais importantes não devem ser criminalizados, ou, ainda, aqueles atos, antes punidos, que não mais violem os interesses essenciais da sociedade devem ser retirados do ordenamento penal.

Isso se dá em virtude do Princípio da Subsidiariedade, em vista do qual o Direito Penal deve ser a ultima ratio do sistema normativo, atuando apenas quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de tutelar os bens relevantes na vida do indivíduo e da sociedade (BITENCOURT, 2012, p. 44). Nesse aspecto, o direito penal do futuro tem um extenso campo para a descriminalização.

Quando não for possível descriminalizar, pode-se evitar as desvantagens da criminalização por meio da diversificação, ou seja, buscando alternativas à

condenação formal, como, por exemplo, a prestação de serviços à comunidade. Desse modo, a quantidade de punições iriam diminuir, servindo a diversificação como meio de combate ao crime mais humano do que a pena. Contudo, essa diversificação deve ser aplicada dentro de limites e vigilância estatais.

A quarta conclusão elaborada por Roxin, portanto, não elimina o Direito Penal, mas, mediante a descriminalização e diversificação, podem reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos que realmente precisam ser punidos.

4 A quantidade de dispositivos penais e de violações contra eles cometidas diminuirá ou aumentará?

Já ficou claro, diante do exposto, que o Direito Penal tem futuro, mas será que o número de dispositivos penais e de violações contra ele aumentará ou diminuirá? Apesar da possibilidade de uma limitada descriminalização, existe uma tendência ao aumento dos dispositivos penais, isso porque as estruturas sociais estão se tornando cada vez mais complexas, a exemplo do crescimento do comércio exterior e da utilização em massa da rede mundial de computadores, necessitando de abrangentes regulamentações. Ademais, o Estado Democrático de Direito, em virtude da necessidade social de uma maior proteção por parte do Estado, tende a utilizar o direito penal como instrumento de defesa da sociedade contra o crime.

Por conseguinte, reclama-se, cada vez mais, a intervenção do Estado mediante a formulação de novas leis penais, produzindo-se, dessa forma, o fenômeno conhecido como "inflação penal". Deste modo, matérias que, em princípio, deveriam estar além do alcance do direito penal por força do princípio da intervenção mínima, passam a interessá-lo. Por conseguinte, o direito penal do Estado democrático de direito revela a tendência a se transformar em um direito penal máximo (FREITAS, 2009, p. 391).

Assim, as mudanças sociais e a própria sociedade, exigem, cada vez mais, dispositivos penais que criminalizem novas condutas, garantindo segurança e regulamentação dos novos comportamentos. E o aumento dos dispositivos penais elevará, conseqüentemente, o número de ilícitos. A criminalidade aumentará não apenas com a prática de novos delitos, mas também de crimes já conhecidos como o furto, o estelionato, entre outros. Isso não decorre do fracasso do direito penal, apesar da vigilância mais intensa prevista para o futuro, mas sim pelo crescimento da população mundial, as mudanças sociais e econômicas, o avanço tecnológico. É

mais fácil furtar em uma metrópole, onde há uma maior densidade populacional, do que em uma cidade pequena.

A quinta conclusão é no sentido de que a taxa de criminalidade, há décadas crescente, aumentará ainda mais, mesmo em menor medida que antigamente, uma vez que grande parte das circunstâncias criminógenas ainda existe nos dias de hoje.

5 O Direito Penal do futuro será mais suave ou mais severo?

Embora haja uma previsão para o aumento da criminalidade, a tendência é que as penas se tornem mais suaves. Ao longo da história e em virtude dos princípios norteadores do Direito Penal, observa-se que as penas se tornam cada vez menos desumanas e mais brandas. Além disso, havendo aumento de dispositivos penais e, por consequência, dos delitos, será mais difícil de reagir a esses crimes com as penas privativas de liberdade, pois as instituições carcerárias não terão recursos financeiros necessários para tal.

Com relação aos delitos pequenos ou médios, não deveriam ser punidos com a restrição da liberdade, pois, conforme explica Roxin, não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei por meio da supressão da liberdade, que possui grande efeito dessocializador. O desenvolvimento político-criminal deve se afastar ainda mais da pena privativa de liberdade, colocando-se em seu lugar penas mais brandas, como a multa. Corroborando com esse entendimento, Bitencourt afirma:

A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua permanente reforma. A prisão é concebida, modernamente, como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. (...) Por conhecermos bem as críticas que o encarceramento merece, acreditamos que os princípios de sua progressiva humanização e liberalização interior são a via de sua permanente reforma, caminho intermediário entre o conservadorismo e a convulsão abolicionista, não seguida esta, claro, por nenhum país do mundo, independentemente dos seus regimes jurídico e político. Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça flagrante, sobretudo porque, entre eles, não se incluem os agentes da criminalidade não convencional (os criminosos de colarinho branco). O elenco de penas do século passado já não satisfaz. Como mencionado na Introdução, a pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência antes mesmo que esse século termine. (...) Sua inca-

pacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso são alguns dos argumentos que apoiam os ataques que se iniciam no seio da União Internacional de Direito Penal (Congresso de Bruxelas de 1889). É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas, que, se na época não foram injustas, hoje, indiscutivelmente, o são. (...) Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessário, e substituí-la, quando possível e recomendável (BITENCOURT, 2012, p. 714).

O Direito Penal, como foi visto, tem futuro. Sendo assim, continuarão ocorrendo crimes e, conseqüentemente, aplicação das penas. O que se espera é que tais penas sejam mais brandas, cumprindo com maior eficácia a finalidade de reinserção social e respeitando princípios como o da dignidade humana, caminhando-se em busca de alternativas que substituam a pena privativa de liberdade e deixando esta última para casos excepcionais. A sexta conclusão dada por Roxin é que a diversificação ou pena de multa são meios mais humanos, baratos e propícios à ressocialização e não menos eficientes do ponto de vista preventivo que a privação da liberdade. Assim, a previsão é uma suavização do Direito Penal.

6 Como será o sistema de sanções no Direito Penal do futuro?

Seguindo o raciocínio, Roxin afirma que nem sempre poderá ser aplicada a pena de multa, uma vez que será ineficiente para certos casos, como os dos mais pobres, os que escondem seus bens do Estado e em época de recessão. Assim, Roxin conclui que novas penas surgirão, mais suaves do que a privativa de liberdade, como a prisão domiciliar, proibição para dirigir e medidas social-terapêuticas.

No futuro do Direito Penal, devem surgir, também, sanções, não propriamente penas, mas similares à pena, pois se, por um lado, infligem algo do autor, por outro, carecem de caráter coativo. São as sanções orientadas pela voluntariedade, tendo como exemplos o trabalho de utilidade comum e a reparação voluntária.

O trabalho de utilidade comum refere-se a prestações de serviços a instituições estatais e de assistência. Essa sanção tem a vantagem de ser um trabalho construtivo, trazendo benefícios para a sociedade e o indivíduo, pois pode substituir a pena

de multa e não restringe a sua liberdade. Esse tipo de trabalho é voluntário, não sendo admitido, em um Estado de Direito, o trabalho forçado, por violar a dignidade da pessoa humana. O sentimento de estar realizando algo útil tem efeito de melhor ressocializar do que as demais penas tradicionais. Para evitar o desemprego, a prestação de serviço de utilidade comum deve ser realizada em fins de semana, férias, ou seja, quando a mão de obra estiver reduzida, sendo preferencialmente executada no âmbito de serviços menos qualificados, onde exista atividades mal pagas e não supridas com mão de obra suficiente.

Roxin profetiza um grande futuro para a reparação do dano causado pelo infrator. Não se trata da reparação imposta pelo juiz a título de indenização, mas aquela prestada voluntariamente antes da abertura do processo, levando a uma diminuição da pena, à suspensão condicional ou, não sendo de natureza grave, à dispensa da pena. A vantagem é que se estimula a reparação do dano e oferece à vítima um ressarcimento mais rápido e não-burocrático.

Trata-se de uma forma de reintegrar o autor do fato na sociedade, pois uma rápida reparação faz com que ele entre em contato com a vítima, repense o seu comportamento e o dano causado. Traz, também, efeitos preventivos positivos, uma vez que a perturbação social provocada por um delito só é eliminada quando o dano é reparado, reestabelecendo seu estado anterior, e vendo o caso como resolvido.

A oitava conclusão é que as sanções orientadas pela voluntariedade podem complementar e, em parte, substituir a pena no futuro, pois, em razão de seus efeitos socialmente construtivos, devem ser preferidas à pena privativa de liberdade.

Outra problemática que surge, para o futuro do Direito Penal, é a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. As sanções a pessoas jurídicas são estranhas à estrutura clássica do Direito Penal, pois apenas um cidadão pode ser titular de direitos e deveres. Contudo, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui temática bastante controversa, principalmente devido ao papel que essas instituições desempenham na sociedade moderna e o que as vinculam ao fenômeno da criminalidade econômica (relações de consumo, meio ambiente, ordem econômica, etc.). A dificuldade que se tem é individualizar a responsabilidade penal no interior de complexas estruturas de poder que caracterizam as pessoas jurídicas nacionais ou multinacionais (PRADO, 2010, p.432).

Em seu texto, Roxin defende que as sanções a pessoas jurídicas desempenharão importante papel no futuro. As formas mais socialmente lesivas da criminalidade econômica e ambiental têm sua origem nas grandes empresas e, junto com a venda de diversos produtos lesivos à saúde, serão um problema crescente para o direito penal, pois é muito difícil ou impossível de descobrir os responsáveis dentro de um complexo empresarial. Assim, sanções que se acoplem a uma falha da organização, independentemente de quem seja o culpado, podem ter efeitos preventivos, devendo abranger desde consideráveis pagamentos em dinheiro até o fechamento da empresa. Nesse sentido, Bitencourt assevera que:

Assim, além de sanção efetiva aos autores físicos das condutas tipificadas (que podem facilmente ser substituídos), deve-se punir severamente também e, particularmente, as pessoas jurídicas, com sanções próprias a esse gênero de entes morais. A experiência dolorosa nos tem demonstrado a necessidade dessa punição. Klaus Tiedemann relaciona cinco modelos diferentes de punir as pessoas jurídicas, quais sejam: "responsabilidade civil", "medidas de segurança", "sanções administrativas", "verdadeira responsabilidade criminal" e, finalmente, "medidas mistas". Essas medidas mistas, não necessariamente penais, Tiedemann exemplifica com: a) dissolução da pessoa jurídica (uma espécie de pena de morte); b) corporation's probation (imposição de condições e intervenção no funcionamento da empresa); c) a imposição de um administrador etc. E, em relação às medidas de segurança, relaciona o "confisco" e o "fechamento do estabelecimento" (BITENCOURT, 2012, p. 361).

A nona e última conclusão alcançada por Roxin é de que as sanções a pessoas jurídicas, paralelas à punição dos autores individuais, desempenharão um grande papel no futuro, no combate à criminalidade empresarial.

Conclusão

Diante do que foi visto e dos questionamentos e conclusões que Claus Roxin elabora no texto, pode-se afirmar que o Direito Penal tem futuro. Uma sociedade necessita de normas que regulem o comportamento dos indivíduos. Por mais pacífico que seja um grupo social, a criminalidade sempre estará presente, pois é um fenômeno natural do comportamento humano que acompanha o desenvolvimento da sociedade. Assim, muitos fatos já deixaram de ser crimes porque a comunidade não mais se sente atingida por eles, como também surgirão novos crimes, valores que aparecerão de acordo com as transformações sociais, necessitando de novas normas que os tutele.

Não se pode falar em abolir o Direito Penal, o que se pode fazer são mudanças no sentido de melhorá-lo. Delitos de pequeno ou médio porte podem ser resolvidos, por exemplo, por meio de uma conciliação, quando o autor repare voluntariamente o dano causado à vítima ou pague uma multa, não necessitando de penas severas restringindo sua liberdade. Mas não se pode generalizar, pois existem delitos graves que não podem ser afastados da apreciação estatal e de punições mais rigorosas.

Não há como abolir o Direito Penal, mas os crimes podem ser prevenidos. O avanço tecnológico contribui para uma vigilância mais ostensiva do comportamento humano, desde que se faça com respeito aos direitos da personalidade, sendo uma ótima forma de prevenção aos delitos. Contudo, prevenir não é sinônimo de excluir, ficarão ainda a cargo do Direito Penal os crimes que não se consiga evitar.

Também não se pode eliminar o sistema penal trocando as penas por medidas de segurança, uma vez que nem sempre tais medidas são mais benéficas do que as penas. Nem todos os delinquentes precisam de terapia, e, às vezes, tais medidas acabam sendo mais longas que a duração de uma pena. Portanto, não é possível uma substituição do Direito Penal por um direito de medidas de segurança.

Como alternativas às penas severas, podem-se incluir no âmbito penal sanções mais suaves. Algumas atitudes podem ser mais eficazes e ressocializadoras do que a privação da liberdade. Ações voluntárias do infrator, como prestar serviços sociais e reparar o dano causado, são mais educativas e construtivas do que segregá-lo do convívio social.

Não só o indivíduo é passível de cometer crimes e ser punido, mas também as grandes empresas merecem atenção nesse sentido. Pessoas jurídicas, por ser difícil de se individualizar a conduta, ficam muitas vezes impunes aos danos causados ao meio ambiente, à economia e ao consumidor. Para tanto, se faz necessário criar sanções, como multas, intervenção no funcionamento da empresa e até mesmo sua dissolução.

Tudo leva ao entendimento de que a sociedade necessita de normas que regulem seu comportamento. No caso, sem o direito penal, o convívio social se torna impossível, onde as pessoas fariam justiça com as próprias mãos quando se sentissem lesadas, e uma série de injustiças seriam cometidas. Não se pode abolir o Direito Penal. O que se deve fazer é sempre estar lutando por mudanças e melhorias nesse âmbito. Procurar causas que diminuam a criminalidade,

buscar meios eficazes de prevenção, lutar contra as penas cruéis e desumanas, e, sobretudo, maneiras de ressocialização. Portanto, há de se concluir que o Direito Penal tem sim um grande futuro pela frente.

Referências

ARENDET, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 17.ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo : Saraiva, 2012.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução Paulo Neves. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito** : Do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** : Parte Geral: Arts. 1º a 120º. 9.ed. rev. atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.v.1.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro** : parte geral. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

Referência do artigo

Galvão, Adriane Vaz Batista, O futuro do Direito Penal na visão de Claus Roxin. **Revista da ESMAPE** – Recife – v. 22 – n. 44 – p. 11-22 – jul./dez. 2016

Estado de filiação, direito à origem biológica e igualdade entre os filhos: desafios da reprodução humana assistida heteróloga no Brasil

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Aluna do Programa de Pós-graduação em Direito (Doutorado) da UFPE.

Resumo

A evolução das técnicas de reprodução humana assistida e a disseminação de sua utilização ocorreram de forma tão rápida que não foi possível ao Direito acompanhar tamanha transformação. A chamada inseminação heteróloga, na qual há material genético de um terceiro envolvido no projeto parental das pessoas, gera incertezas e dúvidas em matéria de filiação, parentesco e direitos da personalidade, de modo a merecer intervenção do legislador, a fim de que os avanços médico-científicos possam ser desenvolvidos dentro do contexto jurídico constitucional instalado pela Constituição Federal de 1988, que tem como valor fundante a dignidade da pessoa humana. Ocorre que, até a presente data, ainda não existe, no Brasil, legislação específica sobre a matéria, o que vem causando uma situação de insegurança jurídica, sendo urgente a intervenção do legislador, mormente quando se

apresenta um quadro de regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina e pelo Conselho Nacional de Justiça, muitas vezes discrepante entre si e, para além disso, em divergência com legislações em sentido formal em vigor no país. Assim, o presente trabalho tece algumas considerações sobre esses problemas gerados pela reprodução humana heteróloga, dando ênfase a questões como o estabelecimento da paternidade e da maternidade nesses casos, à necessidade de se garantir o conhecimento da origem genética, como direito da personalidade, bem como à igualdade dos filhos nascidos a partir dessas técnicas, mediante a disciplina da matéria, sendo imprescindível que os valores a serem adotados por futura legislação em sentido formal estejam em perfeita conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. De outro lado, também não pode impedir o progresso da ciência médica. Esse é o desafio.

Abstract

The evolution of assisted human reproductive technologies and the spread of its use occurred so quickly that Law wasn't able to follow such transformation. The heterologous insemination, in which there is genetic material from a third party involved in the parental project of people, creates uncertainty and doubts as regards parentage, kinship and personality rights, so as to deserve the legislator's intervention in order that advances medical science can be developed within the constitutional legal framework installed by the Federal Constitution of 1988, whose founding value the dignity of the human person. It turns out that, to date, does not yet exist in Brazil, specific legislation on the matter, which is causing a situation of legal uncertainty, and urgent intervention of the legislature, especially when it has

a regulatory framework by the Federal Council of Medicine and the National Council of Justice, often discrepant from each other and, moreover, at variance with the laws in the formal sense in force in the country. Thus, this work presents some considerations about these problems generated by heterologous human reproduction, emphasizing issues such as the establishment of fatherhood and motherhood in such cases, the need to ensure the knowledge of genetic origin, as a right of personality and the equality of children born from these techniques, through the discipline of matter, being essential that the values to be adopted by future legislation are in full compliance with the principle of human dignity. On the other hand, can't stop the development of medical science. This is the challenge.

Introdução

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil se desenvolveu em uma velocidade quase impossível de o Direito acompanhá-la. Basta analisar os números para se perceber a disseminação das técnicas no país.¹ Ocorre que, ainda persiste a matéria sem regulamentação legal.

1 O 7º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), aponta que, em 2013, foram realizadas mais de 52 mil transferências de embriões em pacientes submetidas a técnicas de fertilização in vitro no Brasil. As informações foram coletadas em 93 bancos de células e tecidos germinativos do País, conhecidos, também, como clínicas de reprodução humana assistida. Ao longo do ano, foram registrados mais de 24 mil ciclos de fertilização in vitro e foram doados para pesquisas com células-tronco embrionárias 5.131 embriões. Foram congelados 38.062 embriões nas clínicas de reprodução assistida. Desse total, 66% estão em Bancos da Região Sudeste; 14% na Região Sul; 12% no Nordeste; 7% no Centro-Oeste e 1% na Região Norte. O relatório revela, também, que a taxa média de clivagem (como é chamada a divisão que dá origem ao embrião) nas clínicas brasileiras foi de 91%. Os valores apresentados foram compatíveis com valores preconizados em literatura, que é de acima de 80%. Já a taxa média de fertilização foi de 74%. O percentual é maior que os valores sugeridos em literatura internacional, que variam entre 65% a 75%. Disponível em: <www.anvisa.gov.br>. Acesso em: 26 jun 2016.

O Conselho Federal de Medicina editou a primeira resolução sobre a matéria em 1992, a qual permaneceu em vigor até 2010, com o advento da Resolução nº 1952/2010, posteriormente alterada pela Resolução nº 2013/2013, que, por sua vez, foi alterada pela Resolução nº 2121/2015, atualmente em vigor, que contempla as normas éticas a serem seguidas pelos médicos que trabalham na área.

Esses normativos procuraram seguir os entendimentos dos Tribunais Superiores em matéria de direito de família, passando a englobar um feixe de relações jurídicas, posto que a relação médico-paciente também pode ser enquadrada como tal, de modo a serem mencionados no exterior como verdadeiras legislações brasileiras sobre a matéria.

No Congresso Nacional, chegaram a tramitar quinze projetos de lei sobre a matéria, hoje reunidos e apensados ao Projeto de Lei nº 115/2015, que aguarda sua regular tramitação.

Destaque-se que, de forma alguma, uma lei em sentido formal será suficiente para solucionar eventuais abusos que possam ser cometidos, mas ela se afigura importante na medida em que a Constituição Federal brasileira se alicerça no princípio da dignidade da pessoa humana e, necessária, para definir conceitos, regulamentar práticas e principalmente estabelecer limites a serem respeitados pelas ciências médicas, de acordo com o que consagra a nossa ordem jurídica constitucional. Consoante frisado, essas relações ultrapassam os limites da relação jurídica médico-paciente, já que produzem efeitos na esfera jurídica dos envolvidos, do ponto de vista dos direitos da personalidade e do direito de família, tratando-se de matéria interdisciplinar. Daí a importância de regulamentação legal.

Nesse contexto, um tema bastante discutido na mídia, através de novelas, filmes etc., é a questão da revelação da identidade de doadores e receptores de sêmen e óvulos utilizados no processo de reprodução assistida heteróloga.

Tanto no direito pátrio como no direito alienígena, não há consenso acerca do direito ao anonimato. A maioria dos países em que há legislação sobre a reprodução humana assistida garante o direito ao anonimato do doador na inseminação heteróloga, como, por exemplo, França, Portugal e Espanha, podendo ele ser afastado, apenas excepcionalmente e em casos expressos, como o de doenças genéticas.

No Brasil, a Resolução nº 2121/2015, do Conselho Federal de Medicina garante o anonimato do doador, apenas com a ressalva de que, em situações especiais, informações sobre os doadores poderão ser dadas exclusivamente para os médicos, resguardada a identidade civil do doador. No mesmo sentido, o Projeto de Lei nº 115/2015, que pretende regulamentar a matéria.

Os argumentos favoráveis ao sigilo do doador são diversos. Destaca-se que o conhecimento da identidade do doador poderia produzir interferências na relação familiar, atentando contra a estabilidade da família. De outro turno, o doador poderia reclamar direitos sobre o filho, o filho poderia reclamar direitos em relação ao doador, sem contar com o prejuízo da carga psicológica que implica para o cônjuge estéril conhecer a identidade do pai ou da mãe biológica do seu filho.

Para Eduardo de Oliveira Leite, o anonimato permite garantir o desenvolvimento normal da família assim fundada e também proteger o real desinteresse daquele que contribui na sua formação. Defende-se que o anonimato impede que sejam estabelecidas relações entre o doador e a criança com vistas à obtenção de vantagens pecuniárias, pois efetivamente a ruptura do sigilo poderia gerar relações de fato com o doador.²

Na esteira desse entendimento, a garantia do anonimato seria uma forma de incentivar a doação mediante a garantia de ausência de qualquer responsabilidade do doador para com o gerado, principalmente nos casos em que se trata de ato de altruísmo.

Destaca Gumucio que *“Si se aboliera el secreto a la identidad del donante, vários centros sanitários temen que se quedarian sin ellos, ante la posibilidad que en el futuro pudieran quedar obligados a cumplir los deberes de padre”*.³

Atualmente, vem ganhando força uma corrente mundial que considera o anonimato do doador uma posição retrógrada que privilegia a construção da filiação sobre relíquias jurídicas, a exclusivamente biológica, própria de outros tempos, quando o legislador utilizava critérios restritivos sobre a matéria.

2 LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis da Bioética. In SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

3 SCHONTHALER, Juan Cristóbal Gumucio. Procreacion Asistida heteróloga. Efectos civiles en relacion con el matrimonio y la filiacion. In **Revista Chilena de Derecho**, V. 21, nº 2, pp. 329-343(1994), p. 339.

Nessa senda, foi editado o Provimento nº 51/2016, pelo Conselho Nacional de Justiça, a fim de facilitar o registro civil de filhos oriundos das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga.

Assim, pretende-se apontar alguns pontos nevrálgicos das normas éticas, das normas e princípios do direito de família e das normas administrativas do Conselho Nacional de Justiça, a fim de contextualizar o cenário da reprodução humana assistida heteróloga no Direito brasileiro.

2 A filiação dos nascidos pelo emprego das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga

Na inseminação artificial heteróloga, utiliza-se material genético de terceiro (sêmen e/ou óvulo) para formação do embrião em laboratório, o qual posteriormente é implantado no útero da mulher.

A reprodução heteróloga provoca inúmeros questionamentos de ordem ética e jurídica. Na Itália, consoante já dito, é até proibida. Alguns a consideram infidelidade e prejudicial à criação por meio dela concebida⁴.

O Código Civil de 2002, no art. 1.597, inc. V, atribui a paternidade ao marido, dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que aquele tenha autorizado previamente.

[...] Assim, autorizando a realização da inseminação artificial heteróloga na mulher com quem está casado, o marido chama para si a paternidade do filho resultante, fazendo com que incida a presunção estabelecida neste dispositivo. Embora não se trate de paternidade efetiva sob o prisma genético, juridicamente considera-se a existência de laço idêntico ao produzido pela geração natural havida no casamento com a participação dos cônjuges⁵.

A autorização do cônjuge corresponde a uma adoção antenatal do filho⁶. É o caso típico de presunção de filiação socioafetiva, pois a vontade de ter um filho e

4 A Igreja católica, por meio da Congregação para a doutrina da fé, faz a seguinte consideração sobre a inseminação heteróloga: "*Heterologous artificial fertilization is contrary to the unity of marriage, to the dignity of the spouses, to the vocation proper to parents, and to the child's right to be conceived and brought into the world marriage and from marriage*". Disponível em: <www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents>. Acesso em: 2 jul. 2008.

5 MATIELLO, Fabricio Zamprogna. **Código civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 1042.

6 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**. O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 851.

a assunção dos deveres decorrentes da filiação sobrepõem-se a qualquer vínculo biológico. Assim,

[...] o inc. V do art. 1.597 da Codificação, ao proclamar uma presunção de paternidade decorrente da aquiescência do marido para que a sua esposa seja fecundada com sêmen de terceiro, esvaziou o conteúdo biológico da filiação, homenageando, às escancaras, a filiação sócio afetiva.⁶

Eduardo Leite afirma que o consentimento é manifestação inequívoca de que o casal não abriu mão da procriação no casamento e que ele reafirma a ideia de que o marido e a mulher estão associados na vontade de procriar⁷.

A presunção de paternidade, nesses casos, é absoluta, em face do sigilo do doador, que poderia importar em negação ao filho do direito de filiação⁸. Trata-se, portanto, de presunção *juris et de jure*.

A paternidade não pode ser impugnada pelo marido, que não pode se voltar contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois o *venire contra factum proprium* é repellido por nosso sistema jurídico⁹. Nesse sentido, argumenta Maria Helena Diniz que

[...] a impugnação da paternidade conduzirá o filho a uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher. Ao se impugnar a fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Esta foi a razão do art. 1597, inc. V, que procurou fazer com que o princípio de segurança nas relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade/maternidade, mesmo como componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não biológico¹⁰.

7 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 347.

8 CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 47.

9 LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p.201.

10 DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 405

Existe um consenso, a nível mundial, de se conferir ao marido que anuiu com a inseminação heteróloga de sua mulher a paternidade em relação ao filho, sem direito à negatória¹¹.

Em relação à forma da autorização, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina exigia que a autorização fosse expressa e escrita. Por sua vez, a Resolução 2.121/15, não estabelece de que modo deverá ser dada a autorização, apenas estabelece que esta seja prévia e específica, na forma da legislação vigente. Ocorre que o Código Civil não estabeleceu a forma pela qual tal autorização deve ser dada, sendo que a maior parte da doutrina entende que deve ser escrita e expressa, o que garante mais segurança ao procedimento e evita dúvidas quanto à atribuição de paternidade.

O Enunciado 104 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2002, estabelece que:

[...] no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento¹².

Portanto, admitiu-se a manifestação implícita da vontade no curso do casamento.

Impende destacar que a presunção de paternidade nos casos da inseminação heteróloga incide apenas na constância do casamento ou da união estável, não se admitindo, portanto, nos casos de separação de fato, respeitados os prazos previstos nos incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil¹³.

11 MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida** – controvérsias éticas e jurídicas. Curitiba: Juruá, 2006. p. 115. Por exemplo, a lei espanhola e a portuguesa vedam a impugnação da paternidade do marido que autorizou a fertilização heteróloga em sua mulher, de forma prévia e expressa.

12 Portal da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil** – Enunciados aprovados. Disponível em: <www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 22 abr. 2008.

13 MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 393.

Além da presunção de paternidade, segundo o Enunciado 103 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2002, o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquela decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente, quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com o seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva fundada na posse do estado de filho¹⁴.

Não se pode olvidar a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida por um par homoafetivo. Em que pese a não haver presunção de paternidade, como bem ressalta Maria Berenice Dias, impedir que o parceiro do pai biológico tenha um vínculo com o filho gestado por mútuo consenso é olvidar tudo o que vem a Justiça construindo com relação aos vínculos familiares a partir de uma visão ampliativa que melhor atende à realidade social. E continua:

[...] Do mesmo modo, ocorre com mulheres que decidem ter um filho, extraem o óvulo de uma que, fertilizado **in vitro**, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Em ambos os casos, é imperioso perguntar: afinal, quem são os pais dessas crianças? Qualquer resposta que não reconheça que os bebês têm dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito¹⁵.

Muitos casais homoafetivos se valem da chamada gestação de substituição, também incluída como técnica heteróloga, para realizar seus projetos parentais.

Na maternidade de substituição, podemos ter o material genético do casal que é implantado numa terceira pessoa que cede o seu útero, material genético de terceiros, diferente do casal, implantado na cedente do útero e, ainda, material genético do marido, com óvulo da cedente do útero.

Tais situações podem acarretar dúvidas sobre a maternidade. Na realidade, o princípio de que a mãe é sempre certa não se afigura mais absoluto diante das técnicas de reprodução humana assistida.

14 Portal da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil** – Enunciados aprovados. Disponível em: <www.justicafederal.Jus.br>. Acesso em: 22 abr. 2008.

15 DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai legal?** (do filho presumido). Disponível em: <www.pailegal.net/fatiss.asp?rvTextold=1107597250>. Acesso em: 14 jul. 2008.

Impende distinguir maternidade de gestação. Maternidade é maternidade, já determinada; porém a gestação é o estado físico gestacional. Portanto, quando falamos em gestação de substituição, há uma razão de ser, porque estamos nos referindo à gestação, ainda não estamos determinando quem é a mãe¹⁶.

O Código Civil de 2002 não tratou da filiação nos casos da gestação de substituição, embora a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina tenha disciplinado a matéria desde 1992 e se tenha conhecimento de que a prática há muito vem sendo realizada no Brasil, inclusive com fins lucrativos.

A vigente Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina inovou acerca da regulamentação da gestação de substituição não se limitando apenas a disciplinar que a doadora temporária do útero tenha parentesco com a doadora genética e impedindo o caráter lucrativo ou comercial da gestação de substituição, conforme constava nas resoluções anteriores, mas também determinando que as clínicas de reprodução assistida deverão observar e constar nos prontuários dos pacientes as seguintes documentações: *Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; Relatório médico com o perfil psicológico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero) estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.*

O problema da regulamentação, porém, reside no fato de o Código Civil não permitir contrato, seja ele oneroso ou gratuito, que tenha por objeto o ser humano, que seria coisificado, afrontando o princípio constitucional da dignidade humana. Heloísa Helena Barboza afirma que o art. 199, § 4º, da Constituição Federal

16 MEIRELES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por outrem e determinação da paternidade: "mãe de aluguel"**. I Congresso Brasileiro de Biodireito. Porto Alegre. Anais. Porto Alegre, out. 2000. p. 144-153. Palestra publicada no livro da Escola Superior da Advocacia, OAB/RS.

impede a comercialização do corpo humano, impossibilitando também a cessão gratuita do útero por comprometer os laços jurídico-familiares¹⁷.

A resolução, no entanto, prevê a possibilidade de os profissionais médicos empregarem a gestação de substituição ou doação temporária do útero, como alternativa para um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. Segundo as normas éticas médicas, tal mecanismo é passível de utilização no Brasil pelos médicos, conforme já mencionado, desde que a doadora temporária seja da família de um dos parceiros num parentesco até o quarto grau e que a doação não tenha caráter lucrativo ou comercial. Consoante já dito, admite-se que a cedente do útero não pertença à família da doadora, excepcionalmente, mediante análise pelos Conselhos Regionais de Medicina¹⁸.

Diante da tal situação, como ficaria a questão da maternidade? Isso porque o Direito brasileiro não contém norma jurídica expressa no sentido de estabelecer a quem seria atribuída a maternidade nesses casos: à mãe biológica ou àquela que gerou? Ou, ainda, seria à encomendante ou à mãe idealizadora, quando o óvulo não pertencesse a esta?

Segundo a Resolução 2.121/15, a maternidade é atribuída à mãe biológica. Dessa forma, se um casal se utiliza de material genético próprio e o introduz no útero de outra mulher, a esposa e o marido seriam, respectivamente, a mãe e o pai da criança. A solução nesse caso é a que melhor atende, já que o casal que tanto desejou ter um filho provavelmente instituirá uma relação afetiva com a criança, que na realidade é o que deve interessar e não o biologismo. A afetividade nesses casos se inicia com o próprio ato de vontade de se adquirir o *status* de pai e mãe, com todas as consequências da opção.

17 BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 91 *apud* GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 859.

18 O Conselho Regional de Medicina de São Paulo, por exemplo, na Consulta 43.765/01, aprovada pelo Plenário, opinou favoravelmente à realização de inseminação artificial em útero cedido por mulher sem qualquer vínculo de parentesco com a mãe biológica, desde que seguidas as seguintes recomendações: 1. Proibição compulsória do “útero de aluguel” ou qualquer forma de remuneração ou compensação financeira da mãe gestacional; 2. Consentimento esclarecido à mãe que doará temporariamente o útero dos aspectos e bio-psico-sociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, e dos riscos inerentes da maternidade; 3. Esclarecimento da impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, mesmo que diante de uma anomalia genética, salvo raras exceções autorizadas judicialmente; 4. Garantia de tratamento e acompanhamento médico e de equipes multidisciplinares se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero até o puerpério; 5. Garantia de registro da criança pelos pais genéticos, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez, além de “contrato” entre as partes estabelecendo claramente esta situação; 6. Encaminhamento desta documentação assinada pelas partes envolvidas, casal e doadora temporária do útero a este Regional. Consulta 43.765/01, Relator Conselheiro Cristiano Fernando Rosa. (Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br>>. Acesso em: 16 mar. 2007).

Segundo Zeno Veloso, em caso de conflito de maternidade, tem prevalecido, na legislação comparada, o princípio de que a mãe é a que dá à luz a criança. “A maternidade é legalmente estabelecida pelo parto, e não pela transmissão do patrimônio genético”¹⁹.

A França, em 2014, foi condenada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que lhe obrigou a reconhecer a paternidade dos bebês gerados no exterior pelo método da gestação de substituição. Após a decisão do Tribunal, o presidente François Hollande afirmou que em seu governo o referido método não seria legalizado²⁰. O debate na França acerca da gestação de substituição é acirrado, conforme se depreende da obra de coordenação do prof. Francisco José Rodríguez:

*La gestation pour autrui s'intègre dans cette problématique générale: le développement de techniques d'aide médicale à la procréation a banalisé l'idée que la conception d'un enfant pouvait, sans risque, emprunter des chemins détournés (don de spermatozoïdes ou d'ovocytes...). Néanmoins, si les progrès sont énormes il demeure toujours une absence de réponse face à certaines formes de stérilité utérine; dans de tels cas la gestation pour autrui peut apparaître comme une solution, mais le droit l'interdit.*²¹

Na ausência de lei específica, a tendência da doutrina e da jurisprudência brasileira é considerar como mãe, para os fins de registro e de efeitos sucessórios, aquela que teve o parto, admitindo-se que a doadora do óvulo realize a adoção, com a concordância da genitora²². Por sua vez, os tribunais americanos têm optado, na ausência de disposição contratual, visto que lá é permitida tal prática, por atribuir a maternidade àquela que encomendou²³

19 VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155.

20 “O presidente François Hollande afirmou em entrevista que as chamadas “barrigas de aluguel são uma: “ mercantilização dos corpos das mães portadoras, pagas no exterior para permitir que um casal que sofre por não ter filhos possa ter um”. Fonte: INTERNET. **Presidente Francês se nega a legalizar “barriga de aluguel”**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/europa/>>. Acesso em: 18 jun 2016.

21 RODRÍGUEZ, Francisco José. **Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales**. Barcelona: La Universitat de Barcelona, 2012, p. 211 e 212.

22 GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 748-82. A propósito, o Juiz de Direito da Vara de Família de Lajeado, no Rio Grande Sul, determinou a lavratura de assento de nascimento em nome da mãe biológica, doadora de óvulo implantado em terceira pessoa, e do marido da mesma, doador do espermatozóide, como pais, após realizada a prática da gestação de substituição. O processo tramita em segredo de justiça (fonte:Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul <www.ibdfam.org.br>. Acesso em 11.03.2011

23 BARBAS, Estela M. de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1998. p.144.

Assim, os aplicadores do direito devem solucionar as questões atinentes à maternidade na gestação de substituição à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção à família e da paternidade responsável, buscando concretizar o fim social da lei e fazer prevalecer os interesses do filho.

Na reprodução humana assistida, o desejo de ter um filho e assumir todas as consequências da paternidade e da maternidade é muito mais forte do que qualquer traço genético que une os pais ao filho, assim como ocorre na adoção, assumindo a afetividade papel de destaque.

3 O direito à origem genética como direito de personalidade

Embora não seja objeto do presente trabalho a abordagem acerca da teoria dos direitos fundamentais, é importante situar os direitos da personalidade dentro da referida teoria.

De início, salienta Paulo Lobo:

[...] os direitos da personalidade são espécies do gênero direitos fundamentais e não se confundem com todos os direitos fundamentais, inclusive com os de primeira geração, máxime os que configuram garantia aos indivíduos em face do Estado, pois são externos à pessoa; não são inatos. Do mesmo modo, o caráter de exterioridade está presente nos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. Todavia, os direitos de quarta geração, referidos por Bobbio, apresentam pertinência com os direitos da personalidade, pois a integridade genética é direito inato à pessoa humana, não podendo ser substancialmente modificada.²⁴

Ensina o eminente jurista, portanto, que todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. E continua afirmando que os direitos da personalidade são pluridisciplinares e, portanto, são objeto de estudo do Direito Civil, do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, a partir do ângulo de análise de cada um desses ramos do Direito. Afirma que na perspectiva do Direito Constitucional são

²⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 10 jan. 2016.

espécies do gênero direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Na perspectiva do Direito Civil, constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados.²⁵

Jorge Miranda observa que, apesar dos traços coincidentes, não são assimiláveis direitos fundamentais e direitos da personalidade. Os direitos da personalidade pressupõem relações de igualdade, enquanto os direitos fundamentais pressupõem relações de poder.²⁶

Nesse contexto, José Castan Tobenas leciona:

[...] uns e outros podem ser conceituados como direitos naturais já que, como aponta Legaz, os direitos da personalidade representam atributos que correspondem à pessoa por sua própria natureza e estão enraizados na própria condição do ser humano. A atual doutrina científica amplia bastante o âmbito dos direitos de personalidade, admitindo a categoria de direitos públicos subjetivos da personalidade. Mas, de todos os modos, tem sempre uma esfera mais reduzida que a própria dos direitos humanos. Nesse conceito moderno, tão amplo, dos direitos fundamentais do homem, politicamente ou internacionalmente garantidos são somente uma espécie deles, quando estejam dotados dessa garantia, os direitos da personalidade.²⁷

Entretanto, a oposição à existência conceitual dos direitos da personalidade, em face da concepção patrimonialista do Direito Civil, questionava a natureza desses direitos, em face de serem marcados essencialmente por valores existenciais e vacilava sobre o seu conteúdo e a extensão da sua disciplina jurídica.²⁸

Critica-se a existência dos direitos de personalidade ao argumento de existir uma contradição lógica entre considerar a personalidade como titular de direitos e, ao mesmo tempo, objeto deles. Para Savigny, admitir os direitos de personalidade levaria à legitimação do suicídio ou à automutilação. Jellinek também objetou o reconhecimento dos direitos de personalidade, argumentando que a vida, a honra, a saúde se enquadravam na categoria do ser, e não do ter, o que os tornaria

25 Idem, p. 4.

26 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. 4, p. 61.

27 TOBENAS, Jose Castan. **Los derechos del hombre**. 4 ed. Madrid: Réus, 1992, p. 30.

28 Idem, p.13.

incompatíveis com a noção de direitos subjetivos, predispostos à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio.²⁹ A fundamentação de cunho patrimonialista do conceito de direito subjetivo tornava difícil o reconhecimento dos direitos de personalidade no âmbito do Direito Civil. Desta feita:

[...] O maior jurista brasileiro do século dezenove, Teixeira de Freitas, repeliu a ideia de direitos de personalidade, justamente porque não poderiam ser traduzidos em valores pecuniários. O espírito da época não podia admitir que o direito pudesse ter por objeto valores ou bens não patrimoniais, e que a tutela da pessoa, em si, fosse bastante.³⁰

Os substratos teóricos que fundamentaram, na atualidade, os direitos de personalidade se desenvolveram a partir da ideia de que:

[...] o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma livre existência; como participe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade.³¹

Com efeito, predomina a doutrina da concepção dos direitos de personalidade como poderes que o indivíduo exerce sobre sua própria pessoa – *ius in se ipsum*.³² É a posse de determinados bens e valores que garante a existência de uma entidade biológica e psíquica da pessoa. Sem tais atributos, simplesmente não se pode falar em pessoa. Tais bens são coisas que pertencem aos correspondentes sujeitos, que delas têm de se valer necessariamente para lograr normal desenvolvimento de vivência social.³³

29 ENECCERUS, *Tratado de derecho civil*. V. I. Parte General: Barcelona: Bosch, 1947, p. 307.

30 LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 10 jan 2016 p. 6

31 GIAMPICOLO, Giorgio. *La tutela giurídica della persona umana e il c.d. diritto allá riservatezza*. Apud TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

32 BARRETO, Wanderlei de Paula. Arts. 1 a 39. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p.102-103.

33 MORAES, Walter. Direito de personalidade. In Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 16, p. 29.

Segundo Pontes de Miranda:

[...] os direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que também se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal.³⁴

Para Limongi França, os direitos de personalidade constituem um conjunto de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.”³⁵

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam-se os direitos de personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.³⁶

Para Carlos Alberto Bittar, são direitos de personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana considerada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.³⁷

Sílvio Rodrigues argumenta que os direitos de personalidade são inatos, de forma que não se pode conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à imagem e àquilo em que ele crê ser sua honra.³⁸

Conforme se pode inferir da conceituação dos direitos de personalidade, esta varia de acordo com o enfoque jusnaturalista ou positivista que é dado pelo autor. Com efeito, para os jusnaturalistas os direitos de personalidade seriam inerentes à condição humana, sendo, dessa forma, anteriores ao próprio ordenamento

34 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. 7, p. 31.

35 FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade: coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 567, p. 9-16, jan. 1983.

36 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.

37 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed; ver., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003, p. 75.

38 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 61.

jurídico, e, portanto, supraleais. Por sua vez os positivistas entendem que tais direitos necessitam de norma jurídica que os reconheça formalmente.

Segundo a corrente jusnaturalista, o Direito não pode ser reduzido à norma positiva, a ponto de o Estado ser o único a definir direitos quando, verdadeiramente, deve reconhecer as prerrogativas que são reveladas pelo direito natural e pela consciência popular. Para os positivistas, a concepção jusnaturalista apenas se justifica historicamente por ter-se originado em face do poder dos estados totalitários, a fim de evitar arbitrariedades que os vulnerabilizassem.³⁹

Tais teorizações, no entanto, mostram-se insuficientes para os dias atuais, em face da complexidade que caracteriza as relações sociais na atualidade, cada vez mais movidas pelo desenvolvimento tecnológico célere, que a cada dia põe em risco os atributos essenciais da pessoa humana. Efetivamente, o mais importante de toda a discussão é a proteção dos direitos de personalidade.

Impende ressaltar que a noção de personalidade se encontra intimamente associada à ideia de ser capaz de direito ou de poder o agente ser titular e estar apto à prática de determinados atos no plano do direito.⁴⁰ Por isso se diz que os direitos de personalidade são aqueles para cujo exercício é suficiente a titularidade da personalidade, entendida em seu sentido de aptidão para ter direitos e obrigações.⁴¹

Assim sendo, o art. 2º do Código Civil em vigor estabelece que todo homem é capaz de direitos e obrigações. Dessa forma, surgida a pessoa, a esta é assegurado o exercício de todos os direitos por lei reconhecidos.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, sem a restrição histórica que estes tiveram de exprimir e perseguir valores econômicos, segundo o paradigma do direito de propriedade. São direitos subjetivos não-patrimoniais, no sentido de estarem previstos e tutelados pelo direito objetivo. Por conseguinte, todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa são direitos da personalidade⁴².

39 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38.

40 REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. In HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 73.

41 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181.

42 LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 10 jan 2016 p. 6

Tendo em vista seu objeto, consistente em atributos essenciais do ser humano, acorda a generalidade da doutrina que os direitos da personalidade possuem características peculiares que os distinguem dos demais direitos subjetivos. São gerais, absolutos, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, intransmissíveis e imprescritíveis.

Os direitos de personalidade são inatos e, por isso, gerais, posto que o fato de ser pessoa humana faz surgir tais direitos. São absolutos no sentido de que são oponíveis erga omnes, impondo a toda coletividade o respeito a se. Nesse ponto, digressiona-se com uma interessante observação feita por José de Oliveira Ascensão, que aponta a peculiaridade dessa categoria de direitos, consistente no fato de serem absolutos, uma vez que, via de regra, direitos que possuem essa característica (oponibilidade contra todos) constituem um *numerus clausus*.⁴³

Os direitos da personalidade são, igualmente, extrapatrimoniais, em virtude de que não estão sujeitos a qualquer avaliação econômica, embora de sua violação possa advir efeitos pecuniários. Irrenunciáveis, pois não é consentido ao seu titular abdicar deles, ainda que tal pretensão tenha, eventualmente, o fim de promover a manutenção de sua subsistência (a do sujeito). Sua intransmissibilidade significa que não podem ser alheados por ato entre vivos, tanto gratuito como oneroso, e que, por serem de natureza personalíssima, exaurem-se com a morte de seu titular; há, porém, entendimento segundo o qual alguns direitos e interesses respeitantes à personalidade subsistem *post mortem*, dando ocasião a que sejam transmissíveis por sucessão *causa mortis*.

Por fim, os direitos da personalidade são também imprescritíveis porque, primeiro, ainda que o titular se abstenha de exercê-los durante um longo período, poderá sempre utilizá-los; segundo, porque a pretensão ressarcitória não se extingue em virtude da convalescença de eventual lesão a tais direitos.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, os direitos de personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, em regra, salvo disposição em contrário, inatos ou originários, essenciais, oponíveis *erga omnes* e imprescritíveis, que conceituamos como as faculdades que tem por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, com vistas à proteção da essência da personalidade.⁴⁴

43 ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. In **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 26, abr-jun. 2006. Rio de Janeiro: Padma.

44 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. In **questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003, p. 260

A propósito dessas características, o legislador civil entendeu suficiente preceituar no art. 11, que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária nem da pessoa nem da lei.⁴⁵

José Joaquim Gomes Canotilho, fundamenta com destreza os direitos de personalidade, vez que:

[...] estes abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.⁴⁶

No Brasil, a proteção aos direitos da personalidade, como espécie de direitos fundamentais, encontra-se na ordem constitucional de 1988, em alguns dispositivos didaticamente indicados por Paulo Lobo:

[...] Os tipos expressos de direitos da personalidade na Constituição são variados, podendo ser encontrados nos seguintes artigos: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade); 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica⁽¹⁷⁾); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de

45 JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In **questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003, p. 16.

46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1998, p. 362.

órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, *caput* (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos).⁴⁷

No entanto, é inegável a impossibilidade de se catalogar na lei todos os direitos da personalidade, o que não importa dizer que ele tenha que estar previsto expressamente na lei para merecer proteção.

A Constituição Federal de 1988 elegeu como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e previu a não exclusão de outros direitos e garantias, mesmo não expressos, que decorram dos princípios adotados pela Constituição (Art. 5º, §2º).

Mediante uma interpretação sistêmica permite-se verificar a consagração de uma cláusula geral de tutela da personalidade humana. Assim, embora nossa Constituição não contenha, em seu texto, dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral da personalidade por meio do princípio da dignidade humana da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.⁴⁸

Explica Sílvio Romero Beltrão que o regime de atipicidade não deixa de reconhecer a cláusula geral, pois dela irão derivar todos os novos tipos que não foram previstos na legislação, possibilitando uma futura tipificação e individualização das situações merecedoras de tutela jurídica.⁴⁹

Diante de tais considerações, não há dúvida de que o direito à origem genética, embora não mencionado expressamente,⁵⁰ enquadra-se nos direitos de personalidade como subespécie do direito à identidade. Paulo Otero entende que a identidade pessoal compreende uma dimensão absoluta e uma dimensão relativa. No

47 LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em: 10 jan 2016 p. 11.

48 SZANIZKSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

49 BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade**. Segunda Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

50 A Constituição portuguesa consagrou expressamente o direito à identidade genética, no seu art. 26.3, introduzido pela revisão constitucional de 1997, sendo uma das primeiras da Europa a tratar do assunto.

que concerne à dimensão absoluta, esta corresponde à nota da individualidade que distingue cada pessoa das demais. É na singularidade de cada pessoa que reside (...) o principal elemento da sua própria identidade: todos os demais direitos decorrem do carácter único, indivisível e irrepetível de cada pessoa humana concreta. A dimensão relativa da identidade pessoal traduz-se no reconhecimento da história pessoal, própria, escrita a partir das memórias da sua família e dos laços interpessoais que cada pessoa, ao longo da sua vida, vai criando. "Cada ser humano tem a sua identidade definida, paralelamente, pela história ou memória em que se encontra inserida a sua existência em confronto com outras pessoas."⁵¹

4 O reconhecimento do Direito à origem biológica aos nascidos a partir das técnicas da reprodução heterólogas: virada legislativa

Prevalencia, até bem pouco tempo, a garantia do anonimato dos doadores nas legislações estrangeiras que regulamentam a utilização das técnicas de reprodução assistida. Atualmente, no entanto, percebe-se que algumas legislações já vêm sendo modificadas para contemplar a revelação de dados do doador como direito do nascido por meio da reprodução heteróloga, como ocorreu na Suécia e na Grã-Bretanha, como regra geral e não apenas excepcionalmente.

Registre-se que conhecer a origem não importa, em especial no caso da reprodução assistida heteróloga, qualquer desconstituição do estado de filiação ou dos laços familiares decorrentes do afeto. Na verdade, trata-se de reconhecer o direito à identidade, como espécie de direito da personalidade que deve ser assegurado a cada indivíduo, já que, como bem ressalva Paulo Lobo, "*os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado e protegido*"⁵²

Para além disso, surge a questão dos impedimentos matrimoniais e das enfermidades. Diante da globalização e evolução tecnológica que minimizou o óbice da distância aos relacionamentos pessoais e ampliou a informação, por meio da internet, não se pode descartar a possibilidade de uniões entre ascendentes e

51 OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano – Um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 64.

52 LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

descendentes ou entre irmãos biológicos, em especial naqueles países onde não há limitação quanto ao número de doações nem espaço geográfico.

Sites existem na internet nos quais indivíduos, frutos de utilização de técnica de reprodução assistida, buscam se conhecer e procuram seus pais biológicos, chegando até a realizar exame de DNA, como noticiou o programa Fantástico, da Rede Globo, exibido em 11.12.2008.

A esse respeito, é mister registrar que a Resolução nº 2121/2015 do CFM teve o cuidado de limitar a doação à produção de, no máximo, duas gestações de crianças de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes, o que dificulta a ocorrência de tais encontros.

Afigura-se importante a revelação, igualmente, em face da eventual necessidade de tratar enfermidades por meio da compatibilidade consanguínea, como no caso de certos transplantes

Assim, as legislações que reconhecem tal direito variam quanto à sua extensão. Algumas contemplam a possibilidade de revelação da identidade dos doadores apenas em casos extraordinários, como é o caso da lei espanhola, segundo a qual apenas excepcionalmente, quando houver perigo para a vida e para a saúde do filho ou quando for necessário para aplicação da lei processual penal, é que se poderá revelar a identidade do doador, em caráter restrito, sem qualquer publicidade quanto a ele (Lei 14/2006).

A lei portuguesa, da mesma forma, assegura o sigilo da identidade dos doadores, permitindo o acesso a informações de natureza genética, bem como sobre a eventual existência de impedimento matrimonial, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do doador. A regra apenas pode ser afastada por razões relevantes, reconhecidas por sentença judicial ou no caso de o próprio doador o permitir (Lei 32 /2006).

Na verdade, a excepcionalidade da quebra da regra do anonimato decorre do fato de que, na maioria dos países, a doação de gametas é gratuita, sendo necessário dar garantias ao doador quanto a eventuais responsabilidades que possam decorrer do seu ato, além do estímulo necessário às doações. Como consequência, tem-se o reconhecimento de um direito à intimidade, igualmente direito da personalidade, que, por sua vez, também merece proteção.

No entanto, na esteira da consagração do direito à origem como direito da personalidade, verifica-se uma reviravolta nas legislações e na jurisprudência, no sentido de facultar o conhecimento de suas origens ao nascido de reprodução assistida não apenas nos casos em que há risco à sua saúde, o que, em regra, já é corriqueiramente contemplado nas legislações como direito, independentemente de qualquer causa para o seu reconhecimento.

5 Direito à origem genética x estado de filiação

À medida que há o reconhecimento do direito à origem genética como espécie de direito da personalidade a merecer proteção, a discussão em torno do sigilo da identidade dos doadores no processo de reprodução assistida vem se ampliando.

O primeiro ponto que permeia a discussão consiste nas consequências geradas pela revelação dessa identidade para as relações de filiação e parentesco.

Urge ressaltar que a revelação da origem genética não pode se confundir com a paternidade e a maternidade estabelecidas por critérios legais, posto que, consoante exposto, trata-se de direito da personalidade que difere da questão da filiação.

A nova família brasileira passa a priorizar os laços afetivos. A troca de afeto, de cuidado e a solidariedade entre os membros como meio de se realizarem como pessoa humana adquire mais relevância do que o tipo de entidade familiar (matrimonial, monoparental, homoafetiva etc.) no qual tal realização se concretizará. Portanto, seja qual for a espécie de entidade familiar, o indivíduo é o centro em torno do qual gravitam todos os direitos, a fim de que a pessoa se realize sentimentalmente no grupo familiar em que está inserida.

A paternidade e a maternidade passam a ter um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor filial e natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, uma paternidade que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque a paternidade real não é a biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência com a criança⁵³.

53 MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 40.

Podem ser apontados três critérios determinantes da filiação no sistema jurídico brasileiro: o critério legal, o critério biológico e o critério socioafetivo. O primeiro pode ser exemplificado com as presunções de paternidade estabelecidas no Código Civil Brasileiro, como a de que se presume filho do marido da mulher casada, a pessoa nascida na constância desse casamento. O segundo, Cristiano Chaves e Rosenvald explicam:

[...] I – o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; II – o critério biológico, centrado na determinação do vínculo genético, contando, contemporaneamente, com a colaboração e certeza científica do exame de DNA; III – o critério sócio-afetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas⁵⁴.

O critério biológico, que se fortaleceu com o avanço da ciência que trouxe o exame de DNA, é o que possibilita a determinação da origem biológica com certeza de 99,99%. E o critério socioafetivo, muito bem definido por Cristiano Chaves e Rosenvald, nos seguintes termos:

[...] A filiação sócio-afetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Sócio-afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens⁵⁵.

Essa certeza na determinação da origem biológica teve como consequência na jurisprudência brasileira se privilegiar o critério biológico em detrimento do socioafetivo, ignorando-se a realidade fática de afeto existente entre as pessoas para fazer com que o registro retratasse a verdade biológica.

Percebe-se, é claro, um avanço jurisprudencial no sentido de se impossibilitar a desconstituição de relações afetivas consolidadas apenas para proclamar uma verdade biológica não coincidente com aquelas, tanto que se aguarda o julgamento

54 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 493.

55 FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 517.

do Recurso Extraordinário nº 898060, com repercussão geral reconhecida, da Relatoria do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no qual se discute a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. No caso, questiona-se a interpretação do artigo 226, caput, da Constituição Federal.

Deve-se ter em mente que a origem biológica não se confunde com o estado de filiação. É verdade, pode haver coincidência entre eles, porém se trata de coisas distintas.

Assim, a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Segundo Paulo Lobo:

[...] o estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica⁵⁶.

E destaca o renomado professor:

[...] No direito brasileiro atual, consideram-se estados de filiação **ope legis**: a) a filiação biológica, em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental; b) filiação não biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular, ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho e c) filiação não biológica, em face do pai que autorizou a inseminação heteróloga⁵⁷.

Portanto, conclui-se que eventual revelação da identidade do doador não pode ser hábil a desconstituir uma relação de filiação já constituída, diferenciando-se o direito da personalidade dessa relação.

Nesse sentido, com maestria ensina o professor Paulo Lobo que não se pode obter o conhecimento da origem genética a partir de ação de investigação de paternidade, uma vez que o que se busca é esclarecer a origem genética, e não atribuir paternidade ou maternidade ou negar uma relação já constituída.⁵⁸

56 LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n.19, p. 133-156, ago./set. 2003.

57 LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, n.19, p. 133-156, ago./set. 2003.

58 LOBO, Paulo. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-fev-16. Acesso em 22 ago 2016.

Impende distinguir ação de investigação de paternidade de ação de investigação de origem genética, embora se utilize o termo investigação de paternidade indistintamente. A diferenciação em terminologia seria adequada, em termos processuais, vez que nas ações de investigação de paternidade, com a sentença de procedência do pedido, já se terá o comando de alterar o registro civil, efeito esse que não existe quando apenas se declara a origem biológica de alguém, não tendo o escopo de gerar direitos ou obrigações, sejam eles pessoais (como direito ao sobrenome e ao registro civil) ou patrimoniais (direito à herança, alimentos etc.). Na investigação da origem genética, pretende-se apenas ver declarada a ascendência genética, com fundamento no exercício de um direito de personalidade, totalmente desatrelado de uma relação de família, sendo a pretensão igualmente imprescritível e o direito em disputa inalienável⁵⁹.

Para Maria Berenice Dias, trata-se de ação de investigação de paternidade, cujo conteúdo será meramente declaratório, sem efeitos jurídicos outros⁶⁰. O objeto da tutela do conhecimento da origem genética é assegurar o direito de personalidade enquanto o objeto da tutela da paternidade é o estado de filiação⁶¹.

A ação declaratória da origem genética não produzirá efeitos sobre o vínculo de filiação já existente. Não terá o condão de estabelecer vínculo parental entre a pessoa que já tem uma família socioafetiva e pessoa que está sendo investigada. Do mesmo modo, reconhece-se o direito da pessoa que não tem uma família socioafetiva, mas pretende saber quem é seu genitor, sem que deseje estabelecer qualquer vínculo de filiação.

Para Olga Krell, significa dizer que não se busca o estado de filho, por intermédio de ação de investigação de paternidade, mas sim o direito ao conhecimento de sua origem genética, entendida apenas como dados necessários para evitar ou tratar de doenças hereditárias e para se impedir os casos de incestos⁶².

Inegável, portanto, que os efeitos causados pelo reconhecimento do direito à origem genética não se confundem com os próprios da relação de filiação.

59 FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 535.

60 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 358.

61 DONIZETE, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 124.

62 KRELL, Olga Jubert Gouveia. KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 187.

Por conseguinte, o filho que busca conhecer seus pais biológicos, no caso da inseminação heteróloga, não pode esperar que lhe sejam imputadas as obrigações decorrentes da filiação, tais como: a obrigação alimentar, os direitos sucessórios, o direito ao nome etc.

Consequentemente, trata-se de se reconhecer o direito à origem genética sem qualquer repercussão nas relações familiares já estabelecidas, revelando-se como um direito à própria ancestralidade.

Saliente-se que a Lei nº 12010/2008, que deu nova redação ao artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilitou ao adotado conhecer a sua origem biológica, mediante acesso ao processo de adoção, após completar 18 anos ou, se menor, mediante assistência jurídica e psicológica, sem que tal conhecimento importe em qualquer efeito na relação de parentesco, posto que a adoção é irrevogável. Essa revelação não restaura qualquer vínculo de parentesco existente entre os pais biológicos e o adotado.

No entanto, à mingua de legislação sobre a matéria, no caso das pessoas nascidas pelo emprego de técnicas de reprodução assistida heteróloga, a Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina sonega esse direito ao indivíduo, quando permite apenas a revelação da identidade do doador exclusivamente aos médicos e em situações especiais, adotando o sistema do segredo absoluto.

Impende registrar que, não se tratando de legislação, a matéria fica ao exame casuístico dos tribunais. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por exemplo, reconheceu o direito de uma mulher realizar a fertilização *in vitro* com óvulos doados por sua irmã, afastando a proibição prevista na Resolução 2121/2015, segundo a qual os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores. Colhe-se a seguinte fundamentação:

“[...]A razão maior da proibição inscrita na Resolução/CFM 2121/2015, ao resguardar a identidade de doador(a) e receptor(a), encontra fundamento ético nos riscos de questionamento da filiação biológica da futura criança, desestabilizando as relações familiares e pondo em xeque o bem-estar emocional de todos os envolvidos. Os laços consanguíneos existentes entre as irmãs e o fato de a possível doadora haver constituído família tornam remota a chance de qualquer disputa em torno da maternidade, caindo por terra, então, diante da análise da situação concreta, a proibição inserta na norma questionada e a cautela representada pela preocupação

que moveu o Conselho Federal de Medicina ao erigi-la.” E continua: “ Se o sigilo é importante para garantir aos doadores de gametas isenção de responsabilidade em face dos deveres inerentes às relações de filiação, sob esse aspecto também não se mostra consentâneo com o caso concreto, no qual a relação de parentesco verificada entre doadora, casal e futura criança caracteriza vínculo do qual decorrem obrigações preexistentes de cuidado e assistência mútua.”⁶³

Assim, ratifica-se a existência de insegurança jurídica sobre o tema.

6 A Garantia da igualdade dos filhos nascidos do emprego das técnicas de reprodução assistida a partir do registro civil

Consoante o esposado, com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das famílias homoafetivas e a permissão para que casais formados por pessoas do mesmo sexo fizessem uso das técnicas de reprodução assistida, passou a ser necessária autorização judicial para que o registro civil desses filhos pudesse retratar a realidade da filiação almejada pelo projeto parental.

O mesmo já ocorria também nos casos de inseminação homóloga, porém com a figura da gestante substituta, posto que, nos casos em que o óvulo era da encomendante, a parturiente constaria como mãe na Declaração de Nascido Vivo. Igualmente, em se tratando de óvulo doado com gestante substituta. A maternidade da encomendante, nesses casos, apenas poderia ser obtida mediante ação judicial.

Em face de o Código Civil e a Lei de Registros Públicos não contemplarem essas situações, passou-se a entender que há uma desigualdade em relação aos filhos naturais, que podem ser registrados diretamente nos cartórios de registro civil sem necessidade de interferência prévia do Poder Judiciário.

A Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina preconiza a necessidade de se garantir o registro civil das pessoas nascidas a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida, no item 3.5, ao prever a “garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos) ”.

63 TRIBUNAL REGIONAL 3ª REGIÃO. SEXTA TURMA Apelação Cível nº 0007052-98.2013.4.03.6102/SP. Relatora Desembargadora Federal Mairan Maia. Revista Consultor Jurídico, 2 de janeiro de 2016. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 31 maio 2016.

O Enunciado nº 608, da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, estabeleceu: “É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local”. No mesmo sentido, o Enunciado 12, do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, do IBDFAM, de 23 de outubro de 2015.

Assim, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco editou, de forma inédita no país, o Provimento nº 21/2015, que regulamentou a matéria, tendo sido esta, posteriormente regulamentada com incidência nacional, por meio do Provimento nº 52, de 14 de março de /2016, da Corregedoria Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Tal norma determina o assentamento do nascimento da criança, constando os nomes dos seus ascendentes, sem qualquer distinção. Inclusive, vale salientar, diretamente no cartório de registro civil, sem necessidade de alvará judicial. Aponta o Desembargador Jones Figueiredo Alves os novos paradigmas normativos, tais como:

“[...]1. O assento será lavrado, independentemente de prévia autorização judicial, desjudicializando o trato da matéria registral; 2 Nos casos de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que conste os nomes dos ascendentes, sem qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna”, ou seja, a inscrição será procedida com a devida adequação para que constem os nomes dos pais ou das mães, bem como seus respectivos avós, sem distinção se paternos ou maternos 3. A documentação adequada e suficiente, indispensável a instruir o pedido registral de abertura do assento de nascimento (a dispensar, por isso mesmo, processo judicial preliminar), é relacionada com a segurança necessária a demonstrar o emprego das técnicas de reprodução assistida.”⁶⁴

Observa-se que essas mudanças estão em consonância com os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, em relação à proteção da Constituição Federal às relações homoafetivas, conforme já referido linhas atrás. Por outro lado, não é demasiado lembrar que não se trata de leis no sentido formal, persistindo a lacuna legislativa sobre a matéria.

64 ALVES, Jones Figueiredo. **Normas registrais oferecerem garantias à reprodução assistida**. 20 de março de 2016. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 22 mar 2016.



No que tange ao Provimento nº 52/2016, do Conselho Nacional de Justiça, a norma versa sobre registro público, cuja competência legislativa é da União. Outrossim, diverge do disposto na Lei nº 12662/2012, que dispõe sobre a Declaração de Nascido Vivo – DN, segundo a qual a mãe seria a parturiente.⁶⁵

Note-se que o Provimento nº 52/2016, do Conselho Nacional de Justiça, reconhece a possibilidade de conhecimento da ascendência biológica, sem qualquer restrição, rompendo o sistema do anonimato imposto pela Resolução nº 2121/2015, do Conselho Federal de Medicina, ressalvando, apenas, a inexistência de efeitos jurídicos entre doador ou doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida, consoante já mencionado anteriormente.

A própria enumeração da documentação que deve ser levada ao registro civil, prevista no art. 2º, provoca essa ruptura, ao se exigir “termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem” e, ainda, “termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida”. Vê-se que esses documentos permitem a completa identificação civil dos doadores, repetindo-se, importando na ruptura da regra do anonimato absoluto que vem consagrada também no projeto de lei que trata da reprodução humana assistida.

Embora a norma não seja lei em sentido formal, única que poderia disciplinar a matéria de registro público, o problema reside no fato de que ela está em vigor e obriga os membros do Poder Judiciário, assim como os delegatários dos serviços extrajudiciais de registro civil, fiscalizados pelo referido Poder. Eventuais dúvidas poderão ser submetidas ao juiz competente, que, no vazio da lei, provavelmente decidirá em conformidade com os princípios constitucionais, persistindo, dessa forma, a insegurança jurídica.

65 BRASIL, **Lei 11.662, de 05.06.2012**. Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br.> Acesso em: 31 maio 2016.

7 Considerações finais

A evolução das técnicas de reprodução humana assistida, ao tempo em que representaram uma revolução nos conceitos de paternidade, maternidade e família, trouxe também muitas incertezas. Especificamente, no que diz respeito à reprodução que ocorre com material genético de um terceiro, envolvido no projeto parental, comumente chamada heteróloga, exsurge o problema de se reconhecer à pessoa o direito de conhecer o doador.

Certamente, toda pessoa quer escrever sua história. De início, quer saber de onde veio e para onde vai e as suas raízes genéticas, suas origens, revelações essas que, sem dúvida, são importantíssimas na construção do caminho a ser trilhado. Num primeiro momento, porém, talvez o afeto desempenhe o papel essencial, principalmente nas tenras idades, na formação do sujeito.

No entanto, a ponderação de interesses e a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade devem ditar o momento em que a revelação se faz adequada, posto que se deve reconhecer que nenhum direito pode ser tido como absoluto.

Consoante o esposado, a maioria das legislações protege a identidade dos doadores, admitindo, apenas excepcionalmente, a sua revelação.

Porém, a partir da consolidação do direito à origem biológica como direito da personalidade, percebe-se uma mudança de paradigma para se admitir a revelação do doador como dado necessário ao crescimento e desenvolvimento integral do ser humano.

Por isso, defende Stela Barbas:

“(…) Assegurar o anonimato dos dadores implica negar à criança uma parte das suas raízes, da sua história, em suma da sua própria identidade. Sem sabermos de onde provimos não é possível descobrir para onde vamos ou para onde pretendemos ir. Precisamos ter consciência da nossa própria identidade; necessitamos da certeza da nossa proveniência genômica até para podermos ter dúvidas acerca de nós-próprios. Todo ser humano deve ter o direito de saber quem são o seu pai e mãe genéticos”⁶⁶

66 BARBAS, Stela. Investigação da filiação. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol II, José de Oliveira Ascensão (Coord). Coimbra: Almedina, 2008, p.29-72

Nessa senda, urge repensar a necessidade de se garantir o direito à identidade biológica como forma de franquear ao indivíduo o direito à vida, à saúde e à sua história pessoal.

De outro giro, a ausência de legislação específica, que ainda persiste, vem fazendo com que outros órgãos, tais como o Conselho Federal de Medicina e o Conselho Nacional de Justiça, no afã de legislador, passem a disciplinar a matéria, fazendo opções por valores que a eles não compete efetuar.

Essa miscelânea de normas em rota de colisão demonstra a verdadeira instabilidade que permeia a questão da reprodução humana assistida: de um lado, normas éticas que devem ser seguidas pelo médico; de outro, normas que devem ser seguidas pelos cartórios de registro civil do país. Ainda, ausência de legislação própria sobre a matéria e ausência de regulação pelo Código Civil Brasileiro. A ciência sem limites jurídicos pode, ao invés de melhorias, causar danos às pessoas e à sociedade em geral.

Referências

ALVES, Jones Figueiredo. **Normas registrais oferecerem garantias à reprodução assistida**. 20 de março de 2016. Disponível em : www.conjur.com.br. Acesso em 22 mar 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade. In **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 26, abr-jun. 2006. Rio de Janeiro : Padma.

BARBAS, Estela M. de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Investigação da filiação. In **Estudos de Direito da Bioética**. Vol II, José de Oliveira Ascensão (Coord). Coimbra: Almedina, 2000.

BARBOZA, Heloísa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 91 *apud* GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **Anova filiação**. Obiodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2003. p. 859.

BARRETO, Wanderlei de Paula. Arts. 1 a 39. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 2005, v. 1, p.102-103.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade**. Segunda Edição. São Paulo : Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed; ver., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro : Forense universitária, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra : Almedina, 1998.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo : Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. V. 1. São Paulo : Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai legal?** (do filho presumido). Disponível em : <www.pailegal.net/fatiss.asp?rvTextold=1107597250>. Acesso em: 14 jul. 2008.

_____. **Manual de direito das famílias**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. v. 5. São Paulo : Saraiva, 2004.

DONIZETE, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2007.

ENECCERUS, **Tratado de derecho civil**. V. I. Parte General: Barcelona : Bosch, 1947.

FARIAS, Cristiano Chaves; e ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade : coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 567, p. 9-16, jan. 1983.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo : Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**. O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro/São Paulo : Renovar, 2003.

GIAMPICOLOR, Giorgio. *La tutela giurídica della persona umana e il c.d. diritto allá riservatezza*. Apud MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida – controvérsias éticas e jurídicas**. Curitiba : Juruá, 2006.

JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil. In **questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo : Método, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil : Princípios Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 187.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 347.

_____. O Direito, a ciência e as leis da Bioética. In SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**. Famílias. São Paulo : Saraiva, 2008.

_____. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>. Acesso em : 10 jan. 2016.

_____. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo : Saraiva, 2013.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre : Síntese, n.19, p. 133-156, ago./set. 2003.

_____. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. Disponível em : www.conjur.com.br/2016-fev-16. Acesso em 22 ago 2016.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro : Forense, 2008

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. 2. ed. São Paulo : Ltr, 2005.

MEIRELES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por outrem e determinação da paternidade: “mãe de aluguel”**. I Congresso Brasileiro de Biodireito. Porto Alegre. Anais. Porto Alegre, out. 2000. p. 144-153. Palestra publicada no livro da Escola Superior da Advocacia, OAB/RS.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 2000, t. 4, p. 61.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas : Bookseller, 2000, t. 7.

MORAES, Walter. Direito de personalidade. In Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo : Saraiva, 1995, v. 16.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano – Um perfil constitucional da bioética**. Coimbra : Almedina, 1999.

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. In HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direito da personalidade**. Curitiba : Juruá, 2007, p. 73.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Vol.1. São Paulo : Saraiva, 1999.

RODRÍGUEZ, Francisco José. **Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales**. Barcelona : La Universitat de Barcelona, 2012.

SCHONTHALER, Juan Cristóbal Gumucio. Procreacion Asistida heteróloga. Efectos civiles en relacion con el matrimonio y la filiacion. In **Revista Chilena de Derecho**, V. 21, nº 2, pp. 329-343(1994), p. 339.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral. . In **questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo : Método, 2003, p. 260

SZANIZKSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

TOBENAS, Jose Castan. **Los derechos del hombre**. 4 ed. Madrid : Réus, 1992.

TRIBUNAL REGIONAL 3ª REGIÃO. SEXTA TURMA Apelação Cível nº 0007052-98.2013.4.03.6102/SP. Relatora Desembargadora Federal Mairan Maia. Revista Consultor Jurídico, 2 de janeiro de 2016. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em : 31 maio 2016.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e da paternidade**. São Paulo : Malheiros, 1997.

Legislação

BRASIL, **Lei 11.662, de 05.06.2012**. Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Disponível em : < www.planalto.gov.br.> Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2121, de 14 de março de 2016, de 16 de julho de 2015. Publicada no DOU de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <www.cfm.org.br>. Acesso em : 22 ago 2016

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 52, de 14 de março de 2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em : <www.cnj.jus>. Acesso em: 22 ago 2016.

Sites

www.anvisa.gov.br

www.bioetica.org.br.

www.ibdfam.org.br.

www.justicafederal.jus.br Portal da Justiça Federal.

www.noticias.terra.com.br/mundo/europa/.

www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents.

O reconhecimento da família simultânea como união estável: requisitos, deveres e efeitos patrimoniais

Ana Cláudia de Andrade Chagas

Especialista em Direito Público pela Universidade Maurício de Nassau. Especialista em Direito Privado pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. Concluinte do curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Assessora Analista Judiciário no gabinete do Des. Eurico de Barros Correia Filho.

Resumo

É cediço na Jurisprudência nacional que o rol de entidades familiares descritas no art.226 da CF figura como meramente exemplificativo, uma vez que a “família” descrita na Constituição como base da sociedade é necessariamente inclusiva. Desta feita, por que razão os tribunais pátrios insistem em manter à margem social e jurídica as famílias simultâneas? Tais formações familiares caracterizam-se pela existência de dois núcleos familiares distintos com um membro em comum. O novo conceito de família sustenta-se na afetividade, na pluralidade e no eudemonismo. A fidelidade, o respeito e a assistência mútuas configuram deveres decorrentes da união estável e não elementos caracterizadores para

a sua constituição. Os únicos requisitos admissíveis para o reconhecimento da união estável são os constantes no art. 1.723 do CC: a convivência – pública, contínua e duradoura – e o animus familiae. Em caráter residual, a união estável acolhe todas as entidades familiares que não se enquadram como matrimonial ou monoparental. Sobre os deveres e efeitos sobrevividos à proteção constitucional, enumeramos a obrigação alimentar, a partilha de bens em caso de rompimento do vínculo, a solução jurisprudencial da “triação” e a herança nos moldes do art. 1.829 do Código Civil.

Palavras-chaves: Famílias simultâneas. Famílias paralelas. União estável.

Abstract

It is settled in national jurisprudence that the role of family entity described in art.226 of the Brazilian Constitution is exemplary, because the “family” described in the Constitution as the basis of society is necessarily inclusive. Considered this point of view, why do patriot courts insist on maintaining social and legal margins multipartnered relationships? Such families are characterized by the existence of two distinct family nuclei with one member in common. The new concept of family is based on love, diversity and the search for happiness. Fidelity, respect, and mutual assistance are obligations stemming from common-law marriage and not features that characterize it. The

admissible legal requirements are those contained in art.1.723 of the Civil Code: the coexistence - public, continuous and lasting - and the *animus familiae*. On a residual basis, common-law marriage welcomes all families that do not qualify as marriage or single-parent family. On the duties and effects of constitutional protection, we enumerate the alimony, the sharing of goods in case of marital disruption, the jurisprudential solution of the “triation” and the inheritance in the molds of art. 1,829 of the Civil Code.

Keywords: Polyamory. Multipartnered relationships and families. Common-law marriage.

Introdução

No ano de 2002, o jurista Paulo Neto Lôbo publicou eletronicamente, pela primeira vez, seu notável artigo “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*” (LÔBO, 2002). Por meio desse importante marco teórico, juristas de todo o país passaram a adotar uma nova interpretação para o art. 226 da Constituição da República do Brasil, entendendo que o rol de entidades familiares descritas no mencionado dispositivo caracteriza-se por ser meramente exemplificativo, uma vez que o ordenamento jurídico inaugurado com a vigente Lei Maior protege todas as formações familiares e não apenas as expressamente tipificadas.

A partir de então, o amadurecimento jurisprudencial paulatino sobre a proteção jurídica para além do rol constitucional culminou no posicionamento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, por meio da ADPF 132/RJ (BRASIL, 2011a) e da ADI 4.277/DF (BRASIL, 2011b).

Todavia, infelizmente, o que se observa é que a Jurisprudência pátria caminha “pé ante pé” quando o assunto é conferir proteção constitucional à pluralidade de

formações familiares, posto que muitas delas ainda se encontram à margem do direito e da sociedade, em verdadeira ofensa ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

As famílias simultâneas compõem essa incontável lista. As também denominadas famílias paralelas caracterizam-se pela formação de dois núcleos familiares distintos com um membro em comum (Pianovski, 2013).

Ora, pergunta-se: se tanto os Tribunais Superiores quanto as Cortes Estaduais pacificaram o entendimento de que o rol de entidades familiares tipificados no texto constitucional não é taxativo, por que razão as famílias simultâneas permanecem excluídas de qualquer proteção legal? Existem fundamentos jurídicos para tal discriminação ou a segregação se dá pelos remanescentes preconceitos de uma sociedade patriarcal ainda não superada? A exclusividade de relacionamento pode ser considerada um requisito para o reconhecimento da união estável? A monogamia classifica-se como princípio norteador de todo o direito de família? Quais os efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento das famílias simultâneas como entidade familiar?

O interesse pelo assunto surgiu dos inúmeros casos concretos descritos nos processos manuseados no exercício de nossas funções profissionais como analista judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco, o que nos fez constatar que a família simultânea é uma realidade muito mais comum do que se imagina e, por esse motivo, necessita de adequado amparo estatal.

A relevância social do tema revela-se na averiguação de que, embora exista numerosa literatura com argumentos jurídicos relevantes no sentido de enquadrar as famílias paralelas como união estável, nossos tribunais, sobremaneira os superiores, têm reiteradamente negado proteção constitucional às famílias simultâneas. A bem da verdade, a problemática se estende para além do alegado “princípio da monogamia”, uma vez que grandes divergências sobrevêm dos possíveis efeitos jurídicos decorrentes do almejado reconhecimento.

O presente trabalho, pois, objetiva prolongar o debate, apresentando os argumentos mais consagrados nas doutrina e jurisprudência contemporâneas, bem como sugerindo alternativas para os embates identificados na realidade brasileira, relativamente aos requisitos de constituição, efeitos patrimoniais e deveres entre companheiros.

1 A família constitucionalmente protegida e a típica família simultânea: retratos de um Brasil patriarcal

A Constituição da República, promulgada no ano de 1988, conferiu igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres e consagrou a família como a base da sociedade.

A separação entre Estado e igreja, a superação da visão hierarquizada da família, a emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, a igualdade entre os filhos – biológicos ou adotivos, havidos ou não de relações matrimonializadas –, o reconhecimento de uniões homoafetivas acarretaram verdadeira evolução jurídica e social do conceito de família. A partir de então, a expectativa era a de que o modelo patriarcal ruísse (DIAS, 2016, p.137).

Infelizmente, após quase trinta anos de democracia constitucional, o princípio da isonomia entre homens e mulheres ainda não conseguiu extirpar, cultural e socialmente, a desigualdade de tratamento entre os sexos. Uma vez que o direito como ciência nasce nas ruas, nos lares e no inconsciente de um povo, a prática da discriminação, ainda que inconstitucional, condena o feminino a continuar a ser o sexo frágil.

Percebemos a involução de uma sociedade quando as interpretações do direito positivado, criado para ser inclusivo e para prestigiar a diversidade, insistem em perpetuar estereótipos ultrapassados, padrões inatingíveis para a maioria dos indivíduos. É o que ocorre com o cada vez mais incomum modelo patriarcal de família, selado pelo vínculo inquebrável do casamento entre um homem e uma mulher, com prole de filhos biológicos.

É impossível não reconhecer que, relativamente a determinadas formações familiares, a ausência de reconhecimento ainda decorre do julgo discriminatório destinado à mulher. É o caso das famílias simultâneas, condenadas à marginalidade pelos ecos do patriarcalismo.

Necessário esclarecer que não estamos tratando da infidelidade eventual como conduta exclusivamente masculina. Para o Direito, existe uma grande diferença entre o adultério casual – praticado por ambos os sexos e, de regra, sem efeitos jurídicos – e a formação de duas entidades familiares concomitantes. Nesta

última situação, o marido ou companheiro de uma mulher relaciona-se com outra, também com o ânimo de constituir família.

Afirmando ser uma prática exclusivamente masculina, Maria Berenice Dias discorre sobre a realidade das famílias simultâneas no Brasil, nos seguintes termos:

Não adianta determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável. Nada consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. Eles dispõem de habilidades para se desdobrar em dois relacionamentos simultâneos: dividem-se entre duas casas, mantêm duas mulheres e têm filhos com ambas. [...] No fim, um arranjo que satisfaz a todos. A esposa tem um marido que ostenta socialmente. A companheira nada exige e se conforma em não compartilhar com o companheiro todos os momentos, mas o acolhe com afeto sempre que ele tem disponibilidade. [...] O homem pode ter quantas mulheres quiser, porque a Justiça não lhe impõe qualquer ônus (2016, pp.142-143).

Com efeito, no caso da simultaneidade familiar, o único que efetivamente descumpre um dever imposto por lei – o de fidelidade – é o homem, entretanto ele sempre é o maior beneficiado.

Travestida da compaixão devotada à esposa, a mentalidade patriarcal fecha os olhos para a infidelidade masculina e descarrega toda a opressão nos ombros da “outra”, a qual deve suportar a marginalização social e aceitar com resignação todas as consequências jurídicas da sua “má-fé”.

Quando a diminuição patrimonial do marido infiel resulta em acréscimo financeiro para a companheira com quem mantém relacionamento extraconjugal, o patriarcalismo machista absolve o homem e condena a mulher. É preferível isentá-lo do ônus do que conceder a ela o “bônus imerecido”.

Em tempos passados, anterior à CF/88, a sociedade brasileira já vivenciara conflito moral semelhante, no que diz respeito aos filhos havidos fora do casamento. Anteriormente taxados como “bastardos” e “ilegítimos”, a prole fruto de uma aventura extraconjugal não tinha direito à herança, alimentos e já nascia condenada a ser marginalizada socialmente.

Pensava-se: os filhos legítimos viveram para cuidar dos pais e, na hora da morte dos progenitores, aparecem os interesseiros, aqueles filhos que rememoram a traição sofrida e ainda rondam o patrimônio da família como aves de rapina. Conceder os direitos de um filho ilegítimo era prestigiar o adultério. Protegia-se a aparência de uma família simulada às custas da exclusão social dos filhos “espúrios”.

Semelhantemente, negar proteção constitucional ao paralelismo familiar significa perpetuar a hipocrisia de uma família de fachada – ou de redes sociais.

O art. 226 da Lei Maior não dispõe que a família “monogâmica” é a base da sociedade. A palavra “família” encontrada no texto constitucional, sem adjetivos, requisitos ou anotações, é necessariamente inclusiva. Se segregarmos a família, segregaremos o Estado democrático de direito.

Incluir as famílias simultâneas no rol das constitucionalmente protegidas representa a efetivação dos princípios da liberdade e da isonomia entre os sexos, bem como a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

O novo conceito de família sustenta-se na afetividade, na pluralidade e no eudemonismo (ALBUQUERQUE, 2014 apud DIAS, 2016, p.138), superando a ideia de família-instituição e consagrando a família-instrumento, cuja existência contribui para o desenvolvimento dos indivíduos que a compõem, bem como para a formação da sociedade. Por essa razão, necessitam de proteção do Estado (GUAZZELLI, 2004, apud DIAS, 2016, p.138).

Longe de ser associado à busca hedonista pelo prazer egoístico, o eudemonismo constitucional visa à felicidade coexistencial, almeja a relação familiar como instrumento de satisfação recíproca. O princípio eudemonista que permeia a Lei Maior em vigor deve ser interpretado holisticamente como o princípio da solidariedade, o qual, necessariamente, invoca o respeito pelo outro (PIANOVSKI, 2013).

Tendo em vista o ordenamento jurídico atual, a única possibilidade existente para conceder status constitucional ao paralelismo familiar é o enquadramento desse tipo de agrupamento afetivo como união estável.

Sobre o assunto, trataremos no capítulo que se segue.

2 Uma nova interpretação dos requisitos para o reconhecimento da união estável: alternativa de proteção para as famílias simultâneas

O art. 1.723 do Código Civil em vigor estabelece que os requisitos para a configuração da união estável são a convivência pública, contínua e duradoura e o animus de constituir família.

Entretanto, parte da doutrina e jurisprudência entende que o disposto no artigo subsequente - a saber, o art. 1.724 do CC – também integra o rol de requisitos. São eles: a lealdade (ou fidelidade), o respeito e a assistência, além da guarda, sustento e educação dos filhos.

Filiamo-nos à corrente que entende que a fidelidade, o respeito e a assistência configuram deveres decorrentes da união estável e não elementos caracterizadores para a sua constituição.

Caso a fidelidade / exclusividade seja considerada como requisito, o adultério por si só acarretaria a quebra do vínculo conjugal, o que não faz o menor sentido.

A corrente mais conservadora – ressalte-se: majoritária em nossos tribunais – ainda defende a monogamia como princípio norteador do casamento e da união estável e, por essa razão, nega a concessão de qualquer direito aos parceiros de união paralela.

Alguns tribunais exigem a comprovação da “boa-fé” da pleiteante como condição para a concessão de direitos. Por boa-fé entenda-se o desconhecimento do fato de que seu consorte mantinha outra família, matrimonializada ou não¹.

1 PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE AS PARTES. IMPEDIMENTO MATRIMONIAL. CONCUBINATO. POSSIBILIDADE DE, EXCEPCIONALMENTE, CONCEDER ALIMENTOS NATURAIS À CONCUBINA SE RESTA COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM RELAÇÃO AO CONCUBINO, DESDE QUE ISTO NÃO REPRESENTE PREJUÍZOS ÀS CONDIÇÕES DE VIDA DA ENTIDADE FAMILIAR EM QUE O PARAFETIVO ESTÁ DE BOA-FÉ. ALIMENTANTE QUE TEM, NA FAMÍLIA DE BOA-FÉ, FILHO NECESSITADO DE CUIDADOS ESPECIAIS. REDUÇÃO DOS ALIMENTOS FIXADOS EM SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO CO-NHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...] 4. Os princípios da solidariedade e da responsabilidade se traduzem como deveres de boa-fé e ética para com o outro. 5. Quando um dos conviventes (matrimoniais ou de união estável) passa a manter outra relação com terceiro, ocorre violação ao dever de boa-fé e mitigação da ética que era devida,

A reiteração do mencionado entendimento figura como verdadeiro incentivador de inverdades, tendo em vista que, para ter seus direitos reconhecidos, a parceira necessita fingir ignorar a infidelidade de seu consorte (DIAS, 2016, p. 281).

A monogamia não pode ser considerada como princípio, uma vez que não consta nem na Carta Magna nem em qualquer lei infraconstitucional. A bem da verdade, deveríamos estar preocupados em efetivar os princípios da dignidade da pessoa humana, da pluralidade de entidades familiares e da liberdade de escolha quanto ao arranjo familiar que mais satisfaz os anseios eudemonistas de cada indivíduo (OLIVEIRA, 2011).

Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski:

Não se trata de criticar a orientação monogâmica comum a uma moral social média, que reflete uma longa permanência histórica. Trata-se, sim, de criticar a pretensão de atribuir ao direito estatal o poder de reputar ilícitas formas de convivência decorrentes de escolhas coexistentiais materialmente livres (2013).

O mesmo autor entende que a vedação jurídica da concomitância de relações matrimonializadas pode ser considerada legítima relativamente à multiplicidade de vínculos formais instituídos pelo próprio Estado por meio do casamento. Entretanto, não pode a soberania estatal invadir a esfera privada do indivíduo e limitar de forma genérica, inclusive, as relações conjugais plurais constituídas de maneira não solene, edificadas no âmbito dos fatos (PIANOVSKI, 2013).

Desta feita, “não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal de família, mas sim uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas” (PIANOVSKI, 2013).

Conforme já explicitamos no capítulo anterior, não é toda relação afetiva extraconjugal que receberá do Estado a distinção de entidade familiar.

uma vez que a monogamia é um princípio das relações familiares, aplicando-se à união estável os impedimentos matrimoniais, inclusive o de pessoa casada (CC, art. 1.723, § 1º c/c art. 1.521, VI).6. Havendo quebra do dever de lealdade, deve-se averiguar se há ou não boa-fé por parte da terceira pessoa que ingressa na relação paralela. Se ignorava que o seu par era casado ou já participava de união estável, se está diante de uma união estável putativa, sendo digna de tutela jurídica, tal qual já se fazia com o casamento putativo (CC, art. 1.561) em que havia boa-fé do cônjuge. No entanto, se o terceiro não estava de boa-fé, a entidade a ser reconhecida é o concubinato (CC, art. 1.727).7. [...] 8. Considerando o conjunto fático probatório dos autos, em que a concubina e a filha comum (falecida) dependeram economicamente do réu por 15 anos, e ainda, já se encontrando aquela em idade avançada, é que, excepcionalmente, cabíveis somente os alimentos naturais (CC, art. 1.694, §2º). (TJ-PA – Apelação Cível nº 941949-6, Relatora: Ivanise Maria Tratz Martins, 12ª Câmara Cível, Julgado em 23/10/2013).

A despeito de ser constituída sem formalidades impostas por lei, o Código Civil apresenta características ou requisitos para a sua constituição, quais sejam, a convivência – pública, contínua e duradoura – e o animus familiae.

Evidentemente que as jurisprudência e doutrina dominantes não relacionam convivência com coabitação. O mesmo critério é válido para a caracterização da família paralela como entidade familiar, sobremaneira se considerarmos que a multiplicidade de relações comumente inviabiliza que os companheiros possuam residência comum.

Convivência, para o direito de família, traduz-se por comunhão de vida, coexistência harmônica. Justamente por denotar intimidade, não é qualquer convívio que importará na identificação de uma família simultânea. Nos mesmos termos da união estável monogâmica, a convivência deverá ser pública, contínua e duradoura.

A publicidade do convívio não enseja exacerbada propagação do relacionamento – por meio de redes sociais, por exemplo –, mas apenas necessita de certa ostensividade no círculo de convivência comum do casal.

Dado que a multiplicidade de vínculos predispõe moderado retraimento por parte da companheira não integrante da relação principal, não é exigível, exemplificativamente, que essa mantenha contato com o meio social da esposa ou da outra convivente.

O mesmo equilíbrio é recomendado para o requisito da durabilidade da convivência. Assim como na união estável exclusiva, não há “prazo” que identifique objetivamente a família simultânea merecedora do reconhecimento como entidade familiar. Todavia, por uma questão de cautela, os exemplares jurisprudenciais existentes destacam-se pela ênfase aos longos anos de convívio, os quais comprovam, indubitavelmente, que não se tratava de mero relacionamento eventual².

2 DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL PÓS MORTE. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTES. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO COMPROVADA. UNIÃO ESTÁVEL CONFIGURADA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. FAMÍLIAS PARALELAS. FENÔMENO FREQUENTE. PROTEÇÃO ESTATAL. REFORMA DA SENTENÇA. APELAÇÃO PROVIDA. I - O reconhecimento da união estável exige demonstração de convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, bem como que inexistam impedimentos à constituição dessa relação. Inteligência dos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil. II - No caso sob análise, tem-se que o de cujus, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a apelante por mais de 15 (quinze) anos, o que caracteriza a família paralela, fenômeno de frequência significativa na realidade brasileira. O não reconhecimento de seus efeitos jurídicos traz como consequências severas injustiças. IV - O Des. Lourival Serejo pondera: “Se o nosso Código Civil optou por desconhecer uma realidade que se apresenta reiteradamente, a justiça precisa ter sensibilidade suficiente para encontrar uma resposta satisfatória a quem clama por sua intervenção.” V - O comando sentencial deve ser reformado para o fim de reconhecer a união estável. VI - Apelação provida, contrariando o parecer ministerial (TJ-MA – Apelação Cível nº063/2015, Relator: Marcelo Carvalho Silva, 2ª Câmara Cível, Julgado em 02/06/ 2015).

Contínuo é o relacionamento com um mínimo de estabilidade, tendo em vista que os laços construídos em uma entidade familiar não se desfazem com a mesma facilidade dos vínculos eventuais.

Por fim, o ânimo de constituir família representa o requisito mais subjetivo justamente por ser aquele diretamente ligado à afetividade. Sem amor, o animus motivador do vínculo evidenciar-se-ia como meramente obrigacional. Essa é a justificativa para a inviabilidade da classificação da família simultânea como “sociedade”, regida pelo direito das obrigações: a afetividade responsável é o elemento distintivo de uma entidade familiar.

O *animus familiae* tem como sinal externo a posse do estado de casado, condição diretamente ligada à convivência pública, uma vez que os companheiros, ao menos no meio social de convivência mútua, apresentam-se, tratam-se e comprometem-se como se casados fossem.

Diante de todo o expandido, filiamo-nos ao entendimento esposado pelo Ministro Ayres de Brito em voto vista de sua autoria, o qual reitera que, para a Constituição da República do Brasil, inexistente concubinato, haja vista que a união estável “é o que sobra”. Em caráter residual, a união estável acolhe todas as entidades familiares que não se enquadram como matrimonial ou monoparental:

...a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. [...] Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do *concubinato*. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo (BRITO, 2008 apud TARTUCE, 2014, p. 305).

Os direitos e deveres decorrentes do tão necessário reconhecimento discorreremos a seguir.

3 Consequências jurídico-patrimoniais do reconhecimento da família simultânea como união estável

Conforme já explicitamos anteriormente, a razão de ser da família repousa no

ideal eudemonista, na busca do indivíduo pela felicidade coexistencial. A afetividade que se expressa por meio do elo familiar é, necessariamente, responsável. Por essa razão, todos os indivíduos que compõem uma família precisam estar cientes de que os deveres decorrentes do comprometimento mútuo produzem efeitos no âmbito do direito.

Uma vez descumpridos os deveres fixados por lei, o Estado pode intervir na intimidade das relações e determinar que o consorte responsável pela violação desempenhe adequadamente suas obrigações.

Os deveres inerentes às entidades familiares precisam ser impostos a quem assume um relacionamento público, contínuo, duradouro e com a finalidade de constituir família, independentemente de haver outra união concomitante, anterior ou matrimonial (DIAS, 2016, p. 143).

O Enunciado 04 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), orienta que “a constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico”.

De um modo geral, os efeitos, direitos e deveres decorrentes da família simultânea são semelhantes aos da união estável monogâmica, com algumas diferenças.

Em caso de dissolução da família paralela, a obrigação alimentar decorre do dever de assistência. Havendo dependência financeira de um dos consortes em relação ao outro, cabível a fixação de alimentos, visando oferecer suporte temporário até a reinserção do ex-companheiro no mercado de trabalho, nos mesmos moldes da união exclusiva.

Sobre a partilha de bens resultante do rompimento conjugal, Maria Berenice Dias posiciona-se no sentido de que a meação da esposa ou da companheira anterior se transforma em bem reservado e, portanto, comunicável. Subsequentemente, a meação do marido será partilhada com a segunda companheira, relativamente aos bens adquiridos na constância da união (DIAS, 2016, p. 286-287).

Sem discordar da referida jurista, mas apenas complementando seu ponderado raciocínio, acrescentamos que a concomitância de relações poderia gerar o seguinte infortúnio: imaginem que um homem casado mantivesse simultaneamente um relacionamento com outra mulher em cidade vizinha à da esposa e, com ajuda mútua da segunda convivente, construísse patrimônio completamente alheio ao acervo da pri-

meira relação. No nosso sentir, havendo dissolução da segunda união ou falecimento de um dos companheiros, os bens constituídos com o esforço mútuo e exclusivo do varão e da segunda companheira não poderiam ser alcançados pela esposa, constituindo, desta feita, patrimônio reservado à família simultânea.

Para a circunstância acima descrita, caberia a aplicação analógica da Súmula 380 do STF, a despeito da inadequação terminológica: “comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Apenas para não restar dúvidas sobre o nosso posicionamento, enfatizamos que a súmula acima transcrita só poderá ser invocada em caso de robusta comprovação de que determinada fração do patrimônio constituído pelo companheiro foi edificada com a exclusiva colaboração de sua segunda mulher.

Havendo concomitância de uniões estáveis e não sendo possível identificar qual delas iniciou primeiro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul inaugurou entendimento de vanguarda, já adotado em outros tribunais, incluindo o Tribunal de Justiça de Pernambuco, denominando “triação” a divisão em três partes iguais de todo o acervo patrimonial comum ao homem e suas duas companheiras³.

Relativamente aos direitos sucessórios dos conviventes em união estável, recentemente o Supremo Tribunal Federal apreciou o tema 809 da repercussão geral, reconhecendo de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil brasileiro e declarando o direito da companheira a participar da herança de seu consorte de acordo com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do mesmo diploma legal⁴.

3 EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS . RECONHECIMENTO. PARTILHA DE BENS. TRIAÇÃO. 1. Estando demonstrada, no plano dos fatos, a coexistência de duas relações afetivas públicas, duradouras e contínuas, mantidas com a finalidade de constituir família, é devido o seu reconhecimento jurídico à conta de uniões estáveis, sob pena de negar a ambas a proteção do direito. 2. Ausentes os impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil, a caracterização da união estável paralela como concubinato somente decorreria da aplicação analógica do art. 1.727 da mesma lei, o que implicaria ofensa ao postulado hermenêutico que veda o emprego da analogia para a restrição de direitos. 3. Os princípios do moderno direito de família, alicerçados na Constituição de 1988, consagram uma noção ampliativa e inclusiva da entidade familiar, que se caracteriza, diante do arcabouço normativo constitucional, como o lócus institucional para a concretização de direitos fundamentais. Entendimento do STF na análise das uniões homoafetivas (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ). 4. Numa democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo. 5. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuta em “triação”, pela simultaneidade das relações. 6. Precedentes do TJDF e do TJRS (TJ-PE – Apelação Cível nº 2968625, Relator: Des. José Fernandes de Lemos, 5ª Câmara Cível, Julgado em 13/11/2013, Publicado em 28/11/2013).

4 <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>

Diante dessa equiparação da união estável ao casamento no que diz respeito à sucessão patrimonial por morte, em semelhança às uniões estáveis monogâmicas, aplicar-se-ia também à segunda mulher do *de cujus* o disposto no art. 1.829 do Código Civil, ressalvadas as diferenças acima apontadas.

Em caso de falecimento do cônjuge varão, a Justiça Federal tem reconhecido a divisão equitativa da pensão por morte entre a esposa e a companheira, no caso de simultaneidade de relações⁵. Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal não corrobora com tal entendimento⁶.

Ante todo o expandido e levando em consideração os exemplares de arrestos apresentados, é possível concluir que os fatos sociais e a doutrina caminham a passos largos de distância em relação aos tribunais brasileiros. Enquanto a literatura discorre acerca dos desdobramentos, efeitos e direitos decorrentes do paralelismo familiar, as cortes brasileiras ainda negam existência às famílias plurais.

Lamentavelmente, às famílias simultâneas ainda resta um longo caminho entre a marginalidade e a efetivação da dignidade constitucional.

- 5 PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO. FINALIDADE DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO. COBERTURA DE RISCO SOCIAL. NÃO INDAGAÇÃO DE MORALIDADE. DECISÃO ACERTADA. 1. Restou comprovada a convivência marital entre autora e falecido segurado. 2. Em face do convincente e robusto conjunto probatório reunido nos autos, não se pôde deixar de constatar que a concubina manteve uma relação contínua e duradoura com o de cujus por aproximadamente 18 (dezoito) anos, o qual era casado e convivia também com a esposa. 3. Não está em questão se o concubinato impuro deve receber proteção do Estado, e sim se uma determinada pessoa que viveu em concubinato impuro deve receber pensão por morte deste concubino. Assim, decide-se aqui se uma pessoa, que contribuiu por longo tempo para a Previdência Social e manteve um duplo relacionamento afetivo, se a sua pensão por morte deve, ou não, refletir, de forma direta, esse duplo relacionamento mantido ao longo da vida. 4. A finalidade do Direito Previdenciário está em cobrir os ditos riscos sociais sem indagar da moralidade neles envolvida, daí, por exemplo, a previsão do auxílio-reclusão. Não há como classificar a situação ora apresentada como não sendo de risco social, daí a necessidade de cobri-lo. 5. Os julgamentos do RE 590.779/ES e do RE 397.762/BA pelo STF, tendo sido feito, como foi, em sede de recurso extraordinário, fora do âmbito, portanto, da repercussão geral, não vinculam as demais instâncias. 6. As razões expostas no presente agravo interno não são suficientes ao juízo positivo de retratação, pois não trouxeram qualquer alegação que pudesse convencer esta Relatora em sentido contrário ao decidido. 7. Agravo interno conhecido e desprovido (TRF 2ª Região – AC e ReEx Nec. 2004.51.10.000395-6, 2ª Turma especializada, Relatora: Liliane Roriz, Julgado em 31/05/2012, Publicado em 06/06/2012).
- 6 COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (STF - RE 397762, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00611 RTJ VOL-00206-02 PP-00865 RDDP n. 69, 2008, p. 149-162 RSJADV mar., 2009, p. 48-58 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 129-160)

Conclusão

A despeito da consagração da família plural constitucional, o apego à monogamia como princípio – e não como dever recíproco entre os cônjuges – ainda fundamenta a segregação jurídica das famílias simultâneas como entidades familiares.

A análise crítica dos fatos sociais expostos em linhas passadas nos leva a constatar que tanto o modelo da família paralela – um homem relacionando-se concomitante e distintamente com duas mulheres – quanto a ausência de consequências jurídicas para a pública, contínua e duradoura infidelidade masculina refletem a remanescente mentalidade patriarcal do nosso país.

Conforme discurremos, a exclusividade não pode continuar a ser imposta pelo Estado como requisito para o reconhecimento de uma união estável, sobremaneira se considerarmos seu caráter fático, não solene e residual. O companheirismo certamente figura como a alternativa constitucional para acolher todos os agrupamentos familiares diferentes do casamento e da família monoparental.

A bem da verdade, averiguamos que os únicos requisitos a serem observados com a finalidade de discernir sobre o enquadramento das famílias simultâneas como entidades familiares são os constantes no art. 1.723 do Código Civil, a saber, a convivência pública, contínua e duradoura e o ânimo de constituir família.

No que se refere aos deveres e efeitos sobrevividos à proteção constitucional, pronunciamos-nos sobre as alternativas cabíveis para a obrigação alimentar, a partilha de bens em caso de rompimento do vínculo, a solução jurisprudencial da “traição” e a herança nos moldes do art. 1.829 do Código Civil, ressalvadas as particularidades atinentes à família paralela.

Lamentavelmente, a batalha dos tribunais ainda diz respeito ao reconhecimento da família simultânea como união estável. Por essa razão, ainda não é possível mensurar a infinidade de conflitos e desafios jurídicos decorrentes da sua inclusão no rol das entidades familiares constitucionalmente protegidas.

Obviamente, as implicações jurídicas não se esgotam nas hipóteses aqui aventadas. Por hora, é imprescindível que não nos acomodemos na contramão dos fatos sociais, tolhendo direitos e negando garantias na defesa de um modelo familiar sedimentado em um simulacro de monogamia.

Referências

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132/RJ – Rio de Janeiro.** Relator: Min. Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 5 maio 2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF.SCLA.%20E%20132.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 abr. 2017, às 17h13min.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4277/DF – Distrito Federal.** Relator: Min. Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 5 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%204277.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.** 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

OLIVEIRA, Anderson Eugênio de. **Análise crítica ao reconhecimento dos efeitos jurídicos das relações extraconjugais no âmbito do Poder Judiciário.** 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18966/analise-critica-ao-reconhecimento-dos-efeitos-juridicos-das-relacoes-extraconjugais-no-ambito-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **Famílias Simultâneas e Monogamia.** 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** V. 5. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.305.

O Ônus da Prova sob Perspectiva do Processo Colaborativo

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco.
Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco - ESMAPE. Professor convidado da Especialização em Direito Processual Civil da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Juiz de Direito no Recife-PE(TJPE). Ex-Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB.

Resumo

A distribuição do ônus da prova é composta de dois aspectos básicos, um desses aspectos se dirige primordialmente às partes e existe em função da expectativa gerada em razão da atividade delas no campo processual-probatório, sugerindo que estas (as partes) "precisam esforçar-se para aclarar a situação de fato discutida para evitar o resultado desfavorável do pleito", que é chamado de ônus subjetivo da prova. Se a regra do ônus da prova possui exclusivo papel de regra de julgamento no sistema proces-

sual de modalidade preponderantemente dispositiva, num sistema em que são concedidos poderes instrutórios ao juiz, mitigado em função da positivação do chamado processo colaborativo, esse papel deve ser reavaliado para se aquilatar a sua utilização como função subsidiária de convencimento.

Palavras-chaves: Direito processual civil, prova, processo colaborativo no âmbito probatório. Ônus subjetivo da prova.

Abstract

About the distribution of the burden of proof are identified two basic aspects, one of these aspects is addressed primarily to the parties and there is due to the expectation generated due to the activity of the same in procedural-evidential field, suggesting that these (parties) "need to strive to clarify the factual situation discussed to avoid the unfavorable outcome of the election" and that is called subjective burden of proof. If the rule of the burden of proof

has exclusive role of judgment rule in procedural overwhelmingly operative mode system, a system in which they are granted instructive powers to the judge, mitigated due to the assertiveness of so-called collaborative process, this role should be reassessed to assess its use as a function subsidiary of conviction

Keywords: Civil procedure law, evidence, collaborative process in the probative scope . Subjective burden of proof

Introdução

O problema do ônus da prova e sua distribuição, com maior ou menor repercussão, ao longo da história é elemento tão primitivo quanto a própria noção de processo e consiste basicamente em determinar a quem corresponde demonstrar a existência dos fatos alegados e discutidos, bem assim quem deve arcar com os resultados da ausência de prova, que afeta inevitavelmente o **convencimento do julgador**.

De alguma forma, essa noção primária permeia o sentido de processo, como instrumento da composição da lide, posto que é por meio deste, grosso modo, que se opera uma modalidade de reconstrução dos fatos mediante os meios prova, reconstrução essa que embasará uma decisão, que deverá ocorrer no intuito de emprestar eficácia material ao comando da norma substantiva, o que leva a crer que a evolução das concepções sobre processo, ônus da prova e sua distribuição, caminharam paralelamente ao longo da história.

A importância do tema do ônus da prova levou Leo Rosenberg¹ a afirmar que a noção **é a espinha dorsal do processo civil**.

O ônus da prova é uma categoria interna do ônus processual, posto que se submete aos elementos definidores da classe, no sentido de que não há qualquer obrigação de que a parte promova a comprovação nos prazos e formas admitidas, mas a incerteza gerada pela sua conduta, decorrência do preenchimento do suposto fático da norma aplicável, pode representar um risco à sua pretensão ou exceção.

Devem ser identificados, porém, dois aspectos no âmbito do ônus de provar. **Um aspecto** que se dirige primordialmente às partes e existe em função da expectativa gerada em razão da sua atividade no campo processual-probatório, sugerindo que estas (as partes) “precisam esforçar-se para aclarar a situação de fato discutida para evitar o resultado desfavorável do pleito”,² a qual é chamada de **ônus subjetivo da prova**.

O outro aspecto é aquele dirigido ao juiz, como precípua destinatário das provas. Este último é o **aspecto objetivo**, que se consubstancia na regra diante

1 ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJE, 1956.p.55 e 59

2 Vide ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**,op.cit. p.15-16, que embora proponha a irrelevância da denominação, admite que classificação entre ônus objetivo e ônus subjetivo é a mais aceita

da qual órgão julgador encontra-se autorizado a proferir uma decisão de mérito, ainda que diante de um resultado probatório insuficiente à formação da convicção desse órgão oficial.³

Existem, portanto, dois aspectos distintos, inseridos, porém, na mesma definição⁴, um dos quais contempla a atividade probatória das partes, em que trata da expectativa da conduta processual-probatória dos sujeitos em relação à motivação psicológica⁵, que os leva a demandar na busca da proteção judicial de seu interesse, denominada **aspecto subjetivo** do ônus ou **ônus subjetivo**.

Nesse sentido, as partes são motivadas a esforçarem-se na busca de comprovar os fatos que representam o suposto da norma que ampara a expectativa de cada um, sob o risco de se não lograrem êxito na sua missão probatória, verem inacolhidas as suas pretensões ou exceções.

O objetivo primordial dessa atividade colocada sob responsabilidade das partes é o **convencimento do órgão julgador**, e nesse contexto é o aspecto em que se vislumbra a preocupação quanto à definição de quais os interesses de provar e o que será submetido à prova ou, por outras palavras, **quem** deverá provar e o **quê** deverá ser provado.

Na estrutura do ônus da prova, são vislumbrados, portanto, dois aspectos que representam, na verdade, a percepção do problema encarado sob ângulos de visão distintos.

Embora seja reconhecidamente preponderante viés do ônus da prova como regra de julgamento (ônus objetivo), vislumbrado o problema apenas na ausência de prova, considerado por boa parte da doutrina avanço notável, esse avanço científico, paralelo à própria evolução da ciência processual não significa, porém, que deva perder o foco da finalidade do próprio processo, esterilizando-o em jogos de palavras cristalizados nos cadernos processuais.

3 Vide PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova no direito processual civil**. 1.ed.,2.tir.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 131-132

4 Adota-se aqui a definição de Hernando Devis Echandía (Teoria general de la prueba judicial. 5.ed., Bogotá: Temis, 2002, t.I p.406): "*Carga de la prueba es una noción procesal que contém a carga de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que lhe déen certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables*".

5 Classificado Por MICHELI, Gian Antônio. **L'onere de lla prova**. 2 ed. Padova: Cedam, 1966. p. 113 como "necessidade meramente prática de agir"

Ressalte-se que, para fins do presente trabalho, considera-se que a função do processo judicial *é aplicar a lei aos casos concretos com base em critérios objetivos e no interesse geral da justiça*.⁶

Em razão dos sujeitos, são praticados os atos processuais e, desse modo, embora seja reconhecida a relevância do aspecto objetivo, este não existe senão a partir do aspecto subjetivo, ou seja, a partir do referencial de visão das partes, numa perspectiva panorâmica das possibilidades de conduta dos sujeitos, com vistas a enxergar os possíveis efeitos da ausência de prova.

Note-se que, assim como ocorreu na história evolutiva da ciência processual, em que gradativamente vão sendo superados os formalismos e conceitualismos, numa verdadeira releitura do sincretismo com o direito material, identificado nos primórdios da disciplina e superado de forma indiscutível desde o início do século XX, a partir da massificação das idéias sistematizadas por Oskar Von Bülow⁷, também o ônus da prova deve ser submetido a essa releitura.

Se a regra do ônus da prova possui exclusivo papel de regra de julgamento no sistema processual de modalidade preponderantemente dispositiva, num sistema em que são concedidos poderes instrutórios ao juiz⁸, esse papel deve ser readaptado para se consagrar a **função de elemento subsidiário de convencimento**.

O aspecto acima abordado foi significativamente realçado pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, que introduziu no ordenamento pátrio o propalado Novo Código de Processo Civil, consagrando em seu bojo a chamada teoria das cargas probatórias dinâmicas⁹

6 A respeito, consulte-se TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20

7 A quem se atribui a obra publicada em 1868, sob o título "Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais", representando a sistematização das ideias centrais, que, ao longo dos primeiros anos do século XX, promoveram a autonomia do processo em relação ao direito material e identificou as bases para a formulação da linguagem científica da disciplina.

8 Vide a respeito o art. 370 do NCPC, Lei 13.105/2015, segundo o qual "*caberá ao juiz de ofício ou a requerimento da parte determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*"

9 Art. 373 § 1º do novo CPC : "Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. "

Não se pode pensar, portanto, num sistema que outorgue poderes ao juiz e admitir que o órgão julgador se submeta inerte à completa inatividade probatória das partes, de modo que reste, afinal, à mercê de regra de julgamento.

A concessão de poderes ao juiz não é, porém, garantia de convicção plena, de modo que, não raras vezes, mesmo dotado de poderes para aportar *ex-officio* as provas para o seu convencimento, o magistrado é lançado num estado de dúvida.

Não é sempre que se obtém a certeza a fundamentar um julgado. Aliás, a reconstrução da verdade histórica por meio da instrução probatória, na maioria das vezes, é contaminada pelo influxo de diversos fatores que impedem a perfeição do sistema, de modo que ao julgador não é vedado o julgamento com base na verossimilhança.

Observe-se que, no sistema brasileiro anterior, a autorização, que era explícita em dispositivos de reconhecida importância como os arts. 273, 461 461-A do CPC de 1973, por exemplo, foi reproduzida com mínimas variações na norma processual vigente a partir de 17.03.2016, Lei n. 13.105, de 17.03.2015 (novo CPC)¹⁰.

Defende-se que a possibilidade acima aludida se consagra não apenas às decisões interlocutórias, a começar pela constatação de que no sistema pátrio essas decisões representam, na prática, **antecipações dos efeitos da tutela jurisdicional final**.

A perspectiva do presente é o estudo do aspecto **subjetivo do ônus** da prova, na medida, este tem como finalidade constituir-se subsídio para a construção de critérios necessários à utilização do referido objeto como **regra supletiva de convencimento e não exclusivamente de julgamento**.

Parte-se da expectativa do necessário empenho dos sujeitos processuais, no intuito de evitar decisões inadequadas ou injustas, consideradas estas últimas como aquelas em que os tribunais sequer se esforçam a fim de alcançar a verdade¹¹.

10 Consoante artigos 294, 497, 536,498, respectivamente, aspecto realçado com a positivação da denominada tutela de evidência, prevista no art. 311 do NCP.

11 TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22

2 Da Insuficiência da Distribuição Estática sob a Ótica do Ônus Objetivo

Segundo a classificação elaborada por Hernando Devis Hechandia, são basicamente 8 (oito) as teses agrupadas sobre diversos eixos, relacionadas aos fundamentos da distribuição do ônus da prova. Uma dessas teorias é aquela que distribui o ônus da prova de acordo com a natureza dos fatos, classificando estes últimos, os fatos, como constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos.¹²

A teoria que busca na natureza dos fatos o seu fundamento, classificando-os como constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos, teve em Giuseppe Chiovenda o seu maior expoente.

A teoria mencionada é fortemente influenciada pela noção de normalidade, explicada sob a ótica de condições gerais de existência das relações, condições específicas e finalmente condições anormais.

Segundo Chiovenda, a distribuição do ônus da prova é explicada de acordo com a discriminação de condições de existência de uma relação que contempla as categorias descritas no parágrafo anterior, ou seja, a existência de uma relação está condicionada à concomitância de condições gerais e específicas¹³.

Assim, para o professor italiano as condições específicas de uma relação são aquelas que lhes são próprias e essenciais, como o acordo sobre o objeto de uma compra e venda, o preço a ser pago e a forma a ser utilizada na negociação. Essas condições, exclusivas daquela relação, que por fim a identificam como fato único, são os fatos constitutivos da relação.

Precedem e são comuns a todas as relações do mesmo gênero as condições gerais como: a capacidade das partes, a seriedade do consenso e a comercialidade da coisa. Essas condições gerais não são os fatos constitutivos, que seriam as condições específicas, mas com as primeiras devem concorrer para a configuração da relação.

De acordo com a teoria, os fatos que devem ser provados são os constitutivos da relação, isto é, aqueles que são específicos e particulares, já que as condições

¹² ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, t. I 2002, p. 432-433.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe, *op. cit.* 450

gerais a todas as relações de um mesmo gênero são uma *normalidade*, e como tal não precisam ser provadas.

Por outro lado, a ausência de uma condição geral de existência no âmbito de uma relação jurídica, por ser uma anormalidade, deve ser provada por quem tiver interesse em afirmá-la.

Dessa vinculação entre condições gerais e condições específicas, surge a noção de **fato constitutivo** do direito, que deve ser provado por quem tiver interesse.

Como decorrência da noção de normalidade, não necessitam de prova as chamadas condições gerais de existência (ou condições normais). A anormalidade, ou fato impeditivo, portanto, de acordo com um raciocínio lógico elementar, deve ser provado por quem tiver interesse.

A regra desenvolvida de acordo com as bases acima fixadas é enunciada pelo próprio Chiovenda nos seguintes termos:

O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhe é natural.¹⁴

A fórmula explicitada por Chiovenda, de acordo com o enunciado acima foi adotada por diversos ordenamentos, entre os quais o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (art.209), tendo sido mantida a regra, com uma redação aperfeiçoada, no revogado CPC/1973 (art. 333), reproduzida, ainda, a disposição, **no art. 373 do atual Código de Processo Civil (2015)**.¹⁵

A teoria, apesar da reconhecida importância, foi alvo de críticas por renomados autores, críticas essas corroboradas por Hernando Echandiá¹⁶, baseadas especificamente na estrutura da classificação abstrata dos fatos em constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos.

Segundo o autor colombiano, a definição de um fato como constitutivo ou extintivo somente pode ocorrer em relação a uma determinada circunstância,

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, op.cit.451-452

¹⁵ Cita-se, antes disso o Código Civil de Napoleão (art. 1315)

¹⁶ Idem, op. cit. p. 447

isto é, a classificação não prescinde de um fato concreto ao qual se encontram atreladas as categorias.

Assim, em determinadas circunstâncias um fato impeditivo, extintivo e modificativo pode fundar uma demanda, o que gera o paradoxo linguístico de afirmar que eventualmente o fato constitutivo de uma demanda é um fato extintivo, como ocorre geralmente nas ações meramente declaratórias.

Para tomar um exemplo prático do ordenamento nacional, tem-se a ação de usucapião de terras particulares (ação declaratória). No caso específico, competirá ao autor, de acordo com a sistemática adotada, comprovar ter reunido as condições, nos termos da lei material, para que o domínio seja declarado a seu favor. Em outras palavras, deverá comprovar, de acordo com os critérios legais, que outrem perdeu o domínio sobre o bem e, portanto, produzir prova de um fato extintivo.

De outro turno, como assevera o ex-professor da Universidade Nacional da Colômbia, nem sempre o demandante necessita provar o fato constitutivo, como, por exemplo, no âmbito de uma demanda fundada numa relação contratual, em que uma das partes pleiteie a resolução do contrato e a composição dos prejuízos decorrentes, com o pagamento de indenização por perdas e danos. Nesse caso, o descumprimento de uma das partes da relação material representa o fato constitutivo, e mesmo assim o demandante precisa fazer prova exclusiva da existência da relação jurídica subjacente, e não do descumprimento, exceto se se tratar de uma obrigação de não fazer, que pode ser comprovada pelo fato positivo do devedor.

Ademais, conforme afirma Echandía, a delimitação do fato impeditivo é difícil de ser precisada, na medida em que este pode ser confundido como um dos elementos que compõem o fato constitutivo.

As críticas também se estendem aos critérios de normalidade e outros correlatos (posse anterior ou *status quo ante* e presunção de manutenção ou durabilidade dos estados jurídicos), rechaçados em teorias anteriores

Finalmente, segundo Echandía, as dificuldades apontadas em relação aos fatos impeditivos conduziram à eliminação do conceito na regra geral sobre o ônus da prova no ordenamento italiano, ordenamento diante do qual Chiovenda lapidou a teoria ora discutida.

Desse modo, o autor colombiano conclui afirmando que o “erro básico da teoria consiste em assinalar ao demandante, o tempo todo, o ônus de provar os fatos constitutivos e sempre ao demandado o ônus da prova em relação aos fatos impeditivos”.¹⁷

As críticas em relação ao viés doutrinário inspirador do código de 1973 foram mitigadas pelas disposições contidas no art. 373, § 1º, da Lei nº 13.105/2015, atual Código de Processo Civil, que consagra **a possibilidade** de distribuição do ônus da prova de modo diverso daquele estático.

O legislador nacional agasalhou, portanto, princípios da doutrina argentina, capitaneada por Jorge W. Peyrano, denominada "Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas".

Nesse sentido, o desafio que se apresenta atualmente consiste na definição ou fixação dos limites da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, considerando a necessidade de adaptação de aspectos testados em ordenamentos alienígenas ao ordenamento nacional, especialmente sob o viés subjetivo do ônus da prova.

A questão, em suma, passa pela análise da conduta das partes e do julgador e se insere no tema da colaboração no processo civil e elementos correlatos: poderes instrutórios, deveres das partes e seus procuradores, lealdade e boa-fé.

Nesse sentido, conforme asseguram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, é pelo dever de lealdade e boa-fé “que é vedada a utilização de expedientes de chicana processual, procrastinatórios, desleais, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo”.¹⁸

Pois bem, para além dos deveres processuais, regra *standard*, resta averiguar se a conduta da parte que expõe sua alegação ou defesa de forma absolutamente dissociada da ocorrência fática provoca incidentes tendentes a tumultuar o curso normal do feito, obstaculizando o caminho a ser percorrido até a decisão de mérito, como a ocultação de uma prova fundamental ao deslinde da questão, por exemplo, pode ou não ser considerada para o deslinde **meritório** da questão.

¹⁷ Idem, p. 448.

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**: e legislação extravagante. – 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 365.

Num enfoque moderno à **colaboração** para a descoberta da verdade, deve-se averiguar a possibilidade da utilização da conduta processual das partes como elemento constitutivo, prova indireta ou subsídio a fundamentar o convencimento do juiz em desfavor da parte, que, possuindo meios para aportar provas suficientes, utiliza-se de expedientes ilegais e moralmente reprováveis para vencer a demanda.¹⁹

É nessa visão de processo, segundo a qual se preconiza o dever das partes de colaborar com o órgão judicial, que se estabelecem as bases do artigo, na busca do conhecimento dos limites da atuação do intérprete/julgador na apreciação da conduta processual das partes, e seu reflexo na formação do convencimento e na motivação decisória.

3 Aspectos do Ônus da Prova: Resgate do Ônus Subjetivo

Hernando Devis Echandía fornece o conceito específico de ônus da prova nos seguintes termos:

Ônus da prova é uma definição processual que contém a regra de juízo, por meio da qual se indica ao juiz como deve decidir quando não encontre no processo provas que lhe dê certeza sobre os fatos que devem fundamentar sua decisão, e indiretamente estabelece a qual das partes interessa a prova de tais fatos, para evitar-se as conseqüências desfavoráveis.²⁰

A noção desenvolvida pelo professor colombiano contempla o aspecto subjetivo, identificado a partir do **interesse** das partes na produção da prova. Contrário sensu, aquele que deliberadamente deixa de produzir a prova ou obstaculiza a produção, pode ter o seu interesse efetivo identificado a partir de sua conduta processual, elemento a ser considerado na formação do convencimento judicial.

O conceito anteriormente delineado encontra-se fundamentado, como visto, na existência de dois aspectos distintos, inseridos, porém, na mesma

19 Vide TEPSICH, María Belén. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; White, Inês Lépori[Coord.]. Cargas probatorias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-culzoni editores, 2004, p.162-167.

20 ECHANDÍA, Hernando Devis, op.cit.p.406: “Carga de la prueba es una noción procesal que contém a carga de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que lhe dêem certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.

definição, um dos quais contempla a atividade probatória das partes, em que trata da expectativa da conduta processual-probatória dos sujeitos em relação à motivação psicológica²¹, que os leva a demandar na busca da proteção judicial de seu interesse, denominada **aspecto subjetivo** do ônus ou ônus subjetivo.

Nesse sentido, conforme antecipado, as partes são motivadas a esforçarem-se na busca de comprovar os fatos que representam o suposto da norma que ampara a expectativa de cada um, sob o risco de se não lograrem êxito na sua missão probatória e, portanto, verem rejeitadas as suas pretensões de obtenção ou resistência.

O impulso colocado na alçada das partes e **medido pelos seus interesses na solução da lide**, obviamente balizados pelo princípio da boa-fé objetiva, tem como norte a exposição dos fatos necessários ao conhecimento pleno do órgão julgador e a comprovação por meios de prova validamente admitidos.

Nesse sentido, assevera Suzana Cremasco que:

O ônus subjetivo estabelece, pois, com quais dos litigantes se relacionam os fatos a serem provados e, a partir daí a quem compete provar determinado fato, quem deve promovê-lo, ou, ainda, a quem interessa que se produza certa prova, indicando, com isto e por consequência, aquele que será afetado pela falta da prova respectiva.²²

O sentido atribuído no trecho do estudo acima transcrito é ainda captado na obra de Leo Rosenberg, para quem o ônus subjetivo da prova é “o ônus que incumbe a uma parte de subministrar a prova de um fato controvertido, mediante sua própria atividade, se quiser evitar a perda do processo”.²³

O professor alemão estabelece, no entanto, uma verdadeira cisão entre os conceitos de ônus subjetivo e ônus objetivo, esclarecendo que a maioria dos autores só admite um outro dos conceitos. Em seguida, sustenta que a atividade processual da parte, sobre quem recai o ônus da prova, não constitui a base de sua doutrina, predominantemente calcada no ônus objetivo da prova, que ele

21 Classificado Por Micheli, Gian Antônio, ob. cit., p. 113 como “necessidade meramente prática de agir”

22 CREMASCO, Suzana Santi, op.cit., p.39

23 Vide ROSENBERG, Leo., op.cit. p.15 : “la carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, se quiere evitar la pérdida del proceso”

chama de carga da certeza, posto que para ele o problema do ônus da prova somente aparece quando a prova não foi produzida.²⁴

Hernando Echandía, por seu turno, acrescenta que o problema do ônus da prova reside não em saber sobre qual das partes recai o ônus, mas em definir a quem afeta na sentença a falta de prova, de modo que esse autor esvazia de certa forma o conteúdo do ônus subjetivo como categoria autônoma.²⁵

Constata-se, por conseguinte, a coexistência do ônus objetivo e do ônus subjetivo, que na verdade são aspectos do mesmo conceito, ou duas faces da mesma moeda, na precisa analogia de Micheli.²⁶

O aspecto subjetivo do ônus não pode, assim, ser dissociado do seu aspecto objetivo, de modo que indevido é relegar a um papel inferior a função motivadora do ônus em concitar as partes a promoverem a prova suficiente ao convencimento do julgador.

Essa motivação, traduzida numa expectativa de sucesso ou êxito diante da conduta processual adotada, nada mais é do que o ângulo de visão a partir do referencial das partes, ou seja, é a visão panorâmica das possibilidades de conduta dos sujeitos, com vistas a enxergar os possíveis efeitos da ausência de prova.

Por outro lado, o ângulo de visão a partir do referencial do julgador, no que pertine à aplicação da regra do ônus da prova, se volta para trás, com vistas a enxergar a postura assumida pelas partes na busca da confirmação dos fatos alegados, que compõem o suposto da norma que alberga os interesses de cada uma (pretensão ou exceção).

Dessa maneira, como bem assevera Echandía, não se pode falar em duas cargas, uma objetiva e outra subjetiva, mas em dois aspectos do mesmo problema.²⁷

Do ponto de vista subjetivo, a expectativa do julgador é a de que as partes, motivadas pela perspectiva de sucesso, subministrem as provas nos limites

²⁴ Idem, *ibidem*, p.15-21

²⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*p.409

²⁶ Micheli, Gian Antônio, *op.cit.* p.110; Vide, ainda, admitindo a dicotomia entre ônus subjetivo e ônus objetivo, a extensa relação dos autores trazida por Pacífico, Luiz, Eduardo Boaventura, *op.*, cit. p.134, nota 11.

²⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis, *op.cit.*p.410

dos fatos controvertidos, a fim de que se permita o julgamento do mérito da demanda.

Essa possibilidade, no entanto, pode não se concretizar, de modo que o julgador pode deparar com a ausência de provas ou a sua insuficiência, capaz de promover um estado de incerteza quanto à atribuição do sentido e alcance da norma objetiva ao caso concreto.

A incerteza do órgão julgador, no entanto, não o autoriza a deixar de julgar, pronunciando, portanto o *non liquet*. Essa vedação, como decorrência do caráter público e exclusivo da função jurisdicional, ocorre na maior parte dos ordenamentos modernos²⁸, encontrando-se positivado no sistema nacional, precisamente **no art. 140 do atual CPC/2015**, com sentido integralmente transposto e redação reproduzida parcialmente do art. 126 do revogado CPC/1973.²⁹

Desse modo, sob esse ponto de vista, o ônus da prova consiste precisamente em “autorizar o pronunciamento judicial (no mérito), em semelhante hipótese, indicando o conteúdo da decisão”.³⁰

Trata-se de verdadeira técnica processual, segundo a qual o julgador deve exercer o seu dever-poder de dizer o direito no caso concreto, ainda que as partes não hajam subministrado as provas das alegações, baseado em norma que prevê consequência desfavorável a uma conduta, que pode ser livremente praticada pelo sujeito processual, a quem a norma invocada aproveita.

Ou, como sintetiza Hernando Echandía, é a regra (de juízo) que “indica ao juiz como deve decidir na falta de convencimento sobre os fatos, ou seja, contra quem deve considerar a falta ou insuficiência das provas, quaisquer que sejam o litígio ou o processo”.

28 Vide ainda PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit. p.16.

29 art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. – Convém expressar que, ainda que o texto legal revogado se referisse à “obscuridade da lei”, deve-se observar que esta (a lei) na verdade voltava-se para os fatos, de modo que a ausência de qualquer prova sinalizaria para uma obscuridade cuja consequência a regra pretendia evitar. Desse modo, o dispositivo se aplicava à obscuridade decorrente da ausência de comprovação dos fatos alegados, ou seja, à ausência de prova.

30 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit. p.16

É, portanto, desse ângulo, um instrumento a serviço da decisão, que objetiva, numa visão isolada, garantir o julgamento em todas as questões submetidas ao Poder Judiciário, sendo impulsionada friamente pela necessidade de compor o litígio ou, como assevera Suzana Cremasco, é:

Um critério válido e necessário que evita surpresas para as partes e o arbítrio do magistrado, eis que as regras do jogo são conhecidas por todos de antemão. Mas um critério que nem sempre conduz a uma decisão justa, porque, é de se reconhecer, da constatação de que o fato não foi provado por quem deveria, não decorre, necessariamente, que ele não tenha existido e que a afirmação lançada não seja verdadeira.³¹

Assim, embora a fixação apriorística e estática do ônus, vislumbrada sob a ótica do julgador, seja aspecto que atende à segurança, em determinadas circunstâncias restam desatendidos aspectos valorativos do processo, como a busca de resultado calcado na aproximação entre as versões apresentadas e os acontecimentos fáticos registrados.

Nesse sentido, partindo-se da regra estática, devem ser buscados meios de reduzir as possibilidades da utilização de regras postas de modo desvinculado de elementos valorativos norteadores do processo moderno, fundado na perspectiva não simplesmente voltada à resolução dos conflitos, mas orientada à busca da verdade possível como condição de justiça na decisão dos casos submetidos a julgamento.³²

4 O Ônus da Prova como Regra de Convencimento

Segundo observado no item anterior, da estrutura do ônus da prova são vislumbrados dois aspectos que representam, na verdade, a percepção do problema encarado sob ângulos de visão distintos.

Autorizada doutrina, no entanto, contempla a questão de forma preponderante, sob a ótica do ônus objetivo, ou seja, observam esses doutrinadores problema, a partir da ótica do julgador, que depara com a ausência de prova no momento da decisão e que, devendo dizer o direito, se utiliza de regra preestabelecida que faculta às partes a produção de prova em relação às afirmações que suportam a

31 CREMASCO, Suzana Santi, *op.cit.*, p.39

32 TARUFFO, Michele. *A Prova*. 1. ed. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo. Marcial Pons.

pretensão de cada uma, para definir a quem prejudica ou aproveita a sentença de mérito.³³

De fato, algumas dificuldades relativas ao aspecto subjetivo do ônus da prova desviaram a atenção dos doutrinadores para o seu caráter objetivo. A respeito dessas dificuldades, observe-se o relato de Leo Rosenberg:

A questão muitas vezes discutida de saber se a prova é um dever ou um ônus das partes só tem sentido tratando-se da carga subjetiva da prova. O perigo de confundir-se o ônus da prova com a apreciação da prova só existe no terreno do ônus subjetivo; em troca não é possível quando se expõe o problema da carga objetiva da prova. Também as expressões usuais de nossas leis enquanto estabelecem normas relativas ao ônus da prova procedem do ideário da carga subjetiva; assim, por exemplo, quando se fala de 'uma parte que deve provar' ou do 'dever de prova' ou de que uma prova incumbe ao demandante ou ao demandado ou de que uma parte está obrigada a provar uma circunstância.³⁴

Conforme o próprio Rosenberg assinala, a noção de ônus subjetivo surgiu, na conotação outorgada no presente trabalho, em 1883, sendo atribuído o conceito a Julius Glaser. De acordo o professor Tedesco, o conceito (ônus subjetivo), para a explicação do problema, foi predominante até pouco tempo, antes da edição da sua obra "Die Beweislast".³⁵

Por outro lado, para Gian Micheli a estruturação do princípio da aquisição processual, conjugada com os poderes instrutórios do juiz, somados à possibilidade de valorização do debate travado mediante o contraditório, resultou numa involução ou retrocesso no conceito de ônus (calcado até então, preponderantemente, sobre o aspecto subjetivo).

Pode-se, então, afirmar que o desenvolvimento do aspecto objetivo do ônus da prova e a sua percepção preponderante como regra de julgamento, vislumbrado

33 Vide Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit., 135-139

34 ROSENBERG, Leo., op. cit. p.18: "La cuestión muchas veces discutida, de saber sila prueba es un deber o una carga de las partes, sólo tiene sentido tratándose de la carga subjetiva de la prueba . El peligro de confundir la carga de la prueba con la apreciación de la prueba sólo existe en el terreno de la carga subjetiva ; en cambio, no es posible cuando se plantea el problema de la carga objetiva; también las expresiones usuales de nuestras leyes en cuanto establecen normas relativas a la carga de la prueba, proceden del ideario de la carga subjetiva; assim, por ejemplo, cuando se habla de "una parte que debe probar" o de que una prueba incumbe ao demandante ou ao demandado ou de que uma parte está obrigada a provar uma circunstância"

35 ROSENBERG, Leo, op.cit. p.16-17

o problema apenas na ausência de prova, constituiu, do ponto de vista da ciência processual, avanço considerável.

Esse avanço científico, paralelo à própria evolução da ciência processual, não significa, porém, se deva perder o foco da finalidade do próprio processo, esterilizando-o em jogos de palavras cristalizados nos cadernos processuais.

Desse modo, a despeito da importância dos avanços, não se pode esquecer da preponderância da finalidade sobre o instrumento, posto que o escopo do ônus da prova não está desatrelado do escopo do processo, que, como assegura Carnelutti, não é a simples composição da lide, mas a composição justa da lide.³⁶

O conceito de justiça adotado para fins deste trabalho pressupõe a busca da verdade processual associada esta à colação de fatos demonstráveis pelos meios de prova permitidos e disponíveis no âmbito do ordenamento.³⁷

Assim, não se mostra atual a visão de que não há importância no que pertine ao aspecto subjetivo do ônus da prova, na medida em que contemplado o problema de forma integral, este tem como finalidade constituir-se uma regra supletiva de convencimento e não exclusivamente de julgamento.

Nesse sentido, os dois aspectos acima estudados devem ser contemplados conjuntamente, não se podendo esquecer que em razão dos sujeitos são praticados os atos processuais, e, desse modo, embora seja reconhecida a relevância do aspecto objetivo, este não existe senão a partir do aspecto subjetivo, ou seja, a partir do referencial de visão das partes, numa visão panorâmica das possibilidades de conduta dos sujeitos, com vistas a enxergar os possíveis efeitos da ausência de prova.

A visão atual e o perfil teleológico do processo vinculam a regra do ônus da prova à incessante busca do convencimento do julgador, de modo que inadmissível se revela o julgamento sem qualquer paridade ou relação ao direito material. Nesses termos, a regra do ônus pode ser considerada também elemento de convencimento.

36 Vide a respeito CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução para o vernáculo por Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Boock, 2000. v. I, p.373

37 TARUFFO, Michele. A Prova. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed.. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22-23.

No mesmo sentido, observemos o que preconiza Luiz Guilherme Marinoni:

Quando a regra do ônus da prova passa a considerar a convicção diante do caso concreto, ela passa a ser responsável pela formação da convicção, que pode ser a certeza ou a verossimilhança. Ou melhor, pode ser de verossimilhança sem ser de dúvida. Como o convencimento antecede a decisão, não há como aceitar a ideia de que a regra do ônus somente tem importância para permitir a decisão em caso de dúvida, e não para a formação do convencimento.³⁸

Nota-se, assim, modernamente, uma tendência de análise da regra do ônus da prova não apenas do ponto de vista objetivo, aspecto que foi alçado, a partir de doutrinadores como Leo Rosemberg e Gian Antônio Micheli, ao patamar de eixo central da noção³⁹, mas no contexto do convencimento do julgador, que deve avaliar os aspectos objetivo e subjetivo como faces da mesma moeda, posto que a verdadeira essência da regra do ônus é a redução da incerteza.

5 Conclusão

As regras de distribuição do ônus da prova, numa interpretação consentânea com os seus objetivos calcados no aspecto comutativo do atual estágio hermenêutico-constitucional do processo, revelaram o problema da definição dos limites e contornos da atuação judicial, tanto no campo da determinação como no da apreciação da conduta processual adotada pelas partes.

As disposições contidas nos artigos 5º e 6º da Lei nº 13.105/2016, de interpretação obrigatoriamente conjunta, que consagram, respectivamente, o dever de boa-fé e cooperação para consecução da finalidade processual, identificada esta última **como decisão de mérito justa e efetiva**, sugerem a alteração da perspectiva probatória, voltando-se especialmente o ângulo de visão para a conduta processual das partes, que devem ser probas, diligentes, cooperativas na comprovação de suas alegações deduzidas em juízo, não devendo ser tolerada qualquer tentativa de obstaculizar a finalidade processual, explicitada na regra citada.⁴⁰

38 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Revista de doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.10, jan. 2005. Disponível em: http://www.revista.doutrina.trf4.gov.br/artigos/edição/010/luis_marinoni.htm. Acesso em: 28 abr. 2016.

39 ROSENBERG, Leo., op.cit. p.18-19; MICHELI, Gian Antônio, op.cit. p.112;

40 Lei 13.105/2015(NCPC): Art. 5ºAquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé; Art.6ºTodos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão justa e efetiva.

Pretende-se, assim, aproximação da definição do ponto de equilíbrio entre o formalismo, isonomia material e comutatividade na condução do processo, no que pertine à atuação das partes e do juiz no campo probatório.

Decorridos aproximadamente 150 anos desde a polêmica disputa entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther⁴¹, que rendeu ao mundo a noção clara de que o direito de ação, a partir do ajuizamento desta, constitui direito subjetivo a ser exercido contra o Estado, não há qualquer dúvida de que a relação jurídica subjacente se distingue perfeitamente daquela estabelecida a partir da eclosão da lide.

A ação, como direito subjetivo de provocar o Estado a se pronunciar sobre determinada questão, submetida à sua apreciação gera ao jurisdicionado a prerrogativa de obter a resposta ao seu questionamento. Esse direito subjetivo, decorrente do monopólio estatal da jurisdição, por seu turno, gera para o Estado um dever de dizer o direito (*jurisdictionis*). Diante disso, pode-se afirmar que o "direito (subjetivo) de ação é de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública oficial do Estado."⁴²

O processo, embora se distinga da ação, na medida em que representa o método ou sistema de composição da lide em juízo, se materializa na sucessão ordenada de atos, denominada procedimento, que deve culminar com a decisão de outorga da tutela estatal, importa numa relação jurídica de direito público travada entre as partes e o juiz.

Nesse sentido, o processo é fonte de direitos e, por evidente, de seus **deveres correlatos**. Portanto, a relação jurídica estabelecida exige das partes, para o seu desenvolvimento, **determinadas condutas**, cuja inobservância deve ser causa de uma consequência desfavorável à pretensão do descumpridor, seja este demandante ou demandado.

41 Segundo DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18 nota 3: "na obra revolucionária de Bernhard Windscheid (*die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*), ponto inicial da famosa polêmica tantas vezes lembrada nos estudos dos processualistas, um dos propósitos fundamentais foi o de afastar o paralelismo entre a *actio* romana e a ação do direito moderno, a partir da observação de que o sistema romano foi um sistema de *actiones*, não de direitos; ao que os romanos designavam por *actio*, disse, corresponde do que hoje se chama pretensão (*Anspruch*), ou seja, a faculdade de impor a própria vontade por via judiciária". Na resposta polêmica de Theodor Muther a esse escrito, onde se sustentou a prioridade do direito como referência à ação também no direito romano (defendida, pois, a reaproximação dos conceitos de *actio* e ação) (...) Essa histórica polêmica foi o marco inicial do inconformismo do jurista moderno em face das colocações tradicionais, e isso como reflexo do iluminismo sobre a ciência processual secularmente dócil às tradições privatísticas. Ela principiou todo um movimento que acomodou o processo ao modo-de-ser da conjuntura político-social em que se insere."

42 THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I, n. 42, p.39.

Como essa relação jurídica traduzida no processo apenas veio a ser sistematizada como relação autônoma e distinta da relação subjacente a partir do final do século XIX⁴³, durante algum tempo houve uma tendência de vinculação, por parte da doutrina, das condutas desenvolvidas pelas partes no âmbito processual e das expectativas geradas em relação à postura adotada, com as noções de obrigação e correlata consequência, numa nítida confusão entre direito material e direito processual.

A atividade das partes, em qualquer processo, é sempre de fundamental importância para a consumação de suas expectativas. Desse modo, conclui-se com Hernando Devis Echandía que "as partes devem executar certos atos, adotar determinadas condutas, afirmar fatos e fazer petições, tudo isso dentro dos limites de tempo e lugar que a lei processual assinala, se querem obter bom êxito e evitar prejuízo como resultado do processo".⁴⁴

Para além dos aspectos meramente procedimentais, formais e temporais extraídos da citação acima, os atos a serem praticados encontram limite ainda nos aspectos éticos, no contexto da boa-fé objetiva e seus parcelares, numa evidente transposição do instituto do direito material ao direito processual.

Assim, o processo civil **no modal cooperativo**, a partir da dicção consagrada no art. 6º da Lei nº 13.105, de 16.03.2015, definitivamente prescinde da imposição aos litigantes do dever de boa-fé, que inclui a impossibilidade de apresentar obstáculos à descoberta dos fatos imprescindíveis ao julgamento da demanda⁴⁵. Esse dever, porém, na hipótese deste artigo, pode também configurar **ônus das partes** (não somente dever), ou seja, pode influenciar o julgamento do *meritum causae*.

43 Como explica ARRUDA ALVIM, José Manuel. Manual de direito processual civil. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v.1, p.89, a obra-marco que cuidou de sistematizar a distinção entre o direito material controvertido do processo por meio do qual era resolvida a questão, foi publicada por autoria de Oskar von Bülow em 1868 sob o título "Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais".

44 ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría general de la prueba judicial. 5.ed., Bogotá: Temis, 2002. t.I. p.375: "... las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas, afirmar hechos e fazer peticiones, todo ello dentro de los límites de tiempo e lugar que la ley procesal señale, se quieren obtener buen éxito e evitarr-se prejuicios como resultado del proceso"

45 A respeito do dever de boa-fé, leia-se: GOUVEIA, Lúcio Grassi, de. Conteúdo e alcance do dever de dizer a verdade no sistema processual civil brasileiro. Revista da Esmape, Recife, a. 10, n.21 jan./jun. 2005.

Referências

ARRUDA ALVIM, José Manuel. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. São Paulo: RT, v.I, 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. **Manual de direito processual civil**. 9 ed. São Paulo: RT, v.II, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. [Tradução de Antônio Carlos Ferreira]. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 1.ed. São Paulo: Classic Book, t.I, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. [Trad. da 2 ed. do original italiano por Paolo Capitanio]. Campinas: Bookeseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pelegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12.ed. Malheiros: 2005.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 5.ed. Bogotá: Temis, t.I 2002.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Ed. Labor, 1936.

GOUVEIA, Lúcio Grassi, de. Conteúdo e alcance do dever de dizer a verdade no sistema processual civil brasileiro. **Revista da Esmape**, Recife, a.10, n.21 jan./jun. 2005.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LAKATOS, Eva. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2001.

LÉPORI, Inés. **Cargas probatórias dinâmicas**. Buenos Aires: Rubinzal-culzoni Editores, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. 2 ed. Padova: Cedam, 1966.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado: e legislação extravagante**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n.90, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: _____ (org.). **Prova Cível**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Gênesis. **Revista de Direito Processual Civil**, s.d.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova no direito processual civil**. 1.ed., 2.tir. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.2.

PEYRANO, Jorge Walter. **La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica**. In Peyrano, Jorge W.; White, Inés Inés Lépori [Coord.]. 1. ed. **Cargas probatórias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatorias dinámicas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PEYRANO, Jorge Walter; Chappini, Júlio O. Lineamientos de las cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; White, Inês Lépori [Coord.]. 1.ed. **Cargas probatorias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-culzoni Editores, 2004.

PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge Walter.; White, Inês Lépori [Coord.]. 1.ed. **Cargas probatorias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.

ROSEMBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJE, 1956.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo. Malheiros, 1997.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970.

TEPSICH, Maria Belén. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; White, Inês Lépori [Coord.]. **Cargas probatorias dinámicas**. Buenos Aires: Rubinzal-culzoni editores, 2004.

O Direito à Audição Prévia e a Impossibilidade de Decisão-Surpresa como afloramentos do princípio do contraditório (Uma nota de direito comparado)

Frederico Ricardo de Almeida Neves

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa e Membro efetivo da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas.

O Direito de acesso à Justiça é assegurado àquele que pede e àquele em face de quem é pedida uma providência jurisdicional. O autor pede, e o réu, chamado a intervir, defende-se, podendo, para além disso, desde que haja conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa, manifestar pretensão própria, em face do autor, o que configura o instituto da reconvenção (artigo 343, do NCPC).

O Direito de Defesa, por seu turno, decorre do Direito Natural, já que fere sensibilidades primárias (religiosas, racionais, éticas e morais), que alguém possa suportar as consequências advenientes de uma decisão judicial, sem que tenha assegurada a oportunidade de se defender previamente.

Dito isso, importa lembrar que a Constituição da República, no seu artigo 5º, inciso LV, preceitua que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Mas, se bem se vir, o princípio do contraditório não se limita a oportunizar ao réu o oferecimento da sua contrariedade, em face do que fora pedido pelo autor; mas mais: numa acepção moderna e mais abrangente do princípio do contraditório, sustenta-se que, durante todo o *iter* procedimental, em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, às partes é assegurado o direito de pronunciar-se em defesa dos seus interesses, com espírito de cooperação (artigo 6º), de boa-fé (artigo 5º), e em igualdade de tratamento (artigo 7º), **buscando influenciar a decisão**.

Retenha-se, nesse passo, que o respeito ao contraditório deve ocorrer: (i) no **plano dos fatos** (as alegações de uma das partes devem ser passíveis de contrariedade pela outra); (ii) no **plano das provas** (a proposição, a admissão, a

produção e a valoração das provas devem submeter-se ao crivo do contraditório de ambas as partes); e (iii) no **plano do direito** (às partes deve ser facultada a discussão prévia, ampla e efetiva acerca de todos os fundamentos jurídicos em que a decisão possa basear-se).¹

Pois bem. O Novo Código de Processo Civil consagrou, como corolário do princípio do contraditório, no artigo 9º, *Caput*, o Direito à audiência prévia ao estabelecer que *“não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”*. Mais ainda, deixou expresso no artigo 10, do mesmo diploma legal, que *“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”*.

Infere-se daí que repugna ao sistema processual civil de 2015 toda e qualquer decisão que venha a ser tomada à revelia dos interessados. Quer isso dizer que, nos moldes da novel legislação, a regra é a do contraditório prévio, antecedente, e não a do contraditório diferido ou postergado. Isso mesmo, antes de decidir qualquer questão, seja de mérito ou processual, o intérprete-aplicador da norma deve assegurar, sob a sua direção, um amplo e cooperativo diálogo entre as partes litigantes, durante todo o curso do processo, em ordem a garantir que, uma vez agitada qualquer alegação por uma das partes, deve seguir-se o chamamento da outra para, querendo, impugnar ou contradizer.

Todavia, há exceções, porquanto dispensa-se a observância do princípio da audiência prévia, nas hipóteses elencadas no parágrafo único, incisos I, II e III, do aludido dispositivo legal (artigo 9º). É dizer, permite-se a tomada de providências contra uma parte sem que ela seja previamente ouvida, em casos

¹ José Lebre de Freitas, renomado processualista português, na esteira da doutrina e da jurisprudência germânicas, liga ao princípio do contraditório as ideias de participação e de influência na decisão. Para ele, “por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que, formulado um pedido ou tomada uma posição por outra parte, devia à outra ser dada oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão, tal como, oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la, e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar, assim se garantindo o desenvolvimento do processo em discussão dialéctica, com as vantagens decorrentes da fiscalização recíproca das afirmações das partes. A essa concepção, válida mas restritiva, substituiu-se hoje uma noção mais lata de contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do *rechliches Gehör* germânico, entendida como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais. À luz do Código Revisto. Coimbra Editora. 1996, págs. 96 e 97).

de tutela provisória, de urgência ou de evidência, bem assim para a adoção do pronunciamento judicial monitorio de que trata o artigo 701 do NCPC.

Essas limitações à audição prévia estão fincadas em duas ordens de razões. A saber: (1ª) Na tutela provisória de urgência, a ouvida prévia do réu pode causar dano ou tornar inútil o resultado do processo, caso em que, concedida a providência judicial *inaudita altera parte*, o contraditório fica postergado, podendo a parte interessada manejar o recurso cabível contra o ato judicial (artigos 300 e 1.015, inciso I); (2ª) Na tutela provisória da evidência, o que justifica a dispensa do contraditório prévio nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 311, segundo doutrina atualizada, é a consistência dos articulados do autor e a robustez da prova documental produzida com a petição inicial, constatações que fazem presumir a fragilidade de eventual defesa que vier a ser ofertada pelo réu².

Não será demasiado acentuar que a tutela provisória da evidência somente será concedida, com dispensa do contraditório prévio, quando, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (a), as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (b) tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; (artigo 311, incisos II e III); e (c) a pretensão de expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, em sede de ação monitoria, estiver amparada na existência de direito evidente do autor, demonstrado por prova escrita desprovida de eficácia executiva (artigos 700 e 701).

Observe-se, por oportuno, que os incisos I e IV do artigo 311, alusivos, respectivamente, ao abuso do direito de defesa e ao manifesto propósito protelatório da parte, bem assim à exibição de prova documental, na petição inicial, dos fatos constitutivos do direito do autor, conquanto também permitam a concessão da tutela provisória da evidência, não autorizam, contudo, a dispensa da audição prévia da parte contrária. Muito ao revés, a análise segura dessas duas situações, com vistas ao deferimento da tutela da evidência, depende, fundamentalmente, do efetivo oferecimento da defesa da parte demandada. Bem por isso, o novo código cuidou de assegurar ao interessado a possibilidade de, previamente, demonstrar ao juiz que não há o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório alegado, ou, ainda, produzir prova capaz de gerar dúvida

2 Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Rodrigo Arenhart. In: Novo Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015, págs. 322 e 323.

razoável no espírito do julgador, influenciando, assim, a formação da convicção judicial a respeito da tutela provisória da evidência almejada.

Aqui, uma nota convém aditar. O legislador de 2015, no parágrafo único do artigo 311, dispôs que, nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá **decidir liminarmente**, e assim procedeu para manter a coerência no interior do sistema, harmonizando o citado dispositivo com o que está preconizado no inciso II do parágrafo único do artigo 9º. Não deve passar despercebido, outrossim, o fato de o legislador ter deixado explicitado que “A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia” (§ 2º do artigo 300).

Da análise ordenada desses dispositivos, ressalta com solar clareza que, ao falar na possibilidade de o juiz deferir liminarmente a tutela provisória, seja em caso de urgência, seja no da evidência, o legislador quis, em boa verdade, explicitar que a decisão pode ser concedida **inaudita altera parte**.

Isso porque a decisão judicial perde a natureza de liminar quando for concedida após a manifestação da parte contra a qual se pede a providência. Com razão Adroaldo Furtado Fabrício, para quem “...liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da prolação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite *inaudita altera parte*, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação. Não é outra a constatação que se extrai dos próprios textos legais, que em numerosas passagens autorizam o juiz a decidir liminarmente ou após justificação. Assim formulada alternativamente, a proposição já sugere que, na segunda hipótese, não se trata de liminar, pelo menos em estrito sentido” (Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *In*: Inovações do Código de Processo Civil. Livraria do Advogado editora, segunda tiragem. Porto Alegre, 1997, pág. 18).

Nesse ser assim, para garantir a ausência de imperfeições no interior do novo ordenamento processual civil, talvez seja o caso de se promover a adequação do parágrafo único do artigo 564 - que considera **decisão liminar a que concede a reintegração ou manutenção de posse, após a realização da**

audiência de justificação prévia do alegado – com o que está disposto no § 2º do artigo 300 do NCPC.

É nessa órbita que se abriga o artigo 332, do NCPC, onde está expresso que “nas causas que dispensem a fase instrutória o juiz, independentemente da citação do réu, julgará **liminarmente** improcedente o pedido que contrariar: I- enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II- acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III- entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV- enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”, e, também, quando “verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição” (§ 1º do artigo 332).

Nesse tema, há que ir mais longe. A certa determinação do § 1º do artigo 332 para o juiz julgar **liminarmente** improcedente o pedido, nas situações que elenca, pode sugerir ao intérprete aplicador da norma a ideia de dispensabilidade da audiência prévia do autor para tal desiderato, garantindo-se-lhe, todavia, como não poderia deixar de ser, por imperativo de lei, o contraditório postergado, mediante o manejo do recurso de apelação, com possibilidade de retratação (§ 3º do artigo 332). Poder-se-á dizer que, antes de ajuizar uma ação, cabe ao autor, sem deslembrar dos seus deveres de cuidado, assegurar-se de que a sua pretensão tem fundamento sério e possibilidades razoáveis de êxito³, o que inoçorreria nas situações previstas nos quatro incisos e no § 1º do artigo 322, não podendo, em casos que tais, o autor, em real verdade, alegar surpresa com o julgamento liminar de improcedência do pedido.

Tome-se posição. É intuitivo que, ao autorizar o juiz a julgar liminarmente improcedente o pedido (artigo 332), o legislador quis dispensar o pronunciamento prévio do réu, por ser o único beneficiário da decisão. *Aliter* com relação ao autor, a quem é assegurado o direito de falar, antes do eventual decreto de improcedência liminar, até para poder demonstrar ao julgador que a sua causa não guarda pertinência com os enunciados de súmulas ou com os acórdãos proferidos em julgamentos de casos repetitivos, que possam lastrear a decisão judicial. Tal conclusão mais se evidencia quando se tem em consideração o artigo 927, § 1º, que, versando sobre as mesmas matérias contidas nos incisos do artigo 322, impõe, às expressas, a observação do disposto no artigo 10, quando os juízes e os tribunais resolverem decidir com base em julgamento de casos repetitivos.

3 António Menezes Cordeiro. In: Litigância de Má Fé Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”. Almedina. Coimbra, 2006, pág. 12.

Relembrem-se, para os mesmos e precisos fins, as disposições contidas no artigo 932, inciso IV, alíneas a, b e c, que autorizam o relator a, unipessoalmente, negar provimento a recurso que for contrário (i) a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; (ii) a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; e (iii) a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, casos em que o relator deverá ouvir o recorrente. Também nas hipóteses que apontam para o indeferimento da petição inicial (artigo 330 do NCPC), em razão da expressa necessidade de o autor ser intimado para, querendo, em 15 (quinze) dias, providenciar a sanação do defeito, indicado com precisão pelo juiz, ficando o indeferimento da inicial condicionado ao não atendimento da diligência (parágrafo único). Igualmente, nos casos de inadmissibilidade do recurso, o relator haverá de conceder o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível (parágrafo único do artigo 932 e § 3º do artigo 1.017).

Faça-se notar, todavia, que a locução adverbial de tempo “**desde logo**” foi utilizada no § 1º do artigo 332, para deixar claro que o decreto liminar de improcedência do pedido, por prescrição e decadência, sem audiência prévia do autor e do réu, somente poderá ocorrer no nascedouro do processo, antes da triangularização da relação jurídica processual. Isso porque, passado aquele momento, a prescrição e a decadência, conquanto matérias cognoscíveis de ofício, não poderão ser apreciadas pelo órgão jurisdicional, “**sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se**” (artigo 487, parágrafo único).

Quer isso tudo dizer que a inovação contida no artigo 10, considerada pela doutrina atualizada como *uma das normas fundamentais mais emblemáticas e importantes do CPC-2015*⁴¹, impede o juiz de decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício.

Com relação a esse tema, não se deve olvidar, mais uma vez, a preocupação que teve o legislador processual com a sistematização do novo diploma, ao deixar explicitado que, por ocasião do despacho saneador, o juiz, entre outras providências indicadas no artigo 357, **delimitará as questões de direito relevantes para a decisão do mérito** (inciso IV), o que dará ensanchas à manifestação prévia dos interessados sobre eventual qualificação jurídica

4 Fredir Didier Jr. Leonardo Carneiro da Cunha. In: Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Editora Jus Podium, 13ª Edição, pág. 57).

substancialmente inovadora não discutida no processo. Interessa ainda observar que as partes, nesse caso, poderão pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo de cinco dias, findo o qual a **decisão** se tornará estável (§ 1º), ou, ainda, apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vinculará as partes e o juiz (§ 2º).

Assim, entendendo pela aplicação de diferentes regras de direito ao caso concreto, nada impede, antes aconselha, que o novo enquadramento jurídico seja suscitado pelo juiz, por ocasião do despacho saneador, abrindo-se ampla possibilidade de discussão.

Como é cediço, o Código de 73 previu o princípio "*iura novit curia*", em alguma medida inserido no artigo 126, nos termos do qual o juiz tem a liberdade de aplicar as regras do direito adequadas ao caso concreto, suprimindo a omissão das partes litigantes, ou corrigindo a inadequada fundamentação jurídica por elas utilizada. Assentou, outrossim, que as matérias de ordem pública são cognoscíveis de ofício, ensejando pronunciamento judicial, independentemente da manifestação precedente ou antecedente dos interessados envolvidos no litígio (§ 4º do artigo 267 do CPC).

Isso ocorria, com alguma frequência, quando o juiz supria a omissão ou corrigia o pré-fixado enquadramento jurídico trazido pelas partes e nos casos de inexistência ou nulidade da citação; incompetência absoluta, inépcia da inicial, perempção, litispendência, coisa julgada, conexão, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, ausência de qualquer das condições da ação (§ 4º do artigo 301 do CPC 73).⁵

Há, hoje, no novo Código de Processo Civil, elementos sobejos para saber-se que o Juiz não está preso, atado, jungido às razões jurídicas deduzidas pelas partes; ao contrário, a ele caberá **aplicar o ordenamento jurídico** – sem estar limitado às regras jurídicas indicadas pelos litigantes –, de modo a atender "aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade,

5 Para Antônio Santos Abrantes Geraldês, "Eram as chamadas decisões-surpresa, legitimadas pelo regime jurídico-processual anterior, que nenhuma limitação colocavam ao poder imediato de integração da matéria de facto nas normas aplicáveis" *IN* "Temas da Reforma do Processo Civil. 1-Princípios Fundamentais. 2-Fase inicial do processo declarativo". Almedina. 1997, pág 67.

a publicidade e a eficiência” (artigo 8º). Também não está impedido de conhecer de ofício das matérias de ordem pública (artigo 337, § 5º), não sem antes, porém, colher a manifestação dos litigantes, banidas que foram as decisões-surpresa da legislação processual civil brasileira. Afinal, não se pode comprometer a previsibilidade, a segurança e a própria Justiça da decisão.

Vê-se, diante do que foi dito, que, em ambos os casos (audição prévia e impossibilidade de decisão-surpresa), o legislador processual civil de 2015 quis impedir que as partes litigantes sejam surpreendidas com soluções jurídicas inesperadas com as quais não poderiam razoavelmente contar, por não terem sido objeto de discussão no processo, e, ao mesmo tempo, assegurar aos interessados o direito de tentar persuadir o intérprete-aplicador da norma, influenciando a decisão, antes, como é de evidência palmar, da prolação do pronunciamento judicial, ainda que a questão verse sobre matéria regida por norma que tutele interesse público, sobre o qual as partes não têm o poder de dispor.

Objetar-se-á que, ao exigir o pronunciamento prévio das partes sobre soluções jurídicas ainda não debatidas no processo, o juiz estará antecipando a decisão a ser adotada, e isso inquirará de nulidade absoluta o ato judicial. Não colhe tal argumento. Para que o NCPC possa produzir bons frutos, haverá a necessidade de uma mudança de mentalidade de todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo. O que o novo regime pretende, em bom rigor, é evitar a surpresa, o inesperado para as partes litigantes, e possibilitar que elas participem ativamente do processo, visando influenciar a decisão, ainda que, para isso, o intérprete-aplicador da norma precise dar algumas pistas sobre como pretende decidir. Além disso, a partir da audiência prévia das partes, o juiz pode ser convencido a proceder outramente.

Por derradeiro, cumpre identificar as fontes em que o legislador brasileiro buscou inspiração para redigir as novas regras. Sem dúvida, foi na legislação processual civil portuguesa. O direito à audiência prévia está assentado e sedimentado no artigo 3º, n.º 3, *in fine*, do Código de Processo Civil Português, onde está determinado que *“O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem”*⁶

6 Miguel Mesquita. Código de Processo Civil. Almedina. Coimbra. 2016. 16ª edição, pág.35.

Tributação e justiça social: a participação popular na elaboração, implementação e supervisão da política fiscal brasileira

Geisel Christian Ramos dos Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Especialista em Direito Público pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD. Auxiliar Judiciário no Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE.

Resumo

As tentativas recentes de inserção da sociedade na elaboração de políticas tributárias e sua fiscalização têm encontrado resistência por parte dos órgãos competentes, embora exista previsão constitucional para o progressivo envolvimento dos cidadãos no trabalho de formatação do orçamento público baseado na captação de tributos, o que se revela uma necessária prioridade no momento hodierno, quando muitos segmentos questionam a legitimidade e a lisura da política fiscal pátria. O presente artigo aborda o estudo da participação popular no processo de formação da política tributária do Brasil, não se

limitando apenas ao mero conhecimento dos mecanismos de criação de tributos e sua posterior arrecadação, mas também enfatizando o ostensivo acompanhamento da aplicação da receita adquirida em prol da coletividade. É fato que o ideário de uma participação cidadã ainda não é plenamente verificado, e para alcançá-lo deve haver tanto um incentivo maior à cultura participativa por meios legais como uma mais crescente conscientização a respeito da importância que os tributos possuem na concretização dos objetivos estatais destinados à justiça e equidade social.

Palavras-chaves: participação popular; política fiscal; orçamento público.

Abstract

The recent attempts for an insertion of the society in the development of tax policy and its enforcement have faced resistance by the competent departments, although there is constitutional provision for the progressive involvement of citizens in the composing work of the public budget based on raising taxes, which nowadays reveals a necessary priority, when many social sectors question the legitimacy and fairness of the national tax policy. This article concerns the study of the popular participation in the process of composition of the tax policy of Brazil, not restricted only to the

casual knowledge of mechanisms for the tax creation and their subsequent storage, but also emphasizing the ostensible monitoring for the implementation of the acquired revenue in favor of the collectivity. It is fact that the idea of a citizen participation is still not fully verified, and for achieving it there will be a much more encouraging participatory culture by legal means and a more increasing awareness of the importance that the taxes have on the achievement of the State goals focused on social justice and equity as well.

Keywords: popular participation; fiscal policy; public budget.

1 A tributação como instrumento de justiça social

O hodierno modelo de Estado adotado pelas democracias ocidentais não é uma construção que se plasmou a partir de uma única condição histórica, porém fruto de um processo sociopolítico cujas prioridades foram sendo progressivamente reavaliadas e que teve reflexos imediatos no contorno jurídico.

Atestou-se com o passar do tempo que seu mecanismo de custeio esbarrava na sua própria limitação de fontes de apoio, por mais inesgotáveis que parecessem suas modalidades de subvenção, sobretudo em se tratando de recursos naturais das mais variadas espécies, fator que nos primórdios da civilização humana alicerçaram as primeiras sociedades organizadas.

Para atender a essa problemática, existem na atualidade quatro formas de financiamento estatais distintas, que nem sempre operam conjuntamente: intervenção direta no exercício econômico, emissão de moeda, endividamento e geração de receitas próprias (TRENTINI; AQUINO, 2010).



Dentro de um âmbito que preconiza a flexibilização das atividades financeiras por meio de uma orientação liberal, a atividade intervencionista contradiz os preceitos mais axiomáticos daquela filosofia, como já demonstrou o exaurimento da fórmula socialista de autossuficiência, de sorte que investidores se sentirão desencorajados pela maneira com que alguns governos passarem a conduzir suas diretrizes financeiras.

A emissão de moedas se mostra uma alternativa difícil de se gerir, vez que quando circula em proporção maior do que a oferta de bens e serviços gera inflação, na medida em que causa o excesso de demanda e a conseqüente alta dos preços.

O endividamento, por sua vez, é uma solução que não gera resultados econômicos benéficos a longo prazo, pois fragiliza o orçamento público e traz em si mesmo sua própria desconstrução, pois precisa se valer de novos empréstimos e de frequentes manejos da estrutura captadora de recursos, tudo na tentativa de satisfazer a dívida existente, num ritmo que muitas vezes não se torna eficaz, levando o Estado à bancarrota em casos extremos.

Quanto à geração de receitas próprias, estas se dividem em receitas originárias e derivadas.

Como receita originária, figuram o patrimônio coletivo, campo onde se situam, entre outros exemplos, as jazidas minerais, cuja exploração pelo monopólio estatal se mostra eficaz para o equilíbrio da receita interna até o ponto do risco de extinção; e a prestação de serviços públicos, que não possui autossustentabilidade porque clama pela ostensiva intervenção governamental para seu funcionamento.

Assim, ante a limitação de opções para sua manutenção, o Estado, por meio de sua *conditio potestativa*, retira dos particulares parte de suas riquezas para financiar suas atividades, e entre suas diversas opções a tributação é a atividade mais conhecida e mais popularada.

Em suas manifestações mais embrionárias, a tarefa de arrecadar tributos assumia uma aura negativa, geralmente resultado de ônus para impérios derrotados em guerras e que culminava na extração forçada dos bens dos indivíduos, muitas vezes por meio de sanções quase impossíveis de se arcar, onde a captação de impostos portava um panorama nem um pouco condizente com um Estado democrático.

O estereótipo então criado de que a tributação é uma atividade que pouco ou nada de transformador trazia para o seio da coletividade e que devia ser combatida a todo custo, ainda que por meandros ilegais, tornou-se uma realidade.

Essa centenária visão perdeu no decurso temporal, tendo como sensível divisor de águas a Revolução Francesa, onde um dos motivos para a insurgência popular que caracterizou esse movimento libertário foi exatamente o progressivo aumento de impostos visando à manutenção dos privilégios da Corte.

A partir de então, na esteira de uma das consequências da Revolução – a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão –, o Estado recriou profundamente as finalidades da tributação, já que, além de tentar encontrar uma maneira de tornar essa tarefa menos antipática à sociedade, havia a preocupação de como sustentar a crescente demanda por serviços básicos como saúde, educação, segurança, transporte e previdência social.

Nascia assim o Estado Fiscal, o qual não se limitou a tributar as atividades camponesas como se fazia preteritamente, se estendendo ao setor de consumo. E, com o advento da ideia do Estado de Bem-Estar Social, que objetivava o provimento de todos os serviços essenciais para a boa manutenção da coletividade, se fez essencial a ampliação do ônus de contribuição para que esse desafio fosse alcançado, enfatizando assim a função extrafiscal dos impostos.

O múnus de que se veste o Estado Fiscal, portanto, não é de fácil efetivação, já que mesmo se envidando esforços para que a arrecadação não se torne uma atividade odiosa para a população, permanece sobre a atividade contributiva o estigma de uma dispendiosa obrigação, como bem pontua LOBO TORRES (2001, p.71), ao afirmar que “se paga o preço da liberdade ao Estado”. Não obstante, a não aplicabilidade justa dessa incumbência poderia, num futuro próximo, comprometer o modelo estatal mais condizente com seus fundamentos originais, o de provedor de políticas sociais eficazes, o que por si só reforça a urgência de se reinventar o próprio conceito de imposto como algo a ser considerado desejável e adequado ao momento vivido.

Do que aqui se depreende, não há como se planejar a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais no Brasil sem se pensar na tributação, o que leva toda a sociedade, em seus diversos níveis de organização, a um esforço

sinérgico de quebra de antigos paradigmas de reconstrução dos princípios fiscais mais axiomáticos.

2 Breve histórico da relação entre a tributação e o cidadão comum no Brasil

A tarefa de se compreender por que razão a grande maioria dos brasileiros é indiferente e até mesmo evita o debate sobre o contexto fiscal de seu país só é possível se se analisar aspectos que distam um período considerável do momento atual (FERREIRA, Rodrigo. *Tributos: origem e evolução*, 2015).

No que diz respeito à formação das suas primeiras diretrizes orçamentárias, o Brasil não a exerceu como entidade geopolítica autônoma e dotada de vontade própria, pois somente mais de três séculos após o início de sua colonização empreendeu caminho à emancipação político-legislativa e, ainda assim, se valendo das leis lusas como modelo, que em muitos aspectos não se adequavam ao diapasão orgânico que aqui já se consolidava.

Com o avanço da colonização cada vez mais para o interior de sua possessão, floresceu o ciclo da mineração, especialmente do ouro, cujas jazidas estavam localizadas principalmente em Minas Gerais, num intercâmbio transatlântico que se tornou o principal pilar da economia metropolitana, tendo como base a retenção e envio direto para a Coroa de 20% de todo o ouro extraído, o que ficou conhecido como quinto. E, na progressiva escassez daquele metal, surgiu o confisco de bens e objetos valiosos chamado de derrama, atividade que corresponde, ainda que tendo uma gênese pernicioso, ao primeiro imposto oficialmente instituído no Brasil, que acarretou na Inconfidência Mineira, um dos principais movimentos independentistas.

Em outras palavras, a tributação no Brasil debutou sob um espírito coletivo de revolta, o que curiosamente também deu origem às mais antigas manifestações de sonegação fiscal de que se tem notícia: vários nobres escondiam o seu ouro em pó em vasos de barro, enquanto muitos guardavam barras de ouro dentro de imagens sacras pintadas por fora, mas escavadas em seu interior – os conhecidos “santos do pau oco”.

Como se pode apurar, o relacionamento do brasileiro com os tributos teve partida num âmbito de entreposto comercial, em que a ideia era que o imposto pago tinha caráter quase punitivo, mas que sobretudo era coletado para a metrópole que dilapidava a riqueza nacional.

Em outras palavras, a aversão para com a fiscalidade era nutrida por um duplo ressentimento, o que estimulou uma repulsa tão grande do cidadão comum para com essa atividade que, embora sob um prisma diferenciado, perdura até os dias de hoje.

3 A participação popular

A participação popular reflete a transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito em sentido amplo, tendo como ponto de transição o Estado Social propriamente dito.

O Estado Liberal se preocupava em manter o controle ortodoxo da sua produção legislativa e em aplicá-la com o objetivo principal de ver cumpridas as normativas que o regiam de forma peremptória, muitas vezes com prejuízo à legitimidade popular, o que fez com que fosse acrescida a esse modelo liberal a prerrogativa da necessidade da igualdade material por meio dos direitos civis já assegurados por lei, uma vez que não há como se pensar em desenvolvimento econômico sem antes se pensar em sistemática melhoria de vida.

Esse conflito resultou no surgimento do Estado Social, notadamente empenhado no desaparecimento do fosso que separava as classes mais abastadas do resto da população e mais inclinado para a pacificação do binômio liberdade-igualdade.

Mas ainda havia limitações para a implementação dessa imposição, especialmente porque não se enxergava de que modo esses pleitos poderiam ser atendidos, pois não raro os representantes do poder dirigente não conheciam com propriedade em que situação a coletividade estava imersa.

A participação popular veio sanar essa lacuna, pois o acesso dado ao povo para manifestação de suas ideias e queixas possibilitou a inteligência do panorama real que se tinha para enfrentar em todas as nuances governamentais.



Existem várias maneiras de a participação popular se efetivar. Ela pode ser de maneira direta, quando os cidadãos debatem as prioridades casuisticamente e, em seguida, por meio de votação, escolhem as decisões concernentes à hipótese em tela; ou indireta, quando os eleitores elegem os membros do parlamento local, que serão constitucionalmente habilitados para conduzir o processo decisório. Mas a participação ainda pode ser tripartite, onde se incluem o povo, os representantes eleitos e setores da sociedade, tais como organizações de classe, sindicatos e demais instituições sociais.

4 A participação popular no contexto tributário

Note-se, por conseguinte, que o Estado de Direito no Brasil se consolida com a ajuda tanto da democracia representativa quanto da participativa, as quais adquiriram os instrumentos constitucionais adequados para a sua efetivação.

De outra banda, permanece um quadro ainda intangível no que concerne à completeza desse processo de categoria progressista, que é o fato de a sociedade se manter – para alguns, ser mantida – alheia a diversas perspectivas da vida nacional e assim não poder deliberar a respeito de temas cruciais. Isso é reforçado pela incipiente formação pedagógica atinente à organização sociopolítica brasileira, o que faz com que as pessoas em geral despertem para os problemas coletivos apenas no momento de eleger seus representantes por meio do voto.

Naturalmente, esse posicionamento gera grandes prejuízos para todos, pois à medida que se opta por não tomar partido nas decisões que envolvem essa metodologia obrigacional para com o Fisco, dá-se margem a resoluções que nem sempre contemplarão as exigências públicas mais prementes, o que só aumenta o distanciamento do cidadão comum desse processo que continuará a se voltar mais para a efetivação dos seus regramentos do que para satisfazer a constante demanda coletiva pelos direitos sociais.

De qualquer maneira, é sólido o consenso de que não há como afastar a participação popular nesse debate, pois a discussão sobre o verdadeiro ideal de justiça fiscal se torna mais legítima quando o cidadão brasileiro, a quem recai o ônus de prestar contas com o Estado no campo da arrecadação, assume o protagonismo do processo, não bastando aí apenas o que se já tem como garantia constitucional para esse exercício de vontade, pois ele, mais do que ninguém, saberia quais seriam as demandas prioritárias.

Apenas a elaboração de políticas públicas não basta para se alçar a uma dimensão de concórdia social, passando não só pelo fim das desigualdades econômicas, mas também pela erradicação da miséria.

Uma recorrente controvérsia que brota dessa reivindicação reside no antagonismo entre o aumento da carga tributária e a redução dos custos da máquina governamental por meio da redução do nível de políticas públicas direcionadas para a satisfação do corpo social.

É que o Estado assegura não se furtar de suas obrigações legais para com o povo nem do cumprimento de normas constitucionais programáticas, mas muitas vezes fundamenta sua omissão em conduzir a sustentabilidade dessa assistência em razão da baixa arrecadação, justificando que apenas com a elevação dos impostos tais investimentos públicos não serão minorados ou mesmo extintos, se valendo do Princípio da Reserva do Possível em casos extremos de ausência de condições de razoabilidade na realização de suas tarefas.

Em virtude da exigência de um modelo de tributação que não venha a sobrecarregar o contribuinte, que preencha o cômputo adequado para os gastos do governo e que desestimule a sonegação e evasão fiscal, impõe-se à sociedade dialogar diretamente com o Estado, suplantando os dispositivos legais de que já se servem.

Concernente à atuação que a comunidade exerce frente ao aparato arrecadatório no Brasil moderno, tem-se, a título de modelo, que o acesso quase irrestrito de todos ao Poder Judiciário possibilitou que este se tornasse um dos caminhos mais utilizados para o questionamento de cobrança de tributos indevidos.

Mas, em termos práticos, o País tem avançado pouco na direção de uma efetiva contribuição solidária por meio da representação direta em matérias que tangem à tributação. Das poucas produções legislativas que se registram, destacam-se o Orçamento Participativo e o Projeto de Lei Complementar Nº 22/2007, sendo pertinente se dissertar um pouco a respeito deles.



4.1 O orçamento participativo

Uma profícua experiência de engajamento da sociedade no planejamento de receita em nível municipal teve lugar com o surgimento do Orçamento Participativo, considerado como sendo um importante mecanismo de manifestação da democracia representativa.

Por meio desse instrumento inovador, os cidadãos tiveram a oportunidade de debater a destinação de recursos orçamentários reservados para a melhoria das cidades, ocorrendo para tanto reuniões periódicas nos bairros e comunidades para deliberações atinentes à receita anual concedida pelas prefeituras.

O objetivo era não apenas possibilitar que a população escolhesse a melhor maneira de alocação dos recursos, mas também que se comprometesse com a conservação do bem público e que estivesse em contínua sintonia com o Poder Executivo local.

Sua concepção e concretização se devem à confluência de alguns fatores, tais como a ênfase à soberania popular, centrando-se na premissa de que a *res publica* pertence, em última análise, à sociedade como um todo, e portanto nenhum segmento poderia estar excluído de sua preservação, bem como a defesa da dignidade e dos direitos humanos.

Sua base jurídica provém diretamente do parâmetro do amplo direito de controle social cabível ao cidadão, constante no artigo 1º da Constituição Federal, mas seu axioma primordial se encontra na mesma epítome, no inciso XII do seu artigo 29, que exige dos Municípios a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal” e que apenas se tornou possível com o advento da indigitada emancipação político-administrativa dos municípios como ente à parte frente à União e aos Estados (BRASIL. Constituição, 1988).

Numa leitura sincrônica do artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL. Lei Complementar nº 101, 2000), o qual salienta a importância da participação popular durante a elaboração e discussão do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, mediante a realização de audiências públicas, não há como furtar-se de uma analogia entre tal recomendação e as diretivas do art. 2º, inciso II, do Estatuto das Cidades (BRASIL. Lei nº 10.257, 2001),

uma vez que se referem a planejamentos financeiros, ainda que em distintas dimensões federativas, o que implica dizer que os Municípios também teriam espaço para intervenções de setores representativos da coletividade quando da discussão da estruturação tópica, conforme preleciona o artigo 29 da Carta Política.

Entretanto, foi em Porto Alegre (RS) onde pela primeira vez houve a implantação do Orçamento Participativo no Brasil, no ano de 1989, quando por meio dos Conselhos Setoriais de Políticas Públicas, criados pela Carta Maior, o governo municipal passou a consultar a população em reuniões abertas, a fim de conhecer suas demandas mais emergenciais e como incluí-las na Lei Orçamentária Anual. Em diferentes locais da capital gaúcha, a comunidade elegia uma pauta de pleitos pontuais e então selecionava os mais urgentes para que neles a administração municipal pudesse concentrar suas atividades.

Alguns de seus resultados foram suficientemente exitosos a ponto de a fórmula original ser implantada em várias prefeituras no País, tais como Guarulhos (SP), Recife (PE), Belém (PA), Belo Horizonte (MG), entre muitas outras, e até mesmo servir como parâmetro para projetos análogos em outros países, tais como França, Bélgica, Canadá, Espanha e Uruguai.

Bräutigam (Policy Development Policy Review, 2004), num profundo estudo sobre políticas sociais apresentado em 2004 para o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), declara que “a experiência de Porto Alegre se inclui no respectivo estudo, em exemplos e participação popular, pois ela é o mais famoso e mais antigo exemplo de orçamento participativo em nível municipal”.

Não obstante, inexistente unanimidade quanto à constitucionalidade do Orçamento Participativo, a começar por questionamentos acerca do status de ente federativo autônomo que o Município detém. Para Silva (1997, p.450), “o simples fato de ter autonomia político-constitucional não faz com que uma entidade territorial necessariamente integre o conceito de entidade federativa”.

Em que pese a esse posicionamento de Silva, parece não mais restar dúvidas quanto ao caráter independente que os Municípios possuem dentro do âmbito constitucional, seja administrativa ou legislativamente, sendo mister pontuar que o Pacto Federativo incentiva essa emancipação, pois as entidades municipais só

poderão exercer a autonomia como ente federado a elas concedida se conseguirem se sustentar financeiramente, o que em muito é garantido pela arrecadação dos impostos correspondentes (IPTU, ITBI etc.).

Outra crítica repousa nas pautas que são discutidas nas reuniões periódicas nos bairros e comunidades. Houve casos em que ações de caráter obrigatório das prefeituras constavam como pontos de cunho facultativo a serem julgados pelos participantes, tais como a construção de escolas e postos de saúde, quando em verdade apenas a localização dessas instituições, por exemplo, é que deveria passar por escolha popular. Verifica-se então um movimento consciente do Poder Público no intuito de se esquivar de prestar dito serviço à população, repassando o ônus às frequentes rodadas de votações (AVRITZER, Leonardo. Centro de Estudos Sociais, 2007).

4.2 O projeto de lei complementar nº 22/2007

Em 13 de março de 2007, o deputado federal José Linhares, eleito pelo Partido Progressista no Estado do Ceará, apresentou ao plenário da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 22/2007, o qual propunha a alteração do artigo 4º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Tal projeto tinha por escopo garantir a participação popular na elaboração dos orçamentos de todos os entes da Federação, em caráter obrigatório.

Entre suas justificativas, constava que a participação popular constituía um poderoso instrumento de fortalecimento da cidadania e da própria democracia brasileira, afirmação embasada na suscetível experiência do Orçamento Participativo em Porto Alegre (RS), que por conta dos resultados obtidos deveria, segundo o autor, ser expandida a todo o território nacional.

Havia ênfase, também, no fato de que a própria natureza do assunto tratado exigia indispensável grau de liberdade em sua discussão por cada ente federado, que ficaria então responsável por estabelecer as condições necessárias para a elaboração, por meio de constante aprimoramento a cada novo exercício financeiro, de suas leis de diretrizes orçamentárias, tendo por iniciativa a participação popular e atentando às peculiaridades locais.

O Projeto foi submetido a três relatorias entre os anos de 2007 e 2009, sendo que dois dos pareceres resultantes (dos deputados relatores José Pimentel e Devanir Ribeiro), se posicionaram pela não implicação da matéria com aumento ou diminuição da receita ou da despesa públicas, pelo que não caberia pronunciamento quanto à adequação financeira e orçamentária e, no mérito, pela aprovação do projeto.

Entretanto, o terceiro parecer, de autoria do deputado Guilherme Campos, igualmente se mostrou pela não implicação da matéria com aumento ou diminuição da receita ou da despesa públicas, porém rejeitou o mérito.

Segundo este último relator, a participação popular na elaboração de orçamentos, ainda que devesse ser incentivada, não era conveniente de ser estabelecida como alteração da LRF, porque atividade de natureza intrinsecamente autônoma, política e voluntária, ou seja, era um direito de manifestação espontânea, não devendo haver imposição legal para sua concretização.

Em reunião deliberativa ordinária realizada na Comissão de Finanças e Tributação (CTF), na data de 15 de julho de 2009, o parecer do terceiro relator Guilherme Campos foi aprovado, e o Projeto foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31 de janeiro de 2011.

5 Experiências estrangeiras de participação popular na política tributária

O Brasil possui uma singular realidade legislativa fiscal, a qual é apontada como um fator de dificuldade quando se busca um estratagema conveniente para uma pactuação entre a sociedade e os poderes constituídos.

É exatamente por essa natureza distanciada entre o povo e a esfera de governo que é pertinente uma observância em práticas adotadas em outros países, três dos quais localizados em continentes e contextualizações históricas heterogêneas, mas que possuem em comum o fato de terem renunciado ao integral apanágio potestativo que cabe a seus organismos estatais para assim oportunizarem o envolvimento de toda a população na implementação, elaboração e fiscalização tributária.

5.1 Irlanda

As dificuldades econômicas vividas na Irlanda no início da década de 70 levaram à criação do *National Economic and Social Council* (Conselho Social e Econômico Nacional – NESOC), nos moldes de outros conselhos já existentes no Reino Unido e na França.

Os integrantes do NESOC eram originariamente escolhidos entre tradicionais parceiros numa configuração tripartite: o governo, as uniões comerciais e as organizações produtoras.

Sem muita expressividade na primeira década de atividade e com a crise financeira se agravando, o NESOC iniciou um processo de longas consultas entre seus membros, tendo por finalidade traçar estratégias visando a mudanças na política fiscal e nas despesas públicas, num intenso estudo desenvolvido ao cabo de todo um ano.

Segundo Bräutigam (Policy Development Policy Review, 2004), o objetivo inicial não era explicitamente trabalhar em favor das classes menos favorecidas da Irlanda, mas os resultados desse esforço conjunto foram bastante elogiados devido aos impactos causados na estrutura macroeconômica, que trouxeram crescimento e estabilidade àquela nação, demonstrando que a participação de estruturas não-governamentais era capaz de ajudar a resolver problemas que iam além da fiscalidade.

5.2 Maurício

Em Maurício, república insular africana situada no Oceano Índico, existe uma modalidade de orçamento participativo que mais se assemelha ao modelo corporativista irlandês do que com seu homônimo brasileiro, mais ativista, sustentando-se que o ponto de partida para essa inovação foi a urgência de consolidar a economia daquele país após sua independência, em 1968, ocasião em que o governo começou a consultar mais abertamente seus principais correligionários sobre a política social a ser adotada, mormente em relação ao erário público.

Em 1982, o partido progressista Movimento Militante Mauriciano (MMM) venceu as eleições, e o ministro das Finanças do novo governo, Paul Bérenger, prometeu

enfaticamente uma transparência total no campo fiscal, convidando praticamente todas as organizações coletivas da ilha para colaborar na nova perspectiva tributária. Sindicatos, empregadores, contribuintes, entidades paraestatais e bancos, entre outros, foram consultados periodicamente para se apurar a situação financeira em sentido amplo e quais as demandas mais emergenciais, no que ficou conhecido como Ciclo Orçamental da Primavera, que persiste até os dias de hoje.

5.3 Filipinas

As Filipinas promulgaram uma nova Constituição em 1987, logo após a queda do ditador Ferdinand Marcos, conhecida como Freedom Constitution (Constituição da Liberdade).

Na seção 23 do artigo II – Declaração de Princípios e Políticas Estatais (Republic of The Phillippines, 1987), vislumbra-se que o Estado deverá encorajar organizações de classe, não-governamentais e associações comunitárias que promovam o bem-estar da nação¹, enquanto no artigo XIII (Justiça Social e Direitos Humanos), em sua seção 16, o direito do povo e suas organizações para participação efetiva e razoável em todos os níveis de tomada de decisão social, política e económica não será abreviado². E, a fim de atingir esse objetivo, o governo deveria viabilizar a consulta à população mediante de mecanismos propiciamente criados para esse fim.

Seria assim uma das poucas leis maiores nacionais que em seu bojo faria referência ao engajamento popular na criação de uma estrutura que fosse benéfica a toda a coletividade.

Um dos marcos mais significativos dessa nova orientação que se decidiu trilhar nas Filipinas teve espaço em 1991, com a criação do Código de Governo Local, o qual incluía conceitos de desconcentração de poder, financiamento de instituições da governança de cada província e participação dos cidadãos.

1 SECTION 23. The State shall encourage non-governmental, community-based, or sectoral organizations that promote the welfare of the nation. (versão nossa)

2 SECTION 16. The right of the people and their organizations to effective and reasonable participation at all levels of social, political, and economic decision-making shall not be abridged. (versão nossa)

Como resultado dessa licenciosa garantia, a sociedade filipina pode atuar ativamente das discussões sobre diversos setores dos três poderes, tendo o debate evoluído ao ponto de se indagar acerca do modo como o Estado filipino se sustentava, algo que remontava o pesado investimento que o Fundo Monetário Internacional (FMI) fizera no país na década de 1970, com o intuito de modernização e estímulo à competitividade no mercado internacional.

Foi criado um órgão específico, a *Commission of Auditory* (Comissão de Auditoria – COA), encarregado de supervisionar as políticas sociais desenvolvidas pelo governo e o processo orçamentário, mais exatamente a otimização deste.

Entrementes, a COA passou a contar com o apoio decisivo de organizações governamentais que davam à população completo aval para integrar o processo fiscalizador. Uma delas, a Social Watch Philippines, monitora principalmente a maneira como o orçamento é formado, buscando adequá-lo às progressivas mudanças de prioridades por meio de envios de planejamentos de receitas alternativos para estudos comparativos, os quais posteriormente são submetidos a audiências nos chamados Comitês de Apropriações, compostos inteiramente por representantes de sindicatos trabalhistas e associações de moradores, numa iniciativa que teve início em 2006, o que, segundo Magno (Report Commissioned by the Global Initiative for Fiscal Transparency, 2013), recebeu calorosa aprovação dos envolvidos e da opinião pública.

Conclusão

Diante da amplitude de prestações que o Estado hoje se compromete a dispor e da elaborada estruturação para esse guarnecimento, torna-se difícil conceber outra maneira de financiamento desse compêndio que não a coletoria de tributos.

A Constituição vigente no País prega que o recolhimento de impostos *não se limita apenas à mera visão arrecadatória, perfazendo-se, antes de tudo, um instrumento necessário para a execução dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, e nada mais harmonioso com essa premissa do que reconhecer que é tarefa de toda a sociedade tomar partido para transformar a dimensão de ineficácia que lamentavelmente paralisou o âmbito da fiscalidade*. Essa realidade já é conhecida sob uma perspectiva não tão refratária, diante da adoção do Orçamento Participativo em algumas cidades.

Entretanto, estas conquistas não são suficientes para se assegurar que os brasileiros estão inseridos num contexto mais amplo de participação popular tributária, porque igualmente importante é agir ativamente no nascedouro do ordenamento jurídico e no ponto culminante desse métier, qual seja, na fiscalização ostensiva da aplicação da arrecadação.

Ditas ponderações são essenciais porque se está diante da mais robusta maneira de aparelhar as finanças estatais, e qualquer iniciativa em direção à sua melhoria há de ser racionalizada, por mais que sobrevenham argumentos que defendam ser a participação popular uma tentativa de usurpação de competência executiva e legislativa. Várias vantagens advêm desse processo, conforme se vê nas consequências da mudança desse monolítico paradigma.

A sonegação fiscal, no mais das vezes, só acontece quando não se visualiza o investimento dos impostos pagos e, ao passo em que a população conhecer o que foi feito com o dinheiro arrecadado, as dúvidas que pairam sobre a lisura da aplicação de tais recursos serão extintas, e os contribuintes se identificarão de tal modo que eventualmente voltarão a honrar suas obrigações fiscais e até estimularão outras pessoas a seguirem seu exemplo.

Os defasados instrumentos de política partidária, verdadeiros veículos de repelência num país tão fragmentado ideologicamente, têm perdido gradualmente sua natureza de arregimentar novos seguidores, vez que trabalham num exercício de exorcismo conceitual na tentativa de se afirmarem como porta-vozes dos demandantes em geral, ao negarem haver outra maneira de sanar os problemas que enfrentam, rejeitando possíveis diálogos com seus mais medianos antagonistas. Como catalisadora de uma solução para essa crise de representatividade, a participação popular fortalecerá associações de classe e setores organizados da sociedade civil, que não necessitarão de partidos políticos para se fazerem escutar.

Além disso, o aumento das informações prestadas e uma maior transparência nos gastos públicos acarretarão uma conscientização mais densa sobre como administrar melhor o bem coletivo, cumprindo-se assim uma função pedagógica no processo de cidadania.

Em última análise, é tempo de romper com a dicotomia entre a fiscalidade e a vida privada, porque interligadas simbioticamente, por meio da inserção de



novos protagonistas oriundos das camadas mais periféricas nessa sistemática obrigacional, sob a percepção do valor solidário que o tributo detém dentro do Estado Democrático de Direito.

Referências

AVRITZER, Leonardo. O orçamento participativo e a teoria democrática: um balanço crítico. **Centro de Estudos Sociais**. Coimbra, 2007. Disponível em <https://www.ces.uc.pt/curso-op/materiais/14_leonardo_avritzer.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília: 5 maio 2000. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília: 11 jul. 2001. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 1 out. 2016.

BRÄUTIGAM, Deborah. The People's Budget? Politics, Participation and Pro-poor. **Policy Development Policy Review**, New York, 2004. Disponível em <http://www.unicef.org/socialpolicy/files/The_peoples_budget.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

FERREIRA, Rodrigo. Tributos: origem e evolução. Breve abordagem histórica sobre a evolução dos tributos. **Jus Navigandi**, São Paulo, 2015. Disponível em <<http://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/222353175/tributos-origem-e-evolucao>>. Acesso em: 10 out. 2016.

LOBO TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAGNO, Francisco. Country Report: The Philippines. **Report Commissioned by the Global Initiative for Fiscal Transparency**. Londres, 2013. Disponível em <<http://www.fiscaltransparency.net/resourcesfiles/files/20151009133.pdf>>. Acesso: em 13 out. 2016.

REPUBLIC OF THE PHILLIPPINES. The Constitution of the Republic of the Philippines. **Official Gazette**. Manila, 1987. Disponível em: <<http://www.gov.ph/constitutions/1987-constitution/#preamble>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

TRENTINI, Alexandra; AQUINO JÚNIOR, Osmar Rodrigues de. **Tributação no Brasil: Em busca da justiça fiscal**. Brasília: [s.n.], 2010.

Análise sobre a Produção de Estudo de Impacto Ambiental no Licenciamento de Obra Pública¹ e Eventual Desrespeito a Princípios Constitucionais Administrativos

Hauler dos Santos Fonseca

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFPE. Pós-Graduado pela UFPE, com especialização em Direito Processual Civil. Pós-Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com especialização em Direito Constitucional. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ex-Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Ex-Professor substituto da Faculdade de Direito da UFPE.

Resumo

Este artigo objetiva analisar a obrigatoriedade da produção de Estudo de Impacto no autolicensing ambiental nos casos em que o ente público, interessado na execução da obra degradante ao meio ambiente, é o mesmo personagem que averigua a necessidade

de sua elaboração, com competência, inclusive, para sua ocasional dispensa, verificando-se a possibilidade de lesão a princípios constitucionais nessa atuação.

Palavras-chave: Obra Pública. Licenciamento Ambiental. Estudo de Impacto.

Abstract

This article aims to analyze the compulsory production of an Impact Study in environmental self - certification in cases where the public entity, interested in the execution of the degrading work to the environment, is the same person who ascertains the necessity of its elaboration

and eventual exemption, verifying the possibility of injury to constitutional principles in this action.

Key-words: Public work. Environmental Licensing. Impact Study.

Introdução

Este ensaio foi desenvolvido com a finalidade de se analisar a obrigatoriedade da produção de estudo prévio de impacto ambiental, quando o fabrico a ser desenvolvido, degradante ao meio ambiente, tratar-se de empreendimento de natureza pública, em razão da disposição normativa contida no artigo 225, § 1º,

¹ Ensaio baseado em relatório de mestrado realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, de mesma autoria.

inciso IV da Carta Federal Brasileira de 1988, cuidando-se de se investigar sobre proteção ambiental como imperativo constitucional.

Dentro do panorama de enquadramento da proteção ambiental na condição de princípio fundamental constitucional, questiona-se sobre a necessidade indispensável da produção de estudo prévio de impacto ambiental - EIA, quando se tratar de obra pública, diante do interesse público que envolve e deve subsidiar o desenvolvimento desta.

Mencionada indagação decorre do possível comprometimento da imparcialidade do órgão licenciador, vinculado, regra geral, à estrutura executiva do Poder Estatal interessado, com eventual fragilização dos princípios administrativos da impessoalidade e da moralidade administrativa, apontando-se, por fim, soluções que possam contribuir para o resguardo da proteção do meio ambiente.

2 A proteção ambiental como mandamento constitucional e seus efeitos

Diante do bem-estar comunitário que decorre da proteção ambiental, o legislador constituinte originário brasileiro de 1988 expressou preocupação com o meio ambiente, assegurando sua efetiva proteção contra eventuais excessos da atividade econômica, inclusive em face de ocasionais abusos das liberdades empreendedoras trazidas pela lei fundamental, para que a atuação na economia se efetive com observância à sustentabilidade, não podendo gerar problemas que afetem a qualidade ambiental, de forma a impedir o alcance dos objetivos sociais² da proteção ao meio ambiente. Afirma Herman Benjamin que a proteção constitucional expressa deve ser festejada, vez que o reconhecimento explícito de direitos e deveres ambientais, a despeito de não necessariamente imprescindível, promove o desenvolvimento e o direcionamento de uma política protetiva ao meio ambiente.³

Somente a partir dos anos oitenta, com o retorno da liberdade democrática no Brasil, se observa uma real abertura para que a sociedade brasileira pudesse expressar, por meio das mais diversas comunidades que a compõem, suas

2 Milaré, Edis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 6ª. edição. 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 154.

3 Benjamin, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira in Direito constitucional ambiental brasileiro*. Parte II. *Direito constitucional brasileiro*. Organizadores José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. 5ª. edição revista. 2012. São Paulo: Editora Saraiva. p. 94.



reivindicações em defesa do meio ambiente, difundindo-se no âmbito social e na seara governamental a consciência de que as questões relativas ao meio ambiente deveriam ser discutidas com as populações afetadas⁴, destacando-se a necessidade de amplo acesso à informação, a fim de que as discussões fossem subsidiadas com os mais adequados argumentos, preservando-se articulação entre aqueles que seriam diretamente interessados.

Em sentido correlato, advoga o Canotilho, relativamente à Carta Política portuguesa, ao enaltecer que a opção dos constituintes portugueses de 1976, “no sentido de elevar à dignidade de direito fundamental o direito ao ambiente não deixou de ter um relevantíssimo significado no plano jusambiental”, em especial diante de confrontamentos, ainda na atualidade, a fortes posições contrárias a essa opção⁵, não obstante a indicação do ambiente à categoria de valor constitucional, de particular atenção pelo Estado e pelos particulares. Assim como em Portugal, também no Brasil houve direcionamento do entendimento de proteção ambiental à assembléia nacional constituinte, que consignou expressamente, no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o direito de todos a um ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilizando o Poder Público e a coletividade por sua defesa e preservação.

Contudo, é preciso uma breve atenção sobre a existência de vários graus em que estarão comprometidas as diversas pessoas envolvidas na proteção ambiental, desde os indivíduos, passando pelas pessoas jurídicas, até o Estado, cada qual se vinculando ao dever, na medida de suas obrigações, para com o ambiente. De maneira muito apropriada, a professora Carla Amado Gomes⁶ afirma a diferenciação jurídica dos obrigados, havendo desigualdade do grau de vinculação pessoal em relação ao dever de amparo, que vai desde o simples dever de abstenção do dano, em decorrência do princípio da solidariedade, até deveres cada vez mais específicos, modulados “a partir dos parâmetros do princípio da proporcionalidade”, determinados em razão das atividades do destinatário, em função da lesividade delas decorrentes.

4 Milaré, Edis. *Idem* p. 193.

5 Canotilho. José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português *in* Direito constitucional ambiental brasileiro. Parte I. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. Organizadores José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. 5ª. edição revista. 2012. São Paulo: Editora Saraiva. p.26.

6 Gomes, Carla Amado. Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente. 2007. Coimbra: Coimbra Editora. págs. 184/186.

Como meio de assegurar a eficácia de sua determinação em relação ao Poder Público, o legislador constituinte foi mais longe, estabelecendo, quanto a este, de logo, mecanismos de efetivação dessa proteção determinada, dentre os quais, indicando a oportunidade da exigência da produção de estudo de impacto ambiental, quando se tratasse de obra ou atividade causadora de degradação ambiental, ainda que potencialmente. Não se esqueça, de outra banda, sobre o resguardo ambiental a partir da atividade legislativa, na expressa proteção assegurada pela Carta de 1988, que o Estado brasileiro deve promover a estruturação legislativa adequada à salvaguarda do meio ambiente, observando, ainda, no desenvolvimento de sua atividade administrativa, a opção que menos onere, de forma a se respeitar a reserva imposta pelo legislador constituinte, cujos termos também serão tidos em consideração pelo julgador, na atividade judiciária, quando em conflito a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico.

Ainda na lição de Canotilho, haveria dimensões essenciais da juridicidade ambiental que poderiam ser resumidas da seguinte forma⁷: a) garantístico-defensiva, em defesa de eventuais intervenções inadequadas do Estado; b) positivo-prestacional, dever do Estado e das entidades públicas de organização, procedimento e processos de realização do meio ambiente; c) jurídico-irradiante, relativa ao vínculo das entidades privadas ao direito dos particulares ao ambiente e d) jurídico-participativa, que impõe e permite à sociedade civil a defesa dos bens e direitos ambientais.

Neste estudo, evidencia-se interesse pela dimensão positivo-prestacional, que se refere ao dever estatal de regulamentação dos procedimentos para quaisquer intervenções ambientais, especialmente aquelas das quais possam advir significativa degradação do meio, bem como o dever dos privados de se submeterem ao referido procedimento quando do exercício da atividade econômica, sempre com observância à sustentabilidade. Em tal quadro, não obstante a Constituição Ambiental brasileira ser formada por normas-princípio e normas-regra, levando-se em conta o caráter cerrado e objetivo da norma que determina a produção do estudo de impacto ambiental, concretizadora do princípio da ampla proteção ambiental, pode-se enquadrar aquele mandamento na condição de regra, orientadora da atividade estatal da concessão do licenciamento ambiental, cujo desenvolvimento deverá nortear-se por essa diretriz, quando a obra ou atividade forem causadoras de significativa degradação do meio ambiente, ainda que em potencial.

⁷ Canotilho, Joaquim José Gomes. *idem.* págs.. 26/27.

Atente-se que, na condição de regra, tal norma não se sujeitará à técnica da ponderação principiológica, em face da qual não se poderá verificar a manipulação de interesses terceiros que objetivem restringi-la, vinculando-se à hipótese do tudo ou nada, na lição de Alexy, ou seja, estando presente a potencialidade de degradação ambiental, deve-se produzir a avaliação de impacto ambiental, com a elaboração do respectivo relatório. Tem-se, dessa forma, que a produção do Estudo Prévio de Impacto Ambiental decorre de regra constitucional, dirigida especialmente ao Poder Público, a quem incumbe a exigência de sua apresentação, quando se tratar de obra ou atividade degradante, ainda que em potencial, mas também ao empreendedor, ao qual caberá demonstrar, desde logo, para que dele esteja liberado, que sua atividade não se enquadra na condição de lesiva ao meio ambiente, quando estará autorizado a desenvolver o seu empreendimento, sem o cumprimento dessa exigência, eis que afastado o principal pressuposto de sua exigibilidade.

3 O licenciamento ambiental

Na ordem jurídica brasileira, o licenciamento ambiental encontra-se definido legalmente⁸, sendo estabelecido como o procedimento administrativo destinado a permitir atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais que sejam efetiva ou potencialmente poluidores ou, ainda, mostrem-se capazes de causar degradação ambiental, devendo tal atuação administrativa, em todo o país, independentemente de qual seja o órgão ambiental licenciador, pautar-se pelos princípios orientadores da administração pública⁹.

É por intermédio do licenciamento que a Administração Pública desenvolve a gestão do meio ambiente, buscando controlar a intervenção humana que interfira nas condições ambientais, de maneira a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação da natureza e dos sítios ecológicos, não podendo, entretanto, mostrar-se como entrave ao desenvolvimento, mas, e, acertadamente, patrociná-lo em consonância com o equilíbrio¹⁰. Esse mecanismo, segundo Talden Farias, promove a interface entre o empreendedor, cuja atividade ou obra poderá interferir na estrutura do meio ambiente, e o Estado, que garante a conformidade com os objetivos dispostos na Política Nacional do Meio Ambiente¹¹.

8 **Conceito estabelecido no artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.**

9 Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21ª. edição. 2013. São Paulo: Malheiros Editores. p. 320.

10 Milaré, Édís. *Idem*. p. 420.

11 Farias, Talden. *Licenciamento ambiental. Aspectos teóricos e práticos*. 4ª. edição. 2013. Belo Horizonte: Editora Fórum. p. 29.

Na concepção moderna do direito administrativo do Estado Pós-Social, em que os atos administrativos são dotados de eficácia múltipla, na dicção de Vasco Pereira da Silva, e se integram a relações jurídicas multilaterais¹², mesmo quando decorrentes de um relacionamento que envolve um interessado imediato e a administração, a licença ambiental objetiva a prevenção e o controle da poluição decorrente do exercício de determinadas atividades, destinando-se a evitar ou minorar os efeitos poluentes dela decorrentes, aplicando-se tanto a novos empreendimentos como também a alterações de instalações já em funcionamento, devidamente autorizadas. Ao contrário do licenciamento tradicional, de caráter simplificado, o licenciamento ambiental detém caráter complexo, segundo expressa Milaré, sendo ato uno, sempre precedido de estudos técnicos que subsidiem a sua análise, dentre os quais o Estudo Prévio de Impacto, quando caracterizado, ainda que potencialmente, o impacto ambiental¹³ decorrente da obra ou atividade.

Assim, tem-se o licenciamento ambiental como ato administrativo decorrente do dever do Estado de verificação da possibilidade da emergência de dano ao meio ambiente, oriundo da atividade a ser posta em prática pelo particular, para cujo desenvolvimento se requer a licença estatal, que será expedida após a realização de estudo adequado ou desde que previamente comprovada a não ocorrência daquele.

3.1 Unicidade de Licenciamento

Na busca de se impedir a sobreposição de atuação dos diversos entes componentes da federação, a União, como integrante da federação brasileira, no exercício do poder regulamentar e da edição de normas gerais, promulgou a Lei Complementar nº 140/2011, estabelecendo a instituição do licenciamento ambiental por um único ente federativo, restringindo a possibilidade de a atividade ficar a depender da autorização de mais de uma pessoa pública. Alterou-se, com tal disposição, o entendimento até então vigente de que poderia, determinado licenciamento, depender de manifestação de mais de um ente político, pois se havia concedido, até então, aos diversos entes federativos (regionais e locais) parcela de poder para o desempenho da mesma atividade administrativa, a fim de se garantir a mais ampla proteção ambiental.

12 Silva, Vasco Pereira da. Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente. 2002. Coimbra: Livraria Almedina. p. 194.

13 Édis Milaré. Idem. p. 421.

Com a nova disposição legislativa, reservou-se aos entes federativos interessados apenas o direito de manifestação ao órgão responsável pela licença ou autorização, sendo que este último a ela ou elas não se vinculará, o que a doutrina vem chamando de ação cooperadora dos entes federativos¹⁴ no licenciamento ambiental, não obrigando tal opinativo, entretanto, o órgão licenciador, somente viciando, o procedimento, a fortuita não análise das considerações dos entes que se manifestaram, restando-lhes sempre a possibilidade de eventual ingresso no órgão jurisdicional, quando entenderem que detêm a competência para o licenciamento¹⁵. Para Leme Machado, tal previsão de unicidade do licenciamento ambiental fere a proteção constitucional ao meio ambiente, na medida em que valoriza somente a geração presente, colocando em risco aquelas futuras, que poderão perder a chance de sobrevivência, **pois supervalorizam a rapidez da necessidade de empreender-se o país**¹⁶, com efetivo dano aos legítimos interessados, somente podendo deixar de ser da competência do ente federado indicado pela lei, no caso de inexistência de órgão ambiental capacitado ou conselho do meio ambiente e em razão de inércia do órgão responsável, quando deixar de expressar sua atuação no prazo estabelecido.

Mostra-se crível que o estabelecimento de unicidade no licenciamento, como contraponto aos vários licenciamentos sobrepostos, existentes anteriormente à vigência da referida lei complementar, tem feição maléfica no regime de proteção do meio ambiente, visto que se mostra com viés facilitador da exploração da atividade econômica, muitas vezes sem a precaução devida, necessária à conservação ambiental e, conseqüentemente, à conservação da vida das espécies e do próprio homem, frustrando a expectativa do desenvolvimento sustentável. Como se sabe, o prévio estudo de impacto ambiental é ferramenta de proteção do meio ambiente, constituído por elementos técnicos, que aferem a possibilidade de a instalação ou operação de uma atividade ou obra, cuja autorização se requer, produzir impacto no meio ambiente, tendo sido concebido em 1969, a partir de política ambiental norte-americana (National Environmental Policy Act), que previa a sua produção quando a atividade implicasse interferência no meio ambiente, inserido em nosso sistema jurídico na Lei 6.938/81 e constitucionalizado no artigo 225 da Carta Federal de 1988, expressamente para aquelas atividades que possam produzir impacto ambiental. A professora Carla Amado Gomes, ao formular abalizado ensinamento sobre a avaliação de impacto, na toada internacional de

14 Expressão utilizada por Paulo Affonso Leme Machado.

15 Machado, Paulo Affonso Leme. *Idem*. p. 326.

16 *Ibidem*. págs. 325/326.

resguardo do meio ambiente e de necessária conscientização de sua preservação, afirma que “sua centralidade no Direito do Ambiente é tal que certas Constituições consideram a avaliação de impacto imprescindível à tutela do ambiente”, havendo a adoção, por cortes internacionais de justiça, de sua condição de princípio de direito internacional geral¹⁷.

A legislação, na ordem jurídica brasileira, que regula a produção do Estudo de Impacto Ambiental prevê que este deverá conter o diagnóstico ambiental da área, a análise do impacto ambiental decorrente do empreendimento e suas alternativas, além da análise e previsão dos impactos positivos e negativos dele decorrentes¹⁸, donde se extrai que o referido estudo objetiva compatibilizar o interesse de desenvolvimento econômico com a necessidade de preservação ambiental, pois busca mitigar eventuais efeitos negativos, por meio do desenvolvimento de soluções alternativas.

Por tais considerações, é de concluir-se que a decisão que dispensa a sua produção, pelo ente ambiental competente, deve ser tomada, além de em circunstâncias absolutamente excepcionais, de maneira objetiva, baseada em estudos ambientais, assim como em outros elementos disponíveis pela ciência, ficando acessível a todos os interessados, que poderão dela recorrer, inclusive ao Poder Judiciário¹⁹. Ademais, não se pode olvidar ser do empreendedor econômico o ônus de comprovar que a obra ou a atividade não implicam efetivo ou potencial impacto degradante ao meio ambiente²⁰, que deverá efetivar-se com a autoridade administrativa responsável pelo licenciamento, a fim de embasar seu pedido de dispensa, como já dito, devidamente motivado. A intenção, assim, do legislador constituinte originário, sem dúvida alguma, ao prever a produção prévia de estudo de impacto, foi a de conferir a maior proteção possível ao meio ambiente, especialmente quando se tratar de atividade ou obra degradante, ainda que em potencial, à natureza.

É preciso atentar, ainda, que, mesmo quando respeitadas todas as exigências, mostra-se inadequado o procedimento adotado no Brasil em relação à forma como o estudo de impacto ambiental tem sido utilizado, haja vista que subsidia a

17 Gomes, Carla Amado. *Introdução ao Direito do Ambiente*. 2012. Lisboa: AAFDL Editora. p. 113.

18 Esses elementos encontram-se descritos no artigo 6º e incisos da Resolução nº 01, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

19 Beltrão, Antônio F. G. *Direito Ambiental*. 2ª. Edição. 2009. São Paulo: Editora Método. p. 132/133. Referido autor faz alusão à Lei nº 10.650/2003, que regula o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.

20 Machado, Paulo Affonso Leme. *Idem*. p. 230.



fase inicial do licenciamento, deixando de deter, a partir da concessão da licença prévia, a devida importância para o processo de resguardo do meio ambiente. No ordenamento jurídico brasileiro, há exigência de estudo de impacto todas as vezes, como já referido, em que a obra apresentar significativo risco de degradação ambiental, sendo elemento basilar para a concessão da licença preliminar ao interessado pelo desenvolvimento da atividade econômica, ultimando-se o processo de avaliação ambiental inicial, representado pelo EIA, com a concessão do consentimento administrativo, o que demonstra a inadequação desse proceder, visto que as avaliações ambientais posteriores não mais se destinarão à ponderação da conformidade da obra com os interesses de proteção do ambiente, mas tão somente ao controle da atividade e seu ajuste ao interesse preservativo.

4 O licenciamento ambiental de empreendimentos públicos

Há situações, todavia, em que a gestão direta do meio ambiente e, por conseguinte, a verificação do respeito pela preservação ambiental efetivam-se diretamente pelo mesmo interessado na exploração da atividade, enquadrando-se, na mesma pessoa, o fiscal e o fiscalizado. É o caso do licenciamento ambiental de obra pública ou autolicensing ambiental, em que o Estado é o interessado no desenvolvimento da obra ou das atividades que causarão impacto no meio ambiente, com eventual comprometimento do equilíbrio ecológico existente na região em que será instalado o empreendimento a ser desenvolvido.

Em razão da intervenção estatal em diversos planos da atividade econômica, não somente com feição regulatória desta, mas para o desenvolvimento da economia, em similitude de atuação com o privado, conforme autoriza a Constituição Federal brasileira de 1988, muitos setores encontram o Poder Público como sujeito de atuação, ainda que em caráter excepcional, podendo haver comprometimento da independência e imparcialidade para a tomada de decisões que envolvam, de um lado, a necessidade de preservação ambiental e, de outro, o interesse pelo desenvolvimento econômico. Quando o Estado junta-se a sujeitos econômicos e passa a disputar a economia em plano de igualdade, desvincula-se de sua feição maior de gestor do meio ambiente, amoldando-se à figura de explorador tal qual um particular, consoante se verifica, no Brasil, por meio das várias empresas públicas ou sociedades de economia mista, não obstante estejam vinculadas aos ditames do artigo 37 da Carta Federal, que impõe que a atuação se dê com respeito aos princípios constitucionais administrativos.

Leciona, com acerto, Vasco Pereira da Silva, ao afirmar que o procedimento administrativo de avaliação de impacto objetiva a verificação dos resultados ecológicos advindos de um determinado planejamento, ponderando suas vantagens e desvantagens quanto à sua repercussão no meio ambiente²¹, donde se conclui que esse procedimento não objetiva o cerceamento da atividade econômica, seja naturalmente privada ou excepcionalmente pública, amoldando-a, entretanto, aos interesses da proteção ambiental, que expressa, em última análise, o interesse público prosseguido pela Administração Pública. Nesses casos, não se pode perder de vista a necessidade da existência de um maior controle social nas decisões tomadas pela Administração Pública, sendo questão de grande preocupação, dada a conscientização da sociedade dos seus direitos, em vista da impossibilidade de um licenciamento eficiente, impessoal e moral, diante da vontade do Chefe do Poder Executivo frente à atuação do órgão administrativo que se encontra em um plano hierarquicamente inferior, a ele mesmo vinculado. Cita, a doutrina, o exemplo de licenciamento de grandes hidrelétricas e de usinas com reatores nucleares, em que o Governo Federal é sócio majoritário ou grande investidor, sendo de atribuição do IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis a expedição de licenciamento de tais atividades²², o que poderá trazer vício aos princípios da eficiência, da impessoalidade e da moralidade administrativas.

O licenciamento ambiental de obras públicas ou de interesse público é apontado por Talden Farias²³ talvez como o maior problema em matéria de licenciamento ambiental, posto que o ente responsável pela instalação e operação do empreendimento é o mesmo responsável pela expedição da licença, diminuindo o seu controle social, diante de interesses oriundos do próprio sujeito público, que poderá relegar a um plano subalterno o interesse de todos evidenciado na própria atividade administrativa, podendo tornar-se diminuta a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, bem como de possível audiência pública.

21 Silva, Vasco Pereira da. *Idem.* p. 153.

22 Machado, Paulo Affonso Leme. *Idem.* p. 334.

23 Farias, Talden. *Idem.* págs. 54/55.



5 Do desaparecimento da lógica unitária do Estado no licenciamento de obra pública

Sabe-se que o Estado é concebido, em sociedades democráticas, hodiernamente, como sujeito de direitos, cuja presença deve garantir aos indivíduos o respeito aos seus direitos e a proteção e o resguardo do interesse público, que se sobrepõem aos direitos individuais de cada cidadão, na busca da justiça social, do bem comum e do bem-estar de todos.

Ao examinar essa questão, a professora Sylvia Zanella afirma que, apesar das críticas ao critério distintivo dos direitos públicos dos privados, permanecem vivas certas verdades, como, por exemplo, a de que as normas de direito público, apesar de reflexamente ofertarem garantias individuais, existem em função de um primordial amparo ao interesse público, bem como a de que tal interesse tem supremacia sobre os direitos respeitantes aos indivíduos²⁴, pois se norteia pela ideia e busca do bem-estar coletivo. Assim, o poder público deverá desempenhar suas atribuições visando continuamente ao interesse de todos e à busca do bem coletivo, de forma que os seus serviços, *uti universi* ou *uti singuli*, executem-se para o atendimento dos reclamos sociais básicos, propiciando uma comodidade relevante para o seio social²⁵.

No Estado brasileiro, constituído sob o caráter federativo, em que ordinariamente há a presença de descentralização política e administrativa, concedeu-se a primeira em favor dos Estados-membros e também dos Municípios, repartindo-se, ainda, as atribuições administrativas a ditas pessoas da federação. Considerando-se todo esse esquema de divisão de competências e de atribuições, como se vê, não obstante o Estado continue a deter a feição de unidade, especialmente no trato com o privado, fragmenta-se, na busca da prestação ideal do serviço público, com sua repartição em vários setores, os quais são responsabilizados pela defesa do interesse público, cada qual no cumprimento de determinada parcela.

Essa particularidade, quando do licenciamento ambiental de obra pública, mostra-se demasiadamente interessante, vez que, apesar da possibilidade de integrarem o mesmo ente público, será possível que o chefe do Poder Executivo detenha o interesse na realização de determinada obra, para cuja viabilização, a

24 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12ª. edição. 2000. São Paulo: Editora Atlas. p. 69.

25 Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª edição revista, ampliada e atualizada. 2008. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 308.

partir da distribuição da parcela de poder, aloque-se, em outro órgão ou mesmo em outra pessoa jurídica estatal, a atribuição para o respectivo licenciamento, fazendo com que haja desaparecimento da lógica unitária do Estado nesse caso.

Não obstante a atividade administrativa perseguir o interesse público e encontrar-se vinculada à sua defesa, é de se destacar a divisão desse interesse em primário e secundário, vinculando-se o primeiro ao interesse da sociedade como um todo, assim como o segundo ao interesse da própria pessoa do ente público, caso em que o interesse social passa a figurar em caráter suplementar. Ao explicitar sobre a diferenciação entre interesses públicos primário e secundário, Diogenes Gasparini afirma que o primeiro é aquele que se refere ao todo social, da comunidade considerada por inteiro, sendo o proveito geral, afirmado por Alessi, enquanto o interesse secundário configurar-se-ia naquele que “somente diz respeito à administração pública ou que de modo geral não condiz com o interesse de toda a coletividade”, somente estando autorizado, o poder público, a persegui-lo, se coincidente com o interesse primário²⁶. Nessa senda, é possível a presença de interesse público secundário, relativo aos interesses próprios da pessoa jurídica pública, sem a presença de um verdadeiro interesse social, conforme poderemos ver a seguir.

6 Do comprometimento da imparcialidade da administração no autolicenciamento e o ferimento aos princípios da moralidade e impessoalidade

Como se pôde observar até agora, haverá casos em que o poder público submeterá o seu projeto, na condição de empreendedor ou direto interessado pela execução de determinada obra ou atividade, para análise por si próprio, que avaliará se o plano apresentado mostra-se capaz de ser ou não, efetiva ou potencialmente, degradante do meio ambiente, sendo que a administração, a quem terá de apresentar, pode ser a mesma pessoa interessada ou outra vinculada ao ente central, que passará a fiscalizar as condições a si impostas para a sua execução. Nesse caso, como entender que o órgão fiscalizador agirá de maneira impessoal ou imparcial, diante de interesse dela mesma, portanto, sendo requerente e juiz da causa? Ademais, não se pode perder de vista que fica ao alvedrio do próprio órgão licenciador a verificação sobre o efeito degradante da atividade ou obra e, por conseguinte, sobre a necessidade ou não da produção do respectivo estudo de impacto.

²⁶ Gasparini, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª. edição. 2012. São Paulo: Editora Saraiva. págs. 69/70.



Apesar da inexistência de mácula ao princípio da legalidade na possibilidade de a administração licenciar suas próprias obras, diante da previsão legislativa expressa, não se retirando do texto constitucional qualquer impedimento a esse procedimento, o mesmo já não se pode afirmar quanto aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas.

No tocante à impessoalidade, observe-se que, sendo a administração pública a licenciadora de suas próprias obras, mostra-se natural a ausência de neutralidade na análise dos pressupostos autorizadores da concessão da licença. Como se sabe, no Brasil os interesses políticos decorrentes de determinadas obras públicas podem ser de gigantesca monta, o que poderá fazer com que o gestor público, principal interessado na consecução da obra, passe a intervir, diretamente ou por meio de seus assessores próximos, no órgão responsável, para a obtenção da licença ambiental, sendo, nesse caso, o estudo de impacto, elemento que poderá ser irregularmente dispensado como fator facilitador da emissão da autorização pleiteada, conferindo-se odiosa especialidade de tratamento diferenciado ao poder público, em relação a um privado nas mesmas condições, com evidente afronta ao princípio da impessoalidade. Por seu turno, quanto à moralidade, não se pode esquecer que além de a administração deter o dever de respeito às regras legais, deve a sua conduta observar os mínimos padrões morais, ou seja, deve pautar-se em regras éticas, agindo com lealdade e boa-fé no trato com os envolvidos, conforme afirma Carvalho Filho²⁷, o que não se respeita nesse caso concreto, diante de uma dispensa indevida, para a satisfação de anseios únicos da pessoa pública envolvida, não se evidenciando o interesse público primário, fator que obstaria a sua execução. Ainda mais, Gasparini defende que a conduta do administrador fixa-se não somente na lei, como também na moral, vedando-se qualquer comportamento que “contrarie os princípios da lealdade e da boa-fé”, o que se torna evidente numa dispensa inadequada do estudo de impacto²⁸.

7 Da inexistência de cláusula expressa de exclusão da obrigatoriedade da produção do EIA no ordenamento jurídico brasileiro

Convém destacar, por outro lado, a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de expressa disposição sobre as hipóteses em que o estudo de impacto ambiental será dispensado, a exemplo do que ocorre com nossos irmãos lusitanos.

²⁷ Carvalho Filho, José dos Santos. Idem. p. 230.

²⁸ Gasparini, Diogenes. Idem. p. 64.

Com efeito, em Portugal, consoante oportuna doutrina do professor Vasco Pereira da Silva, há hipótese explicitamente delineada no texto normativo que exclui a aplicação do D. L. 69/2000, que regula o regime jurídico da avaliação de impacto ambiental dos projetos públicos e privados suscetíveis de produzirem efeitos significativos no ambiente em Portugal, a que chama de “delimitação negativa de seu âmbito²⁹”, relativamente aos projetos destinados à defesa nacional, não obstante a necessidade de tais projetos também terem em conta o respectivo impacto ambiental. Note-se que narrada previsão fora mantida pelo D. L. 197/2005, que promoveu alteração no dito diploma anterior, para transpor para o ordenamento jurídico interno português, diretiva do Parlamento europeu, destinada à regulamentação de participação popular em procedimentos do meio ambiente.

Sem embargo das críticas do referido professor em referência à dita normativa, especialmente quanto à técnica legislativa utilizada, é de se destacar que tal legislação coloca-se em posição de superioridade, relativamente aos atos normativos brasileiros que regulamentam a produção do EIA, sobretudo no que diz respeito à vinculação de sua exigência quanto às obras também públicas, o que faz afastar quaisquer comportamentos administrativos inadequados, fundados em posturas discricionárias, no tocante à obrigatoriedade da produção do estudo de impacto, havendo total clareza a esse respeito, dispensando-o, apenas, em específica situação. Ademais, ao que se vê, a questão encontra-se mal colocada na ordem jurídica brasileira, ao deixar espaço discricionário de verificação da obrigatoriedade, quando se tratar de obra pública, com eventual ausência de isenção do exame de necessidade, em prejuízo ao interesse público primário a ser observado pela atividade administrativa.

Conclusão

Por todo o exposto, levando em conta os argumentos expendidos, defende-se a natureza jurídica de norma-regra a que determina a produção do Estudo Prévio de Impacto Ambiental nas obras ou atividades que causem ou possam causar degradação ambiental, dado o seu caráter fechado, orientador da atividade estatal, em todas as suas esferas, bem assim a sua existência como expressão do primado da dignidade da pessoa humana e em respeito ao princípio da proteção do meio ambiente como dever de todos.

29 Silva, Vasco Pereira da. *Idem*. p. 155.

Por outro lado, não se mostra possível a dispensa do Estudo Prévio de Impacto ambiental quando presente, ainda que potencialmente, a possibilidade de degradação ao meio ambiente, por decorrer de norma constitucional que visa à proteção das espécies, buscando-se o equilíbrio e a compatibilização dessa proteção com o desenvolvimento econômico, bem como pelo simples fato de se tratar de obra pública, haja vista a diferenciação acima especificada de interesses públicos primário e secundário, podendo, casualmente, não se estar diante do resguardo do bem de todos, mas, unicamente, do interesse da pessoa jurídica pública, executora da obra ou da atividade econômica. Eventuais defesas, no sentido de que seria dispensável a produção de estudo de impacto ambiental, em razão da existência de legislação que determina a alocação de recursos para sua prevenção ou correção não podem ser aceitas, pois tal normativa apresenta-se como mais um instrumento de defesa ambiental, a ser utilizado quando da presença de danos produzidos ou que venham a ocorrer, sendo expressão do interesse público de conservação da integridade do meio ambiente.

Igualmente, é de se defender uma efetiva fiscalização social no processo de licenciamento ambiental, especialmente naqueles relativos a obras ou empreendimentos públicos, a fim de se averiguar a ocorrência de risco concreto e permanente de produção de dano ambiental. Ademais, a defesa do meio ambiente, na atualidade, é preocupação universal, pois representa, em última análise, a preservação de nossa própria casa. A não atenção a esse problema decorre, talvez, do exacerbado individualismo a que se entregou o homem nos últimos tempos, tornando-o absolutamente irracional, a ponto de colocar em risco a sua própria existência e, certamente, a de seus descendentes, com comprometimento da perpetuação da espécie.

Afinal de contas, como muito bem doutrina Maria Lúcia Amaral, os poderes do Estado estão submetidos a um direito que não é de conteúdo qualquer. É um direito que objetiva assegurar a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança³⁰, ou seja, é na observância do interesse público, revelador do bem-estar de todos, que deve, a administração, pautar as suas condutas, estando tal interesse afastado quando houver amesquinamento dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, cujo risco pode se observar no autolicenciamento ambiental.

30 Amaral, Maria Lúcia. A forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional. 2005. Coimbra: Coimbra Editora. p. 153.

Esquecem-se alguns, da lição básica, decerto de inspiração divina, como a do poeta brasileiro Antônio Carlos Jobim, para quem “os olhos já não podem ver coisas que só o coração pode entender, fundamental é mesmo o amor, *é impossível ser feliz sozinho*”.

Referências

Beltrão, Antônio F. G. **Direito Ambiental**. 2ª. edição. 2009. São Paulo: Editora Método.

Benjamim, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira *in* **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Parte II. Direito constitucional brasileiro. Organizadores José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. 5ª. edição revista. 2012. São Paulo: Editora Saraiva.

Gomes, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente**. 2007. Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes, Carla Amado. **Introdução ao Direito do Ambiente**. 2012. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora.

Gasparini, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª. edição. 2012. São Paulo: Editora Saraiva.

Milaré, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. 6ª. Edição. 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português *in* **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Parte I. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. Organizadores José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. 5ª. edição revista. 2012. São Paulo: Editora Saraiva.

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª edição revista, ampliada e atualizada. 2008. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Amaral, Maria Lúcia. **A forma da República. Uma introdução ao estudo do direito constitucional.** 2005. Coimbra: Coimbra Editora.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 12ª. edição. 2000. São Paulo: Editora Atlas.

Machado, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21ª. edição. 2013. São Paulo: Malheiros Editores.

Farias, Talden. **Licenciamento ambiental. Aspectos Teóricos e Práticos.** 4ª. Edição. 2013. Belo Horizonte: Editora Fórum.

Silva, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente.** 2002. Coimbra: Livraria Almedina Editora.

Institutos de Democracia Participativa: Perspectivas de avanços e retrocessos na sociedade brasileira

José Raimundo dos Santos Costa

Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa; Mestre em Gestão Pública pela UFPE; Professor de Direito Processual Civil da Universidade Salgado de Oliveira e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Juiz de Direito da Comarca do Recife.

Patrícia Elisama de Souto Santos

Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Especialista em Gestão Pública pelo Centro Universitário Unifacex; Graduanda em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira.

Resumo

As discussões que pairam na sociedade brasileira acerca de uma maior participação da população nos processos decisórios já vem sendo pesquisada pela academia há muito tempo, todavia os institutos jurídicos recepcionados pela nossa constituição têm ganhado ainda mais evidência depois dos manifestos populares que vêm fermentando os ânimos da sociedade. É com base nesses acontecimentos que este artigo não apenas traz uma breve explicação de quais institutos jurídicos podem ser utilizados pelo e a favor do povo, mas também a discussão sobre uma possível implementação de uma nova

ferramenta participativa, qual seja, o recall, este que pode se configurar em um mecanismo de intervenção popular de revogação de mandados eletivos. O presente artigo decorre de pesquisa de natureza qualitativa, realizada a partir de textos extraídos de artigos e livros que abordam o assunto. Nesse sentido, não houve preocupação na abordagem quantitativa do tema, uma vez que não traz análises de dados ou informações.

Palavras-chaves: Participação; Institutos de consulta direta; recall; crise de representação.

Abstract

The discussions that take place in the Brazilian society about a greater participation of the population in the decision-making processes have been researched by the academy for a long time, however, the legal institutes received by our constitution have gained even more evidence after the popular manifestoes that have been fermenting the moods of society. It is on the basis of these events that this article not only provides a brief explanation of which legal institutes can be used by and in favor of the people, but also the discussion about a possible implementation of

a new participatory tool, namely recall, which can be configured into a popular intervention mechanism for revocation of elective warrants. This article is based on research of a qualitative nature based on texts extracted from articles and books that deal with the subject. In this sense, there was no concern in the quantitative approach of the topic, since it does not bring analyzes of data or information.

Keywords: Participation; Direct consultation institutes; recall; crisis of representation.

1 Considerações iniciais

Tem sido comum nos últimos anos um debate acadêmico no Brasil sobre mecanismos legais de consulta popular, ou seja, de consulta direta à população sobre temas relevantes de repercussão política e social. Isso não significa dizer que as pessoas estejam ou não mais interessadas em ciência política ou qualquer coisa do tipo, mas que o descontentamento com certas decisões que os agentes políticos do Executivo e do Legislativo vêm tomando está despertando mais o interesse da sociedade, principalmente quando se trata de encontrar alternativas novas para as crises que o país vem enfrentado desde o término da última campanha eleitoral para presidente da República ocorrida em 2014.

Diante de tantos alardes que se veem todos os dias nos jornais, é possível que um cidadão mal informado possa ser usado como massa de manobra em campo político, onde o que impera não é apenas a aparente oposição às práticas errôneas, mas o interesse político pelo poder, este que se revela um dos principais objetivos almejados pelos grupos políticos que dele ainda não usufruíram ou daqueles que necessitam permanecer usufruindo, embora admitam-se algumas exceções.

Com vistas para o futuro e objetivando uma sociedade mais informada e conseqüentemente mais crítica, expõe-se nesta discussão a pretensão de enriquecer ainda mais os debates na seara política falando sobre os mecanismos de consulta direta à população, assim como as perspectivas de avanço e retrocesso com suas aplicações na sociedade brasileira. Adianta-se que o artigo trabalha o conteúdo ainda de forma introdutória e resumida, mas bastante enriquecedor, principalmente para aqueles que ainda não se debruçaram para compreender esse tema de tamanha relevância e evidência nos últimos anos.

Quando se fala em mecanismos de consulta direta à população adentra-se a seara dos diretos políticos ou, mais especificamente, fala-se de Plebiscito, Referendo, Iniciativa Popular, Ação Popular e, o ainda insipiente, *recall*, este que não está incluso no rol da Constituição de 1988, mas seu conhecimento trará algumas reflexões acerca da importância do controle social sobre os agentes políticos do Estado, bem como do processo de destituição de um governante do poder.

Para pleitear o objetivo almejado por este artigo, ele foi dividido em quatro tópicos visando a uma melhor apresentação didática, possibilitando uma melhor compreensão. São eles: Regimes democráticos; Mecanismos de consulta direta à população (Plebiscito, Referendo, Iniciativa popular, Ação popular, Recall) e considerações finais.

2 Regimes democráticos

Dentro da temática acerca dos direitos políticos, estuda-se quais são os atores políticos e os papéis que eles necessitam desenvolver na sociedade, revelando-se importante pontuar que o desempenho da atividade política está diretamente atrelado ao regime adotado, sendo fator de fundamental importância na produção de leis que tragam benefícios efetivos para a coletividade. O Brasil, por exemplo, adotou um regime democrático do tipo representativo, mas a Constituição de 1988 também abriu espaço para o protagonismo cidadão assegurando-lhes o direito de participarem diretamente¹ das decisões por intermédio de alguns institutos jurídicos.

¹ Art. 1º, *parágrafo único*, CF/88 "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição".

Sobre o tema, temos como relevante expor o ensinamento do constitucionalista Alexandre de Moraes (2014, p. 6), que bem o explicou nos seguintes termos:

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do *Estado Constitucional*, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado, por exemplo, no *caput* do art. 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II referendo; III iniciativa popular”. Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país a fim de garantir o respeito à soberania popular.

Seguindo a análise e assumindo a aderência ao pensamento exposto pelo ilustre professor, é possível dizer que o modelo de democracia representativa, que se exterioriza quando a vontade do povo é manifestada pelos seus representantes no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), não retira o direito do povo de interferir na tomada de decisão assumindo um papel de protagonista, embora admita-se que são os portadores de mandato eletivo que discutem e decidem, efetivamente, as pautas políticas.

Não existe apenas uma forma de se exercer a democracia, e quando se diz que foi adotado um modelo não quer dizer, necessariamente, que não seja possível ter elementos de outros. No caso brasileiro, por exemplo, diz-se que é representativo porque há predominância dessa forma de se exercer a democracia no sistema político vigente.

A doutrina estabelece três modelos principais: o de representação já citado acima; o de democracia direta, que é vislumbrado quando o povo não elege intermediários, mas participa ativa e diretamente das decisões políticas; e o modelo de democracia participativa, que alguns autores preferem chamar de democracia híbrida, pois identifica elementos tanto da democracia representativa como da democracia direta, isto é, elege-se um representante, mas a responsabilidade não se encerra nesse ato, pois o cidadão tem a obrigação de participar como agente fiscalizador das ações (ditas) de interesse público.

Destarte, resta dizer que os mecanismos de consulta direta à população estão presentes nesses três regimes (representativo, democracia direta e democracia híbrida), cada um com suas particularidades. Neste artigo, porém, nos preocupamos com a análise e descrição dos mecanismos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que fixam a forma de participação do cidadão na tomada de decisões.

É necessário esclarecer que foi introduzido para fins de estudo sobre esses institutos de participação do cidadão o mecanismo de consulta direta, chamado *recall*, uma vez que ele vem ganhando muita importância nos debates acadêmicos e políticos nos últimos tempos.

3 Institutos de consulta direta à população

3.1 Plebiscito

O Plebiscito, cujo nome vem do latim, significa decreto da plebe (no caso, do povo). Esse instituto é bastante conhecido pelo fato de estar constantemente sendo relacionado à democracia direta implementada por Atenas. O Plebiscito nada mais é do que uma consulta feita à população sobre determinado assunto.

Nos tempos da democracia direta ateniense, eram apenas os cidadãos que detinham o poder do voto, contudo, diferentemente dos dias atuais, eram considerado cidadãos apenas os adultos do sexo masculino, livres e filhos de pai e mãe atenienses, isto é, era uma parcela restrita da população a responsável por tomar decisões que vinculavam todos que ali residiam. Atualmente, a maioria dos países aderiram ao sufrágio universal, possibilitando aos cidadãos de determinado país participarem da política de forma mais incisiva.

A Constituição de 1988 incorporou o conceito de plebiscito e sua primeira atuação foi em 1993 quando os brasileiros escolheram qual seria a forma e o sistema de governo que deveriam vigor no país. Dessa manifestação democrática, saíram vencedores a República e o Presidencialismo.

Ultimamente, têm surgido diversas discussões acerca desse mecanismo de consulta, principalmente no que diz respeito a reformas que precisam ser feitas no âmbito federal, como, por exemplo, a reforma política, a reforma tributária, a reforma da previdência e a reforma trabalhista. Quanto a essas reformas, há opiniões de ambos os lados (tanto a favor como contra) no que diz respeito à utilização do

Plebiscito. Os que são a favor falam sobre a necessidade de trazer os cidadãos para o foco das decisões políticas, a fim de dar-lhes *empoderamento* e assim investir em uma sociedade mais politizada e preocupada com o destino de seu país. Por outro lado, aqueles que são contrários argumentam que, por ser uma consulta universal (a todos os cidadãos, independentemente de cor, renda ou escolaridade), não pode ser descartada a possibilidade de se incorrer em um resultado desastroso, dado uma considerável parcela do povo brasileiro não possuir conhecimento suficiente para tomar certas decisões, de forma a serem facilmente instigados a agir muito mais pela influência de determinados setores formadores de opinião do que propriamente pelo que acreditam ser a melhor solução para a questão objeto de consulta.

Analisando os argumentos dos dois lados, é possível inferir que ambos possuem um pouco de verdade, embora haja uma questão crucial no segundo posicionamento, já que, não se pode excluir o cidadão das decisões políticas a pretexto de que o povo não é instruído suficientemente, pois isso não se coaduna com a vontade do legislador constituinte. Ademais, esse é um problema que se resolve oferecendo educação de qualidade aos seus cidadãos, de maneira a formar pessoas conscientes do papel que desenvolvem em sociedade. É preciso internalizar que se trata de um círculo vicioso, onde o povo não participa porque não tem instrução sobre os impactos da decisão e não tem instrução porque os governantes não oferecem educação de qualidade. A questão é mais simples que aparenta ser. Se eles não decidem, não têm acesso a um direito constitucional, se decidem sem ter instrução podem prejudicar a coletividade. A participação tem que existir, então só resta uma alternativa: educar o povo para que ele vote (decida) conscientemente.

3.2 Referendo

Assim como o Plebiscito, o Referendo também constitui um ato de soberania popular. A única diferença está no momento da consulta. A utilização desse instituto tem a pretensão de ratificar, isto é, confirmar ou rejeitar determinado texto submetido a consulta popular. Segundo ensina o professor de Direito Constitucional Pedro Lenza (2013, p.1208), a diferença entre o Plebiscito e o Referendo se encontra na propositura do ato legislativo ou administrativo. Isso quer dizer que no primeiro ocorre a consulta e só depois o ato, e no segundo há o inverso, sendo primeiro expedido o ato para só depois acontecer a consulta.

Segundo consta nesse mesmo livro, o Referendo também já foi implementado no nosso sistema democrático, em 1963, com o objetivo de consultar a população para que se posicionasse quanto à manutenção ou não do regime presidencialista, e em 2005 houve uma outra votação para que o eleitorado se manifestasse sobre a manutenção ou rejeição da proibição da comercialização de armas de fogo e munição em todo o território nacional.

Assim como o Plebiscito, o Referendo também é alvo de diversas críticas, isso porque tanto um como o outro somente são chamados à atividade quando se trata de assuntos de grande relevância, mas não só por isso, também porque, como já foi explicado anteriormente, há um discurso de que uma boa parcela dos cidadãos não sabe decidir “corretamente” as matérias colocadas para sua deliberação.

Em um dos casos mencionados anteriormente (estatuto do desarmamento), a sociedade civil organizada, assim como a classe dos políticos, foi sujeito ativo de conflitos em diversas ocasiões. Isso porque têm pontos de vista que não se coadunam, porquanto, de um lado, argumenta-se que o Referendo não deixa margem de intervenção pela sociedade, pois a submete a aprovação ou rejeição quando a lei está pronta, isto é, a sociedade não participou da elaboração do texto submetido à sua apreciação. A classe política, por outro lado, diz que determinados assuntos, sejam eles técnicos ou arriscados, não podem ser objeto de Plebiscito, pois a população do Brasil ainda não possui maturidade política e social para definir assuntos de tanta relevância. Todavia, para esse propósito foram introduzidos no Brasil esses mecanismos de participação da sociedade, e o próprio legislador constituinte tratou de especificar apenas que seja utilizado em caso de grande importância, não importando se a população é leiga ou não, o que importa é que ela participe, e se ela for leiga que a instrua para que vote conscientemente.

Sobre esse embate, é possível apontar que, independentemente de ser anterior ou não à produção do ato, a utilização desses institutos ainda é muito desprezada pelos governantes. O que se vê todos os dias são decisões de grande relevância sendo tomadas contrariamente ao que clama o interesse público e, mais, sem que a sociedade seja consultada a respeito dessas decisões. Sem dúvida, não foi essa a vontade do legislador constituinte quando tratou dos direitos políticos na Carta Magna criando os institutos de participação popular nas decisões políticas da nação.

3.3 Iniciativa popular

A iniciativa popular também foi integrada ao texto constitucional como instrumento do exercício de soberania popular (CF, art. 14, III). Ela poderá ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos que três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, conforme determina o § 2º do art. 61 da Constituição Federal.

Acima estão descritos os requisitos para iniciar um projeto de lei no âmbito federal, mas a Constituição, nos termos do § 4º do art. 37, também estende aos Estados o direito de a população iniciar um projeto de lei, desde que seja assinado por um por cento da população local.

Assim como os demais projetos de lei, o de iniciativa popular passará por uma fase de deliberação que comporta a análise quanto à constitucionalidade e a quanto ao mérito da proposta de lei. Se aprovada nas duas casas do Congresso Nacional, seguirá para sanção ou veto do presidente da República.

Esse instituto, chamado de iniciativa popular, diferentemente do Plebiscito e do Referendo, tem um viés mais ativo no que diz respeito à elaboração do texto de lei que se pretende incluir no ordenamento jurídico, uma vez que os dois primeiros se referem a consultas feitas à sociedade anteriormente ou posteriormente à elaboração do texto. Isso quer dizer que o texto de lei será, em ambos os casos, redigido pelos parlamentares. Diversamente ocorre no caso da iniciativa popular, já que o texto de lei é elaborado e difundido para o povo, de maneira que seja possível posicionar-se sobre ele. Em caso positivo, segue para deliberação das duas casas do Congresso Nacional, podendo estas incluírem, excluírem ou modificarem alguma coisa do texto, mas este já chegará pronto para ser analisado, o que não acontece com os dois institutos já mencionados.

Um dos exemplos mais recentes que podemos citar ocorreu em 2013, quando foi apresentado por três entidades da sociedade civil (Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil- CNBB e Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral - MCCE) um projeto de lei que pedia uma reforma política no país. O texto teve a adesão de mais de 1,6 milhão de assinaturas e foi votado recentemente pelos membros das duas casas legislativas.

Esse Instrumento de democracia direta ou semidireta é um tanto mais complexo que os outros, pois exige um certo grau de conhecimento quanto às regras de propositura. No entanto, é de grande importância no processo de desenvolvimento de uma sociedade, uma vez que o nascimento da resolução das questões que incomodam os cidadãos parte deles mesmos, isto é, em uma análise mais superficial é possível inferir que há um maior empenho na resolução do problema, já que contará com uma cobrança maior por parte da sociedade.

3.4 Ação popular

O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal apregoa que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade da qual o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Corroborando as palavras de Pedro Lenza (2013, p. 1133), tem-se a crença que, assim como o Plebiscito, o Referendo e a iniciativa popular, a ação popular constitui um importante instrumento de democracia direta e participação política, uma vez que busca a proteção da *res pública* ou, em outras palavras, dos direitos em que toda a sociedade é sua titular (direitos difusos).

Fala-se que ação popular é um remédio constitucional, pois diz respeito a um instrumento que visa proteger o indivíduo da arbitrariedade ou até mesmo da omissão do Estado, isto é, um instituto que visa à defesa de um direito violado pelo Estado.

Para se dar início a uma ação popular, é necessário cumprir alguns requisitos imprescindíveis para sua propositura. A primeira trata-se de uma condição subjetiva na qual somente o cidadão tem a legitimidade para a propositura da ação; a segunda seria o preenchimento do requisito objetivo que se refere à natureza do ato ou da omissão do poder público, seja por ilegalidade ou imoralidade.

O objetivo do legislador foi introduzir mais um instituto, tanto de participação como de controle do Estado, nomeando a ação popular como um remédio constitucional, tendo ela nascido com o objetivo de assegurar ao cidadão manifestar-se judicialmente quanto à negligência do poder público com o patrimônio físico e moral das instituições.

Compreende-se ser de grande valia a existência desse instituto, no entanto a Constituição está cheia deles, e o mais importante é que a grande maioria da população não tem tido acesso, seja por falta de informação (e nesse aspecto o Estado tem sua parcela de culpa, pois cria os mecanismos, mas não fornece os meios para que as pessoas sejam incluídas nas discussões), seja por falta de comprometimento com a coisa pública (muitas vezes aqueles que detêm a informação se esquivam da sua responsabilidade como cidadãos, uma vez que a descrença com a justiça, frente aos enormes escândalos de corrupção que assolam o país, não têm despertado nas pessoas o sentimento de justiça em face de as punições não serem rigorosas o suficiente para coibir essas práticas ou as suas reincidências).

A defesa desses institutos que assegurem tanto a participação quanto a responsabilidade que esta carrega consigo é inquestionável. Portanto, deve-se preservar e trabalhar em defesa das instituições (principalmente as de fiscalização e controle), pois elas são a maior garantia, ou pelo menos deveria ser de que os recursos dos cidadãos não estão sendo desperdiçados ou simplesmente escorridos pelo ralo.

3.5 Recall

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê o *Recall* como meio de participação social na política, no entanto ele vem ganhando cada vez mais adeptos no cenário político atual. Isso porque se trata de um instituto mais flexível e menos traumático que o impedimento de mandatos eletivos. Também se configura como um mecanismo de consulta direta aos cidadãos e, conseqüentemente, como um meio de participação da sociedade na política.

É sabido que no Brasil, apesar de a Constituição ter feito a divisão de poderes e de responsabilidades, o Executivo ostenta uma posição de bastante significância ou, como muitos preferem dizer, é um poder atrofiado, o que por si só já pode ser identificado como um elemento que favorece a prática de atos que não atendem ao interesse público, uma vez que poderes concentrados na mão de uma só pessoa não abre espaço para decisões democráticas.

Nesse contexto, o posicionamento que se deve adotar é aquele que fortaleça a participação da sociedade civil na fiscalização e controle dos atos administrativos, dando aos cidadãos ferramentas de intervenção direta no processo político do

país, e o *Recall* pode ser mais uma contribuição eficiente para esse fim, uma vez que se configura como um mecanismo de participação popular fundamentado no controle sobre os mandatos eletivos. Tal instituto tem sido adotado com sucesso em alguns países, no que remete ao combate ao excesso de poder dos governantes, que, agindo dessa forma, contrariam a vontade e os interesses do povo².

O instituto *Recall*³ é originário da legislação norte-americana e tem por objetivo destituir de cargos públicos eletivos aqueles que caíram na desconfiança da população. Encontra precedentes nas esferas estaduais e municipais dos Estados Unidos, contudo inexistente em âmbito federal. Azambuja (1998, p. 236) esboça uma comparação acerca da utilização do sistema no Estado americano, ponderando que o *Recall* tem sido aplicado não apenas para os membros do Poder Executivo, mas igualmente para todos, isto é, para os membros do Legislativo e Judiciário.

A discussão acerca da revogação de mandatos eletivos já foi objeto de proposta de emenda à Constituição⁴ no Brasil, embora com outra nomenclatura⁵, mas com o mesmo objetivo. Infelizmente, não obteve êxito quanto ao ingresso no ordenamento jurídico, ainda que os argumentos utilizados tenham sido consistentes, uma vez que tomava por base o Parágrafo Único do artigo 1º da Carta Magna de 1988,⁶ que fala sobre a supremacia do poder do povo que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, como também na relação de confiança entre os cidadãos e os políticos.

A confiança do eleitor pelo representante é o que dá poder para este exercer suas funções, assim como é a desconfiança que deve dar ao povo o direito de destituí-lo de seu cargo, uma vez que se tornou comum a ideia de que o eleito não está cumprindo as promessas que fez, quebrando a relação inicialmente estabelecida.

2 RAMOS, William Junqueira. Constitucional: O instituto do Recall e a revogação de mandatos eletivos. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2948> Acesso em: 8 de out. de 2015.

3 Segundo Bonavides (2000, p.292), “é uma forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”; no mesmo sentido, Lenza (2013, p. 1213) assevera que “o recall seria um mecanismo de revogação popular do mandato eletivo, como, por exemplo, em razão de não cumprimento de promessas de campanha”.

4 SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº73, 2005, que altera dispositivos dos artigos 14 e 49 e acrescenta o artigo 14-A. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2005/12/09122005/43632.pdf>>. Acesso em: 10 de fev. de 2016.

5 Referendo revocatório.

6 Art. 1º - Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Atualmente, no Brasil, há uma grande discussão sobre a questão do impedimento do chefe do Poder Executivo com base em investigações acerca de irregularidades no processo eleitoral e no trato com o dinheiro público⁷. Unida ao crescimento desse descontentamento está a discussão sobre o porquê de o cidadão não poder intervir de forma direta nesses momentos, já que foi ele, também, o responsável pelos rumos que o seu representante tomou.

Com relação a essa discussão acerca de como o cidadão deveria intervir, OLIVEIRA (2014, p. 30) estabelece uma diferença primordial entre o *Recall* e o *impeachment*, argumentando que aquele é operado por meio da ação política de grupos e cidadãos, enquanto este depende da deliberação de grupos de parlamentares que afastam o cidadão do cerne da questão e do processo de decisão. Nesse sentido, é preciso que fique claro para as pessoas que há uma diferença enorme em participar ativamente de um processo, decidindo sobre os rumos do seu país, e simplesmente ficar observando os seus desfechos de fora, como se as deliberações tomadas não fossem afetar a sociedade como um todo.

O *Recall* é tido como um procedimento eleitoral que geralmente se divide em duas etapas: uma de proposição e outra de votação. “A primeira se dá como a de iniciativa legislativa popular, onde um quórum específico da população confirma a sua intenção de dar início ao procedimento que submeterá à votação popular a decisão sobre a manutenção ou não do agente político em seu cargo. Em seguida, tem lugar a votação propriamente dita” (OLIVEIRA. 2014, p. 31).

É possível que se levantem críticas quanto ao uso desmedido dessa ferramenta, o que poderia acarretar elevados custos aos cofres públicos, mas sobre essa questão é necessário deixar claro que o *Recall* exige uma responsabilização daqueles que optam por sua propositura, de maneira que é exigida uma espécie de calção responsável pelos custos do procedimento desconstruindo qualquer crítica que se encaminhe nesse sentido. Trata-se de uma solução para a sociedade ter controle sobre os atos dos seus representantes, de maneira que ela esteja o mais próximo possível do governo e, portanto, das ações que eles têm feito.

O processo democrático brasileiro vem passando por grandes dificuldades, pois tem encontrado respaldo na negligência do Legislativo e Judiciário quanto à fiscalização das ações do Executivo, fazendo com que a população perca sua

⁷ Debate que se acirrou no meio político e jurídico durante e após o impedimento da ex-presidente da República.

confiança nas instituições que deveriam lutar pelo Estado Democrático de Direito em que estão incluídos, e não contribuir para o seu enfraquecimento.

Trazer para o ordenamento jurídico brasileiro um mecanismo desses seria um grande avanço democrático, principalmente em um país em que os níveis de corrupção são elevados e, principalmente, porque a sociedade não tem mais agido com passividade e tem buscado se envolver mais ativamente nas decisões tomadas no campo político. Fazer com que o *Recall* saia das análises e discussões acadêmicas pode não ser uma tarefa fácil, mas é necessário que a sociedade se movimente, pois a inércia só traz atrasos na vida política do país.

Indo ao encontro do que afirma Ávila⁸, é preciso que os políticos saibam que estão em seus postos para defender os interesses do povo e nesse sentido fortalecer a democracia. O *Recall* é um instituto jurídico e, por esse motivo, necessita que o legislador, com base na responsabilidade política, atue de maneira a coibir agentes políticos eleitos irresponsáveis, trazendo-o para dentro do sistema.

O instituto não deve, ainda segundo ÁVILA (2009, p.124), ser introduzido de forma aleatória, uma vez que se corre o risco de não funcionar como ocorre com o Plebiscito, o Referendo e a iniciativa popular⁹. Seria necessário, conforme afirma o citado jurista, que ele fosse inserido em um contexto de reforma institucional e constitucional, baseado na autonomia política dos entes federativos e na modificação do sistema eleitoral, embora se saiba das dificuldades naturais que existem nos níveis estaduais e no nacional em função do espaço geográfico e grande número de eleitores envolvido.

O *Recall* é um mecanismo que aproxima os cidadãos das questões públicas, assim como pode atuar como uma fonte de controle social frente as blindadas decisões políticas que em diversas vezes vão de encontro ao que pede o interesse público. Trata-se de forma mais generalizada da atuação do princípio da dignidade humana, uma vez que fornece aos cidadãos o poder de atuar diretamente em ações políticas que impactam toda a sociedade, seja de forma positiva ou negativa.

8 "O Recall não significará a volta do mandato imperativo. Apesar de as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral terem afirmado que o mandato político é de propriedade do partido (o que, aliás, fortalece a velha partidocracia), a atuação política deve ser pautada não apenas nos interesses partidários (que muitas vezes não coincidem com o interesse público), mas, antes de tudo, na dignidade da pessoa humana, na ética e na responsabilidade política, pois quem atua em nome do interesse público deve saber que seus atos podem favorecer ou prejudicar milhares ou milhões de pessoas, daí porque a responsabilidade política deve ser entendida como uma responsabilidade mais importante do que qualquer outra" (ÁVILA. 2009, p. 124).

9 Quando se fala que não funciona é porque são pouco utilizados em função da Lei nº 9.709, de novembro de 1998, que restringiu suas áreas de atuação importando na sua rara atuação.

Os benefícios que o *Recall* pode proporcionar à sociedade são vários, inclusive já mencionados nos parágrafos anteriores, mas as dificuldades de se implementar esse instituto jurídico no Brasil podem ser: a resistência do parlamento à introdução de uma emenda incluindo-o no ordenamento jurídico; uma reforma política e uma legislação específica regulamentando a matéria; e, acima de tudo, o conhecimento e engajamento da sociedade na questão. Sabe-se que qualquer mudança depende do primeiro passo, nesse caso em especial, esse passo precisa ser dado pela sociedade brasileira. As tecnologias estão presentes em nossas vidas, e com o advento delas o homem despertou para várias necessidades que até então não havia surgido. Brevemente, o acesso à tecnologia e à informação vão demandar dos agentes políticos mais respeito com os cidadãos do que vêm demandando hoje, talvez, nesse momento, a implementação do *Recall* como ferramenta a favor da democracia se torne uma necessidade.

4 Considerações finais

A pretensão buscada neste artigo foi descrever os principais institutos constantes na Constituição e suas respectivas finalidades, ressaltando-se, entretanto, a relevância e a importância do *Recall*, uma vez que, embora não estando inserido no ordenamento jurídico brasileiro, enxerga-se nele uma ferramenta que possa vir a integrar o texto constitucional, dado o teor das novas discussões que vêm surgindo na sociedade quanto ao desempenho político dos seus representantes.

Fala-se sobre o Estado Democrático de Direito, que ele como tal não deve apenas garantir direitos no plano teórico/filosófico, mas também na prática, transfigurado em institutos jurídicos, os quais sirvam de ferramentas para uso da população na intervenção direta no cenário político, fazendo com que impere, na tomada de decisão, o interesse público de forma efetiva. O que se observa é que na verdade há uma demagogia em relação ao Estado Democrático de Direito no Brasil, uma vez que, embora existam ferramentas utilizáveis para imprimir a força do interesse público nas decisões políticas, isso não tem ocorrido, e está aí um ponto contraditório, porque, embora haja previsão constitucional de mecanismos que possibilitem a participação popular, não há interesse político em uma sociedade politicamente ativa e fiscalizadora, e por esse motivo a difusão dessas ferramentas esbarra nesse desinteresse, o que de certa forma acaba se tornando uma norma simbólica, na medida em que ela existe, mas não é efetiva.

Concluimos que, se forem de fato utilizados, esses institutos, podem de alguma maneira favorecer o engajamento cívico da população. Assim, o Plebiscito tem a pretensão de chamar o povo às urnas para decidir alguma matéria que, após votada, se transformará em lei; o Referendo pretende ratificar ou rejeitar determinado texto elaborado pelo legislador; a Iniciativa popular é o instrumento que permite à população apresentar projetos de lei e, portanto, pretende suprir a inércia ou omissão do legislador; a Ação popular é o instrumento que tem por objetivo a anulação de ato administrativo lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural; e o *Recall* é a ferramenta que possibilita aos cidadãos destituírem agentes públicos detentores de cargo eletivo.

Todos esses institutos surgiram e foram aprimorados pela sociedade em seu constante processo evolutivo. Alguns, ainda têm muito a serem explorados, como o *Recall*, por exemplo, outros já estão consagrados, como o Plebiscito e o Referendo, mas nenhum deve ser extinto, pois são ferramentas que dão aos menos favorecidos a possibilidade de lutar de forma ética e legal pelos direitos previstos pelo legislador, mas esquecidos por aqueles que governam.

Fomentar a democracia é uma atitude que exige, acima de tudo, reconhecimento dos erros e proposição de alternativas que busquem solucionar problemas sociais e não apenas usá-los quando convém. Foi nesse contexto e com vistas a fomentar a discussão acerca dos mecanismos de consulta direta que elaboramos o presente artigo e esperamos que possa estimular a população a sair da inércia do individualismo e agir na busca da efetivação de seus direitos políticos e assim contribuir para uma sociedade menos desigual e injusta.

Bibliografia

ÁVILA, Caio Márcio de Brito. **Recall** – a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro. 2009.152 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 38 ed. São Paulo: Globo, 1998.
BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo, 2000.
BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a

Emenda Constitucional nº 90. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em : 20 de setembro de 2015.

_____. Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. **Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm> Acesso em : 15 de fev. 2016.

_____. Proposta de Emenda à Constituição nº73, 2005 que **altera dispositivos dos artigos 14 e 49 da Constituição Federal e acrescenta o artigo 14-A.** Secretaria de Arquivo do Senado Federal. Brasília, DF, 30 de março de 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/76146>> Acesso em : 15 de fev. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 16 ed. São Paulo, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional,** 30 ed. São Paulo, 2014.

OLIVEIRA, Mariana. **Entidades lançam projeto de iniciativa popular para reforma política.** G1 Portal de notícias da Globo. Brasília, 24 de jun. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/entidades-propoem-projeto-para-reforma-politica-de-iniciativa-popular.html>> Acesso em : 8 de out. de 2015.

OLIVEIRA, Múcio Botelho de. **Repensando a representação política: o recall e o abandono de uma democracia contemplativa.** 2014. 52 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

RAMOS, William Junqueira. **Constitucional: O instituto do Recall e a revogação de mandatos eletivos.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2948> Acesso em : 8 de out. de 2015.

RIBEIRO, Hécio. **A iniciativa popular como instrumento da democracia participativa.** Universidade Presbiteriana Mackenzie. Faculdade de Direito, 2007. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/helcioribeiro.pdf>> Acesso em : 11 de fev. 2016.



SANTOS, Lucas; SOUZA, Marcelo. **Recall Político**: Forma democrática de reavaliação e revogação dos ocupantes de cargos políticos eletivos. *Toledo*, São Paulo, v.9, n.9. 2013. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3607/3364>> Acesso em : 11 de fev. de 2016.

A Tentativa na teoria do crime

Teodomiro Noronha Cardozo

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE. Especialista em Ciências Criminais pela UFPE. Bacharel em Direito pela UFPE. Ex-Professor Substituto da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Professor da Faculdade Damas da Instrução Cristã no Curso de Graduação em Direito e na Pós-Graduação lato sensu em Direito - FADIC. Professor do Curso de Graduação da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professor da Pós-Graduação lato sensu da ESMAPE – Escola Judicial de Pernambuco. Coordenador Científico da ESMAPE. Professor da Pós-Graduação lato sensu do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais - IBCJUS. Juiz de Direito Substituto da Comarca do Recife-PE. Em julho de 2011, proferiu conferência no Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX, da Universidade de Coimbra, subordinada ao tema Obediência Hierárquica e Culpabilidade no Ordenamento Nacional e na Ordem Internacional (o caso específico do TPI).

Resumo

O artigo tem o escopo de abordar, por meio do método hipotético-dedutivo, a problemática da tentativa na teoria do crime. A investigação parte de uma análise histórica do tema, a partir dos práticos italianos, passando pela influência do Direito Penal europeu até chegar à análise da doutrina brasileira, objetivando

explicar o estado da “arte” das teorias sobre a tentativa.

Palavras-chaves: Histórico da tentativa. Teorias objetiva e subjetiva. Tentativa inidônea.

Abstract

The article has the scope to approach, through the hypothetico-deductive method, the problematic of the attempt in the theory of the crime. The investigation starts from a historical analysis of the theme, from the Italian practitioners, through the influence of the European Criminal Law until arriving at the analysis

of the Brazilian doctrine, aiming to explain the state of the “art” of the theories about the attempt.

Keywords: Try history. Objective and subjective theories. Inactive attempt.

Introdução

Urddido a partir de investigações sobre as teorias da tentativa o presente artigo, pela dimensão que o tema encerra, não tem a pretensão de esgotar as

possibilidades tópicos, mas, apenas, de refletir sobre o crime tentado, a partir das teorias atualmente aceitas pela Dogmática Penal, nomeadamente no Direito Penal europeu e brasileiro.

Com a utilização do método de pesquisa - hipotético-dedutivo - aceito universalmente, a presente pesquisa, inédita, pretende submeter a premissa de estudo ao falseamento epistemológico, para, ao final, concluir se ela permanece válida ou não, a partir do enfrentamento da questão da falseabilidade.

Sabe-se que o crime se consuma quando nele se reúnem todos os elementos da definição legal, ou seja, quando há a subsunção da conduta do agente ao tipo penal, ideal, abstrato, que descreve uma conduta humana.

De outra ótica, diz-se que há crime tentado quando o sujeito quer o resultado típico e não o obtém por circunstâncias alheias à sua vontade.

Assim, justifica-se a investigação sobre o tema proposto: “A Tentativa na Teoria do Crime, porque não é de hoje que o estudo da tentativa provoca sérias discussões. Pela complexidade do estudo do instituto da tentativa, notadamente pela diferença entre atos preparatórios e executórios, ela já foi comparada “à quadratura do círculo”.

1 Histórico da tentativa

O desenvolvimento do instituto da tentativa data do século XVI, por meio da interpretação dos práticos ou pós-glosadores italianos, com destaque para o *tractatus criminalis*, de Próspero Farinacius. Ele cunhou a tentativa de *conatus*. A *conatus remotus* significa atos preparatórios e a *conatus proximus* atos de execução. Farinacius estabeleceu as bases dogmáticas do crime tentado.¹

O Código Penal francês, pós-revolução (1810), no art. 2º, teve o mérito de delimitar o termo inicial para punição da tentativa – o início dos atos de execução (*conatus proximus*). O aludido artigo definiu o crime tentado: quando iniciada a execução, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, todavia não diferenciava a pena do crime consumado do tentado. O grande mérito do CP francês foi estabelecer o termo inicial para a punição da tentativa, qual seja,

1 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, p. 288.

a existência de atos de execução. Mas a considera punível com igual pena para o crime consumado, solução repudiada pela maioria das legislações.²

O Código Penal alemão de 1871, com a reforma de 31 de janeiro de 1998, define a tentativa (§ 22) *verbis*: “*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung vor der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt*”.

Em tradução livre, para o legislador do *Strafgesetzbuch*, comete um crime tentado quem intenta imediatamente a realização de um tipo, conforme a representação do fato.

Francesco Carrara, considerado o mestre dos mestres, definiu o crime tentado, a que chamou de *conato* ou *atentado*, do ponto de vista meramente objetivo, como um ato externo – a força física da ação – qualquer que, por natureza sua, conduz, univocamente, a um resultado criminoso, “com explícita vontade a esse resultado”, todavia o resultado é uma lesão menor ao direito, ao qual, efetivamente, se queria lesionar.³

Para Maurach, o crime tentado, pela sua complexidade na teoria do delito, constitui, hodiernamente, *a pedra de toque e a prova de fogo* para “apreensão da ação”. O citado autor localiza o crime tentado entre os atos de preparação e execução:

*[...] Em contraposición a la primeira, se caracteriza porque su inicio representa un ingreso inmediato a la imagen-guia del delito. A diferencia de la consumación, la tentativa no puede completar la parte objetiva del tipo, debiendo, em cambio, encontrarse cumplida la parte subjetiva de este: es la voluntad de consumación objetivamente no realizada lo que caracteriza a la tentativa.*⁴

Eduardo Correia diz que, entre a ideação criminosa (*nuda cogitatio*) e a consumação do crime (*meta optata*), desenrola-se uma série mais ou menos longa de atos. Quando há a consumação, que é a reunião de todos os elementos do tipo legal do crime, todos esses atos são absorvidos pela referida consumação, que é a figura de maior relevo; mas, quando não há a consumação, os atos anteriores a ela

2 ALVES, Roque de Brito. **Estudos de ciência criminal**. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1993, pp. 61-67. Veja-se, também, BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 289.

3 CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal: parte general**. vol. I. Reimpresión. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis S.A., 1996, p. 246-249.

4 MAURACH, Reinhart. Actualizada por GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general**. 2. *Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Boffill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1995, p. 17.

são revestidos de grande relevância jurídico-penal. O Direito foi buscar soluções nos pretéritos Direito romano e germânico. Em regra, a tentativa era impunível. Como dito, a transação entre esses dois direitos originou a tradicional tripartição entre atos preparatórios, tentativa e frustração.⁵

Adaptando o pensamento de Eduardo Correia à realidade brasileira, já que o Brasil não diferencia a tentativa da frustração (como ocorre em Portugal), dir-se-á que a transação entre o Direito romano e o Direito germânico originou a tripartição entre os atos preparatórios, a tentativa imperfeita (que corresponde à tentativa do Direito português) e a tentativa perfeita (que corresponde à frustração do Direito português).⁶

2 *Iter criminis*

Na evolução histórica da tentativa, foi visto o conceito de atos preparatórios, atos de execução e consumação. É necessário, pois, aclarar esses conceitos. O crime, como todo fato humano, nasce, vive e morre; de um ponto de vista dinâmico, diz-se que ele percorre várias fases, que constituem o *iter criminis*. São elas: 1) *cogitatio* é a cogitação, a ideação criminosa, 2) *conatus remotus* são os atos preparatórios, 3) *conatus proximus* são os atos de execução, 4) *consumatio*, que é a consumação.

2.1 *Cogitatio*

É a primeira fase do *iter criminis*. Toda ação humana passa por uma elaboração intelectual; assim, o crime também passa pela elaboração intelectual. É essa elaboração intelectual denominada *cogitatio*. Como sabido, ação é a unidade dialética entre o querer e o fazer. Portanto, se só há o querer, que é a *cogitatio* (*cogitationis poenam nemo patitur*), não há ação, e por isso não há crime. A *nuda cogitatio*, o simples querer o crime, não é punido. Já bradava sobre isso, no Direito romano, o jurisconsulto Ulpiano e, com relação ao Direito moderno, são felizes as palavras de Welzel:⁷

5 CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Com a colaboração de Figueiredo Dias. vol. II. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 225 *et sequi*.

6 *Ibidem*.

7 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. edición. 4. edición Castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 220

Também no Direito penal da vontade não se castiga a vontade má como tal, mas só a vontade má em realização; isso não só porque a vontade má não é apreensível e a moralidade não pode ser imposta à força, mas também pelo profundo abismo que separa o pensamento do fato.⁸

Na história do Direito Penal, porém, já se deu relevância à *nuda cogitatio*. Isso se deu no DP nazista, que era idealizado pela Escola de Kiel, em que se destaca o nome do professor Schaffstein. Para a escola de Kiel, o Direito Penal é um direito de luta, que deve servir aos ideais superiores da raça ariana. O crime é originado por bacilos que se encontram no ser humano e deve ser combatido antes que o sujeito pratique a ação, pois a função do Direito Penal é evitar que os delitos aconteçam. Assim, o Direito Penal é um direito da periculosidade, que deve punir o agente antes que ele comece a delinquir, basta que haja a ideação criminosa para ser imputada ao sujeito uma pena. “Dizem, ainda, os teóricos do Direito Penal nazista, que a vontade de delinquir só pode ser captada pelos líderes do povo, pois estes podem apontar quem age contra o são sentimento popular”.⁹

O Direito Penal da escola de Kiel serviu para dar subsídio filosófico e dogmático para as arbitrariedades e atrocidades cometidas pela Alemanha hitlerista. Por ser um direito penal de exceção, admitia a punição pela simples cogitação, punição essa fundada na periculosidade do agente. Nesse sentido, pois, não existe a figura da tentativa nos crimes contra o são sentimento popular, visto que a simples cogitação irá consumá-lo.¹⁰

No Direito Penal de um Estado de Direito, não há a possibilidade de punição pela simples cogitação, nem de tentativa, nem de crime consumado, visto que só há ação se houver cogitação exteriorizada, ou seja, se houver um querer e um fazer, não sendo punível a simples vontade de cometer crime.

2.2 Atos preparatórios

A segunda fase do *iter criminis* compreende os atos preparatórios, e a terceira fase abrange os atos de execução.

8 *Ibidem*.

9 BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Senado Federal. Nº 113 e BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 289-290.

10 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 290.

O problema da diferenciação entre atos preparatórios e atos de execução é tão controvertido que o penalista alemão Geyer o comparou com a quadratura do círculo.¹¹

Em geral, diz-se que os atos preparatórios são os que estão longe da consumação, e os atos de execução são os que estão próximos da consumação. Todavia essa definição é vaga e não é viável que o Direito Penal dela se sirva.

Carrara propôs uma teoria para a diferenciação dos atos preparatórios dos atos de execução. O penalista italiano distinguiu quatro elementos no crime 1) o sujeito ativo primário; 2) o sujeito ativo secundário; 3) o sujeito passivo do atentado e 4) o sujeito passivo da consumação.¹²

O sujeito ativo primário é o criminoso. O sujeito ativo secundário são os instrumentos do crime. O sujeito passivo do atentado são os instrumentos e as pessoas de que o sujeito ativo primário se serve como meio para o delito. O sujeito passivo da consumação é a pessoa ou a coisa em que recai a execução do crime. Para Carrara, ato preparatório é aquele que se esgota nos sujeitos ativo primário e secundário, sem passar pelo sujeito passivo. Esses atos são tidos como inidôneos porque não expõem a perigo direto o bem jurídico. Segundo Carrara, os atos inidôneos não podem, pois, ser imputados como delito ao autor da pretensa tentativa. Se a inidoneidade se verificou nos primeiros momentos da ação, cessa qualquer imputação daqueles como tentativa, porque todos eles carecem de perigo.

2.3 Atos de execução

São aqueles que dizem respeito ao sujeito passivo do atentado, e ato consumativo é aquele que vai até o sujeito passivo da consumação, pois eles são idôneos para agredir o bem jurídico.

Deve-se salientar, entretanto, que o critério de Carrara tem hoje interesse meramente histórico.

Hodiernamente, o critério mais utilizado para diferenciar ato preparatório de ato de execução é o início da realização do verbo descrito no tipo. Por conseguinte,

¹¹ *Ibidem*.

¹² CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal: parte general*. vol. I. Reimpresión. Santa Fé de Bogotá. Colômbia: Editorial Temis S.A., 1996, p. 248 *et sequi*.

ato preparatório é aquele que ainda não chega a realizar o verbo descrito no tipo; a *contrario sensu*, ato de execução é aquele que realiza o verbo-núcleo. Nesse sentido, afirma Welzel:

A lei circunscreve de acordo com o modelo francês o ponto de iniciação da tentativa com as palavras: princípio de execução. A tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo o seu plano delitivo, põe-se em relação imediata com a realização do tipo de delito, ou seja, com a ação nuclear do verbo-tipo.¹³

Os atos preparatórios só são puníveis quando forem erigidos a tipos penais autônomos, como, v.g., o tipo do art. 291 do Código Penal.

Os atos de execução, conforme explicitado, são aqueles que começam a realizar o verbo descrito no tipo, como, por exemplo, disparar uma arma, no homicídio; subtrair a coisa, no furto etc.

Todavia, a dificuldade desse critério reside nas chamadas situações fronteiriças. Por exemplo, no furto, como o núcleo-tipo é subtrair, o ato de execução começaria quando o agente tem o contato físico com a coisa, entretanto é inegável o furto tentado quando o agente é surpreendido em um apartamento à noite, sem ter ainda apreendido a coisa. Para solucionar essas dificuldades, Frank¹⁴ elaborou uma fórmula da tentativa que reconhece o início da execução em todos os atos que, em virtude de sua necessária correspondência à ação típica, aparecem como partes integrantes desta, de modo que, se não houvesse a interrupção da ação, a realização do tipo seria concretizada.

2.4 A consumação

Na consumação, reúnem-se todos os elementos da definição legal do crime. Nos crimes nos quais se exige um resultado (crimes materiais), a consumação se concretizará com a realização da conduta e do resultado. Nos crimes em que não se exige um resultado, a consumação se dará com a simples realização do verbo descrito no tipo. É relevante salientar que, nos crimes em que não se exige um resultado, um eventual dano posterior – acarretado pela ação – será tido como mero exaurimento do crime.

13 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. edición. 4. edición Castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 224.

14 BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 246.

3 Requisitos da tentativa

Para que haja a tentativa, são necessários dois elementos:

- 1) Atos de execução
- 2) Não-consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Esses elementos estão espelhados no art. 14, II, do Código Penal, que estabelece:

- 1) Art. 14 – Diz-se o crime:
 - I – *omissis*.
 - II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Em relação ao primeiro requisito (atos de execução), já foi visto que antes de iniciada a atividade típica não há que se falar em tentativa, posto que se está diante dos atos preparatórios e, enfatize-se, o primeiro requisito da tentativa é a existência de ato de execução.

O segundo elemento da tentativa diz respeito à necessidade de circunstâncias alheias à vontade do agente impedirem a consumação do delito. Se o agente, por sua própria vontade, não consuma o delito, estamos diante de outros institutos penais, como a desistência voluntária ou arrependimento eficaz. Frank estabeleceu uma fórmula para diferenciar a desistência voluntária da tentativa. Na desistência: posso mais não quero. Na tentativa: quero, mas não posso.¹⁵ O Direito, na tentativa, considera reprovável a ação não consumada porque o agente dirigiu a sua vontade para a prática do ato lesivo ao bem jurídico. Destarte, o agente teve o dolo do crime, porém circunstâncias alheias à sua vontade barraram a consumação.

A tentativa no Direito Penal brasileiro pode ser dividida em tentativa perfeita e imperfeita.

- 1) Perfeita – ou crime falho – o agente realiza todos os atos de execução, mas não consuma o crime, apesar de realizar, na sua integralidade, os atos de execução.

¹⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 246.

2) Imperfeita – o agente não pratica todos os atos de execução por *interferência externa*.

Há, ainda, a tentativa branca – iniciada a execução do crime, não se produz qualquer lesão efetiva ao bem jurídico.

4 Punibilidade da tentativa

A tentativa de crime é punida por conta de uma extensão típica. Quando a norma penal define os delitos, ela o faz na forma consumada. Se faltar qualquer dos requisitos da definição legal, quer de natureza objetiva, quer de natureza subjetiva, não há crime por falta de tipicidade.

Todavia, na parte geral do Código Penal, diz-se que existe o crime na sua forma tentada e na sua forma consumada – art. 14. Para a figura da tentativa adquirir existência, por meio da tipicidade, é necessária uma combinação entre a parte geral do código com os tipos penais da parte especial; nesse sentido, pode-se afirmar que a tentativa se configura por conta de uma extensão típica.

A punibilidade da tentativa está prevista no parágrafo único do art. 14 do Código Penal, que estabelece: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa como a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

Não havendo disposição em contrário, pois a tentativa enseja uma causa de diminuição de pena obrigatória.

São três as principais teorias que fundamentam a punibilidade da tentativa: a teoria objetiva (adotada pelo Direito brasileiro), a teoria subjetiva e a teoria sintomática.

4.1 A Teoria objetiva

Elaborada por Feuerbach e desenvolvida por Mittermaier, Abegg y Berner, fruto do causalismo, a teoria objetiva está superada na Alemanha.¹⁶ Para essa teoria, a tentativa é punível porque há um perigo ao bem jurídico, e essa exposição

16 MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. I. *Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Traducción de la 7 edición alemana por Jorge Bofill Gensch Y Enrique Almone Gibson. Actualizada por Heinz Zipf. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1994, p. 52. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11. edición. 4. edición Castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 227.

ao perigo acarreta um dano público. O dolo é igual em todas as fases do fato (preparação, execução e consumação), portanto o que diferenciará a tentativa da preparação é o âmbito objetivo: o perigo próximo da realização do tipo. A teoria objetiva, adotada pelo Código Penal brasileiro, apregoa uma diferenciação na pena da tentativa, que obrigatoriamente deverá ser mais branda do que a do crime consumado, posto que no crime consumado haverá o dano efetivo ao bem jurídico, enquanto no tentado, um perigo de dano.

Apregoa essa teoria, portanto, que para a existência da tentativa é necessário que a conduta praticada pelo agente tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado pelo Direito.

Nesse diapasão, Mezger, ao comentar sobre a teoria objetiva da tentativa, aduz:

*entiende que existe una acción idónea de tentativa cuando, con arreglo al enjuiciamiento objetivo, portanto, con el criterio de un observador externo, la acción es apropiada para realizar efectivamente la resolución criminal.*¹⁷

4.2 A Teoria subjetiva

A teoria subjetiva foi formulada por Tittman¹⁸, mas seu grande elaborador foi **von Buri**, que, inclusive, a introduziu na jurisprudência alemã do antigo Tribunal do Império. Para a teoria subjetiva, o fundamento da punibilidade da tentativa é a vontade contrária ao Direito posta em ação. A teoria subjetiva data da época em que ainda não havia uma distinção científica entre antijuridicidade e culpabilidade, sendo a antijuridicidade considerada uma ação lesiva ao Direito, provocada por um ato mau. Por isso, dá-se tanta relevância à vontade do agente. Bitencourt afirma, com relação a essa corrente, que a pena da tentativa era similar à pena do crime consumado, posto que, tanto na tentativa quanto no delito consumado, o aspecto moral, subjetivo, estava completo.¹⁹

17 MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 231-232.

18 BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 295.

19 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. vol. I. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 548.

Como afirma Mezger²⁰, para a teoria subjetiva, que imperou na prática do Tribunal do *Reich*, há a tentativa quando para o agente a sua ação é suficientemente capaz de produzir o resultado típico, razão pela qual é necessário analisar o aspecto subjetivo do agente ativo da ação descrita no tipo.

4.3 A Teoria da Impressão

Também é digna de menção. Essa teoria, atualmente, é a teoria dominante na Alemanha, e são partidários dela Maurach e Jescheck. A referida teoria da impressão foi fundada por Horn, desenvolvida por von Bar e nasceu da tentativa de conciliar elementos objetivos e subjetivos para fundamentar a punibilidade da tentativa. Para essa teoria, é punível a tentativa pela atuação da vontade contrária ao Direito, que é idônea para abalar a confiança dos súditos na vigência do ordenamento jurídico, em virtude do perigo de lesão aos multirreferidos bens jurídicos. Há, pois, o elemento objetivo, que se traduz no atuar exterior que expõe a perigo os bens protegidos pelo ordenamento jurídico e o elemento subjetivo, que é a vontade do agente que conduz essa exposição a perigo. Afirma Jescheck:²¹ *“el merecimiento de pena de la tentativa se apoya, además, em la peligrosidad del autor, para lo que se tiene em cuenta si la puesta em peligro del objeto protegido de la acción se encuentra incluída em sua voluntad de realizar el hecho (teoria del autor).* Para Maurach:

Asimismo, constituye una consecuencia adoptada por la teoría de la impresión gracias a la teoría objetiva, el que em los casos de inidoneidad de la tentativa basados em una “burla falta de entendimiento”, el nuevo derecho prevea la posibilidad de atenuaciones hasta una determinada medida.²²

Pelo critério da teoria objetiva, uma das consequências da teoria da impressão é a atenuação da tentativa inidônea, na forma do § 22 do Código Penal alemão à época do Tribunal do Império, tendo como fundamento a periculosidade do autor.

5 Tentativa Inidônea

A punibilidade de uma ação pela via tentada tem que ser oriunda de uma conduta suficientemente hábil para realizar concretamente o tipo penal, assim

20 MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 231-233.

21 JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. edición. completamente corregida y ampliada. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, pp. 465-466.

22 MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. 2. *Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill. Actualizada por Heinz Zipf. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1995, p. 55.

como já demonstrava Mezger²³. Dessa forma, pode-se detrair que, conforme assevera Maurach²⁴, a tentativa inidônea se configura quando as ações praticadas pelo agente ativo não são suficientemente hábeis a gerar o dano, não havendo como, por meio da ação praticada, consumir-se o delito inculpidado no tipo penal.

Dessa maneira, é importante deixar suficientemente claro que a tentativa inidônea pode se configurar por intermédio de um objeto inidôneo, meio inidôneo ou, ainda, por um sujeito inidôneo. Razão pela qual esse instituto também pode ser atualmente denominado crime impossível, posto que o delito não tem possibilidade de se realizar nem mesmo na sua forma tentada.

Mas essa semelhança que se tem atualmente entre a figura do crime impossível com a tentativa inidônea nem sempre foi posição unânime, muito se compreendia que a diferença entre esses dois institutos se consubstanciaria no fato de que, enquanto a tentativa inidônea se perfaria na prática de um ato punível tanto na ótica do agente quanto na perspectiva do ordenamento jurídico, sendo que esta última, a perspectiva do ordenamento jurídico, não seria possível se realizar, o crime impossível se caracterizaria pela prática de um ato que, embora punível na representação do agente, seria impunível sob uma perspectiva jurídica.

Tanto que, ao falar da diferença entre tentativa inidônea e crime impossível, Maurach afirma:

*Mientras el autor de una tentativa inidónea quiere llevar a cabo el perjuicio de un bien jurídico punible, tanto desde su punto de vista como desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, no obstante lo cual ello no le es posible, el delito imposible se encuentra caracterizado por el hecho de que el autor considera punible su conducta, la cual es impunible desde la perspectiva del ordenamiento jurídico.*²⁵

Graf Zu Dohna²⁶ afirma que a diferença existente entre tentativa idônea e inidônea reside, sem embargo, no enfrentamento das teorias objetiva e subjetiva.

23 MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción y notas por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 231.

24 MAURACH, Reinhart. Atualizada por GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho**. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1995, p. 54.

25 MAURACH, Reinhart. **Derecho penal: parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho**. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill. Atualizada por Heinz Zipf. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1995, p. 56.

26 ²⁶ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra com la colaboración de Eduardo friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 90

[...] *“que concuerdan únicamente em cuanto ambas conduces a resultados intoleráveis.”*

Para Zu Dohna:

[...] *De acuerdo com la teoria objetiva, debiera quedar impune quien acciona su pistola para hacer fuego sobre um enemigo, com un arma que él mismo cargo y que fué descargada a sus espaldas; según la subjetiva, debiera ser penado quien golpea violentamente el piso em la Idea de que com ello puede hacer saltar a su antípoda.*²⁷

Ocupa-se o legislador do StGB atual da Alemanha da tentativa inidônea no § 23 (3), verbis:

§ 23 – *omissis*.

(1) e (2) – *omissis*.

(3) *Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nacha seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2).*²⁸

No Código Penal brasileiro, a tentativa inidônea é regulada pelo art. 17, sob a denominação de crime impossível.

Com efeito, o atual Código Penal brasileiro adotou como elemento da tentativa inidônea a ação típica que recai sobre um objeto inidôneo ou a utilização de um meio inidôneo.

A teoria de falta de tipo^{28,29}, na tentativa inidônea, sobretudo pela luta entre as correntes subjetivas e objetivas, teve como principais representantes na Alemanha Dohna, Mezger e Liszt-Schmidt. Para a teoria de falta de tipo, só existiria tentativa quando falta a “pieza final” para a consumação do crime (Liszt-Schmidt).

Liszt^{29,30} afirma que a manifestação de vontade no crime tentado reside na *tendência* em uma relação que deve ocorrer subjetivamente no dolo do autor e

27 ²⁷ *Ibidem*.

28 ²⁹ MAURACH, Reinhart. Atualizada por GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho**. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1995, p. 49 *et sequi*.

29 ³⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Traduzido de la 20. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Tomo III. Segunda Edición. Madrid: Editorial Réus S.A., 1927, pp. 3-4

objetivamente pela possibilidade de produção do resultado, ressalvando que nos crimes culposos não pode haver a forma tentada, ou seja, a tentativa é impossível, porquanto na estrutura do crime culposo o agente viola um dever objetivo de cuidado, não querendo nem assumindo o risco de produção do resultado do injusto culposo.

Mezger já concebia o tipo legal de crime pela caracterização relevante *objetiva e subjetivamente*.³⁰³¹

Para Maurach, ao contrário da teoria de falta de tipo, nos demais casos em que não está completo o tipo objetivo: “*A éstos pertenecen especialmente los supuestos del así llamado ‘meio’ absolutamente inidôneo y del ‘objeto’ absolutamente inidôneo*”³¹³², caracterizando o crime impossível por absoluta impropriedade do meio e do objeto, sendo, portanto, a tentativa inidônea de *pôr em perigo* o bem jurídico.

6 Conclusões

O desenvolvimento histórico da tentativa data do século XVI e ainda hoje é tratado como um tema problemático na teoria do crime.

Não é punível, como se sabe, o pensamento (*nuda cogitatio*), todavia, ao tempo do Direito Penal hitlerista, punia-se a simples cogitação (vontade) com fundamento na periculosidade do agente com relação ao “são sentimento” do povo alemão.

Entre os atos preparatórios e a execução de um crime, existe um desenvolvimento mais ou menos longo de atos praticados pelo agente.

Pune-se a tentativa por uma extensão do tipo, ou seja, o art. 14 do Código Penal, porquanto a parte especial do Código Penal estrutura os tipos penais na forma consumada.

São teorias da tentativa a subjetiva e a objetiva; no ordenamento jurídico brasileiro, a tentativa pode ser perfeita e imperfeita. Há, ainda, a tentativa branca, pela ausência de lesão efetiva ao bem jurídico.

30 ³¹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 250.

31 ³² MAURACH, Reinhart. Actualizada por GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1995, p. 49 *et sequi*.

A teoria da impressão que mescla elementos das teorias objetiva e subjetiva, é atualmente dominante na Alemanha.

Por último, a tentativa pode ser idônea ou inidônea, por intermédio de um objetivo inidôneo, meio ou sujeito inidôneo. A tentativa inidônea, atualmente, pode ser denominada crime impossível.

Referências

ALVES, Roque de Brito. **Estudos de ciência criminal**. Recife : Companhia Editora de Pernambuco, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol. I. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Senado Federal. Nº 113 e BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal: parte general**. vol. I. Reimpresión. Santa Fé de Bogotá – Colômbia : Editorial Temis S.A., 1996.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Com a colaboração de Figueiredo Dias. vol. II. Reimpressão. Coimbra : Livraria Almedina, 1988.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra com la colaboración de Eduardo friker. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1958.

JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. edición. completamente corregida y ampliada. Traducción del. Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada : Editorial Comares, 1993.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Traduzido de la 20. edición alemanha por Luis Jiménez de Asúa. Tomo III. Segunda Edición. Madrid : Editorial Réus S.A., 1927.

MAURACH, Reinhart. Actualizada por GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. **Derecho penal: parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho**. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires : Editorial Ástrea, 1995.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción y notas por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. edición. 4. edición Castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1997.



Princípios e regras: a estrutura da norma jurídica na visão de Robert Alexy

Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontificia Universidad Católica Argentina - UCA. Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado do Mato Grosso do Sul e da Região do Pantanal - UNIDERP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada do Recife - FIR. É Professor de graduação do curso de Bacharelado em Direito e da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Integração do Sertão. É Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

O presente artigo trata da estrutura lógica da norma jurídica, apresentada por Robert Alexy em sua obra “teoria dos direitos fundamentais”. Abordaremos o conceito semântico de norma, em seguida trataremos da aceção de norma no

sentido de “Lei” e, finalmente, faremos uma distinção entre regras e princípios.

Palavras-chaves: Norma Jurídica. Lei. Estrutura lógica.

Abstract

This paper it's about the logical structure of the legal norm presented by Robert Alexy in his work “Theory of Constitutional Rights”. We will approach the semantic concept of norm, after we will treat the meaning of norm in the

sense of “Law”, and finally we will make a distinction between rules and principles.

Keywords: Legal Norm. Law. Logical structure.

Introdução

Diante do novo paradigma dos direitos fundamentais, decorrente da positivação, nas constituições, das normas inerentes aos direitos humanos, a teoria de Robert Alexy conseguiu aclarar a estrutura bivalente da norma jurídica. Resta claro, em seu texto sobre os direitos fundamentais, que a estrutura da norma conjuga regras e princípios em seu bojo, o que traz uma contribuição importantíssima para a resolução de questões centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Pois bem, por se tratar de um artigo, não esgotaremos aqui a discussão a respeito da estrutura da norma jurídica. Neste artigo, faremos uma breve discussão sobre o conceito semântico de norma. Em seguida, abordaremos o conceito da norma no sentido de “Lei” e, finalmente, apresentaremos a distinção entre regras e princípios, segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

O conceito semântico de norma

Ao logo do desenvolvimento das ciências jurídicas, vários doutrinadores tentaram entender e conceituar o que seria uma norma jurídica, bem como a diferencia de uma norma simplesmente moral, por exemplo. Para ensaiarmos uma resposta sobre isso, inicialmente trataremos do conceito semântico de norma, para depois chegarmos propriamente à ideia da estrutura lógica norma jurídica na visão de Robert Alexy.

Para Robert Alexy, deve-se primeiramente distinguir **norma** de **enunciado normativo**. Nesse sentido, Hans Kelsen, na teoria pura do Direito, afirma que norma seria o **sentido** extraído de um **enunciado normativo** (ou proposição jurídica), ou seja, o enunciado seria uma proposição, enquanto a norma seria um mandamento inferido do enunciado (KELSEN, 1998, p. 51).

Por exemplo, imaginemos que no ano 1912 há uma placa no centro da cidade de Serra Talhada-PE com o seguinte texto: **Proibido homem beijar mulher em público**. Um casal daquela época, ao ler o texto, certamente não tocaria seus lábios em público, pois um dos sentidos (norma) mais prováveis extraídos do texto (enunciado normativo) é que não era permitido beijar em público, isso porque os valores morais da época imprimiam uma hermenêutica recatada dessa norma.

Muito bem, imaginemos que a placa, por ter sido confeccionada com um material muito resistente, ainda continue em pé no ano de 2016 e mantenha o mesmo texto: **Proibido homem beijar mulher em público**. Não seria surpresa se um jovem casal hodierno extraísse a seguinte interpretação daquele enunciado normativo: um homem não pode beijar uma mulher em público, mas pode transar com ela ou, ainda é permitido mulher beijar mulher e homem beijar homem etc., ou seja, o texto (enunciado normativo) não mudou, mas a norma (sentido extraído do enunciado normativo) mudou.

Portanto, a norma é o significado de um enunciado normativo que, evidentemente, pode ser expressada por diferentes enunciados (ALEXY, 1993, p.51), por exemplo, vamos limitar a norma extraída do texto **“Proibido homem beijar mulher em público”** ao sentido de que, em determinado lugar, pessoas estão proibidas de se beijarem. Logo, alguns enunciados poderiam ser expressos assim: **Neste local, pessoas, independentemente do sexo, não podem se beijar; É proibido o ósculo em público; É proibido dar “selinho” em público etc.** Outrossim, de um único enunciado normativo se pode extrair diversas normas, pois isso depende do tempo, lugar, finalidade, a quem é dirigida etc., pode ser um sinal, um gesto, um comando. Por exemplo, a norma **“Proibido homem beijar mulher em público”** poderia ser expressa por um desenho em que pessoas estivessem se beijando e uma faixa diagonal percorresse todo o diâmetro da placa, indicado que aquilo que estava desenhado ali não era permitido.

É possível, sem dúvida, que as normas também possam ser expressas sem que haja um enunciado normativo, expliquemos: um sinal luminoso pode expressar várias coisas a depender de onde se localiza, v.g., o sinal vermelho numa via pública significa pare! É proibido um automóvel cruzar a via etc., todavia um sinal vermelho no início de uma corrida de Fórmula 1 significa avance! Foi dada a largada! etc. Logo, *“el concepto de norma es el concepto primário com respecto al concepto de enunciado normativo”*, ou seja, o que se extrai da norma é um conceito primário, com o devido respeito ao enunciado normativo. Mas atenção, Alexy sugere não procurar os critérios para identificação da norma no nível do enunciado normativo, mas sim da própria norma. Nesse diapasão, essa identificação poderia ocorrer com a ajuda de *“las modalidades deónticas básicas del mandato, la prohibición y la permisión”*¹(ALEXY,1993, p.52), ou seja, a norma poderia ser extraída por meio de comandos de proibição, permissão e obrigação.

1 Em interessante artigo, Rafael Rodrigues Testa afirma “[...]Von Wright, no citado artigo, intitulado “Deontic Logic”, percebeu analogias entre as noções modais de necessidade, possibilidade e impossibilidade de um lado e, de outro lado, as noções deónticas de obrigação, permissão e proibição. Segundo von Wright, em um sentido mais amplo, ambos os grupos de conceitos podem ser chamados de modais - os membros do primeiro grupo são chamados de modalidades aléticas, e os do segundo grupo de modalidades deónticas. O autor, na verdade, afirma que os conceitos modais podem ser convenientemente divididos em três ou quatro grupos principais: além das modalidades aléticas (alethic modes), ou modos da verdade (modes of truth), e das modalidades deónticas (deontic modes), ou modos da obrigação (modes of obligation), existem as modalidades epistêmicas (epistemic modes), ou modos do conhecimento (modes of knowing), cujos conceitos são tais como o verificado (verified) - aquilo que conhecidamente é verdadeiro -, o não - decidido, e o falsificado - aquilo que conhecidamente é falso. Como um quarto grupo dos conceitos modais, podemos acrescentar, afirma von Wright, as modalidades existenciais (existential modes), ou modos de existência (modes of existence), cujos conceitos são tais como universalidade, existência e vacuidade - de propriedades ou classes.” TESTA, Rafael Rodrigues. Em **Uma Análise de Algumas Lógicas Deónticas para a Representação de Normas Jurídicas**, 2006, p. 18-19. Disponível em < www.cle.unicamp.br/prof/coniglio/MonografiaFinal.pdf>. Acessado em 12.04.2016

Não objetivamos nos aprofundar na teoria da lógica deôntica, mas recordemos que ela é a lógica das normas e analisa a validade de argumentos em frases regidas por expressões como: “é obrigatório que”, “é proibido que” e “é permitido que”. Explica Von Wright que para se construir uma lógica deôntica se deve formular “conectivas veritativas” ou símbolos para a negação, conjunção, disjunção etc. (WRIGHT, 1979, p. 144).

Para exemplificar, utilizaremos a letra “x” para simbolizar obrigatoriedade, “y” para simbolizar permissão, “v” para simbolizar uma disjunção, e “b” para simbolizar a palavra “beijar”. Então, se fosse escrita a sentença “**xb v yb**”, ela deveria ser lida como: é obrigatório beijar ou é permitido beijar, **respectivamente**.

Segundo Von Wright, a ideia de conectivas veritativas se amolda, principalmente, ao discurso descritivo, nos quais as sentenças usam enunciados que expressam proposições, ou seja, a sentença “faz sol em Serra Talhada” é uma negação da sentença “não faz sol em Serra Talhada”, de modo que, se a primeira sentença for verdadeira, a segunda seria falsa, podendo também ser expressa deonticamente assim: $aT \vee \sim aT$ (faz sol em Serra Talhada ou não faz sol em Serra Talhada), onde “a” significa faz sol, “T” significa Serra Talhada, e “~” significa uma negativa (WRIGHT, 1979, p. 144).

Muito bem, a partir de uma modalidade deôntica, como, por exemplo, a de proibição, poderia ser afirmado que o enunciado normativo “é proibido beijar” (ou $\sim yb$, na simbologia supramencionada) expressa a norma proibitiva de se beijar. Isso conduz a uma questão: a) saber o que é uma proibição, e b) como reconhecer se um enunciado, como esse acima, expressa uma proibição (haja vista que devemos, conforme sugerido por Alexy, não procurar os critérios para identificação da norma no nível do enunciado normativo, mas sim da própria norma).

Para responder ao primeiro questionamento, ou seja, o que é uma proibição, Alexy afirma que:

[...] una prohibición es la negación de una permisión. Pero, ¿qué es una permisión? Si la respuesta es que la permisión es la negación de la prohibición, se objetará que nos movemos en círculo. Esta objeción puede fácilmente vincularse con la que aduce que si no es posible una respuesta mejor a la pregunta qué es una prohibición, este concepto tampoco puede ser utilizado para la explicación del concepto de norma. A ello cabe responder que la exigencia de dar una definición de cada concepto a través de otro conduce a

un regreso al infinito y, por consiguiente, no puede ser satisfecha. Por lo tanto, si ha de decirse algo, hay que partir de conceptos que en el sistema de conceptos presupuesto no son definidos por otros. Esto no significa que en el campo de los conceptos básicos impere la arbitrariedad² (ALEXY, 1993, p.52).

Conforme Alexy, a negação da permissão é o que se chama de proibição, mas isso por si só não esclarece qual seria a definição de permissão ou a proibição, esses conceitos devem partir de pressupostos não predefinidos por outros.

Por sua vez, o segundo questionamento, ou seja, como reconhecer se aquele enunciado acima expressa uma proibição, poderia ser respondido levando-se em conta o contexto em que aquela norma proibitiva está inserida.

Por “contexto” habrá de entenderse tanto los enunciados que se encuentran en conexión con este enunciado, como su uso, es decir, las circunstancias y las reglas de su utilización. El que, de esta manera, sean indispensables criterios pragmáticos para la identificación de algo como una norma no modifica en nada el hecho de que lo que hay que identificar es una entidad semántica, es decir, un contenido de significado que incluye una modalidad deóntica³ (ALEXY, 1993, p. 53).

Logo, o contexto seria extraído dos enunciados que se encontrassem em conexão entre si, devendo se observar as circunstâncias e regras de sua utilização.

Para além da acepção semântica, Alexy também aborda norma com acepção de lei. Vejamos:

Norma como acepção de lei

Alexy, seguindo os passos de Von Wright, demonstra que um dos significados da palavra “norma” é o de lei, que por sua vez teria, pelo menos, três sentidos: **leis**

2 Tradução livre: [...] uma proibição é a negação de uma permissão. Mas o que é uma permissão? Se a resposta é que a permissão é a negação da proibição, nos moveremos em círculos. Esta objeção pode facilmente vincular-se com que aduz que não é possível uma resposta melhor que a pergunta que é uma proibição, este conceito tampouco pode ser utilizado para a explicação do conceito de norma. A ele cabe responder que a exigência de dar uma definição de cada conceito através de outro conduz a um regresso ao infinito e, conseqüentemente, não pode ser satisfeita. Portanto, se há de se dizer algo, há que partir de conceitos que no sistema de conceitos predefinidos não são definidos por outros. Isto não significa que no campo dos conceitos básicos impere a arbitrariedade.

3 Tradução livre: Por “contexto” haverá tanto de entender os enunciados que se encontram em conexão com este enunciado como seu uso, é dizer as circunstâncias e as regras de sua utilização. O que dessa maneira são indispensáveis. É o que, desta forma, os essenciais critérios pragmáticos para identificação de algo como uma regra, não altera em nada o que existe para identificar uma entidade da cadeia semântica, ou seja, um teor de sentido de que inclui uma modalidade deóntica.

do Estado, leis da natureza e leis da lógica e da matemática (WRIGHT, 1979, p.21). O próprio Von Wright reconhece que há uma diferença óbvia entre leis da natureza e leis do Estado *“Es obvio que las leyes de la naturaleza y las leyes del estado son muy diferentes. Y, sin embargo, la identidad de nombre es mera coincidência”*⁴ (WRIGHT, 1979, p. 22).

As **leis da natureza** seriam descritivas, pois informam padrões que o homem descobriu ou, pelo menos, crê ter descoberto (WRIGHT, 1979, p. 22), como, por exemplo, a força gravitacional, o efeito fotoelétrico, a “lei” newtoniana da ação e reação etc. são normas que trazem em seu bojo uma regra do tipo verdadeira ou falsa. Em geral, o enunciado normativo de uma “lei” da natureza poderia ser expresso, por exemplo, assim: **Matéria atrai matéria na razão direta de sua massa e na razão inversa do quadrado da distância**⁵.

A norma extraída do enunciado acima é de que, quanto maior a massa do objeto ou maior a sua proximidade, maior será a força atrativa. Observa Von Wright que a natureza só obedece a essas leis num sentido metafórico, pois se se descobre uma discrepância entre a descrição teórica da lei da natureza e o resultado efetivo/prático do fenômeno natural, aquela deverá ser retificada. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a “lei” newtoniana acima, pois outro cientista, Albert Einstein, avançou nos estudos e provou, no início do século XX, que a descrição fenomênica da força gravitacional deveria ser dada pelo enunciado: **Uma massa deforma a estrutura do espaço-tempo ao seu redor, e quando outra massa sente essa deformação, ela é atraída pela primeira**⁶. Percebemos que a “lei” de Einstein não usa o conceito de força, mas diz que uma massa deforma o espaço-tempo e, por isso, outra massa é atraída. Uma analogia grosseira seria o caso em que se põe uma bola de gude no colchão e ela fica inerte, então, coloca-se a mão no colchão, pressionando-o para baixo (o deformando), e a bola sai do seu estado de inércia e vai rolando (é atraída) em direção à mão. Evidentemente, se a deformação for distante, não influenciará uma massa, sendo que, nesse último caso, só deformará o espaço-tempo.

4 Tradução livre: É óbvio que as leis da natureza e leis do Estado são muito diferentes. E a identidade do nome (lei) é mera coincidência.

5 Trata-se da famosa equação da **Lei de Gravitação Universal de Newton**. Disponível em <<http://www.sofisica.com.br/conteudos/Mecanica/GravitacaoUniversal/gu.php>>. acessado em 12 de janeiro de 2017.

6 Disponível em <http://www.academia.edu/4049804/A_TEORIA_DA_RELATIVIDADE_ESPECIAL_E_GERAL>. acessado em 12 de março de 2016.

Por outro lado, para Von Wright, as **leis do Estado** são prescritivas, ou seja, estabelecem regras de conduta, de interação social, buscam influenciar um comportamento humano, não possuindo, portanto, um valor “veritativo” (verdadeiro ou falso) (WRIGHT, 1979, p.22). Nesse caso, uma desobediência a uma lei do Estado não impõe uma retificação da lei em si, mas sim a retificação da própria conduta humana desobediente. Por exemplo, o art.138 do Código Penal dispõe: **Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.** Como se extrai do enunciado normativo acima, há uma determinação para que ninguém impute falsamente a outra pessoa a prática de um crime, sob pena de sofrer restrição à sua liberdade de locomoção (detenção) e ao seu patrimônio (multa). Logo, se há uma desobediência a essa “lei”, o que deve ser corrigido é a conduta delituosa e não a lei em si. Ressalte-se que uma autoridade idônea pode mudar uma “lei” do Estado para atualizá-la, adequá-la ao tempo, espaço e finalidade a que ela se destina, conforme as exigências da natureza humana.

Entretanto, as “leis” **da lógica e da matemática** são proposições, são as chamadas leis do pensamento. Segundo Von Wright,

[...] hay varios tipos de proposiciones que se llaman, o pueden ser llamadas, 'leys'. No necesitamos aqui investigar estas distinciones. Como ejemplos de leys de la lógica podemos elegir la Ley del Tercio Excluido em la formulación 'Toda proposición es o verdadeira o falsa', y la Ley de Contradicción em la formulación 'Ninguna proposición es verdadera y falsa a la vez'⁷ (WRIGHT, 1979, p. 22).

A lei do terceiro excluído, destacada por Von Wright acima, indica que toda proposição ou é verdadeira ou falsa, não existindo um meio termo. Por exemplo, na proposição “faz calor em Serra Talhada”, se utilizarmos a lei do terceiro excluído, teríamos a seguinte disjunção: “ou faz calor em Serra Talhada ou não faz calor em Serra Talhada”, ou seja, a terceira opção “faz frio e faz calor, ao mesmo tempo, em Serra Talhada” seria excluída. Por seu turno, a lei da contradição diz que nenhuma proposição é, ao mesmo tempo, falsa e verdadeira. Por exemplo, as duas proposições “Serra Talhada está no sertão” e “Serra Talhada não está no sertão” são mutuamente excludentes, pois não se permite as suas coexistências simultâneas.

7 Existem vários tipos de proposições que se chamam, ou podem ser chamadas, “leis”. Não precisamos aqui investigar essas distinções. Como exemplos de leis da lógica podemos eleger a lei do terceiro excluído na formulação: “toda proposição ou é verdadeira ou é falsa”, e a lei da contradição na formulação “Nenhuma proposição é verdadeira e falsa ao mesmo tempo”.

Um questionamento feito por Von Wright é se essas leis da lógica e da matemática são leis descritivas ou prescritivas. Sendo descritivas, o que descreveriam? O modo de pensar? Para respondermos à indagação acima, recorreremos a René Descartes, em sua obra "Discurso sobre o método". Mediante a extração do raciocínio de Descartes nessa obra, poderemos aclarar se a **lei da lógica** é descritiva ou prescritiva.

Descartes faz uma argumentação utilizando a lógica para chegar à ideia de um método universal para encontrar a verdade, começando, inclusive, a duvidar da sua própria existência. Segundo ele, para que a verdade universal pudesse ser alcançada se deveria fazer uma digressão ao ponto inicial das coisas e ir corroborando ou refutando os fatos ao longo do desenvolvimento do raciocínio lógico, começando com a comprovação da sua própria existência. Sabedor de que se deveria excluir tudo aquilo que não fosse racional para se chegar a um raciocínio logicamente correto sobre a sua existência, a primeira coisa a fazer seria não utilizar os sentidos (visão, audição, tato etc.) para tirar conclusões, pois eles seriam falhos. Só a razão é que deveria ser usada. Vejamos a seguinte digressão:

[...]Assim, sabendo que os nossos sentidos às vezes nos enganam, quis supor que não havia nada que correspondesse exatamente ao que eles nos fazem imaginar.[...] Finalmente, considerando que os mesmos pensamentos que temos quando acordados podem ocorrer-nos quando dormimos, sem que haja então um só verdadeiro, resolvi fingir que todas as coisas que outrora me entraram no espírito não eram mais verdadeiras do que ilusões dos meus sonhos. Mas, logo depois, observei que, enquanto pretendia assim considerar tudo como falso, era forçoso que eu, que pensara, fosse alguma coisa. Percebi, então, que a verdade: **penso, logo existo**, era tão firme e tão certa que nem mesmo as mais extravagantes suposições dos cétricos poderiam abalá-la (grifos nossos) (DESCARTES, 2004, pp. 41-42).

Para Descartes, deveria ser rejeitado como verdadeiro tudo aquilo que se pudesse duvidar, de tal forma que deveria ser feita uma digressão, por meio da lógica, até se chegar a algo que seria irrefutavelmente verdadeiro. Nesse caso, Descartes percebeu que a coisa indubitável que fazia era **pensar**, e se havia certeza de que ele estava pensando, logo era correto que ele existia, pois só poderia pensar se ele realmente existisse. Há uma autoridade da razão sobre a autoridade dos sentidos. Não avançaremos na discussão, na obra acima citada, acerca da conclusão cartiana sobre as conclusões de Descartes sobre o seu método ou sobre a existência de Deus, posto que a passagem utilizada aqui é apenas para demonstrar uma forma lógica de se pensar.

Logo, a partir dessa passagem de Descartes, percebemos que as leis da lógica e da matemática **não** poderiam ser descritivas. O próprio Von WIGHT diz que a sugestão de as **leis da lógica e matemática** serem descritivas não é muito satisfatória, pois não é claro o que é pensar de acordo com a lei. Outrossim, a ideia de que a lei descreveria a forma como as pessoas pensam seria incompatível com a noção de leis apriorísticas, que são verdadeiras independentemente da experiência de como se pensa (WIGHT, 1979, p. 23). Portanto, as leis da lógica e da matemática seriam **prescritivas**, pois ordenariam, proibiriam ou permitiriam algo, ou seja, prescreveriam como se deve pensar e calcular corretamente, tal qual o raciocínio feito acima por Descartes para provar a sua existência.

Evidentemente, as leis prescritivas **da lógica e matemática** são bem diferentes das leis prescritivas **do Estado**. As primeiras têm o intuito de estabelecer um padrão para determinar se as pessoas pensam de forma correta ou não. Na segunda, o intuito é estabelecer uma regra de conduta, um proceder correto das pessoas.

Feitas essas observações, analisaremos qual seria, afinal, a estrutura de uma norma jurídica.

A norma jurídica: princípios e regras

Para analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais, Alexy faz uma distinção entre princípios e regras. Segundo o próprio autor, essa diferenciação é o escopo da teoria da fundamentação e a chave para a solução de problemas cruciais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 1993, p. 81). Essa distinção é imprescindível para elaboração de uma teoria adequada sobre as colisões e as restrições entre os direitos fundamentais e o seu papel no ordenamento jurídico.

O método adotado por Alexy não é em relação ao grau de generalidade ou abstração das normas, mas sim de uma distinção qualitativa, haja vista que o próprio autor alemão afirma que princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que determinam que algo seja feito de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 1993, p.86). Por seu turno, regras são mandamentos definitivos, sendo realizadas por meio da lógica “tudo ou nada”.

Isso implica diversas formas de solução de conflitos entre regras e colisões entre princípios. Os conflitos entre regras devem ser solucionados por meio de subsunção, porém a colisão entre princípios deve ser resolvida por meio de ponderação.

Canotilho aponta algumas diferenças entre regras e princípios:

- a) O 'grau de abstracção' (abstracção): os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as 'regras' possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) 'Grau de determinabilidade' na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) 'Caráter de fundamentalidade no sistema' das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) 'Proximidade da ideia de direito': os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) 'Natureza normogenética': os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a 'ratio' de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamental (CANOTILHO, 1991, p. 172-173).

Com base nas ideias de Canotilho, podemos concluir que as regras descrevem um fato hipotético que, uma vez ocorrido no mundo fenomênico, sujeita a pessoa ou a coisa aos efeitos jurídicos descritos na referida norma. Por exemplo, a regra que diz que a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (art. 57, §2º, CF).

Por sua vez, os princípios não descrevem um fato hipotético, mas expressam uma norma de conduta, uma diretriz a ser seguida sob pena de afronta ao ordenamento jurídico, auxiliando a compreensão das regras e tornando o sistema jurídico mais coeso. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Na visão de Robert Alexy, um conflito de regras só pode ser solucionado de duas maneiras: (a) por meio da introdução de cláusula de exceção em uma das regras, eliminando, desse modo, o conflito; ou (b) por meio da declaração de invalidade de uma das normas (ALEXY, 1993, p.88). Diz Alexy que o problema está situado no plano da validade, o que não é mensurável: "uma norma vale ou não vale juridicamente" (p. 88). As regras garantem deveres definitivos, não existindo

gradações nesse sentido. Por isso, o conflito entre regras deve ser resolvido por subsunção, ou seja, se utiliza a regra “X” ou a regra “Y”, ou uma ou outra, se se aplica integralmente uma determinada regra para o caso concreto, a outra é necessariamente declarada inválida e, portanto, estará fora do sistema jurídico.

Por seu turno, a colisão de princípios obedece a outra lógica. Quando dois princípios entram em colisão, um deles prevalece sobre o outro, sem que isso implique declaração de invalidade de um desses princípios. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim do peso de cada princípio naquele caso concreto (ALEXY, 1993, p. 89). Por isso, essa colisão deve ser resolvida por meio de ponderação. É imprescindível considerar as variantes presentes no caso concreto para se atribuir peso a cada um dos direitos e avaliar qual deles prevalecerá. A valoração dos pesos dos princípios em colisão deverá levar em conta a seguinte “Lei de ponderação”: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro” (ALEXY, 1993, p. 161). Após sopesá-los, chega-se a uma conclusão de que, sob certas condições, um princípio prevalece sobre o outro.

O recurso da ponderação é constantemente criticado por vários doutrinadores no mundo. Alegam, por exemplo, a falta de critérios racionais de resolução de conflitos. Dizem que a ideia de sopesamento seria uma técnica inconsistente sobre o prisma metodológico, pois a noção de ponderação é abstrata e nebulosa sobre o conteúdo da técnica e que não existiria um paradigma de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar, de forma não temerária, a importância de cada um deles.

Alexy contradiz essas teses contrárias afirmando que, “embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método” (ALEXY, 2008, p. 594). Logo, essa forma racional seria elaborada a partir de um “modelo fundamentado” do método, sendo possível existir parâmetros com base nos quais a ponderação entre direitos fundamentais poderia ser decidida. Para isso, seria preciso considerar que a lei do sopesamento pode ser dividida em três: (1) primeiro, seria avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; (2) depois, se avaliaria a importância da satisfação do princípio colidente; (3) finalmente, deveria ser discutido se a importância da satisfação do princípio colidente justificaria a afetação ou não do outro princípio (ALEXY, 2008, p. 594).

Conclusão

Nesse brevíssimo estudo sobre a estrutura da norma jurídica na visão de Robert Alexy, podemos concluir que, com relação às regras, elas configuram suas consequências jurídicas de forma fechada, definida e detalhada, pois fornecem razões peremptórias ou razões definitivas, uma vez que, realizado o seu suporte fático, devem ser obrigatoriamente aplicadas, sendo, portanto, aplicadas de forma disjuntiva ou à maneira do tudo ou nada, em outras palavras, são mandatos definitivos. O conflito entre as regras acontece no âmbito da validade. Verificado o conflito, a solução só é obtida mediante a declaração de invalidez de uma das regras ou pela introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, ou seja, a subsunção é o modelo adequado para a aplicação das regras.

Por sua vez, os princípios possuem uma indeterminação semântica e configuram, de forma aberta, as condições de sua aplicação, logo, não são razões peremptórias ou definitivas tais quais as regras, mas apenas razões *prima facie*. Os princípios são pensamentos norteadores e causas de justificação de uma normatização ou de uma decisão judicial, ou seja, são pontos de partida para o raciocínio, desenvolvimento e fundamentação jurídica. Os princípios são mandatos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. A colisão entre princípios ocorre no plano do peso que cada um apresenta em determinado caso concreto, ou seja, quando dois ou mais princípios entram em colisão, um deles deve prevalecer sobre o outro, mas isso não significa que se tenha de declarar a invalidez do princípio afastado ou nele inserir uma cláusula de exceção. Enfim, a ponderação é o método adequado para a aplicação dos princípios.

Portanto, de acordo com a tese de Alexy, as regras possuem algumas características não observáveis em princípios, e estes também possuem peculiaridades que não são encontradas nas regras, estabelecendo-se, portanto, uma robusta separação entre regras e princípios, sem que se possa conceber a existência de normas com características comuns a regras e princípios, não havendo espaço para categorias intermediárias.

Percebemos que a construção de uma norma jurídica perfeita e acabada é inconcebível, segundo Alexy, posto que há casos em que se demandará uma regra e, em outros, um princípio para solucionar juridicamente um caso concreto. A consequência disso é que regras e princípios devem permanecer em constante interação

No presente trabalho, não aprofundamos a discussão a respeito da tese de Alexy sobre as normas fundamentais, mas, tão somente, fizemos um brevíssimo estudo sobre a estrutura das normas jurídicas.

Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Teoria dos direitos fundamentais; tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

BOBBIO, Norberto – Teoria do Ordenamento Jurídico – Editora Universidade de Brasília, 4ª Edição, 1994

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

DESCARTES, René. Discurso sobre o Método. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998

SILVA, Wyllamar Jacinto Oliveira. A abstrativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de controle difuso: mutação constitucional sistematicamente compatível ou arbitrária?. Revista da Esmape, Recife, v. 16, n. 33/34, p. 319-354, jan/jun e jul/dez. 2011.

WRIGHT, G. Henrik Von. Norma y Acción. Una Investigación Lógica. Trad. Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.